Università degli Studi Roma Tre

DOTTORATO DI RICERCA IN
"CONSUMATORI E MERCATO-AREA GIURIDICA"

CICLO XXVII

COORDINATORE: Prof.ssa Maddalena Rabitti

„L'azione di classe„

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando
Dott. Alessandro Nicodemi

Tutore
Prof. Francesco Macioce

Anni 2012/2014

CAPITOLO 1

TUTELA DEL CONSUMATORE E *CLASS ACTION*.

1. La tutela del consumatore in ambito comunitario e domestico: nozione ed evoluzione storica.

2. Uno sguardo generale al Codice del Consumo: clausole vessatorie ed altri elementi di rilievo.

3. *Alternative dispute resolutions*: ambito di applicazione nella materia consumeristica.

4. La tutela amministrativa del consumatore introdotta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

5. La disciplina italiana della *class action*: la genesi tormentata.

6. Confronti con la preesistente disciplina di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo.

7. Criticità emerse in ordine alla prima normativa posta dall'art. 140 bis cod. cons. e successive modifiche intervenute.

8. I diritti tutelabili mediante l'azione di classe: struttura dell'illecito e danno risarcibile.

9. Prospettive *de iure condendo*.

CAPITOLO 2.

ANALISI DI DIRITTO COMPARATO DELL'AZIONE DI CLASSE.

1. Introduzione.

2. La *class action* negli Stati Uniti quale modello di riferimento per gli altri Paesi.

2. 1. Confronto coi principi dell'ordinamento giuridico italiano.

3. Ipotesi giudiziali d'interesse e problematiche applicative in ambito statunitense.

4. Valutazioni di carattere comparato relative alle diverse esperienze ordinamentali.

CAPITOLO 3.

LA *CLASS ACTION* NELLA SUA DINAMICA PROCESSUALE.

1. Premessa

2. Un processo anomalo: *ratio* giustificatrice delle peculiarità procedurali ed analisi correlata.

3. Poteri processuali dell'organo giurisdizionale e pronunce adottabili dal Giudice.

4. La legittimazione all'azione di classe.

5. Il giudizio di ammissibilità nella *class action*.

6. Adesione ed intervento nell'art. 140 bis del Codice del Consumo.

7. Rinunzie e transazioni.

8. La conciliazione.

CAPITOLO 4.

L'AZIONE DI CLASSE PUBBLICISTICA

1. Introduzione.

2. La spinta all'efficienza amministrativa nella sua evoluzione storica.

3. La disciplina di cui al Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198.

4. I presupposti dell'azione.

5. Danni subiti e risarcimento.

6. Profili di giurisdizione.

7. Il procedimento.

8. I decreti attuativi emanati ai sensi dell'art. 7, D. Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

9. Elementi distintivi tra l'azione di classe civilistica e quella pubblicistica avverso la Pubblica

Amministrazione.

CAPITOLO 5.

L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE.

1. Generalità.

2. Le pronunce sull'ammissibilità del giudizio.

3. Le ipotesi emerse nella prassi giudiziaria: peculiarità delle singole fattispecie ed analisi correlata.

4. L'azione di classe pubblicistica nei suoi profili applicativi e nella casistica giudiziaria.

CAPITOLO 1

TUTELA DEL CONSUMATORE E *CLASS ACTION*.

1. La tutela del consumatore in ambito comunitario e domestico: nozione ed evoluzione storica.

L'esigenza di apprestare forme di tutela nei confronti del consumatore attiene alla più ampia problematica relativa alla giustizia contrattuale ed alle correlate istanze di tutela del soggetto debole all'interno di forme di contrattazione connotate da diseguaglianze ed asimmetrie [1].

Tale esigenza si manifestò, in origine, nell'esperienza statunitense dove, prima che in ogni altro paese al mondo, si crearono le condizioni per la nascita ed il veloce sviluppo di un capitalismo monopolistico ed oligopolistico [2].

In correlazione, dunque, all'affermarsi delle suddette forme economiche e di mercato, emersero altresì le prime istanze di difesa degli interessi consumeristici.

Soltanto in un secondo momento, le medesime istanze furono avvertite in ambito europeo, dapprima sul piano sociale ed economico e, successivamente, sul versante dell'elaborazione giuridica (fase, quest'ultima, collocabile, temporalmente, all'inizio degli anni settanta del secolo scorso).

Sul piano strettamente nazionale, il Legislatore italiano mostrò una scarsa attenzione al problema, benchè nella Relazione al Re sul codice civile taluni passaggi relativi agli artt. 1341 e 1342 avessero posto in evidenza la necessità di predisporre una tutela per l'aderente ai c.d. contratti di massa, connotandosi, questo, per essere il soggetto debole dell'operazione economica di riferimento.

Dati normativi di rilievo sul piano nazionale, in particolare, sono rinvenibili nell'art. 2597 c.c., pure teso ad offrire una forma di tutela esclusivamente in presenza di un soggetto monopolista, nonchè nei menzionati artt. 1341 e 1342 c.c., idonei ad apprestare una forma di difesa puramente formale e scevra da interventi di carattere sostanziale.

Tornando, quindi, al crinale comunitario, ove, per primo si registrò la prima elaborazione giuridica della materia, un primigenio dato di rilievo è costituito dalla Risoluzione sui diritti dei consumatori che,

[1] Sul punto, si veda F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, 2010, 845 e ss.
[2] G. ALPA, *Il Diritto dei consumatori*, Bari, 1995, p. 12.

approvata nel 1975, fornì impulso alle politiche in materia consumeristica.

Soltanto l'Atto Unico europeo, datato 23 dicembre 1986 ed entrato in vigore al successivo 1 luglio 1987, tuttavia, conferì un fondamento giuridico alla politica dei consumatori, modificando l'art. 100 del Trattato di Roma e prevedendo che, nella materia relativa alla protezione dei consumatori, dovesse esservi un livello di protezione elevato.

Dato di fondamentale rilievo nell'affermazione del diritto dei consumi fu successivamente rappresentato dal Trattato di Maastricht (datato 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993) che elevò la tutela dei consumatori a strumento atto a perseguire gli obiettivi dell'Unione Europea e consentì l'adozione di azioni che fossero direttamente tese alla tutela del consumatore (cfr. art. 3, lett. t) ed art. 129 del Trattato).

Ulteriore linfa alla materia fu, poi, conferita dall'art. 153, comma 2, del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, come novellato dal Trattato di Amsterdam (entrato in vigore in data 1 maggio 1999), secondo cui l'affermazione e l'attuazione delle politiche comunitarie avrebbero dovuto prendere in considerazione le esigenze relative alla protezione dei consumatori.

Altri dati normativi di rilievo, inoltre, sono costituiti dall'art. 38 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 2000), secondo cui nella politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori, nonchè, da ultimo, nell'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE, in vigore dal 1 dicembre 2009), secondo cui la UE contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonchè a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi , sia con misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno, sia con misure di sostegno, integrazione e controllo della politica svolta dagli Stati membri.

L'art. 12 del TFUE ha, poi, recepito l'art. 153 del TCE, al quale già si è fatto riferimento.

2. **Uno sguardo generale al Codice del Consumo: clausole vessatorie ed altri elementi di rilievo**.

.Il Codice del Consumo è stato varato con il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in attuazione della delega conferita al Governo con l'art. 7, L. 29 luglio 2003, n. 229.

Esso accorpa in un unico testo le disposizioni normative relative alla figura del consumatore, come cittadino consapevole dei propri diritti e doveri, altresì provvedendo al coordinamento ed alla semplificazione delle disposizioni stesse.

Il Codice è teso a consentire l'informazione del consumatore nonchè ad assicurare la correttezza dei processi negoziali su cui sono fondate le determinazioni correlate.

Esso provvede anche a definire diritti ed interessi dei consumatori e degli utenti, nella loro forma sia individuale che collettiva, promuovendone la tutela in sede nazionale e locale.

Il testo normativo in parola è costituito da 146 articoli ed è teso al riordino e alla semplificazione della normativa preesistente, posta a tutela del consumatore.

Esso appresta regole di tutela in ordine al contratto ed alla fase precontrattuale (si pensi agli articoli posti a disciplina delle pratiche commerciali aggressive ed ingannevoli), altresì guardando alla fase della produzione e della distribuzione dei prodotti e dei servizi.

Favorisce un sistema di educazione del consumatore, così da renderlo consapevole dei propri diritti, disciplina la corretta informazione ed il diritto di recesso dal contratto, anche nella materia delle televendite.

Tra le altre cose, richiama la disciplina relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza, quella relativa all'acquisto di pacchetti turistici, alla multiproprietà, alla sicurezza e qualità dei prodotti, alle garanzie legali e commerciali riferite ai beni di consumo (non è più presente, invece, nel codice, la disciplina relativa al credito al consumo, da ultimo trasferito all'interno del Testo Unico Bancario, a seguito delle modifiche normative indotte dal D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141).

L'intento perseguito dal Legislatore, risulta evidente, è stato, quindi, quello di apprestare un unico *corpus* normativo, a carattere totalizzante ed idoneo a contenere la generalità delle previsioni relative alla materia consumeristica.

Sul punto, è stato rilevato che, nonostante il Codice di massima non abbia apportato modifiche alla formulazione delle disposizioni ad esso preesistenti, lo stesso, accorpando e ricomponendo regole sparse nel sistema, consenta di rintracciare ed enucleare principi che non sempre, prima, l'operatore era in grado

di fare emergere in una disciplina disorganica e frammentata[3].

Nella disamina, poi, dei rapporti tra il Codice del consumo ed il codice civile, è stato altresì evidenziato che le discipline offerta dall'uno e dall'altro, non avendo ambiti coincidenti, tendono a cumularsi, piuttosto che a porsi in un rapporto da *genus* a *species*, sul piano dell'individuazione delle norme concretamente rilevanti.[4]

In via generale, comunque, secondo la medesima dottrina, mentre il codice civile porrebbe maggiore attenzione alla fattispecie astratta ed al dato formale, il Codice del consumo guarderebbe al dato dinamico e funzionale, concentrandosi sull'elemento della disuguaglianza strutturale e mirando ad interventi di riequilibrio[5].

Tanto rilevato in via generale, occorre osservare che il Codice del consumo, teso a riequilibrare rapporti *in radice* sperequati, si avvale, a tale scopo, di diversi strumenti, imponendo obblighi informativi ed oneri formali in capo al professionista, sancendo l'illiceità di atti e comportamenti, sanzionando condotte aggressive e comportamenti ingannevoli, conferendo diritti di ripensamento in ordine a pattuizioni contrattuali già concluse, affermando la nullità di forniture di servizi non richieste, attribuendo poteri di vigilanza e regolazione ad organi amministrativi.

Sul versante propriamente contrattuale, tuttavia l'elemento di tutela offerto al consumatore di maggiore pregnanza è forse costituito dall'accertamento giudiziale relativo alle clausole vessatorie.

La disciplina di rilievo, estrapolata dal codice civile (originari artt. 1469 e ss., introdotti dalla L. 6 febbraio 1996, n. 52) ed introdotta nel corpo del Codice del consumo agli artt. 33 e ss., attuativa di una pregressa normazione comunitaria, ha inteso realizzare una forma di tutela sostanziale – in antitesi alla tutela formale originariamente apprestata dal'art. 1341 c.c. - in favore del consumatore, a fronte di assetti negoziali già predisposti dal professionista, così come preconfezionati in una veste immutabile ed espressivi della sola potestà di scelta del prendere o del lasciare.

In altri termini, all'incapacità del consumatore di fronteggiare il professionista nel proprio campo - non disponendo di un idoneo apparato informativo e difettando delle conoscenze del settore invece proprie del soggetto professionale - ed all'impossibilità di modificare assetti negoziali già predisposti dal

[3]L. Rossi Carleo, *Diritto dei consumi – soggetti, contratti e rimedi*, Giappichelli, 2012, 18.
[4]L. Rossi Carleo, op. cit.,. 18.
[5]L. Rossi Carleo, op cit., 19.

professionista, il Legislatore, comunitario prima e nazionale poi, ha inteso porre rimedio sul piano delle tutele, così da riequilibrare, per via giudiziaria, una sperequazione ineliminabile sul piano dei rapporti socio - economici.

Sul punto, poi, non pare inutile ribadire quella che, pure, potrebbe ssere considerata un'ovvietà: l'incapacità del consumatore di incidere sull'assetto contrattuale – a fronte del diniego ordinariamente frapposto dal professionista a che il consumatore stesso modifichi le clausole negoziali predisposte – è tanto più rilevante ove si consideri che nella prassi i soggetti professionali non soltanto tendono a predisporre contratti che siano conformi ai propri interessi, ma talora fanno ciò andando a vulnerare, più o meno smaccatamente, gli interessi della controparte (per giunta, sovente sprovvista della preparazione giuridica necessaria alla comprensione del documento sottoscritto).

Guardando al dato sociale appena riportato, non appare arduo comprendere i motivi per i quali il Legislatore ha introdotto una disciplina relativa alle clausole vessatorie, altresì apprestando ulteriori forme di garanzia (si pensi al c.d. foro del consumatore di cui all'art. 63 del Codice del consumo).

In dottrina[6], una volta premesso che la nuova tutela del consumatore ha carattere sostanziale - in quanto permette al giudice, diversamente dal passato, di valutare e sindacare il contenuto del contratto – sono state sinteticamente richiamate le peculiarità della disciplina normativa in parola.

In particolare, è stato evidenziato che l'art. 33 del Codice del consumo, collega l'abusività delle clausole non più al dato formale della mancata specifica sottoscrizione delle medesime da parte dell'aderente, bensì al "*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*".

Nel caso dell'anzidetto significativo squilibrio a carico del consumatore, l'art. 36, Codice del consumo, prevede la nullità delle clausole considerate vessatorie, mentre, per il resto, il contratto rimane valido.

Anche attraverso quest'ultima disposizione normativa, quindi, la protezione del consumatore viene rafforzata, posto che l'inefficacia delle clausole abusive (prevista dall'art. 1341 c.c. e dall'abrogato art. 1469-*quinquies* c.c.) viene sostituita dalla nullità delle stesse.

Si tratta di una nullità di protezione (come risulta, peraltro, dalla stessa rubrica della richiamata norma), operando esclusivamente a vantaggio del consumatore.

Tale forma di nullità è relativa, essendo rilevabile soltanto dal consumatore, e si contrappone, dunque,

[6] P. Barbieri, *La tutela del consumatore in materia di clausole contrattuali abusive*, rinvenibile sul sito www. Nel diritto.it

alla nullità assoluta, che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

La nuova normativa amplia anche l'ambito oggettivo della tutela del consumatore.

Al riguardo, si osserva che, mentre l'art. 1341 c.c. si riferisce all'ipotesi particolare delle condizioni generali di contratto, l'art. 33, Codice del consumo, non contiene alcuna limitazione e, pertanto, l'abusività delle clausole può essere rilevata dal consumatore anche nel caso di un contratto individuale stipulato con il professionista.

In ordine al quesito, poi, se la tutela così apprestata dagli artt. 33 e ss. del Codice del consumo assuma un carattere alternativo rispetto a quella tradizionalmente posta dall'art. 1341 c.c., pare preferibile la tesi del cumulo delle discipline, secondo cui la normazione posta dal codice del consumo, foriera di ulteriori tutele, andrebbe ad aggiungersi alle forma di tutela tralaticie e non già a sostituirsi alle stesse.

Giova, inoltre, precisare che le clausole in parola vanno soggette alla disciplina menzionata, "*malgrado la buona fede*", come testualmente stabilito dall'art. 33 del Codice del consumo.

Tale ultimo dato testuale, sin dall'emanazione della L. 6 febbraio 1996, n. 52, ha posto il quesito se la buona fede in parola debba essere interpretata in chiave oggettiva – vale a dire come correttezza o lealtà – oppure in chiave soggettiva, così riferendosi ad un dato psicologico di buona fede in capo al professionista, ignaro della vessatorietà della clausola.

Benchè la dizione testuale della direttiva comunitaria 93/13/CEE, cui le norme in parola hanno inteso dare attuazione, induca a propendere per l'interpretazione in chiave oggettiva, il dibattito dottrinale sul punto pare tutt'altro che sopito. [7]

Da ultimo, non pare secondario evidenziare la recentissima introduzione, ad opera del Legislatore nazionale, di una tutela collettiva in sede amministrativa (sul punto, si veda l'art. 37 bis del codice del consumo, come introdotto dall'art. 5, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27).

Le relative questioni, comunque, saranno vagliate nel prosieguo della presente trattazione.

3. *Alternative dispute resolutions*: ambito di applicazione nella materia consumeristica.

Modalità di risoluzione delle controversie a carattere alternativo rispetto a quella tradizionalmente offerta

[7] F. Caringella, L. Buffoni, op. cit., 851.

dal processo civile hanno subito un recente incremento a seguito di una serie di fattori.

In particolare, procedimenti a carattere extragiurisdizionale che sortiscano l'effetto di risolvere controversie, oltre al pregio di evitare il ricorso al processo, cui seguono i necessari tempi e costi, presentano anche il vantaggio di risultare fruibili altresì in relazione a controversie di modesto valore patrimoniale.

Ormai da tempo, si è affermato il concetto, difficilmente confutabile, per cui non ha senso attribuire dei diritti quando gli stessi, nel concreto, non risultino attivabili: si pensi all'ipotesi, ricorrente nella materia consumeristica, di controversie di ridotto valore patrimoniale (c.d. *small claims*), in relazione alla quale apparirebbe assai inopportuno – *rectius*, antieconomico - avviare una controversia civile; si pensi, ancora, all'ipotesi di una causa giudiziale che, connotata da un'ampia istruttoria e dai lunghi tempi che ormai caratterizzano la giustizia civile, comporti, in capo all'attore, lunghi tempi di attesa ed oneri economici rapportati alla lunghezza del processo.

Nelle ipotesi esemplificate, pur a fronte della formale attribuzione di diritti, gli stessi non troverebbero comunque alcuna attuazione pratica, posto che, oltre alla tradizionale incidenza negativa ormai rappresentata da tempi processuali dilatati, prevarrebbero considerazioni di ordine pragmatico riassumibili nella formula per cui, rispetto all'agognata giustizia, sarebbe assai più economica l'ingiustizia.

Modalità stragiudiziali legate a forme arbitrali, conciliative o di mediazione, dunque, allo stato destano grande interesse, proprio per la risposta di giustizia che esse, nel concreto, sono in grado di assicurare.

L'acronimo A.D.R. (*Alternative Dispute Resolutions*), si osserva, è di matrice statunitense, ove colloca la propria origine negli anni Settanta del secolo scorso, in relazione a studi svolti da docenti di Harvard che avevano constatato come l'intervento di un terzo neutro e imparziale in una negoziazione consentiva, grazie anche all'alternanza di sessioni plenarie e colloqui riservati del mediatore con ciascuna delle parti in conflitto, di giungere a una soluzione concordata della controversia. [8]

Negli Stati Uniti somo stati emanati diversi atti normativi tesi, appunto, a creare canali alternativi al modello processuale (tra gli altri, *Dispute Resolution Act* del 11 febbraio 1980, *Civil Justice Reform Act* del 1 dicembre 1990, *Alternative Resolutio Act* del 27 gennaio 1998).

[8]G. Dinacci, *Diritto dei consumi – soggetti, contratti e rimedi* cit., *242.*

Allo stato attuale, il relativo modello di gestione delle controversie – utile anche alla collettività, contribuendo a deflazionare il carico processuale dell'Amministrazione della Giustizia – è presente anche nel nostro Paese.

In particolare, volendo individuare i diversi modelli di A.D.R., essi sono sussumibili nelle seguenti categorie: conciliazioni decisorie; conciliazioni amministrate e paritetiche; conciliazioni specializzate o settoriali.

I tre modelli, compiutamente richiamati in dottrina[9] - cui si rinvia per gli aspetti di dettaglio - si caratterizzano nei termini appresso specificati.

La conciliazione decisoria sostanzia l'ipotesi più vicina al procedimento giurisdizionale ed a quello arbitrale, nelle quali la soluzione del conflitto è direttamente imputabile ad una decisione del collegio nel quale, conseguentemente, risulta determinante la funzione del Presidente – terzo rispetto ai rappresentanti del consumatore e dell' impresa.

Il procedimento in questione – qualificato come aggiudicativo o come conciliazione "amministrata" - rappresenta il modello originario di conciliazione delle controversie tra imprese e consumatori nel sistema italiano. Esso fu inizialmente istituito dalla L. 580/1993 - come sistema facoltativo – presso le Camere di Commercio e venne successivamente fortemente incentivato dal Legislatore italiano.

La conciliazione paritetica è caratterizzata dal fatto che la controversia è direttamente gestita da consumatori ed imprese, i cui rappresentanti raggiungono l' accordo senza l' intervento di soggetti terzi.

Gli accordi che la istituiscono possono attuarsi ad iniziativa delle associazioni o dell' impresa (ove la controparte assume generalmente la posizione di "aderente") o per accordo di entrambi.

Non necessariamente essa è collegata alla preventiva presenza di codici deontologici delle imprese né, tantomeno, alla predeterminazione legale o regolamentare di procedure e statuti nel cui ambito l'accordo paritetico debba necessariamente muoversi.

La conciliazione specializzata o settoriale, invece, si caratterizza per il fatto di riferirsi a taluni settori specifici ed essere gestita da organi all'uopo individuati dalla legge (si pensi alla conciliazione delle controversie in materia di telecomunicazioni, gestita, ai sensi dell'art. 11 della L. 249/1997 dall'Autorità

[9]N. Scannicchio, *La conciliazione extragiudiziale Italiana nell' esperienza dell' a.d.r. europeo,* rinvenibile su www. civitas.lex.uniba.it, 3 ess.

di Garanzia nelle telecomunicazioni, c.d. AGCOM); per altro, talune tipologie di controversie specifiche sono state anche affidate alle Camere di commercio, benchè queste già disponessero di una competenza generale in materia conciliativa, ai sensi della L. 580/93.

In via generale, poi, un aspetto della conciliazione che pare opportuno evidenziare attiene alla circostanza che essa, diversamente dalla transazione, non importa necessarie rinunzie o concessioni da ambo le parti (cfr. art. 1965 c.c.), potendo addivenirsi alla risoluzione del conflitto anche a prescindere da ciò (in ipotesi, per concessioni unilaterali).

Allo stato, comunque, per quanto concerne l'ambito consumeristico che ivi più interessa, sono rinvenibili procedimenti di matrice sia aggiudicativa che conciliativa.

I primi sono disciplinati dalla seguente normativa: dalla L. 580/93 in riferimento ai procedimenti arbitrali tenuti presso le Camere di Commercio, concernenti le controversie civili tra imprese nonchè tra imprese e consumatori; dalla L. 262/2005 e dal correlato Decreto attuativo 179/2007 in relazione ai procedimenti arbitrali presso la Consob; dall'art. 128 bis del D. Lgs. 385/93 e dalla Deliberazione Cicr 275/2008, in materia di controversie, inferiori a 100.000 euro, sull'accertamento di diritti, obblighi e facoltà in materia bancaria e finanziaria.

Le procedure di tipo conciliativo, invece, sono di seguito indicate: 1) procedimenti svolti presso le Camere di commercio in relazione a controversie tra imprese e imprese e consumatori, ai sensi della predetta L. 580/93 nonchè della L. 23/2010; 2) procedimenti in materia di servizi di telecomunicazioni presso l'AGCOM (più specificamente presso i suoi comitati regionali, c.d. Corecom), ai sensi della menzionata L. 249/97; 3) procedimenti relativi a controversie sui servizi turistici, ai sensi della L. 135/2001; 4) procedimenti attinenti a controversie tra prestatore di servizi Internet ed utilizzatore, ai sensi del D. Lgs. 70/2003 (ove la conciliazione si svolga *on line* prende il nome di ODR: *Online dispute resolution*); 5) procedure conciliative collettive ed individuali, previste in via generale dagli artt. 140 e 141 , D. Lgs. 206/2005; 6) procedure conciliative previste dal D. Lgs. 179/2007 in materia di controversie insorte con le banche e gli intermediari finanziari per la violazione, da parte di questi ultimi, delle norme in materia di obblighi informativi, correttezza e trasparenza.

La materia *de qua* - cui nella presente trattazione non può essere dedicato lo spazio, certamente più ampio, che meriterebbe – necessita comunque di un richiamo, pure sintetico, al D. Lgs. 4 marzo 2010, n.

28, introduttivo di un generale obbligo di mediazione, quale condizione di procedibilità ad una vasta congerie di procedimenti civili.

Tale intervento, a carattere non più settoriale, ma generalista, veniva adottato al dichiarato fine di deflazionare il contenzioso civile, altresì prevedendo una serie di incentivi allo sforzo conciliativo (tra l'altro, incentivi di carattere fiscale, ma anche valutazione del comportamento tenuto dalle parti nella fase della mediazione in relazione alla condanna alle spese giudiziarie) e stabilendo comunque forme di mediazione facoltativa per le ipotesi in cui non operasse quella obbligatoria.

Secondo il disegno del Legislatore, poi, il procedimento di mediazione - comunque da chiudere entro quattro mesi, decorsi i quali la domanda giudiziale diveniva procedibile – poteva concludersi (o doveva concludersi, a fronte della domanda congiunta delle parti) con una proposta conciliativa del mediatore.

La normativa in parola – portatrice di rilevanti elementi di novità per gli operatori pratici del settore giustizia - veniva accolta dalla classe forense ora con diffidenza, ora con entusiasmo; nella prassi, comunque, non pochi operatori del settore avevano riposto le proprie aspettative professionali nelle novità introdotte dal menzionato D. Lgs. 28/2010, provando a specializzarsi nell'ambito della mediazione o proponendosi essi stessi come mediatori.

La rivoluzione così introdotta nella prassi, anche quotidiana, della classe forense, subiva, tuttavia, un brusco arresto ed un subitaneo ritorno al passato allorchè la Corte Costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, sanciva l'incostituzionalità del D. Lgs. 28/2010 per eccesso di delega nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione, così ponendo fine alla tensione verso procedure conciliative stragiudiziali, da più parti tanto auspicata.

L’incessante scorrere delle norme, tuttavia, ha visto una reviviscenza della mediazione a seguito dell’introduzione dell‘art. 84, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 - convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 – con cui è stata nuovamente prevista l’obbligatorietà della mediazione, così superandosi il vizio di eccesso di delega che aveva dato luogo all’intervento della Consulta.

4. La tutela amministrativa del consumatore introdotta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

L'art. 5 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle strutture e la competitività (c.d. Cresci Italia) ha inserito, all'interno del Codice del consumo, l'art. 37 bis, intitolato "*Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*".

Al riguardo, è opportuno premettere che l'art. 7 della dir. 1993/13/CEE del Consiglio devolveva ai legislatori nazionali il compito di stabilire l'autorità competente e i rimedi di tipo generale, preventivo e collettivo: la scelta era tra un controllo giudiziale, un controllo amministrativo, ed un controllo integrato o combinato.

Il Legislatore italiano, nel dare attuazione alla dir. 1993/13/CEE, optava, dopo molte indecisioni, per un sistema di controllo giudiziale, e dettava l'art. 1469 sexies c.c., che sarebbe poi diventato l'art. 37 Cod. cons., rubricato "*azione inibitoria*".

La scarsa incisività di siffatto strumento induce ora il Legislatore a rivedere la scelta a suo tempo effettuata, e ad affiancare alla tutela giudiziale, di cui all'art. 37 Cod. cons., la tutela amministrativa, di cui all'art. 37 bis dello stesso Codice: si passa così da un sistema di controllo giudiziale ad un sistema di controllo integrato o combinato. "*Meglio tardi che mai*", è stato il commento espresso sul punto.[10]

Tale norma, appunto, ha introdotto una forma di tutela del consumatore priva del carattere giurisdizionale ed attivabile in via puramente amministrativa: in termini pratici, a fronte di clausole vessatorie, il consumatore potrà sporgere apposita denuncia presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e questa, ravvisata l'effettiva sussistenza dell'illecito, provvederà a dare la prescritta pubblicità al fatto, altresì irrogando, ove si renda necessario, apposite sanzioni amministrative (cfr. art. 37 bis, commi 1 e 2, Codice del consumo).

Una vicenda siffatta, certamente inidonea a determinare un esito risarcitorio in capo al consumatore, assume, tuttavia, un certo rilievo, fungendo da deterrente nei confronti delle imprese che, meno timorose dell'instaurazione di cause giudiziali (venendo spesso in rilievo le c.d. *small claims*), saranno, invece, assai più sensibili a forme di tutela attivabili dal consumatore con una semplice denuncia e foriere, ove la denunzia sia fondata, di rilevanti conseguenze sul piano economico.

[10] E. Minervini, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Nuove Leggi Civ. Comm., 2012, 3, 563.

La questione relativa all'opportunità di introdurre o meno una tutela di carattere amministrativo è stata ampiamente discussa in dottrina ancora prima che fosse emanata la direttiva comunitaria 93/13/CEE che, per prima, disciplinò le clausole vessatorie[11].

A fronte, tuttavia, di una tutela che pare assai incisiva e penetrante - anche solo per l'effetto deterrente che essa è in grado di realizzare sulle imprese – viene da pensare che l'elemento ostativo al suo inserimento stesse non tanto nel dubbio che la stessa potesse o meno avere una reale efficacia, quanto piuttosto in considerazioni di natura politica in certa misura ostili a nuove forme di controllo amministrativo nei confronti dei soggetti imprenditoriali.

In ordine alla tutela *de qua*, comunque, è dato avanzare una serie di considerazioni.

In primo luogo, essa ha carattere preventivo, secondo due distinte accezioni: ha un carattere preventivo rispetto all'instaurazione di una lite giudiziaria; ancora, essa ha un carattere preventivo in relazione alla possibilità, per le imprese, di interpellare preventivamente l'Autorità in ordine alla vessatorietà delle clausole che esse intendono adottare nei rapporti coi consumatori (art. 37 bis, comma 3, Codice del consumo).

In secondo luogo, la tutela in parola è assai più facilmente attivabile da parte del consumatore il quale, a tal fine, non andrà incontro ai costi che, invece, sono correlati ad una causa giudiziale e, di più, per il caso in cui l'Autorità effettivamente riscontri la paventata vessatorietà, egli potrà utilizzare le relative determinazioni per far valere, con maggiore vigore, il proprio diritto al risarcimento del danno dinanzi all'Autorità giudiziaria (che, pure, com'è ovvio, davvero non rimane vincolata alle decisioni assunte in sede amministrativa).

In terzo luogo, la tutela amministrativa, sul versante della concreta efficacia, appare maggiormente idonea a sortire effetti pratici rispetto all'azione inibitoria di cui all'art. 37 del Codice del consumo, essendo attivabile con maggiore facilità e, come detto, non abbisognando dell'instaurazione di un procedimento giudiziario.

Ancora, guardando ad altre esperienze proprie dei rapporti interprivati e legate, anche esse, alla vigilanza amministrativa - si pensi, a titolo esemplificativo, alla vigilanza relativa ai rapporti di lavoro esercitata dagli organi del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e, sul versante previdenziale, da quelli

[11]L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie,* in Obbl. E Contr. 2012,7, 492

dell'Inps - pare che siffatte forme di controllo siano idonee ad evitare l'instaurazione di liti, coi connessi effetti deflattivi del contenzioso, e possano attivare gratuitamente forme di tutela per il cittadino.

Sul punto non pare secondario rilevare che anche laddove gli organi di vigilanza amministrativa difettino di facoltà o poteri idonei a determinare effetti risarcitori in capo al soggetto leso - come avviene nel caso che interessa - la sola loro esistenza è comunque in grado di indurre le imprese ad un rispetto delle norme (quanto meno in via tendenziale), atteso il timore di andare soggette all'irrogazione di sanzioni amministrative talvolta assai rilevanti.

Da ultimo, guardando specificamente allo strumento dell'interpello previsto dal predetto art. 37 bis, comma 3, esso costituisce un istituto mutuato dal diritto tributario (cfr. art. 11, L. 27 luglio 2000, n. 212) e del quale, si ritiene, le imprese faranno un uso tutt'altro che rarefatto.

Guardando a tale istituto, la tutela amministrativa, letta in un'ottica di sussidiarietà, si pone, in maniera assai più palese rispetto ad altre ipotesi, come strumento di vigilanza sul corretto uso dell'autonomia, la quale non può spingersi a predisporre un modello di composizione degli interessi che non risponde a ragionevolezza, imponendo ad una delle parti sacrifici i quali, secondo i criteri di accertamento indicati, risultano sproporzionati.

Il Legislatore amplia i margini di autonomia dei privati, limita il ricorso alle norme inderogabili, sfuma la rigidità dei tipi, tuttavia, al fine di evitare che la libertà possa essere „abusata“, non circoscrive la tutela al rimedio giurisdizionale, ma introduce sistemi di vigilanza che si spingono fino alla verifica della corretta incidenza sul mercato di offerte che ancora non sono state emesse.

La procedura di interpello non attribuisce di certo all'Autorità una funzione per così dire dirigistica, ma tende ad incentivare il passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione.[12]

5. La disciplina italiana della *class action*: la genesi tormentata.

L'azione di classe italiana, ispirata alla *class action* statunitense, è prevista dall'art. 140 bis del Codice del consumo, come introdotto dall'art. 2, commi 446- 449, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) e successivamente modificato.

[12]Così L. Rossi Carleo, *La tutela aministrativa contro le clausole vessatorie*, cit.

L'art. 2 della menzionata legge finanziaria, richiamando in larga misura precedenti disegni di legge non approvati[13], ha introdotto nell'ordinamento un'azione collettiva risarcitoria riferita ad illeciti contrattuali o extracontrattuali produttivi di danni nei confronti di una pluralità di utenti o consumatori.

La *ratio* giustificatrice della norma in commento può essere spiegata alla luce della ridetta difficoltà delle istanze consumeristiche ad approdare alle aule giudiziarie, trattandosi, assai frequentemente di domande risarcitorie a connotazione esigua (le c.d. *small claims*, già richiamate in precedenza).

Proprio alla luce di tale rilievi, sin dagli anni '70 si è cercato di creare un mezzo di tutela più effettivo, economico e semplice, per la soluzione delle controversie seriali: un'azione estranea ai meccanismi ordinari del processo litisconsortile che altrimenti genererebbe giudizi con centinaia o migliaia di parti.

In questa prospettiva, è opinione comune che un'azione risarcitoria seriale dovrebbe contemperare e garantire il soddisfacimento di tre interessi fondamentali: quello dei danneggiati ad ottenere una tutela efficace, quello del danneggiante alla predeterminazione dei danni, quello del sistema giudiziario a realizzare una deflazione del contenzioso seriale.

In particolare, per quanto concerne l'ultimo degli obiettivi menzionati, esso può essere perseguito con qualche probabilità di successo solo mediante uno strumento processuale che svolga anche una funzione di deterrenza e stimoli comportamenti virtuosi degli operatori.

Diversamente, le imprese, non avvertendo il rischio di potenziali iniziative giudiziarie, avrebbero deboli motivazioni a rispettare le disposizioni normative e regole di condotta improntate a lealtà e correttezza nelle relazioni economiche[14]

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il Legislatore ha introdotto l'azione di classe, così superando le titubanze che, al riguardo, erano state manifestate in precedenza.

Come accennato, infatti, nel corso della XIV Legislatura, il Parlamento aveva esaminato due progetti (proposte n. 3838 e 3839), successivamente approdati ad un unico disegno di legge, tesi a positivizzare un'azione collettiva.

Mancando l'approvazione del Senato, tuttavia, questi progetti non erano confluiti in una norma di legge.

---

[13] In particolare, è stato richiamato il testo del disegno di legge 3058/S/XIV, presentato al Senato il 22.7.2004, poi divenuto C1495 (2006), di origine interministeriale. Nella materia *de qua*, comunque, erano state avanzate diverse proposte di legge tra cui si ricordano le seguenti: la n. 1834 di iniziativa del deputato Pedica; la n. 1443 di iniziativa dei deputati Poretti e Capezzone; la n. 1330 di iniziativa del senatore Fabris; la proposta di legge di iniziativa dei ministri Bersani e Mastella; la n. 1662 di iniziativa del deputato Buemi e altri, la n. 679 di iniziativa del senatore Benvenuto nonché la n. 1289 di iniziativa dei deputati Maran e altri.

[14] F. Tedioli, *La class action all'italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, in Obbl. e Contr., 2008, 10, 831.

Ciò nonostante, le esigenze di tutela dei consumatori nonchè la necessità di razionalizzare episodi di contenzioso che, diversamente, avrebbero dato luogo a migliaia di piccoli episodi giudiziari (come già era accaduto a seguito dei dissesti finanziari di Parmalat e Cirio) inducevano il Parlamento a riesaminare la questione.

A quel punto, si può dire che ormai i più ravvisavano nell'adozione di adeguati strumenti di protezione contro gli illeciti di massa un passo evolutivo imprescindibile per l'ordinamento, al raggiungimento del quale non si riteneva ostassero più i principi di rango costituzionale opposti da certa dottrina.

Con alcuni ritocchi apportati alla proposta di legge 3058 - riassuntiva delle precedenti proposte n.3838 e 3839 e che in precedenza il Senato non aveva ritenuto di approvare - il Governo inseriva infine le relative disposizioni all'interno della Legge finanziaria per il 2008, che diede così alla luce l'art. 140 bis cod. cons., prima versione.[15]

Dunque, sul versante contenutistico, la *class action*, in questa prima fase, si caratterizza nei termini che di seguito vengono descritti, alla stregua di un'efficace sintesi operata in ambito dottrinale.[16]

L'illegittimità e l'illiceità delle condotte lesive dell'integrità patrimoniale dei consumatori e degli utenti sono accertate attraverso un'iniziativa processuale affidata ad enti esponenziali della categoria.

L'intervento normativo è operato attraverso l'integrazione della normativa sulla legittimazione ad agire in giudizio a tutela di interessi collettivi, disciplinata dagli artt. 139 e 140 Codice del consumo.

L'art. 2, 446° co., Legge finanziaria inserisce nel Codice del consumo l'art. 140 *bis* il quale al 1° co. statuisce preliminarmente che la legittimazione all'azione spetta alle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale (*ex* art. 137, 1° co., Codice del consumo) e iscritte nell'apposito elenco tenuto presso il Ministero delle attività produttive nonché alle associazioni e ai comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere (art. 140 *bis*, 2° co., Codice del consumo).

La legittimazione ad agire, pur essendo stato allargato lo spettro dei soggetti, non è stata estesa ai comitati, che costituiscono sicuramente l'espressione più democratica ed efficace delle istanze dei consumatori, e richiede, con grave limitazione del loro diritto alla difesa, l'iscrizione dei soggetti ad un

[15]C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons – lineamenti processuali*, Cedam, 2012, 41.
[16]I. Lucati, *Class action all'italiana: nuove forme di tutela per consumatori e utenti*, Resp. Civ. 2008, 2, 188.

registro ministeriale.

L'azione, posta a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, deve essere esercitata mediante richiesta al Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa al fine di ottenere l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

Secondo quanto prevede l'art. 140 *bis*, 2° co., inoltre, i consumatori o gli utenti, i quali intendano avvalersi della tutela prevista dall'art. 140 *bis*, dovranno comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva fino all'udienza di precisazione delle conclusioni e ciò anche nel corso di un giudizio d'appello.

È sempre ammesso, pertanto, l'intervento di singoli consumatori o utenti che vogliano proporre domande aventi il medesimo oggetto.

Tra le novità di maggior rilievo legate all'esercizio dell'azione collettiva di cui all'art. 140 *bis*, 1° co., Codice del consumo o, se successiva, all'adesione all'azione collettiva, vi è sicuramente il riconoscimento alla stessa degli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell’art. 2945 c.c.

Alla prima udienza il Tribunale, in virtù di quanto statuisce l'art. 140 *bis*, 3° co., decidendo in composizione collegiale, sentite le parti, e assunte, se necessario, le sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla Corte d'Appello, che pronuncia in camera di consiglio.

La domanda è dichiarata inammissibile allorquando il Tribunale accerti la manifesta infondatezza o rilevi la sussistenza di un conflitto di interessi ovvero non ravvisi l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi dell'art. 140 *bis* Codice del consumo.

Se, al contrario, ritiene la domanda ammissibile, il giudice disporrà che venga data idonea pubblicità ai contenuti dell'azione proposta a cura dei promotori della stessa, dando contestualmente i provvedimenti necessari alla prosecuzione del giudizio.

Il giudice ha invece facoltà di differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul

medesimo oggetto sia in corso un'istruttoria davanti ad un'Autorità indipendente (art. 140 *bis*, 3° co.).

Qualora il giudice ritenga di poter accogliere la domanda, determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che abbiano aderito all'azione collettiva o che siano intervenuti nel giudizio.

La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti dei consumatori e degli utenti che hanno aderito all'azione collettiva.

È fatta salva l'azione individuale di consumatori o utenti che non abbiano aderito all'azione collettiva, o non siano intervenuti nel giudizio promosso.

Se possibile allo stato degli atti, *ex* art. 140, 4° co., Codice del consumo, il giudice potrà provvedere alla quantificazione del danno determinando altresì la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa dovrà comunicare a ciascun avente diritto il pagamento di una somma, con atto sottoscritto e depositato in cancelleria.

La proposta, in qualsiasi forma accettata dal consumatore o dall'utente, costituisce titolo esecutivo.

L'omessa comunicazione della proposta entro il termine di legge o la mancata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, al contrario, importerà la costituzione da parte del Presidente del Tribunale competente di un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o agli utenti che abbiano aderito all'azione collettiva o siano intervenuti e che ne abbiano fatto espressamente richiesta.

Pertanto, qualora l'azione collettiva si riveli fondata, i consumatori che hanno aderito e quelli successivamente intervenuti, hanno diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito: l'*an debeatur* è riservato, secondo le regole ordinarie di procedura, alla *plena cognitio* del rito ordinario giudiziale; il *quantum debeatur* è invece oggetto di una vera e propria procedura di conciliazione (c.d. composizione non contenziosa). Per la composizione non contenziosa della controversia il Presidente del Tribunale competente può orientarsi verso una Camera di Conciliazione costituita *ad hoc* ovvero, sull'accordo delle parti, verso uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38, d.lg. n. 5/2003.

Si tratterebbe, in quest'ultima ipotesi, di enti pubblici o privati, che diano idonee garanzie di serietà ed

efficienza, abilitati, pertanto, a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'art. 1 del ridetto decreto.

Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.

Su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, infatti, il Presidente del Tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38, d.lg. 17.1.2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il Tribunale.

Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 39 e 40, d.lg. 17.1.2003, n. 5, e successive modificazioni.

La Camera di Conciliazione, secondo quanto previsto dalla norma, dovrà essere composta necessariamente da un avvocato che rappresenti gli interessi dei soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta; sarà presieduta da un avvocato nominato dal Presidente del Tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori.

La Camera di Conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti.

Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo.

6. Confronti con la preesistente disciplina di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo.

L'elemento qualificante della *class action*, idoneo a distinguerlo dalle azioni di matrice collettiva già previste dal codice del consumo agli artt. 37, 139, 140, per la verità, risulta già dall'intitolazione dell'art. 140 bis del codice ("*Azione collettiva risarcitoria*").

Come risulta chiaramente a seguito di un'analisi comparativa tra l'art. 140 bis e le norme citate, infatti, il predetto art. 140 bis ha aggiunto agli strumenti di tutela posti a disposizione delle associazioni considerate rappresentative a livello nazionale – domande inibitorie, domande tese ad ottenere l'adozione di misure di correzione od eliminazione di effetti dannosi, domande tese ad ottenere la pubblicazione dei provvedimenti giudiziari così adottati – altresì la possibilità di chiedere, per via giudiziale, il risarcimento

dei danni cagionati ai consumatori nell'ambito di rapporti contrattuali stipulati per adesione od in relazione ad illeciti extracontrattuali, pratiche commerciali scorrette, illeciti concorrenziali; tutto ciò in riferimento alla lesione dei diritti di una pluralità di consumatori od utenti.

La medesima finalità risarcitoria non può essere ricondotta all'art. 140, comma 1, lett. b) del Codice del consumo che, nel menzionare, con linguaggio scarno e poco specificativo, misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, intende riferirsi a misure giudiziali che abbiano l'effetto di eliminare tali effetti, ripristinando lo status *quo ante*, ma non già dal punto di vista del ristoro patrimoniale o della compensazione del depauperamento subito.

L'opinione largamente dominante, in consonanza a quanto appena sostenuto, infatti, esclude che l'azione di cui all'art. 140 cod. cons. possa consentire di domandare il risarcimento dei danni subiti dai singoli consumatori.[17]

Sul punto, ben vero, è stato sostenuto che l'azione ex art. 140 del Codice del consumo, avendo natura preventiva-inibitoria, può rivelarsi insufficiente o non adatta a tutelare alcune tipologie di illeciti seriali (c.d. danni di massa o *mass torts*) che non sempre rappresentano il risultato di comportamenti valutabili preventivamente e che, inoltre, presenta lo svantaggio di costringere il singolo, danneggiato dalle violazioni accertate per mezzo dello strumento inibitorio, ad avviare un'azione individuale per ottenere il risarcimento del danno.[18]

La medesima opinione è stata poi avanzata in seno alla dottrina laddove è stato osservato che, prima dell'introduzione dell'art. 140 bis del Codice del consumo, il meccanismo di cui all‘art.140 del Codice consentiva alle associazioni dei consumatori e degli utenti solamente di convenire in giudizio l'impresa e di ottenere dal giudice un provvedimento che inibisse l'uso della clausola di cui fosse stata accertata l'abusività. Il massimo risultato ottenibile, secondo tale ermeneutica, era dunque l'emissione di provvedimenti di accertamento e di natura preventiva. Proprio per ovviare a questo limite, il Legislatore era perciò intervenuto integrando la normativa del Codice del Consumo, nella parte concernente la legittimazione ad agire in giudizio a tutela di interessi collettivi disciplinata dagli articoli 139 e 140. [19]

Il punto è che le azioni giudiziali di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del consumo assumono una valenza propriamente collettiva, come tale incapace di guardare ai profili risarcitori di pertinenza dei

[17]G. Dinacci, *Diritto dei consumi – Soggetti, contratti e rimedi* cit., 233.
[18]S. Miconi, *La "class action" nell'ordinamento italiano: sintesi di una trasformazione*, in Resp. civ. 2008, 8-9, 678.
[19]M. Atelli, *Class action/1: profili di legittimazione ad agire*, in Obbl. E Contr. 2008, 3, 79.

singoli consumatori danneggiati[20]; aspetto questo che rimane "stemperato" od eliso dalla stessa dizione testuale dell'art. 140 bis del Codice che, pur indirizzando l'azione delle associazioni a finalità di tutela di interessi collettivi, fa espresso riferimento all'accertamento del diritto del danno in capo ai singoli consumatori.

Il dato sostanziale della vicenda in relazione al quale, assunta l'insufficienza degli strumenti processuali preesistenti, si è addivenuti all'introduzione della *class action* nel nostro ordinamento, per la verità, è stato ampiamente affrontato dalla dottrina.[21]

In favore dell'introduzione di una tutela risarcitoria di classe, in particolare, sono state addotte nel tempo, fra l'altro, ragioni di economia processuale connesse alla contrazione del contenzioso civile, insieme ad esigenze di equità, tradotte nella necessità di eliminare il rischio di provvedimenti giudiziali difformi tra singoli consumatori.

Nel medesimo senso, poi, stava la considerazione per cui tali forme di tutela collettiva consentono all'imprenditore di predeterminare il rischio economico al quale va incontro.

Inoltre la prospettiva di strumenti efficaci di deterrenza corrispondeva al più ampio obiettivo di ristabilire fiducia nel mercato e di rassicurare i consumatori e gli utenti, oltre a consentire l'accesso alla giustizia alle situazioni generalizzate a ridotto importo economico individuale (si allude alle *small claims,*cui già si è fatto riferimento).

L'azione di classe consentiva, poi, il riequilibrio dell'asimmetria, sul piano processuale, tra le parti occasionali (i consumatori, portatori degli interessi attinenti alla loro singola pretesa) e la parte abituale (il professionista, portatore di interessi economici assai più elevati).

Un'asimmetria delle poste economiche, questa, che si traduce a sua volta in una diversa propensione ad investire nel giudizio e che influenza l'accesso alla giustizia e la tutela di situazioni sostanziali pure enunciate come fondamentali: trattandosi di contenzioso ripetitivo, l'impresa non solo ha vantaggi strategici, ma tendenzialmente destina al singolo processo risorse economiche commisurate non alle singole domande, ma all'entità globale delle pretese complessive.

La differenza di potere economico e di accesso alla tutela giudiziale menzionata è suscettibile di

[20]A. C. Di Landro, *Interessi dei consumatori e azione di classe*, E.S.I., Napoli, 2012, 72.
[21] A. C. Di Landro, op. cit., 18 e ss.

superamento proprio coordinando le parti occasionali così da contribuire insieme alle spese necessarie per la lite.

La situazione così descritta faceva propendere per l'opportunità di una tutela di classe.

In tal senso stava anche la considerazione per cui l'efficacia e l'attuazione delle regole poste a protezione della libera concorrenza nel mercato, per essere realmente operative, devono essere affidate non soltanto alla vigilanza dei pubblici poteri (c.d. *public enforcement*), ma anche all'operatività di rimedi civilistici (c.d. *private enforcement*), come sostenuto a livello comunitario in materia di attuazione del diritto antitrust (in tal senso, il Libro Verde delle azioni risarcitorie in materia antitrust, presentato dalla Commissione il 19 dicembre 2005, ed il Libro Bianco del 2 aprile 2008).

Queste, dunque, sono le ragioni note e sostanzialmente condivise che hanno indotto all'adozione dell'azione di classe. [22]

7. Criticità emerse in ordine alla prima normativa posta dall'art. 140 bis cod. cons. e successive modifiche intervenute.

A) Criticità relative alla versione primigenia dell'art. 140 bis cod. cons.

L'introduzione dello strumento di tutela collettiva di cui all'art. 140 bis del Codice del consumo, pur fondata sulle ragioni che sino ad ora sono state esposte, ha portato con sè, già dalla fase politica di gestazione della norma, criticità e dissensi.

Come rilevato in dottrina[23], infatti, già prima dell'entrata in vigore della Legge finanziaria per il 2008, quando ancora in Parlamento circolavano svariati disegni di legge volti all'introduzione della *class action*, molte erano state le voci dissonanti riguardo alle modalità di trasposizione nel nostro sistema dello strumento anglosassone.

Anzitutto vi era chi, come gli esperti di Abi, Ania, Assogestioni, Assonime, paventava il rischio che la normativa, invece di tutelare maggiormente i danneggiati, potesse condurre ad un'esplosione incontrollata delle fattispecie di danno, con effetti “distruttivi” per il mercato.

Il timore era che, senza rendere più efficiente il sistema giudiziario, si favorisse la proliferazione di cause

[22] A. C. Di Landro, op. cit., 21 e ss.
[23] M. Mazzeo, *Class action: luci ed ombre*, Resp. Civ. , 2008, 7, 668.

rivolte contro imprese e banche e si svilisse lo strumento della conciliazione e della risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Da altre parti si sottolineava il fatto che, una legge volta a circoscrivere il numero di soggetti abilitati a promuovere l'azione collettiva di difesa dei consumatori avrebbe potuto produrre, non una tutela semplificata dei diritti quanto piuttosto la nascita di una nuova corporazione.

Era stato ritenuto preferibile allora, per migliorare l'efficienza del sistema giudiziario italiano, approvare una normativa che rafforzasse il ricorso alle soluzioni stragiudiziali delle controversie, ad esempio, incentivando il ricorso all'istituto dell'*ombudsman*.

Numerose preoccupazioni, come ovvio, erano state espresse anche in merito alla sorte delle imprese coinvolte nelle *class actions*.

In particolare si evidenziava una grave incongruenza: nel sistema dell'azione collettiva nostrana, infatti, l'impresa convenuta avrebbe subito le conseguenze negative delle sentenze ma non avrebbe potuto trarre alcun beneficio dal rigetto delle istanze proposte dai consumatori.

Sul punto, a finanziaria appena varata, Confindustria era intervenuta sostenendo che l'introduzione della *class action* avrebbe costituito, inevitabilmente, un nuovo, pesante disincentivo a investire nel nostro Paese, già agli ultimi posti in Europa per attrazione di capitali stranieri.

Le problematiche sollevate, per altro, non terminavano con l'approvazione dell'art. 140 bis in commento, cui, seguivano nuovamente criticità.

In dottrina, sul punto, venivano svolte una serie di riflessioni[24].

In particolare, si riteneva che se l'intenzione era quella di fornire ai consumatori un nuovo e più efficace strumento di tutela, l'obbiettivo risultava realizzato solo in parte.

Permanevano notevoli perplessità sulla fruibilità e l'efficacia dello strumento e non mancavano gravi incertezze sulla procedure codificate, sui costi effettivi gravanti sul proponente, di per se' soggetto debole, sui tempi della decisione che potevano essere lunghissimi con il rischio, da non sottovalutare, che alcune imprese potessero anche dichiarare fallimento in corso di causa (soprattutto nel caso in cui si aspettassero

[24] M. Mazzeo, op. cit., 668.

di perdere).

Dubbi suscitavano, infine, i riflessi negativi sul mercato ed il conseguente danno, a volte irreparabile, all'immagine commerciale di quelle aziende che, coinvolte senza giusto motivo in azioni portate all'attenzione della collettività, riuscissero infine a prevalere in Tribunale vedendosi, però, nel frattempo condotte al fallimento.

Considerazioni negative sul nuovo impianto normativo venivano svolte anche da altra parte della dottrina[25] secondo cui una valutazione complessiva sul nuovo istituto introdotto con l'art. 140 *bis* c. cons., non poteva che essere critica.

In tale prospettiva, lo strumento approntato dal Legislatore non sembrava in grado di rispondere alle finalità alle quali era ispirato, rischiando, anzi, di rivelarsi inutile e dannoso.

La dottrina in parola riteneva che il Legislatore, invece di introdurre un'azione astratta affidata a soggetti istituzionali, avrebbe fatto meglio a recepire, con maggior coraggio, un meccanismo (*opt-out*) che individuasse con certezza gli appartenenti alla classe, permettendo l'instaurazione di un processo efficace nei confronti di tutti i soggetti coinvolti.

Inoltre, veniva osservato che, anche non volendosi stravolgere il sistema di *opt in*, sarebbe stato meglio rendere possibile l'adesione dei singoli interessati non oltre la chiusura della fase preparatoria del giudizio, prevedendo che il giudice, con l'ordinanza che dichiara ammissibile la domanda, assegnasse un termine perentorio per la definitiva formulazione delle adesioni.

Ancora, veniva rilevato che molte delle disposizioni contenute nella norma in commento non erano esaustive, originando lacune che richiedevano di essere colmate in via interpretativa con un'operazione ermeneutica resa particolarmente difficile dal fatto che nessuno dei nuovi istituti introdotti si prestava ad essere agevolmente inquadrato nelle categorie tradizionali.

All'incertezza del dato normativo, si aggiungeva, poi, che alcune questioni di fondamentale importanza erano state completamente ignorate dal Legislatore, come, per esempio, l'individuazione dei mezzi di pubblicità della sentenza od il regime delle spese legali.

Ancora, veniva considerato assolutamente incerto il regime della prescrizione, non essendo chiaro il

[25] F. Tedioli, *La class action all'italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling*, in Obbl. e Contr., 2008, 10, 831.

significato da attribuire al precetto secondo cui «*l'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma I o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile*».

La suddetta formulazione normativa non precisava se la prescrizione fosse interrotta a vantaggio di tutti i consumatori, o dei soli aderenti all'azione, ovvero, infine, dell'ente rappresentativo.

Non si comprendeva, infine, come l'esercizio dell'azione collettiva potesse interrompere la prescrizione, quando la citazione aveva esclusivamente per oggetto l'accertamento del fatto potenzialmente dannoso e della sua imputabilità ad un professionista.

Altro difetto presente nella norma *de qua*, poi, era considerata la mancanza di una disciplina delle spese di lite, non potendo il promotore condizionare l'adesione all'impegno del consumatore di contribuire, *pro quota*, al pagamento delle spese legali sostenute.

Il vizio più grave della disciplina in commento, comunque e condivisibilmente, veniva individuato nella struttura bifasica del processo che prevedeva la legittimazione dell'ente rappresentativo per l'accertamento dell'illecito, lasciando, poi, al singolo l'onere di esercitare l'azione individuale risarcitoria o restitutoria.

Tale sistema appariva poco funzionale, quanto meno per due motivi.

In primo luogo esso sembra collidere con il principio di economia processuale, generando la (concreta) possibilità che un'azione, concepita per offrire un risarcimento del danno (e, dunque, una tutela tendenzialmente esaustiva), si concludesse con un provvedimento che sostanziasse, invece, una mera statuizione di principio.

Infatti, i consumatori che non avessero trovato un accordo con l'impresa dovevano iniziare un nuovo giudizio per ottenere la quantificazione e la liquidazione del proprio danno.

I limiti soggettivi della sentenza resa al termine del giudizio collettivo rendevano, poi, sostanzialmente inutile una vittoria per il professionista.

Come si è già avuto modo di vedere, infatti, un altro ente poteva sempre agire in giudizio, in ordine alla medesima vicenda, e, d'altra parte, i singoli consumatori non aderenti o intervenienti non erano vincolati da quella pronuncia nell'ambito delle azioni individuali.

Se, dunque, il giudizio sul nuovo istituto introdotto dall'art. 140 *bis* Codice del consumo si rivelava complessivamente negativo, tuttavia si riconosceva l'esistenza di ipotesi in cui l'azione collettiva poteva offrire una certa utilità.

Tale veniva considerata l'ipotesi di quelle situazioni in cui il diritto al risarcimento non era certo o comportava un'istruttoria particolarmente complessa e costosa.

In questi casi, il consumatore poteva ritenere più utile l'azione collettiva e (tutt'al più) dividere con il proponente e gli altri aderenti i costi della propria tutela: infatti, una volta accertata l'illiceità della condotta (non tanto oltre si estende l'oggetto del giudicato), i rischi di soccombenza nel successivo giudizio promosso dal singolo si riducevano notevolmente.

B) Le modifiche normative intervenute.

Richiamate, dunque, talune criticità della norma in commento, come evidenziate dalla dottrina, di seguito, saranno valutati i successivi interventi legislativi.

In particolare, a fronte di un testo normativo da più parti considerato "frettoloso" o suscettibile di migliorie, il Legislatore non tardava a reintervenire sulla materia, provvedendo, con la L. 23 luglio 2009, n. 99, intitolata "*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia"*, a modificare il testo dell'art. 140 bis del Codice del consumo.

Numerose erano le modifiche apportate dal Legislatore, come di seguito richiamate.

Sul piano della legittimazione attiva, la stessa veniva attribuita ad associazioni cui è conferito mandato da consumatori/ utenti e comitati di consumatori/utenti laddove, nella versione primigenia della norma, la stessa spettava ad associazioni di cui al comma 1 dell'art. 139 cod.cons. nonchè ad associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

La legittimazione passiva, col nuovo testo, competeva non più soltanto alle imprese, ma comprendeva esplicitamente anche enti gestori di pubblici servizi o di servizi di pubblica utilità.

Mutavano, poi, anche le situazioni giuridiche tutelate, le quali venivano ad identificarsi coi diritti individuali omogenei di una pluralità di consumatori/ utenti - in particolare: a) diritti contrattuali di una

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

Le modalità di adesione dei singoli consumatori/utenti all'azione di classe venivano novellate nel senso per cui l'atto di adesione prevedeva l'identificazione del diritto fatto valere con relativa documentazione probatoria; non richiedeva il ministero di un difensore; andava depositato in cancelleria (anche tramite l'attore) – era possibile entro il termine perentorio stabilito dal giudice (non oltre 120 giorni dalla scadenza del termine per l'esecuzione della pubblicità) - comportava rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo.

Con la modifica normativa, poi, gli effetti sulla prescrizione, ai sensi degli artt. 2943 e 2945 c.c., decorrevano dalla notificazione della domanda e, per coloro che avessero aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

Con la novellazione in parola, inoltre, mutava anche la disciplina sull'ammissibilità dell'azione: la decisione veniva adottata dal Tribunale all'esito della prima udienza (cui partecipava anche il p.m.) con ordinanza reclamabile entro 30 giorni dalla comunicazione/ notificazione davanti alla Corte d'appello, che decideva in camera di consiglio non oltre 40 giorni dal reclamo (non sospensivo); la domanda era dichiarata inammissibile quando: a) fosse ritenuta manifestamente infondata; b) sussistesse un conflitto di interessi; c) il giudice non avesse ravvisato l'identità dei diritti individuali tutelabili; d) il proponente non appariva in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Con l'ordinanza con cui ammetteva l'azione il tribunale: a) definiva 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; b) fissava un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, dovevano essere depositati in cancelleria.

Circa la pubblicità dell'ordinanza emessa dal Tribunale, in base al disposto normativo come modificato nel 2009, la disciplina si connotava nei seguenti termini. Con l'ordinanza con cui ammetteva l'azione, il

Tribunale fissava termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe: copia dell'ordinanza veniva trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne curava ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet; l'esecuzione della pubblicità era condizione di procedibilità della domanda; con l'ordinanza di inammissibilità il giudice regolava le spese e ordinava la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

In ordine alla trattazione, veniva disposto che si svolgesse avanti il Tribunale in composizione collegiale; con l'ordinanza con cui ammetteva l'azione il Tribunale determinava il corso della procedura, assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo; con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale: a) prescriveva le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; b) onerava le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; c) regolava nel modo che riteneva più opportuno l'istruzione probatoria; d) disciplinava ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio

Circa il coordinamento con attività amministrative o con altre azioni, veniva stabilito che il giudizio potesse essere sospeso quando sui fatti rilevanti fosse in corso un'istruttoria davanti ad un'Autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo; non erano considerate 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: quelle proposte entro detto termine serano riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adìto ordinava la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

Relativamente alla decisione, l'art. 140 bis cod. cons., come novellato, stabiliva che se il Tribunale accoglieva la domanda, pronunciava sentenza di condanna con cui liquidava, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che avessero aderito all'azione oppure stabiliva il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme (in caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il Tribunale teneva conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi). - la sentenza diveniva esecutiva decorsi 180 giorni dalla pubblicazione (i pagamenti delle somme dovute

effettuati durante tale periodo erano esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza); la sentenza che definiva il giudizio faceva stato anche nei confronti degli aderenti, fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non avessero aderito all'azione collettiva.

La nuova disciplina, poi, stabiliva altresì che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicavano i diritti degli aderenti che non vi avessero espressamente consentito; gli stessi diritti erano fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo.

In ordine alla possibilità di conciliare, poi l'art. 140 bis, successivamente alle modifiche subite, stabiliva che se l'impresa non avesse comunicato la proposta entro il termine o non vi fosse stata accettazione nel termine di 60 giorni dalla comunicazione della stessa, il Presidente del Tribunale dovesse costituirre un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che avessero aderito all'azione collettiva o fossero intervenuti e che ne avessero fatto domanda. La camera di conciliazione quantificava, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituiva titolo esecutivo; in alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale disponeva che la composizione non contenziosa avesse luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'*articolo 38 del d.lgs. n. 5/03*, operante presso il Comune in cui aveva sede il Tribunale

Circa le modifiche intervenute, in dottrina è stato espresso un commento positivo[26], ritenendosi che il complesso delle novità apportate dalla L. 99/2009 abbia avverato molte delle speranze riposte nella vecchia versione della norma, disegnando in maniera piuttosto nitida il ritratto di un'azione risarcitoria collettiva vicina, per funzione e per struttura, alla *class action* statunitense, rendendosi possibile la deduzione in un unico giudizio di plessi di pretese restitutorie o risarcitorie omogenee fondate sull'identica lesione di plurimi diritti soggettivi, perpetrata da un illecito di massa.

La conseguente condanna dell'impresa convenuta di cui fosse acceratata la responsabilità, riequilibrando la posta in gioco tra i consumatori ed i soggetti forti del mercato, evidenzia – secondo la riportata dottrina - come l'azione di classe sia capace di dispiegare un indubbio potenziale deterrente nei confronti degli illeciti commessi dalle stesse imprese.

[26]C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 49.

La norma, come riformulata a seguito della novella legislativa del 2009, tuttavia, non è andata esente da critiche: l'esperienza dei primi due anni di applicazione dell'art. 140 bis cod. cons. ha consentito di trarre un bilancio provvisorio non molto incoraggiante nell'ottica del tendenziale rafforzamento della tutela dei consumatori.

Con riguardo alle azioni di classe di cui fino a tempi recenti constava la trattazione, si sono registrate ben sette declaratorie di inammissibilità (alcune delle quali confermate in sede di reclamo), due sole ordinanze di ammissibilità, un rigetto in rito con sentenza di primo grado.[27]

Un fattore di insuccesso dell'azione in commento va ricercato in un certo attegiamento di chiusura degli organi giurisdizionali aditi, che hanno opposto una strenua resistenza nei riguardi del nuovo *modus procedendi* di cui al predetto art. 140 bis, maggiormente pragmatico e scevro dai formalismi tipici del rito tradizionale di cognizione.

Su tali profili non ha purtroppo inciso il c.d. Decreto Liberalizzazioni, ovvero il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante le disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito, con modificazioni, dalla Legge 27 marzo 2012, n. 27 che, però, allo scopo di superare altre delle menzionate *impasses*, ha introdotto alcune apprezzabili modifiche all'art. 140 bis cod. cons., soprattutto in punto di identità/omogeneità delle situazioni soggettive deducibili e di liquidazione dei risarcimenti o delle restituzioni spettanti ai componenti della classe nel caso il giudice si limiti a stabilire i criteri omogenei di calcolo. [28]

In particolare, guardando alle modifiche da ultimo introdotte dal D.L. Liberalizzazioni, come convertito, giova precisare che dette modifiche sono state introdotte al dichiarato scopo di rendere più efficace l'azione di classe (l'art. 6 del citato D.L. è propriamente intitolato "*Norme per rendere efficace l'azione di classe*"); circostanza, questa, che evidenzia come lo stesso Legislatore avesse preso atto dell'inadeguatezza della precedente disciplina.

Le modifiche da ultimo apportate, comunque, se da un lato hanno il pregio di definire in termini di maggiore specificazione l'oggetto dell'azione di classe - al comma 2 dell'art. 140 bis, infatti, sono state premesse le seguenti parole: «*L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori*.» - hanno anche

[27]C. consolo, B. Zuffi, op. cit., 50
[28]C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 53.

il merito di avere conferito un maggiore spazio di operatività alla disciplina laddove, a più riprese, è stato sostituito il requisito dell'omogeneità a quello dell'identità delle situazioni soggettive tutelabili.

Sul punto, è stato osservato che, a seguito dell'intervenuta modifica normativa, non occorre più che le situazioni dei consumatori siano identiche essendo stato in tal modo ampliato, con la modifica, il ventaglio di possibilità di ammissibilità della *class action*.

Aspetto, questo, che, *a fortiori*, è stato considerato meritevole, in considerazione del fatto che il precedente regime aveva, sino ad allora, reso spesso impossibile la tutela perché il requisito della identità del diritto, ad una interpretazione rigorosa, si era rivelata, nei fatti, di ardua configurabilità, come opportunamente evidenziato nella stessa relazione illustrativa al Decreto Legge.

Ad esempio, si consideri il caso di una banca d'affari a fronte della quale ciascun risparmiatore, avendo sottoscritto somme differenti, non avrebbe potuto essere tutelato con la *class action* perché non titolare di una situazione giuridica unica ed irripetibile (identica). [29]

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[30].

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.

Da ultimo, ma non per importanza, il Legislatore ha opportunamente aggiunto al comma 12 del ridetto art. 140 bis, dopo il primo periodo, i seguenti : «*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*».

Una volta, cioè, che il Giudice abbia individuato il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle

[29] F. R. Fantetti, *L'omogeneità della situazione dei proponenti la class action*, in Obbl. e Contr., 4, 2012, 281
[30] M. Sacchi, „*Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*” , in www.altalex.it.

somme dovute, soccorre la disciplina da ultimo introdotta – idone a porre un termine alle parti per rinvenire un accordo, decorso il quale deciderà il Giudice – opportunamente riempitiva di un assetto disciplinatorio altrimenti monco od incompiuto.

8. I diritti tutelabili mediante l'azione di classe: struttura dell'illecito e danno risarcibile.

L'ambito oggettivo di applicazione della norma è compiutamente delineato ai primi due commi dell'art. 140 bis, cod. cons., come riformulato dalle modifiche normative intervenute.

Per ragioni di opportunità espositiva, dunque, viene riportato, a seguire, tale dato normativo, altresì evidenziando graficamente gli elementi testuali utili all'individuazione delle situazioni soggettive tutelate dalla norma.

" *1. 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. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. (170)*

2. L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, 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 o servizio 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."

Il comma 1 della norma in commento estende il proprio ambito di tutela, oltre ai diritti individuali omogenei di consumatori ed utenti, anche agli interessi collettivi.

Una siffatta estensione testuale non pare, tuttavia, caratterizzarsi in termini di effettività: la norma *de qua*,

come in precedenza esposto, assolve alla specifica finalità di fornire uno strumento risarcitorio alla pletora di consumatori che abbiano subito l'illecito laddove alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori sono preposte altre norme (artt. 140 e 37, cod. cons.).

Anche ove si ignorassero, poi, le ragioni poste a fondamento dell'introduzione di un'azione di classe nel nostro ordinamento e le istanze sociali che ne hanno costituito la base, la stessa struttura della norma depone nel senso di una tutela specificamente finalizzata alle restituzioni ed ai risarcimenti in favore dei consumatori che siano stati danneggiati (si guardi, in tal senso, al comma 12 dell'art. 140 bis, relativo ai poteri decisori del Giudice nel caso di accoglimento della domanda), piuttosto che al perseguimento di interessi a rilievo collettivistico (salvo che l'interesse collettivo in parola sia considerato proprio quello attinente all'azione di classe).

Acclarato, dunque, come il *proprium* della tutela in commento attenga ai diritti risarcitori di spettanza dei singoli consumatori, pure inseriti nel contesto collettivo di un'azione di classe, giova rilevare come l'ambito di applicazione della fattispecie si presenti in termini decisamente più ampi rispetto alla primigenia formulazione della norma, riferendosi non più soltanto all'ambito di rapporti giuridici stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ma alla più vasta categoria dei diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile (lett. a), comma2, art. 140 bis, cod. cons. nella sua attuale formulazione).

Diritti contrattuali che, quindi, potrebbero essere stati vulnerati da un inadempimento, ma anche da una condotta precontrattuale scorretta e realizzata in termini di generalità (si ipotizzi il caso delle informazioni false o fallaci rese alla generalità dei consumatori) od ancora dal generale inserimento, nei contratti d'impresa, di clausole vessatorie verso il consumatore.

E' interessante, poi, rilevare come la tutela sia stata estesa ai consumatori anche a prescindere da un rapporto contrattuale diretto (lett. b), comma 2, art. 140 bis), potendosi, dunque, attivare anche nei confronti di un fornitore di servizi o produttore di beni, persino laddove il consumatore non abbia instaurato cogli stessi una vicenda contrattuale.

Una siffatta formulazione della norma è meno ampia rispetto a quella presente nella versione originaria, che assumeva l'azionabilità della *class action* in relazione ad atti illeciti extracontrattuali, ma,

verosimilmente, più specialistica, ovvero maggiormente aderente alle situazioni di danni che possono concretamente verificarsi in capo a classi di consumatori.

Rimane, ancora, la previsione relativa all'attivabilità dell'azione in commento anche in relazione a pregiudizi derivanti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali, da sempre presente nell'ambito della norma *de qua*.

A fronte di una disciplina siffatta, resta, tuttavia, un'incertezza sul piano soggettivo: la norma non utilizza il termine professionista, che nel codice del consumo designa sia l'imprenditore che il libero professionista, sicchè permane il dubbio se l'azione di classe possa essere esperita soltanto nei confronti dell'imprenditore o anche nei confronti degli esercenti le professioni intellettuali o dei loro ordini e associazioni professionali. [31]

In ogni caso, minimo comun denominatore delle vicende da cui può scaturire la *class action* è sicuramente rappresentato da un fatto costitutivo a rilevanza comune che vale a fondare la pluralità di diritti risarcitori o restitutori e che deve potersi riferire in modo indifferenziato alla pluralità di consumatori od utenti. [32]

Tanto delineato in termini generali, sul fronte della struttura dell'illecito, pare che la stessa, di massima, si caratterizzi nei termini consueti, assurgendo a rilievo la condotta del danneggiante nonchè il nesso di causalità della stessa col danno riportato dal danneggiato.

Minor rilievo pare, invece, che debba assumere l'elemento psicologico della condotta dannosa, in considerazione del fatto che in ambito contrattuale, a fronte di prestazioni rese da un soggetto professionale, l'interpretazione giurisprudenziale, ormai da tempo, individua forma di responsabilità per danni che assumono una valenza oggettiva o semioggettiva.

L'assunto per cui il soggetto professionale, alla luce della propria esperienza, è in grado di prevedere i danni verificabili e, per questo, è tenuto a predisporre opportune misure idonee a prevenirli od evitarli, quindi – per quanto consta - induce la prassi giudiziaria a prescindere in certa misura dall'elemento della colpevolezza in capo al professionista, nei limiti, naturalmente, del sacrificio esigibile in capo al debitore professionale e, soprattutto, del caso fortuito.

[31] G. Dinacci, op. cit., 236.
[32] A. C. Di Landro, op. cit., 88.

Circa la portata delle disposizioni in commento, naturalmente, non sono mancati commenti dottrinali.

In particolare, sul punto è stato osservato[33] che l'omogeneità dei diritti contrattuali di cui al menzionato comma 2, lett. a), allude ad una contrattazione seriale iniqua od illecita riferita ad una pluralità di consumatori/utenti laddove l'omogeneità delle situazioni soggettive sarebbe data dalla comune condizione di parti contraenti (deboli) pregiudicate dalla medesima clausola o condizione iniqua apposta al regolamento negoziale.

In altri termini, secondo la dottrina in parola, i diritti risarcitori a connotazione aggregata sono quelli ad una contrattazione equa , vulnerati da un'identica condizione o clausola illegittima, anche non predisposta dall'impresa.

Circa le situazioni soggettive di cui al comma 2, lett. b), poi, la superfluità del rapporto contrattuale tra consumatore finale e produttore viene interpretata nei termini per cui possono promuovere l'azione di classe non soltanto i soggetti che abbiano la qualifica di *emptores*, ma anche chiunque venga a trovarsi, anche in via occasionale, a contatto col prodotto stesso.[34]

Relativamente, poi, all'idoneità dell'azione di classe a riferirsi anche a condotte anticoncorrenziali, ciò muove dalla necessità di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato non soltanto per via pubblicistica, ma anche tramite strumenti a carattere privatistico.

Aspetto, questo, che appare maggiormente comprensibile ove si consideri che l'effetto distorsivo della concorrenza è idonea a ledere, oltre agli interessi delle imprese, anche quelle dei consumatori che, "a valle", subiscono gli effetti degli illeciti verificatisi "a monte" (cioè *ab origine*, con la condotta anticoncorrenziale) e che, dunque, hanno diritto alla restituzione del sovrapprezzo pagato.[35]

Sul piano generale e conclusivo, comunque, è stato ritenuto che il rimedio sia stato concepito in riferimento a risarcimenti tutt'affatto omogenei e standardizzabili quanto alla loro monetarizzazione, come è agevole desumere dal rinvio all'art. 1226 c.c., operato dal comma 12 dell'art. 140 bis cod. cons.: la tutela risarcitoria collettiva gravita soprattutto in ambito contrattuale e comunque, anche quando lambisce la responsabilità aquiliana, nelle ipotesi tipizzate ivi previste, essa si ricollega pur sempre alla stipula di un negozio, che rileverà come fatto storico nella prospettazione attorea, ancorchè non sia necessario che

[33] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 70 e ss.
[34] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 74.
[35] Cass. Sez. un. 4 febbraio 2005, n. 2207.

un rapporto negoziale corra direttamente tra i consumatori e l'impresa convenuta; specie a fronte di illeciti anticoncorrenziali, infatti, la condotta dell'impresa convenuta influirà direttamente sulla validità del contratto concluso a valle dal consumatore o sulla causazione del danno derivante dalla sua esecuzione.

In sostanza, secondo l'ermeneutica ivi riportata, il contesto che il Legislatore sembra avere immaginato come spazio operativo del rimedio è quello di fasci di microcrediti risarcitori/restitutori spettanti ai singoli quali vittime di illeciti seriali occasionati da identici rapporti di consumo di cui essi sono parte e, quindi, di entità tendenzialmente commisurate al valore del bene o del servizio richiesto.[36]

9. Prospettive *de iure condendo*.

La riforma operata dal Legislatore nel 2009, come sopra analizzata, pare abbia delineato l'istituto dell'azione di classe in termini idonei ad elidere od attenuare molte delle carenze che, in un primo momento, erano state colte nella formulazione primigenia dell'art. 140 bis, cod. cons. (la versione originale dell'art. 140 bis, addirittura, era stato autorevolmente definito un "*mostro giuridico*" da riscrivere integralmente [37]).

Pur a fronte delle migliorie apportate dal Legislatore alla norma in commento, permangono, tuttavia, taluni profili suscettibili di nuove modifiche normative, come paiono auspicabili sulla scorta di taluni rilievi operati in ambito dottrinale [38].

In particolare, a fronte dello scarso utilizzo operato, almeno sino ad oggi, dell'azione di classe, è stato individuato quale elemento di dissuasione presente nell'attuale disciplina legislativa il fatto che l'azione, nella sostanza, possa essere esperita soltanto da soggetti economicamente forti.

Soltanto soggetti che presentino tali requisiti, infatti, possono farsi carico di oneri economici adeguati a remunerare professionisti legali e consulenziali di certo livello, capaci di superare il vaglio di ammissibilità processualmente imposto dalla norma (comma 6, art. 140 bis, Cod. cons.).

Parimenti una certa capacità economica in capo al soggetto proponente dell'azione è *de facto* imposta dalla norma al momento in cui si richiede che lo stesso dia dimostrazione di poter curare adeguatamente gli interessi della classe: requisito, questo, inclusivo della possibilità, in capo all'attore, di dar luogo alla

[36]C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 85.
[37]G. Alpa, *Un"mostro giuridico" da riscrivere integralmente*, in Il Sole 24 ore del 17 Novembre 2007.
[38]G. Dinacci, op. cit., 239.

pubblicità disposta dal Tribunale per consentire l'adesione degli appartenenti alla classe nonchè della possibilità di raccogliere e gestire le adesioni operate dai soggetti danneggiati.

Ancora, in ordine alla disposizione in commento, sono state individuate, ulteriormente, due fondamentali pecche della nuova disposizione che, se non tempestivamente corrette, rischierebbero di vanificare il positivo impatto sulla posizione processuale del c.d. contraente debole dell'azione di classe [39]

La prima: la disposizione di cui all'art. 140 -*bis* cod. cons. sembrerebbe voler disciplinare la materia dettando, quasi esclusivamente, norme di principio, senza quella - pur pedante - regolamentazione analitica che ci si attenderebbe per un processo, del tutto nuovo nel panorama processuale italiano, e altresì sconosciuto nella nostra tradizione giuridica.

La seconda: sembra quasi che la nuova disciplina dell'art. 140 -*bis* sia inserita in una sorta di terreno vergine, poiché la disposizione non tenta neanche di rapportarsi anche alle già rodate norme tese a disciplinare le fattispecie inibitorie e ripristinatorie di cui agli artt. 37 e 140 Cod. cons..

Le due carenze normative denunciate dalla tesi dottrinale da ultimo menzionata paiono, tuttavia, recessive o secondarie rispetto ad altre considerazioni portatrici di una maggiore pregnanza sul versante pratico - giudiziario.

In particolare, laddove la presenza di diversi strumenti processuali non pare costituire un effettivo *vulnus* della normativa in esame, prestandosi ad essere risolta (come, per altro, ammesso dalla stessa dottrina in parola) sulla scorta di valutazioni ermeneutiche, neanche la carenza di una regolamentazione analitica dell'*iter* processuale sembra costituire un effettivo deficit della disciplina in commento.

Di maggiore pregnanza, invece, come si diceva, appaiono diverse considerazioni di matrice analoga o similare a quelle evidenziate dalla prima dottrina richiamata nel corpo del presente paragrafo.

In particolare, l'art. 140 bis in parola, al comma 8, stabilisce che un'eventuale ordinanza di inammissibilità emessa dal Tribunale, oltre a disporre sulle spese, ponga altresì a carico del soccombente l'onere di dare adeguata pubblicità al provvedimento stesso.

E' evidente che una disposizione siffatta costituisca un ulteriore deterrente alla proposizione dell'azione, onerando la parte attrice di un'incombenza economica che, oltre ad apparire rilevante e ad aggiungersi alle spese di soccombenza, si staglia dinanzi al proponente con un certo grado di probabilità, attesa la non facile superabilità dell'ostacolo processuale costituito dalla prima fase di ammissibilità dell'azione.

La prassi giudiziaria, in via generale, pare infatti dimostrare come i processi che siano portatori di un

[39] F. Santangeli, *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*, in www.judicium.it.

preliminare vaglio di ammissibilità non di rado si arrestino a tale fase, rimanendo incapaci di superare le valutazioni, talvolta anche approfondite, operate sul punto dagli organi giudicanti.

La preoccupazione, poi, di incorrere in una pronuncia di inammissibilità con relativa soccombenza di spese e la correlata imposizione di ulteriori negatività economiche connesse alla pubblicità del provvedimento giudiziale – già ordinariamente fondata per i motivi evidenziati – pare ancora maggiore nell'odierna fase giudiziaria caratterizzata da un‘esigenza di deflazione dei carichi giudiziari così spiccata da apparire idonea a prevaricare le stesse domande di giustizia avanzate dai cittadini, come viene talora osservato dagli operatori del diritto.

Una siffatta situazione pare sortire effetti dissuasivi assai efficaci nei confronti dei consumatori, posto che questi si guarderanno bene dal proporre un'azione di classe ove questa non sia assistita da un'efficacia certa e da una notevole probabilità di successo.

Le istanze che, invece, non presentino tali caratteristiche – salvo che siano introdotte da soggetti dotati di notevoli capacità economiche – paiono, nella più parte dei casi, destinate ad esaurirsi rapidamente nel limbo delle situazioni stragiudiziali, rimanendo, per i consumatori ad uno stadio puramente velleitario a fronte delle insidie di natura economica così intrinsecamente connesse all'incauto esercizio di un'azione giudiziaria.

Una prospettiva *de iure condendo*, dunque, potrebbe incidere sugli aspetti da ultimo segnalati, prevedendo un riparto delle spese non afflittivo in capo al consumatore che veda respinte le proprie istanze quando esse abbiano un certo grado di fondamento ed altresì disponendo sistemi di pubblicità che - avallati da una previsione legale in tal senso e dotati di efficiacia impositiva nei confronti di taluni organi mediatici oppure basati sull'utilizzo della televisione pubblica – abbiano una portata lieve o non vessatoria nei confronti del consumatore, sul versante propriamente economico.

Modifiche siffatte, favorendo l'accesso alla giustizia, senza meno aumenterebbero il numero delle azioni di classe effettivamente proposto così mutando l'attuale *trend*, caratterizzato da un'esperienza giudiziaria assai ridotta o limitata[40].

[40]Sul punto, si veda G. Dinacci, *Diritto dei consumi - Soggetti*, cit., 238, secondo cui "*Sebbene l'interesse della dottrina per la nuova disciplina sia vivissimo, e l'attenzione mediatica sempre alta, le azioni di classe effettivamente proposte avanti ai Tribunali si contano, a due anni dall'entrata in vigore del novellato art. 140 bis, sulle dita di una mano.* ".

CAPITOLO 2

ANALISI DI DIRITTO COMPARATO DELL'AZIONE DI CLASSE.

1. Introduzione.

Nel precedente capitolo di quest'opera, dopo avere richiamato le istanze sociali poste alla base della normativa consumeristica, è stata esposta la non facile genesi ordinamentale della *class action e* ne sono state individuate le caratteristiche, altresì corredando le relative osservazioni con analisi di matrice processuali e considerazioni attinenti al profilo del diritto futuribile o *de iure condendo*.

Tanto osservato sul piano propriamente istituzionale e delle connotazioni ordinamentali dell'istituto in parola, varrà, nel prosieguo, soffermarsi su considerazioni di natura comparata, idonee a disvelare quelle che sono state le prime manifestazioni di situazioni processuali a valenza collettivistica, come maturate in altre esperienze ordinamentali e, successivamente, recepite in Italia.

L'esperienza di maggiore rilievo, al riguardo, si è verificata negli Stati Uniti, verosimilmente in relazione alla precoce maturazione industriale ed economica di tale Paese e del correlato manifestarsi, prima che altrove, di esigenze di tutela consumeristica sorte dalla prassi dei rapporti economici.

La previa realizzazione di una siffatta casistica giudiziaria negli Stati Uniti ha comportato che l'azione di classe delineatasi nell'ambito di tale ordinamento assurgesse propriamente a modello od a stereotipo per gli altri ordinamenti giuridici, pur con la necessità di adattamenti dovuta a talune peculiarità proprie di quel sistema che non sempre sono riproducibili nell'ambito degli altri Paesi (si pensi, esemplificativamente, ai c.d. *punitive damages*, tipici degli ordinamenti di *common law* e, in particolare, degli Stati Uniti).

Sul versante storico, è stato osservato[41] che, secondo recenti studi, forme embrionali di azioni rappresentative erano già presenti nel periodo precedente la nascita dell'*equity*.

Già a partire dal XII sec. furono promosse davanti alle Corti feudali locali inglesi, cosiddette *Manorial Courts,* le prime azioni rappresentative.

Secondo una ricostruzione storica, tali azioni si svilupparono in tre settori principali:

1) le pronunce relative al *bill of peace* che serviva, in presenza di una pluralità di parti, ad instaurare una giurisdizione di *equity* per ragioni di economia processuale;

2) nelle liti riguradanti gli affari delle società commerciali, cosiddette *Joint-stock companies;*

[41] G. Buzzi, „*Class Action: un'analisi comparativa*.", in www. Altalex.it.

3) per i *creditor's bill, i legatee bills e i vessel's cases.*

Con la fusione della giurisdizione di Common Law e di *equity* vi fu in Inghilterra l'abbandono delle azioni rappresentative.

L'istituto, come detto, riscosse maggiori consensi negli Stati Uniti, sviluppando le caratteristiche che saranno di seguito richiamate.

2. La *class action* negli Stati Uniti quale modello di riferimento per gli altri Paesi.

La stampa divulgativa[42], nell'analizzare l'istituto dell'azione di classe italiana, la ha definita "*una scala a pioli in cui mancano alcuni gradini centrali.*", lamentando che il potere delle *lobbies* economiche avesse impedito l'introduzione di un efficace strumento normativo a tutela del consumatore nonchè l'inesistenza nel nostro ordinamento, difformemente dagli ordinamenti di diritto comune, di danni punitivi, idonei a contenere le condotte illecite degli operatori professionali verso i consumatori.

Anche nell'analisi di un'informazione di massa[43], poi, non si è omesso di rilevare l'origine della *class action*, collocandola, sul versante storico, nell'esperienza giudiziaria degli Stati Uniti e rinvenendone il dato sostanziale nell'unione di una pluralità di consumatori avverso un soggetto professionale, sovente con l'impulso di grandi studi legali disposti a sostenere le spese correlate, con la prospettiva di guadagnare una congrua percentuale sul risultato ottenuto (c.d. patto di quota lite, ormai ammesso anche nel ns. ordinamento).

Del resto, il rilievo dell'azione di classe nell'ambito giudiziario statunitense è anche testimoniato da note opere cinematografiche, riproduttive di importanti casi giudiziari realmente verificatisi.

Il film più noto su una *class action* americana è "*Erin Brockovich*".

L'opera cinematografica, che valse a Julia Roberts l'Oscar come miglior attrice, è tratta da una storia vera.

Erin è una segretaria di uno studio legale, la quale da una ricerca in archivio scopre che la *Pacific Gas and Elctric Company* ha contaminato con il cromio, una sostanza tossica, le falde acquifere di una cittadina californiana provocando gravissime malattie negli abitanti. Sostenuta dal suo datore di lavoro, Erin vince la battaglia legale, ottenendo per i 260 querelanti indennizzi per 333 milioni di dollari.[44]

---

[42] Codacons, "*Dissanguati ? – la guida pratica per la tutela del consumatore*" – DeAgostini, 2013, 174.
[43] Codacons,, op. cit., 176.
[44] Sintesi dell'opera cinematografica tratta da G. Buzzi, op. cit.

L'azione di classe, in buona sostanza, pur storicamente sorta in Inghilterra – come sopra esposto – ha rinvenuto proprio negli Stati Uniti un fertile terreno di applicazione, altresì maturando in seno al medesimo ordinamento, quei tratti distintivi che più valgono a caratterizzarla e che hanno costituito un modello anche per altri sistemi giuridici.

Richiamando un'analisi svolta in ambito dottrinale[45], può rilevarsi che l'introduzione della *class action* negli Stati Uniti risale al 1938 e che, a seguito di una rivisitazione della relativa disciplina nel 1964, nel 1966 vide la luce quella che oggi è la *Rule 23* del *Federal Rule of Civil Procedure*, recepita in modo differente nei singoli Stati.

Essa delinea i quattro requisiti che la *class action* deve possedere, vale a dire il rilevante numero delle persone che può riguardare, la comunanza delle situazioni giuridiche e di fatto da tutelare, la tipicità della situazione giuridica e l'adeguatezza della rappresentazione.

Questi sono considerati i pre-requisiti cui vanno aggiunti ulteriori requisiti quali la predominanza delle questioni generali su quelle personali e la economicità in senso lato della *class action* in confronto ad altre azioni possibili.

A questo impianto di base sono stati apportati negli anni diversi emendamenti che riguardano la categorizzazione delle situazioni e soprattutto i rapporti tra gli aderenti alla *class action* e la controparte ed anche la possibilità di rinunciare da parte dei singoli.

Altri emendamenti hanno riguardato, tra l'altro, il compenso degli avvocati, la sincronizzazione della certificazione delle decisioni, le messe a punto di eventuali sviste od errori.

A fronte dei numerosi presupposti richiamati, dunque, può essere avviata un'azione di classe, con la finalità di ottenere per tutti i membri della classe risultati effettivi e, al tempo stesso, superiori a quelli che i singoli membri potrebbero ottenere con azioni singole.

Sul versante propriamente procedurale, poi, la *class action* si scandisce nelle seguenti fasi, come richiamate in ambito ermeneutico[46].

In particolare, all'interno di tali fasi, è centrale quello della c.d. *certification* ad opera del giudice: con essa si verifica l'ammissibilità della *class action* alla luce dei parametri fissati dalla *Federal Rule of Civil Procedure* e si individuano i confini del gruppo, cioè i requisiti, possedendo i quali si appartiene alla classe lesa.

---

[45] "*Class action: dalle origini ad oggi – Class action negli Usa*", in www. classactionitalia.com.

[46] F. Caringella, L. Buffoni, op. cit., 858.

Tale momento costituisce il cuore della procedura, in quanto la peculiarità della *class action* riposa sulla estensibilità del giudicato a tutti gli appartenenti al gruppo, ivi compresi coloro i quali non abbiano preso parte al processo.

Ciò premesso, il procedimento previsto per la *class action* statunitense si articola essenzialmente nelle seguenti fasi:

- un cittadino o un gruppo di cittadini, in qualità di *class representative* (rappresentante di tutta una classe di danneggiati) promuove l'azione collettiva dinanzi ad una corte federale. A tal fine è necessario dimostrare la comunanza dell'interesse azionato ad un'intera classe di soggetti, potenzialmente anche molto ampia, e comunque di dimensioni tali da impedire il normale litisconsorzio;
- il giudice deve autorizzare la *class action*, verificando che nel caso di specie sussistano tutti i requisiti cui la legge federale subordina l'esercizio dell'azione di gruppo: affinchè la corte prenda in considerazione un interesse in un'ottica collettiva è necessario che la classe sia portarice di una questione comune sia in fatto che in diritto (*commonality*); che i rappresentanti siano in grado di rappresentare gli interessi dell'intero gruppo (*adequacy*); che il gruppo sia così numeroso da ricomprendere tutti i portatori di quell'interesse (*numerosity*); che i rappresentanti avanzino istanze omogenee per tutto il gruppo rappresentato (*typicality*);
- la *certification* del giudice è volta sostanzialmente a verificare la sussistenza di un interesse di gruppo che giustifichi un'azione collettiva in luogo di più azioni individuali nonché la rappresentatività del promotore dell'azione (*class representative*);
- l'omologazione dell'azione collettiva realizzata dal giudice (*certification*) deve essere successivamente notificata ai membri del gruppo mediante comunicazione personale o, qualora si tratti di interessati solo potenziali, attraverso forme di pubblicità che possono arrivare a coinvolgere anche la stampa o *i mass-media*. Ciò in quanto, come accennato, la futura sentenza (avente ad oggetto l'ammontare del danno risarcibile) esplicherà i propri effetti non solo sui *class representatives* o sui membri del gruppo noti al momento della proposizione dell'azione, ma anche verso tutti i soggetti che, pur non avendo partecipato al processo, appartengono alla classe. E' prevista, dunque, un'efficacia vincolante del giudicato per tutti i membri del gruppo, siano essi attuali o potenziali;

- può accadere, tuttavia, che un soggetto appartenente alla class individuata dal giudice abbia interesse ad intraprendere un'azione individuale senza restare vincolato alla sentenza emessa in relazione alla *class action* (si pensi al caso in cui la vicenda personale sia tale da fondare una domanda risarcitoria di entità maggiore rispetto a quella conseguibile con l'azione collettiva); a tal fine è stato previsto l'istituto dell'*opt out*, cui la notifica della *certification* è preordinata, in virtù del quale un appartenente al gruppo si esclude dall'azione, rimanendo immune dalla sentenza relativa alla class action. Si ritiene che in caso di *opt out* al danneggiato sia preclusa la possibilità di usufruire di un giudicato favorevole sull'azione di gruppo. E' stato previsto, dunque, un meccanismo di esclusione dalla *class action* (*opt out*) piuttosto che di adesione alla stessa (*opt in*): il primo consente una tutela del soggetto danneggiato più efficace e capace di supplire all'eventuale disinformazione di quanti non siano in grado di comprendere i vantaggi derivanti da un'azione collettiva e che rimarrebbero , pertanto, pregiudicati dalla mancata adesione alla stessa;
- accertata la responsabilità del convenuto, il giudice emette una sentenza di condanna che di regola fissa in via generale l'ammontare del danno risarcibile in capo a tutti i componenti della *class*.

L'esperienza statunitense, in ogni caso, ha sostanziato un modello di riferimento per altri Paesi che, pur con taluni tratti distintivi, ne hanno richiamato i profili fondamentali (è quanto avvenuto, ad es., in Canada od in Australia).

Altri regimi normativi, invece, si sono distaccati, in certa misura, dall'originario modello statunitense, come è avvenuto in alcuni paesi dell'America del Sud e dell'Europa.

In ordine a tali aspetti, saranno svolte talune considerazioni nel prosieguo della presente trattazione.

2. 1. Confronto coi principi dell'ordinamento giuridico italiano.

L'analisi della *class action* statunitense evidenzia un contrasto stridente, si potrebbe dire, rispetto a taluni principi propri dell'ordinamento italiano: il c.d. sistema dell'"*opt-out*" - in base al quale un membro del gruppo interessato dalla controversia di classe decide di rimanere estraneo al relativo contenzioso, consapevole del fatto che l'assenza di una scelta in tal senso lo renderebbe automaticamente partecipe del relativo esito giudiziario - collide nettamente coll'assunto per cui la sentenza produce effetti soltanto

nei confronti delle parti processuali (cfr. art. 2909 c.c.).

Il *decisum* giudiziale, cioè, nel nostro ordinamento produce i propri effetti nei confronti delle parti, degli eredi o degli aventi causa, ma non anche nei confronti di altri soggetti che, pur partecipi della medesima situazione sostanziale, siano rimasti estranei al relativo contenzioso.

Tanto ciò è vero che l'azione di classe di cui all'art. 140 bis cod. cons. prevede l'opposto sistema dell'*opt-in* ovvero della scelta di prendere parte al processo quale necessaria condizione affinchè la relativa sentenza estenda i propri effetti ad altri soggetti, diversi da colui che ha proposto l'azione e dal convenuto.

Altro elemento di differenziazione tra la *class action* originale e l'omologo sistema rimediale recentemente introdotto nel nostro ordinamento attiene alle possibili pronunce giudiziali cui è possibile pervenire: in particolare, nell'ordinamento statunitense possono essere emesse sentenze di condanna a danni c.d. punitivi (si tratta dei già menzionati *punitive damages*), ossia a vocazione propriamente sanzionatoria nei confronti del convenuto.

Pronunce giudiziali di questo tipo, a notevole effetto deterrente o di prevenzione generale nei confronti dei soggetti professionali – comprensibilmente timorosi di subire rilevanti disfatte economiche correlate a siffatte decisioni - non sono riproponibili nel nostro ordinamento ove il risarcimento viene associato non già ad intenti punitivi, quanto piuttosto ad esigenze di reintegrazione o riparazione della lesione perpetrata (Cass. n. 1183 del 19 gennaio 2007).

Tale ultima considerazione, per altro, rimane ferma pur a fronte di talune ipotesi di condanna a carattere punitivo o sanzionatorio, talvolta previste dal nostro ordinamento (si pensi alla responsabilità aggravata per lite temeraria ex art. 96 c.p.c. od all'ipotesi di condanna recentemente introdotta dall'art. 614 bis c.p.c.), ma considerate sempre quali ipotesi eccezionali a fronte di una regola connotata in senso opposto.

Le differenze sopra esposte, per altro, sono state altresì evidenziate dalla dottrina[47].

Ultima differenza tra la *class action* statunitente e quella introdotta nell'ordinamento italiano, ormai non più attuale, atteneva alla possibilità della prima di dare luogo a patti di quota lite in ordine all'esito della controversia: una siffatta possibilità – idonea a sostanziare un forte stimolo nei confronti di studi legali ad assumere la lite – è ormai consentita nell'ordinamento italiano, essendo venuto meno l'antico divieto posto in tal senso (si vedano, in tal senso, l'odierna versione dell'art. 2233 c.c. nonchè l'art. 13, commi 3

[47] I. Lucati, „*Class action" all'italiana nuove forme di tutela per consumatori e utenti*, Resp. Civ. 2008 , 2, 188.

e 4, L. 31 dicembre 2012 n. 247, recante " *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*").

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, innanzi a fattispecie quali quella descritta, accade frequentemente 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.

Una tale eventualità di possibile conflitto di interessi tra rappresentanti e rappresentati, tuttavia, è 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.).[48]

3. Ipotesi giudiziali d'interesse in ambito statunitense e problematiche applicative.

Fonti di informazione specializzata in ambito economico riportano taluni casi giudiziali di *class action* verificatisi negli Stati Uniti.

Così, tra gli altri, è riportato il caso di una nuova *class action* che alcuni azionisti della compagnia

[48] M. Sacchi, "*Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*.", in www.altalex.it.

Blackberry hanno recentemente avviato presso la Quebec Superior Court, per ottenere un risarcimento economico.

A muoversi legalmente contro la compagnia, rea di aver gonfiato troppo ottimisticamente le previsioni di vendita dei nuovi smartphone Z10 e di aver nascosto le difficoltà di natura finanziaria della società, un gruppo di investitori canadesi[49].

Ancora, viene richiamata la vicenda giudiziaria[50] a seguito della quale Facebook ha raggiunto un accordo da 20 milioni di dollari in esito ad una *class action* negli Stati Uniti sulle *Sponsored Stories* distribuite tra le sue pagine. Le *Sponsored Stories* sono annunci pubblicitari che possono adoperare i "mi piace" o il nome di un iscritto su Facebook. Essi, però, hanno sollevato talune perplessità: gli utenti hanno, infatti, accusato il *social network* di adoperare i loro dati senza averne il permesso.

Non di rado, poi, anche siti Internet a connotazione divulgativa[51] riportano significative vicende giudiziarie relative ad ipotesi di *class action*.

Tra le altre, sono richiamate cause intentate alle multinazionali del tabacco Philip Morris e Reynolds da ex-fumatori, ammalati di cancro: alcuni di questi processi si sono conclusi con indennità in miliardi di dollari, tese non solo a rimborsare ai pazienti i costi delle cure e i danni morali, ma anche a disincentivare i comportamenti dei produttori di sigarette (pubblicità ingannevole, promozione del fumo tra i minorenni, aggiunta di additivi che creano tossicodipendenza).

Viene altresì riportata una *class action* a seguito della quale fu comminata una punizione esemplare nel 2001 contro Ford e Firestone per i pneumatici difettosi dei fuoristrada Explorer, che tendevano a sbandare ad alta velocità. La sola Firestone, in tale contenzioso, perse dieci miliardi di dollari.

Ancora, si fa riferimento ad ipotesi di *class action* per *malpractice* medica nonchè verso le catene di *fast food* in relazione al dilagare dell'obesità infantile.

Un'azione di classe è stata altresì avanzata nei confronti dell'impresa La Ferrero USA Inc., filiale statunitense dell'azienda dolciaria italiana.

---

[49] G. Rusconi, „*Blackberry scrive ai clienti : contate su di noi. Ma gli azionisti avviano una nuova class action*", in www. Ilsole24ore.com, 16 ottobre 2013.

[50] L. Dello Iacovo, „*Facebook, dopo la class action utenti USA ottengono un risarcimento da 15 dollari ciascuno, 20 milioni in totale.* " in www. ilsole24ore.com, 27 agosto 2013.

[51] www. Disinformazione.it.

Essa ha accettato di rimborsare gli acquirenti statunitensi della Nutella che ne faranno richiesta per un ammontare totale di circa 3 milioni di dollari, divisi in due fondi, uno per la California (di 550 mila dollari) e uno per il resto degliStati Uniti (2,5 milioni).

La Ferrero ha preso questa decisione in seguito a una *class action* partita dall'iniziativa di Athena Hohenberg, una donna californiana che, nel febbraio del 2011, accusò l'azienda italiana di aver diffuso informazioni ingannevoli sul contenuto di grassi della Nutella attraverso gli annunci pubblicitari.

La donna contestò il fatto che, nella pubblicità, la Nutella venisse definita come un prodotto semplice, fatto con ingredienti come le nocciole, il latte scremato e il cacao, e fosse per questo particolarmente adatto per la colazione dei bambini, senza menzionare però l'alto contenuto di grassi (il 31 per cento, di cui un terzo circa sono grassi saturi)[52].

La menzionata casistica realizzatasi oltre oceano se, da un lato, pone in evidenza una forte tutela verso i consumatori, d'altra parte, evidenzia altresì taluni fattori suscettibili di dare luogo a disfunzioni applicative.

La possibilità che le grandi imprese siano condannate per danni punitivi e la forte propensione della classe forense ad intraprendere questo tipo di azioni giudiziali (in relazione agli elevati profitti correlati) potrebbero dare luogo ad una sorte di iperprotezione verso i consumatori e, in ultima analisi, ad esiti giudiziari eccessivamente sanzionatori nei confronti delle aziende (che, non di rado, almeno stando ai commenti giornalistici di riferimento, vengono " messe in ginocchio „ dalle condanne comminate in sede giudiziale).

Tanto ciò è vero che, attesi i costi elevati che il meccanismo della *class action* comporta per l'industria americana, il partito repubblicano ha più volte proposto – sinora senza esito - di riformare la *tort litigation* in senso restrittivo, riducendo la possibilità dei risarcimenti punitivi.[53]

In ordine alle problematiche che occupano, poi, ulteriori elementi negativi sono stati, condivisibilmente, evidenziati dalla dottrina[54].

In particolare, è stato rilevato che il discredito di immagine derivante all'impresa dalla sola proposizione della *class action* nei suoi confronti ha talora indotto le parti convenute a transigere a fronte di azioni di

[52] Informazioni tratte dal sito Internet www.ilpost.it.

[53] Informazioni tratte dal sito Internet www. Disinformazione.it.

[54] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., pag. 23.

dubbia fondatezza (con un fenomeno di *overdeterrence*) mentre, in talune occasioni, non sono mancate soluzioni opposte laddove si sono verificate soluzioni conciliative fortemente inique o di ridottissimo valore economico per i consumatori, propugnate da *class counsels* (ossia dagli avvocati che assistono il soggetto che rappresenta la classe) allettati dai pingui compensi loro riconosciuti (con un fenomeno, altrettanto disdicevole, di sottodeterrenza).

In ogni caso, il timore ultimo è che la protezione accordata tramite la *class action* statunitense possa accordare un'"iperprotezione" in favore dei consumatori così da indurli ad avanzare azioni collettive a fronte di ipotesi di danno minimale od, in qualche misura, fisiologiche da parte di grandi organizzazioni aziendali che, a fronte di una tutela giudiziaria siffatta, dismessa l'abituale posizione di forza verso il consumatore, rischiano esse stesse di trovarsi in una posizione minorata a fronte di uno strumento così marcatamente sanzionatorio nei loro confronti.

4. Valutazioni di carattere comparato relative alle diverse esperienze ordinamentali.

Il modello del diritto federale statunitense è stato mutuato, pur con talune varianti, da altri ordinamenti (così è avvenuto, ad es., da parte della Francia, del Canada, di Israele).

Altri sistemi giuridici, invece, hanno optato per metodiche di tutela giudiziaria di classe in certa misura differenziate (ad es., Brasile, Inghilterra, Germania).

Richiamando taluni tratti distintivi delle soluzioni adottate dai diversi ordinamenti, saranno svolte, di seguito, talune osservazioni[55].

In Canada, in particolare, sussistono elementi differenziali rispetto al modello nordamericano sul piano dei requisiti previsti per la *certification* (che si caratterizzano per una minore rigidità) e per una diversa regolamentazione delle spese che, più simile alla nostra, è ispirata al principio della soccombenza.

In Israele è prevista un'elencazione delle *causes of action* deducibili ed il rimedio può essere esperito, oltre che dal singolo rappresentante della classe che abbia un interesse immediato e diretto nella causa, anche da agenzie pubbliche ed associazioni/organizzazioni riconociute.

In Brasile, dove legittimati all'azione sono il Pubblico Ministero, deterrminati organi pubblici e associazioni precostituite per legge, l'accoglimento della domanda di classe dà luogo ad una condanna generica

[55] Le nozioni di carattere comparato esposte nella parte iniziale del paragrafo sono state mutuate da C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 26.

limitata all'accertamento della responsabilità del convenuto per i danni cagionati ai consumatori mentre la concreta liquidazione dei danni è rimessa al successivo esperimento di azioni giudiziarie da parte die singoli. Inoltre, l'automatica estensione della condanna nei confronti degli apartenenti alla classe opera soltanto per le pronunce favorevoli.

Si procederà di seguito alla disamina specifica di talune soluzioni ordinamentali adottate – in particolare, quelle relative a Francia, Germania, Inghilterra - richiamando, a tale proposito, la dottrina che si è dedicata alla relativa analisi[56].

Per quanto concerne la disciplina francese, essa si presenta piuttosto articolata.

Al riguardo, è possibile affermare che l'art. 422-1 del *Code de la Consommation* stabilisce che – previo conferimento di un mandato di almeno due consumatori – le associazioni dei consumatori rappresentative sul piano nazionale possono agire in giudizio davanti a tutte le giurisdizioni al fine di ottenere il risarcimento dei danni per conto dei mandanti.

Il mandato, aggiunge la legge, deve essere redatto in forma scritta e, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, non può essere divulgato per mezzo di pubblicità televisiva o radiofonica, né per mezzo di lettere personalizzate.

Ora, sebbene si tratti di un modello fortemente ispirato a quello statunitense, in particolare il vincolo alla diffusione di cui s'è detto ha contribuito in maniera significativa al sostanziale fallimento dell'istituto.

Si aggiunga che le risorse finanziarie messe a disposizione dalla legge si sono rivelate insufficienti per garantire la diffusione dell'istituto; la carenza della legge in alcune sue parti ha reso ingovernabili le azioni di massa all'interno dei tribunali; inoltre, è venuta alla luce la scarsa preparazione giuridica degli esponenti delle associazioni dei consumatori a gestire un numero elevato di consumatori all'interno di una medesima causa; non solo, le associazioni hanno manifestato sin da principio la scarsa propensione ad assumere la responsabilità connessa alla gestione dei procedimenti giudiziari dei propri iscritti.

Più recentemente, il governo francese, consapevole del sostanziale fallimento della precedente legislazione, ha proposto la modifica della stessa e l'introduzione di una *action de groupe* analoga a quella presente nello stato del Québec.

Per quanto concerne l'ordinamento tedesco, esso ha introdotto la disciplina dell'azione di classe più recentemente rispetto a quello francese.

Il provvedimento che ne disciplina l'applicazione risale all'agosto 2005 e titola "*Gesetz zur Einfuhrung*

[56] G. Sgueo „*Analisi comparativa tra il modello statunitense e quello europeo di azione di classe*" , www. diritto.it.

von Kapitalanleger-Mustervefahren".

Si tratta, tuttavia, di un provvedimento meno esteso di quello francese o statunitense.

Questo, infatti, presenta due peculiarità.

Anzitutto, si rivolge espressamente (e soltanto) agli investitori, nell'ottica di una disciplina più estesa che ha lo scopo di promuovere lo sviluppo del mercato finanziario e la tutela dei soggetti che vi operano.

Inoltre, ha una durata temporalmente limitata (il dispositivo introduttivo della legge ne vincolava l'efficacia al quinquennio successivo alla sua entrata in vigore: essa, tuttavia, è stata rinnovata sino al 31 dicembre 2015).

Se, dunque, il provvedimento tedesco si presenta più limitato rispetto a quelli precedentemente analizzati, è anche vero che il diritto processuale tedesco prevedeva già la possibilità che le associazioni di categoria degli interessi dei consumatori potessero agire in giudizio a tutela degli stessi.

La ragione per cui si è deciso di predisporre una disciplina più puntuale è semplice: l'istituto contemplato dal diritto processuale veniva applicato soprattutto – ed, anzi, quasi esclusivamente – in relazione agli interessi degli investitori sui mercati finanziari, ed in particolare riferimento alla collocazione nel mercato fin7anziario tedesco delle azioni della società *Deutsche Telekom AG*, in seno al processo di „de-monopolizzazione" del colosso delle telecomunicazioni.

La nuova disciplina prevede, in particolare, che la domanda per attivare la procedura sia presentata al giudice competente con l'indicazione dell'oggetto da accertare nel procedimento.

Non solo, la domanda deve contenere tutte le circostanze di fatto e di diritto che sono rilevanti ai fini della controversia ed i mezzi di prova dei quali il ricorrente intende servirsi a sostegno delle proprie ragioni.

È il giudice stesso che si occupa della pubblicazione della domanda: lo fa iscrivendola in un apposito registro nella Gazzetta Federale elettronica.

Infine, l'ordinanza emessa dal Tribunale è appellabile presso la Corte Suprema Federale. Tra le altre cose, poiché si tratta di un interesse di carattere generale, alla Corte Suprema non è consentito, come avviene in altri casi, di negare l'appello a propria discrezionalità.

Infine, per quanto attiene al sistema anglosassone, esso si differenzia dal sistema statunitense, attesa la presenza di un autentico regime di *opt-in* in cui non si assiste ad alcuna estensione automatica degli effetti della sentenza resa nel processo collettivo a coloro che ne siano rimasti estranei: ciò si spiega per il

fatto che non si dà corso ad ad alcun giudizio “rappresentativo”.

Per altro, conformemente a quanto accade negli U..S.A., al giudice inglese sono attribuiti amplissimi poteri discrezionali nella gestione del processo collettivo, il che fa dell’istituto della *Group Litigation* uno strumento alquanto duttile: molto dipenderà dalle valutazioni di opportunità suggerite dal caso concreto.[57]

Il caso anglosassone, poi, si presenta peculiare per un altro aspetto: è particolarmente discusso dalla giurisprudenza e dalla dottrina la possibilità che si possa ottenere l’*enforcement* delle sentenze emesse negli Stati Uniti.

Il problema incontra posizioni favorevoli e posizioni contrarie.

Gli autori favorevoli sostengono che la soluzione vada cercata nel dovere dei giudici giudicanti in un caso di *class action* di difendere anche gli interessi dei soggetti assenti.

La decisione assunta, in conseguenza dell’applicazione di un principio tradizionale di giustizia naturale, deve trovare piena applicazione anche negli ordinamenti diversi da quelli del giudice cui appartengono i soggetti assenti.

La posizione della giurisprudenza è discorde.

Alcune sentenze hanno riconosciuto i diritti dei cittadini inglesi che avevano agito Stati Uniti ed hanno dato applicazione alle sentenze dei giudici statunitensi.

In altri casi, invece, non si è ritenuto di procedere in tal senso, rilevandosi una sostanziale ed incolmabile difformità tra i due ordinamenti giuridici.[58]

[57] C. Consolo, B. Zuffi,, op. cit., 31.
[58] G. Sgueo, op. cit.

CAPITOLO 3

LA *CLASS ACTION* NELLA SUA DINAMICA PROCESSUALE.

1. Premessa

Guardando all'art. 140 bis, cod. cons., emerge *ictu oculi* la sussistenza di un dato processuale anomalo o di certa peculiarità.

La fattispecie, cioè, viene disciplinata sul versante processuale secondo modalità difformi da quelle ordinarie ed alla stregua di una regolamentazione specificamente prevista per le azioni di classe esercitate dai consumatori.

La peculiarità delle azioni in parola, dunque, è stata tale da indurre il Legislatore alla formulazione di un apposito processo che adattasse il crinale giurisdizionale alla dimensione collettiva delle situazioni sostanziali da tutelare.

In prima approssimazione, è possibile rilevare dati processuali difformi rispetto alla disciplina ordinaria nella possibilità di adesione dei soggetti interessati senza ministero di difensore (aspetto, questo, che è però compatibile con la natura di *small claims* delle situazioni da tutelare), nella possibilità d'intervento da parte del pubblico ministero, correlata alla dimensione collettiva e quindi pubblica delle vicende *de quibus*, nella previsione di una fase preliminare costituita da un vaglio di ammissibilità, nelle modalità idonee a pubblicizzare il processo pendente, nell'esclusione della possibilità d'intervento del terzo ex art. 105 c.p.c. (correlata alle partciolari caratteristiche del processo in parola), nel potere del giudice di determinare il corso della procedura, nelle peculiari modalità di determinazione del danno nonchè in altre previsioni particolari, proprie della norma in commento.

La disciplina di cui all'art. 140 bis, nella propria dinamica processuale, neanche è stata intaccata dalle recenti tendenze legislative a semplificare i procedimenti giurisdizionali, come da ultimo manifestatesi con la riduzione delle modalità processuali, un tempo pletoriche, a tre sole modalità (rito ordinario, rito del lavoro e rito sommario di cognizione), ad opera del D. Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante „*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione die*

procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della L. 18 giugno 2009, n. 69 ".

Fatto, questo, che ancor più dimostra la peculiarità del processo in parola, essendo esso rimasto intonso od immutato pur a fronte di un intervento legislativo generalista, quale quello indotto dal menzionato D. Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, teso alla riforma del rito processuale civile.

Nel presente capitolo, dunque, si procederà alla disamina delle disposizioni dell'art. 140 bis, cod. cons. aventi ad oggetto la disciplina del dato processuale.

2**. Un processo anomalo: *ratio* giustificatrice delle peculiarità procedurali ed analisi correlata**.

Al precedente capitolo 1 di quest'opera sono state illustrate le ragioni di fondo che hanno condotto all'elaborazione di un'azione di classe e le situazioni sostanziali che essa intende tutelare.

Tra le altre cose, è stato posto in evidenza come l'azione di classe abbia inteso individuare un meccanismo di tutela in favore dei consumatori in riferimento a rivendicazioni od istanze di ridotto valore economico (c.d. *small claims*) per le quali non sarebbero stati sufficienti gli ordinari sistemi rimediali.

L'azione di classe offre una tutela ai consumatori, consentendogli di agire giudizialmente per situazioni che altrimenti rimarrebbero spesso prive di un'effettiva tutela; cumula una sommatoria di istanze individuali, così evitando il pericolo dell'intasamento delle Uffici di Giustizia; rende possibili ipotesi di accordo tra le parti nella fase finale della decisione, così consentendo alle imprese di assentire a risarcimenti accettabili piuttosto che esporsi all'aleatorietà di una decisione calata dall'alto ed alla connessa (potenzialmente letale) imprevedibilità.

Tutto quanto precede, rilevando sul piano sostanziale, non poteva rimanere privo di effetti sul versante processuale: piuttosto che affidare le situazioni in parola agli ordinari meccanismi del rito processuale, dunque, il Legislatore ha inteso delineare un modello giudiziale *ad hoc*, meglio idoneo alla definizione delle problematiche consumeristiche a dimensione collettiva.

Per tali motivi, esigenze di giustizia hanno reso possibile aderire all'azione di classe anche senza ministero di difensore, analogamente alle possibilità di ricorso sussistenti per le piccole controversie civili o tributarie o per l'opposizione a talune sanzioni amministrative di ridotto rilievo economico.

Per gli stessi motivi, poi, in conformità alla rilevanza collettiva - e, dunque, pubblica – delle istanze di classe, la norma ha imposto che l'atto introduttivo del giudizio fosse notificato anche al pubblico ministero, così facoltizzato ad intervenire nella fase preliminare del giudizio.

Istanze ancora correlate alla peculiarità della situazione sostanziale di riferimento hanno indotto il Legislatore all'introduzione di un vaglio preliminare di ammissibilità a valenza plurima, cioè teso alla valutazione di situazione diverse, quali la patente infondatezza della domanda, la mancata omogeneità delle situazioni giuridiche di riferimento (coessenziale all'azione di classe), la sussistenza di conflitti d'interessi o l'idoneità del promotore a curare l'interesse della classe.

Circa il vaglio di ammissibilità in parola – fatte salve le considerazioni che saranno svolte nel prosieguo della trattazione -. per ora può sinteticamente rilevarsi come, nell'ambito della prassi giudiziaria, esso possa costituire uno "scoglio" non facilmente superabile, essendo rimesso alla stringente analisi degli organi giudiziari.

Per altro, la stessa fase preliminare di ammissibilità pare comunque debba basarsi – pressochè esclusivamente - sugli elementi di valutazione previsti dalla norma (la manifesta infondatezza della domanda e gli altri elementi sopra indicati); trattandosi, cioè, di una fase a valenza non ordinaria od eccezionale, in quanto normalmente insussistente, pare che essa debba attenersi rigorosamente ai limiti di legge, senza consentire agli organi giudiziari di inoltrarsi in (straordinarie) valutazioni di ammissibilità non facoltizzate dalla norma.

Ancora appare pertinente alle problematiche in parola l'esigenza di dare idonea pubblicità all'azione giudiziale ammessa – che la norma ha inteso assicurare adeguatamente - così da consentire l'adesione degli appartenenti alla classe.

In consonanza, poi, con la disciplina peculiare del dato processuale *de quo*, non trova applicazione l'istituto dell'intervento del terzo di cui all'art. 105 c.p.c. (esigenze di intervento sono già soddisfatte dai meccanismi di pubblicità suindicati).

Di certo rilievo, inoltre, appare il potere del Tribunale di determinare il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo: facoltà, questa riconosciuta agli organi giudicanti che, doppiando previsioni tipiche di processi a connotazione sommaria od accelerata (si allude al rito ex artt. 702 bis e ss. c.p.c. od al rito del lavoro), pare in grado di

assicurare una tutela idonea – ed in certa misura rafforzata rispetto a quella ordinaria, quanto meno sul piano della rapidità dei tempi processuali – alle istanze provenienti dalla classe.

Anche la fase attinente al dato decisionale, infine, appare caratterizzata da certe peculiarità, come saranno debitamente evidenziate nelle pagine a seguire.

3. Poteri processuali dell'organo giurisdizionale e pronunce adottabili dal giudice.

Le disposizioni normative in commento, come rilevato, recano disposizioni peculiari tese a predisporre una disciplina processuale in riferimento ad una situazione sostanziale connotata da specialità ed a matrice collettivistica.

La peculiarità della disciplina in parola, in particolare, assurge ad un'evidenza netta laddove il Legislatore ha regolamentato la scansione procedurale.

Al riguardo, infatti, il ridetto art. 140 bis cod. cons., al comma 11, 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. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale 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, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.*"

Il corso della procedura, dunque, non è prestabilito dalla norma - come avviene, invece, per il rito ordinario, ai sensi dell'art. 183 c.p.c. o per il rito cautelare ex artt. 669 bis e ss. c.p.c. – ma demandato ad una valutazione discrezionale dell'organo giudicante che, a tale proposito, dovrà, naturalmente, rispettare l'ineludibile principio del contraddittorio, per altro a rilievo costituzionale.

Una siffatta potestà discrezionale del giudice – pervasiva dell'intero disposto normativo in parola ed idonea a predisporre un intenso potere valutativo in capo allo stesso giudicante – è strumentale ad assicurare un processo celere ed equo e, al tempo stesso, a demandare ogni determinazione di natura processuale alla concretezza della situazione di volta in volta rilevante.

Il comma 11 dell'art. 140 bis, in altri termini, è interamente parametrato su una situazione giudiziale risarcitoria a valenza collettivistica laddove, non potendo essere applicate le regole ordinarie – predisposte per giustiziare illeciti a rilievo individuale – è stato demandata all'organo giurisdizionale la determinazione del corso della procedura in relazione alle necessità di pubblicità (coessenziali all'azione in parola) e a quelle probatorie (da non complicarsi né ripetersi, rilevando una pluralità di attori), pur nel rispetto di esigenze di celerità, equità e di rispetto del contraddittorio.

Le menzionate caratteristiche dell'azione di classe, poi, incidono in termini assolutamente rilevanti non soltanto sulla procedura, ma anche sul tipo di pronunce che il giudice è facoltizzato ad emettere.

Relativamente all'esito decisionale dell'azione di classe, in dottrina[59] è stato osservato che 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 stato 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'obbiettivo 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.

[59] M. Sacchi, "*Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*.", su www.altalex.it.

Guardando alla disciplina concreta, l'art. 140 bis cod. cons., al comma 12, recita così: "*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. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate".*

Il giudicante, dunque, potrà determinare gli importi risarcitori alla stregua di un criterio equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c. laddove il danno non possa essere determinato nel suo preciso ammontare oppure sulla scorta di un criterio omogeneo di calcolo utile alla liquidazione delle somme, ma , evidentemente, a carattere generale od astratto, rimanendo la concreta individuazione degli importi demandata al successivo accordo delle parti o, in sua mancanza, alla determinazione del giudice stesso.

La norma, come si vede, menziona dapprima la possibilità di valutazione del danno alla stregua di un criterio equitativo; una siffatta disposizione si giustifica sulla scorta del rilievo plurimo o collettivistico dei fatti da giustiziare: ove dovesse individuarsi specificamente il danno subito da ciascuno, la relativa istruttoria sarebbe oltremodo articolata e l'azione collettiva non verrebbe mai a conclusione; per tale motivo, ove i danni individuali non siano concretamente determinabili, il giudice potrà decidere in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.

In ordine alla possibilità di determinare il danno ex art. 1226 c.c., è comunque pacifico che tale strumento non vale ad alleggerire la prova del danno e della sua consistenza, quanto meramente la sua quantificazione[60].

Per altro, la liquidazione ex art. 1226 c.c. dovrà essere debitamente motivata in sentenza così da non assumere una connotazione personalistica e consentire la conoscibilità dell'*iter* logico -giuridico seguito dal giudice, necessariamente ispirata a criteri di razionalità e non arbitrarietà.[61]

[60] M. Sacchi, "*Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*.", cit.
[61] Opinione sostenuta anche da C. Scognamiglio, *Risarcimento del danno, restituzione e rimedi nell'azione di classe,* in *Class action il nuovo volto della tutela collettiva in Italia – Atti,* Giuffrè Editore, 2011.

Per il caso in cui, invece, sussista la possibilità di determinare i danni e, dunque, non si renda necessario ricorrere ad un criterio equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c., allora il giudice provvederà ad individuare un criterio omogeneo di calcolo, utile a tale riguardo.

Il carattere astratto o generico di tale criterio viene evidenziato nel prosieguo della norma laddove, demandandosi ad un possibile accordo delle parti la determinazione concreta degli importi risarcitori, si rende evidente come l'indicazione del giudice rimanga aspecifica, così da consentire alle parti di disporre degli interessi in gioco e da evitare loro una decisione imposta dall'Autorità giudiziaria, sempre capace di scontentare le parti processuali (sicuramente quella soccombente).

La possibilità di un accordo sulla liquidazione del danno - per la quale si veda *amplius* l'ultimo paragrafo di questo capitolo - potrà consentire all'azienda di "autodeterminare" gli importi risarcitori, nei limiti dei propri vincoli di bilancio, all'ovvia condizione che una siffatta determinazione sia considerata dai danneggiati satisfattiva o ragionevolmente non inferiore a quanto potrebbe essere liquidato dal giudice: entrambe le parti, come detto, hanno interesse ad addivenire ad un accordo accettabile piuttosto che esporsi al rischio di una valutazione terza, potenzialmente dirompente per il professionista o non soddisfacente per i consumatori.

In ordine all'ultimo periodo della norma in parola - secondo cui in caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il Tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative Carte dei servizi eventualmente emanate – giova precisare che la valutazione giurisdizionale, naturalmente, non rimane vincolata da quanto stabilito nelle Carte dei servizi (per altro, emesse dagli stessi soggetti erogatori dei servizi ex art. 2, comma 12, lett. p), L. 481/95), posto che le relative indicazioni costituiranno per il giudice un criterio di valutazione da cui lo stesso potrà discostarsi ove non considerato congruo.

4. La legittimazione all'azione di classe.

In ordine alla legittimazione all'esercizio dell'azione di classe, la norma, al comma 1 del menzionato art. 140 bis cod. cons. stabilisce che *"...ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni."*

Al capoverso del successivo comma 6 della stessa norma, poi, si stabilisce che *"La domanda è dichiarata inammissibile quando… [*omissis*]il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe."*.

Le disposizioni legislative riportate rendono evidente come la legittimazione ad esperire l'azione *de qua* abbia una connotazione diffusa, risiedendo in capo a ciascun consumatore che sia interessato dai fatti dannosi che danno la stura alle rivendicazioni risarcitorie della classe.

In ordine a tale punto, in giurisprudenza è stato rilevato che l'attore per potersi legittimare deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale che caratterizza la classe che intende rappresentare. Di conseguenza la legittimazione attiva non è regolata in termini diversi da quelli propri di qualunque altra azione. In altre parole non sussiste la legittimazione perché il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma perché il suo interesse coincide con quello della classe, essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui son o titolari gli appartenenti alla classe. [62]

In ogni caso, l'ampiezza della legittimazione attiva in parola sembra strumentale al *favor* legislativo accordato all'azione collettiva così da sollecitare o dare adeguato impulso all'utilizzo del relativo strumento giudiziario.

Al riguardo, infatti, il Legislatore avrebbe potuto – sul crinale delle opzioni teoricamente adottabili – conferire la legittimazione all'azione di classe ad associazioni che fossero adeguatamente rappresentative della classe dei consumatori (per un raffronto in ordine a problematiche che possono apparire analoghe, si veda l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori ove il profilo della legittimazione attiva, pur attinente a problematiche di rilievo collettivistico, è stato risolto dalla norma in termini differenti); conferire la legittimazione in parola a ciascun componente della classe, invece, sembra propriamente strumentale all'esigenza di implementare o dare impulso alle azioni giudiziarie in parola.

Per la verità, guardando all'evoluzione storica della norma, nella versione primigenia adottata dalla L. 244/2007, il potere di agire era stato dapprima conferito alle associazioni consumeristiche iscritte ad apposito albo ministeriale nonché alle altre associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere; le successive rivisitazioni normative, però, hanno indotto ad una soluzione

[62] Trib. Torino, Ord. 4 giugno 2010.

diversificata, come visto, assai più ampia sul crinale soggettivo.

La latitudine soggettiva che, in tal modo, viene abbracciata dalla norma, nel conferire la legittimazione a qualsiasi componente della classe rimane, tuttavia, menomata o, in qualche misura depotenziata dalla disciplina normativa laddove al successivo comma 6 dello stesso art. 140 bis cod. cons. si stabilisce che la domanda è dichiarata inammissibile per il caso in cui il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

La *ratio* giustificatrice di una siffatta disposizione pare debba rinvenirsi nell'esigenza di assicurare la debita tutela a situazioni di rango collettivo: l'esercizio dell'azione e la gestione dell'impianto processuale che ne deriva è bene che siano riservati a soggetti che dispongano delle competenze idonee ad assicurare la protezione degli interessi consumeristici portati all'attenzione del giudice.

Ove così non fosse, le istanze dei consumatori, piuttosto che rafforzate, sarebbero depotenziate da un'azione giudiziale a valenza collettiva iniziata e gestita da soggetti non dotati delle necessarie competenze sul fronte della conoscenza delle situazioni di fatto o della capacità di gestire i correlati aspetti processuali.

Tanto analizzato in via generale, occorre rilevare che, sul fronte della prassi applicativa, il singolo, nell'avviare l'azione risarcitoria di classe, sarà verosimilmente coadiuvato (anzi: spesso cooptato) da un'associazione o da un comitato, posto che per la natura stessa delle cose non avrà interesse a farsi carico degli ingenti costi del contenzioso collettivo (a fronte del modesto tornaconto individuale del risarcimento spettantegli) né di solito possiede la forza economia ed organizzativa necessaria[63].

In ordine al rapporto tra il singolo consumatore e l'associazione alla quale egli abbia conferito mandato, la giurisprudenza (Ord. App. Torino, 23 novembre 2011) ha ritenuto che, in virtù del carattere speciale e autonomo del procedimento disciplinato dall'art. 140 bis c. cons., è ammissibile l'azione proposta da un'associazione cui sia stata conferita dai consumatori proponenti la mera rappresentanza in giudizio, senza il potere di disporre dei diritti sostanziali azionati[64].

---

[63] Così C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 110.

[64] Per comprenderne la portata, è necessario rievocare la vicenda processulale di riferimento, come riportata in dottrina ("*Nota in tema di class action*", Giur. It., 2012, 6 – autore della nota non indicato) . Il Tribunale di Torino aveva dichiarato l'inammissibilità della domanda proposta dall'associazione consumeristica quale mandataria, ritenendo quest'ultima priva della legittimazione processuale rappresentativa dei consumatori: la rigorosa applicazione del principio generale vigente nel nostro ordinamento, ex art. 77 c.p.c., secondo il quale non è possibile conferire la rappresentanza processuale ad un soggetto che non sia stato munito anche del potere di disporre dei diritti sostanziali dedotti in giudizio, imponeva infatti — posto che all'Associazione Altroconsumo era stato conferito un mandato meramente processuale — tale drastica soluzione. D'altra parte, secondo il Tribunale, al medesimo risultato si sarebbe giunti in ogni caso, anche qualora il mandato fosse stato conferito ritualmente: sufficiente a sancire l'inammissibilità della domanda proposta dall'associazione, infatti, sarebbe stata la circostanza per cui l'azione era stata promossa, congiuntamente e per far valere i medesimi diritti, da mandanti e mandataria; situazione inaccettabile, posto che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità richiamata in motivazione dal

Per quanto concerne, invece, il dato comparativo, preme evidenziare la differenza con la normativa statunitense: la *Rule* 23 sect. (a) delle statunitensi *Federal Rules of Civil Procedure* (*FRCP*), nell'ambito di una regolamentazione generale (a livello federale) delle azioni di classe, ammesse da parte di chiunque e tendenzialmente in ogni materia, considera non solo l'eventualità che si agisca, ma anche quella che si sia convenuti quali rappresentanti di una classe mentre l' art. 140 bis cod. cons. non fa cenno di un'evenienza del genere la quale pure sarebbe in astratto configurabile nonostante la specificità delle situazioni giuridiche elencate dal 2° co. quale possibile oggetto di una domanda di classe.

È infatti ben ipotizzabile un fondato interesse dell'impresa a citare in accertamento negativo uno o più consumatori od utenti che appaiano in astratto «*in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe*» (6° co.) e che, direttamente o tramite l'adesione ad iniziative di associazioni e comitati, abbiano stragiudizialmente avanzato nei suoi confronti pretese riconducibili a quelle situazioni giuridiche o le abbiano vantate attraverso le casse di risonanza dei mezzi di comunicazione; anche se non è realistico immaginare che essa impresa decida di soddisfare un interesse del genere mettendo, almeno potenzialmente, tutte le uova in un paniere o, in alternativa, senza poter ottenere un risultato vincolante se non per quei pochi consumatori od utenti che decidessero di aderire alla difesa (e ciò a causa del ben diverso meccanismo nostrano dell'opt in rispetto a quello statunitense dell'opt out), a meno che l'obiettivo non sia quello di lucrare l'improponibilità di ulteriori azioni di classe dopo la scadenza del termine per l'adesione che fosse fissato dal giudice (14° co., periodi 3-4, art. 140 bis, cit.).[65]

5. Il giudizio di ammissibilità nella *class action.*

Ai sensi dell'art. 140 bis, comma 6, cpv., cod. cons., *"La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa*

---

giudice di primo grado, «il procuratore generale *ad negotia*, cui siano stati conferiti poteri di rappresentanza processuale, è titolare di una legittimazione processuale coesistente con quella del rappresentato (...) cosicché il rappresentante non può agire in concorrenza con il rappresentato nello stesso processo, ma solo in sua sostituzione, giacché la legittimazione del rappresentante postula l'assenza del rappresentato». Il ragionamento svolto dal Tribunale appare in sé coerente e lineare, ma viene "scardinato" dalla Corte d'appello attraverso la negazione del presupposto stesso da cui traggono origine le argomentazioni dei giudici di prima istanza: l'essere il mandato conferito alle associazioni «un ordinario mandato con rappresentanza»[(6)], e, dal punto di vista processuale, l'essere l'azione dell'associazione mandataria riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 77 c.p.c. «con tutti i relativi corollari, come l'impossibilità di conferimento di poteri solo processuali e non anche sostanziali». Ciò che la Corte d'appello mette fortemente in evidenza, infatti, è la "specialità" e "l'autonomia" della nuova azione di classe rispetto al generale "contesto processuale" del nostro ordinamento, tale da giustificare la necessità di guardare agli istituti ad essa relativi in un'ottica non strettamente vincolata alle ordinarie categorie del nostro codice di rito. Le esigenze di ordine "sostanziale" sottese all'introduzione della *class action* in Italia — la necessità cioè di garantire una tutela giurisdizionale effettiva di fronte al compimento di illeciti di massa, e di far emergere dunque una domanda di giustizia che rimarrebbe altrimenti inespressa in ragione dell'inevitabile asimmetria tra consumatore e parte imprenditoriale — hanno infatti portato alla predisposizione di un giudizio "collettivo", la cui peculiarità risiede, *in primis*, appunto nelle "modalità del procedimento". Ed ecco che, alla luce di questa nuova chiave di lettura, il rapporto tra consumatori proponenti ed associazione mandataria va allora reinterpretato, secondo la Corte d'appello, tenendo conto della particolare esigenza di protezione sottesa all'instaurazione di un giudizio "di classe", e, allo stesso tempo, della scelta di attribuire la legittimazione ad agire a ciascun singolo consumatore, che si ritrova, qualora proponga l'azione, a dover portare avanti un processo la cui complessità risulta di tutta evidenza. In questa prospettiva, dunque, l'associazione mandataria viene ad assumere un fondamentale ruolo di sostegno, assistenza e collaborazione, ricondotto dalla Corte «al *genus* della rappresentanza tecnica, in qualche modo assimilabile alla procura alla liti, sotto il profilo dell'ausilio tecnico nella gestione della lite di massa». Discende da questa impostazione la tesi della Corte sulla possibilità che siano contestualmente presenti in giudizio consumatori proponenti e associazione mandataria: se, infatti, come si è detto, il ruolo di quest'ultima viene sostanzialmente assimilato ad un ausilio tecnico nella gestione della lite, tale da portare il Collegio a parlare significativamente di «*unicità di parte*, non soltanto in senso sostanziale, ma *pure in senso processuale*», non risulta allora più ravvisabile alcuna concorrenzialità alternativa tra "rappresentante" e "rappresentato"; e la domanda proposta contestualmente dall'associazione e dai consumatori proponenti è, dunque, senz'altro ammissibile.

[65] Così V. Tavormina, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in Obbl. e Contr., 2010, 4, 246.

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 giudizio di ammissibilità in parola, idoneo, come già è stato rilevato nel corso della presente opera, a destare notevoli preoccupazioni negli operatori pratici e nella classe forense in particolare, attese le incertezze che esso genera in relazione al prosieguo del giudizio, poggia sui diversi criteri menzionati dalla norma, insuscettibili - si ritiene - di un'applicazione estensiva, caratterizzandosi il "filtro"di ammissibilità in termini di eccezionalità rispetto alle ordinarie regole processuali.

Per altro, la fase preliminare di ammissibilità in argomento ha sollevato altresì dubbi sul versante della legittimità costituzionale, essendo idonea a realizzare un'indebita compressione del diritto di azione dei consumatori e ponendo il dubbio – necessariamente correlato alla menzionata compressione – che non si realizzi, in tal modo, un eccessivo sbilanciamento del sistema a vantaggio delle imprese convenute[66].

In particolare, l'organo giudicante dovrà vagliare se il giudizio in questione sia manifestamente infondato, così andando ad effettuare una valutazione che, pur a carattere sommario in quanto fondato sulle acquisizioni processuali primigenie, impinge direttamente nel merito della vicenda.

Altri fattori idonei a giustificare il giudizio di ammissibilità, secondo la formulazione della norma, sono poi rinvenibili nella sussistenza di un conflitto d'interessi, evidentemente tra il promotore dell'azione e la classe rappresentata, l'insussistenza dell'omogeneità dei diritti vantati che sola fonda l'azione di classe, o l'apparente inidoneità del proponente a curare adeguatamente gli interessi della classe.

Circa la possibile sussistenza di un conflitto d'interessi, giova riportare l'analisi svolta in dottrina[67], secondo cui 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 le-

[66] Così C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 176.
[67] M. Sacchi, op. cit.

gali 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.

L'analisi dottrinale in parola, sul punto, ha tuttavia rilevato che una simile ipotesi fraudolenta per i diritti dei consumatori rappresenta nel nostro sistema un'eventualità difficile a verificarsi nella pratica.

Infatti, 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 15° co. che l'eventuale transazione collettiva possa assumere efficacia sui crediti individuali solo attraverso l'esplicita adesione del singolo interessato.

Ad ogni modo, 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.

Circa l'insussistenza dell'omogeneità dei diritti vantati, costituendo il carattere omogeneo delle situazioni sostanziali che si intende far valere il presupposto dell'azione collettiva, ne deriva, inevitabilmente, l'inammissibilità della tutela di classe proposta.

Sul punto, è già stato osservato come la tutela realizzabile per tramite della *class action* attenga a situazioni ora definite omogenee, non più "identiche", come avveniva con la precedente formulazione normativa.

L'identità precedentemente richiesta dalla norma, ben vero, frapponeva ostacoli di rilievo all'ammissibilità dell'azione di classe, ponendo a proprio presupposto una serialità di illeciti non già accomunati sul versante sostanziale, ma propriamente identici (si vedano, al riguardo, le considerazioni già svolte al paragrafo 7 del capitolo 1).

L'omogeneità, il carattere analogo od assimilabile consentono invece adesso una tutela seriale od a rilievo plurimo; a fronte di una situazione siffatta si staglia quella relativa a situazioni distinte o non omologabili che, contrassegnate dalle proprie rispettiva peculiarità, necessiterebbero, al contrario, di azioni individuali e sarebbero inconciliabili con l'azione di classe.

Siffatte situazioni a carttere differenziato, precludendo una tutela a carattere seriale, imporrebbero la

formulazione di un giudizio di inammissibilità da parte del giudice.

Laddove, al contrario, il giudice formulasse un giudizio di ammissibilità, con la relativa ordinanza egli dovrà provvedere a fornire una perimetrazione di quanto costituirà oggetto del giudizio: in particolare, ai sensi dell'art. 140 bis, comma 9, lett. A), cod. cons., egli dovrà definire 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.

Ultimo criterio utile a definire l'ammissibilità dell'azione di classe è dato dal fatto che il proponente appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

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.

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[68].

In via ultima, comunque, la dottrina[69] si è chiesta se l'introduzione del giudizio di ammissibilità dell'azione di classe – in relazione alla quale non si pongono le particolari questioni di contemperanza di interessi costituzionali, invece connessi all'analoga fase di ammissibilità prevista da altre procedure giudiziali (si allude all'art. 5, L. 117/88 relativo alla responsabilità civile dei magistrati) – non valga a sostanziare una limitazione del diritto di azione dei consumatori ed un correlato, indebito vantaggio in favore dell'imprese.

[68] Così M. Sacchi, op. cit.
[69] C. Consolo, B. Zuffi, op.cit., 176.

6. Adesione ed intervento nell'art. 140 bis del Codice del Consumo.

"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. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) 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;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

E' escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile."

Le disposizioni riportate, presenti ai commi 9 e 10 del ridetto art. 140 bis, cod. cons., individuano un altro momento di rilievo all'interno della scansione procedurale propria delle azioni giudiziarie in commento, ponendo al tempo stesso, una disciplina necessaria a rivendicazioni a valenza collettivistica.

Il sistema c.d. dell'*opt-in,* in base al quale un soggetto sceglie di entrare nel contenzioso di classe, rinviene un proprio necessario antecedente nella pubblicità realizzata dall'attore, secondo i termini e le modalità fissate dal Tribunale.

La pubblicità in ordine alla sussistenza di un procedimento giudiziario ed in ordine alla correlata possibilità di aderire alle relative istanze giudiziarie costituisce un momento strutturale ed ineludibile dell'azione di classe, in assenza del quale non potrebbero trovare ingresso nel processo istanze a valenza pletorica.

Esattamente per tale motivo, la pubblicità in parola deve anche specificare il *proprium* dell'azione di classe, vale a dire i criteri di appartenenza alla classe stessa, in assenza dei quali non è consentito aderire all'azione collettiva.

Il nostro Legislatore, come si diceva, ha scelto il sistema dell'*opt-in*, ritenendo, evidentemente di non adottare l'opposto sistema dell'*opt-out*, proprio del sistema statunitense e fondato sull'automatica estensione del giudicato nei confronti di tutti i soggetti che non abbiano espressamente scelto di rimanere estra nei all'azione di classe (in schietta difformità, pare, con le connotazioni proprie del nostro sistema pro-

cessuale per cui le pronunce giudiziarie non producono effetti verso coloro che non abbiano preso parte al processo, salvo che siano eredi od aventi causa, ai sensi dell'art. 2909 c.c.).

Gli aderenti acquistano la qualità di parti sostanziali del processo ed usufruiscono delle agevolazioni connesse: l'interruzione della prescrizione, la liquidazione del danno e la formazione di un titolo esecu tivo, anche in mancanza di un giudizio individuale.

Essi non assumono anche la posizione di parte procesuale che spetta esclusivamente ad attore e convenuto.

Anzi, al proponente, anche dopo l'adesione degli altri, spetterà di veicolare le richieste probatorie, la ge stione della lite e la presentazione di prove ed argomenti

Il proponente è titolare esclusivo dei diritti ed obblighi processuali; spetterà, ad es., solo a lui il potere di reclamare l'ordinanza che dichiari eventualmente inammissibile la domanda o di resistere contro l'eventuale reclamo dell'impresa contro l'ordinanza che ammette l'azione di classe.

Sarà il proponente il destinatario dei provvedimenti in materia di spese.

Naturalmente, l'attore non sarà titolare di quei poteri processuali che presuppongono la capacità di dispor re dei diritti sostanziali degli aderenti: non potrà transigere o formulare rinunce in verbali di conciliazione relativamente a crediti altrui nè deferire o riferire il giuramento su questi aspetti.

Le transazioni stipulate dagli aderenti vincolano solo chi vi abbia aderito; l'intervenuta transazione estingue il processo e coloro che non vi abbiano aderito dovranno tutelare i loro diritti dando vita ad una nuova causa.

La situazione sopra descritta relativamente alla posizione processuale dei soggetti aderenti alla *class action* - frutto dell'analisi dottrinale[70] e condivisa anche dalla giurisprudenza[71] - è evincibile da un attenta analisi del dato normativo laddove la posizione dei soggeti aderenti rimane sempre nettamente distinta rispetto a quella delle parti sulla scorta di un'attenta differenziazione terminologica, foriera, evidentemente, di distinte situazioni processuali.

In ordine alle questioni che occupano, comunque, pare ineludibile l'osservazione per cui l'attore, gravato dei rischi correlati all'esercizio dell'azione giudiziale ed alla correlata possibilità di soccombenza – con quel che ne segue sul piano delle spese – rimanendo unico soggetto titolato alle scelte processuali, è portatore altresì dei poteri correlati senza che i soggetti aderenti possano incidere a tale riguardo.

[70] A.C. Di Landro, op. cit., 142 e ss.
[71] Cfr. Trib. Torino, 4 giugno 2010, ord., in *Danno resp* ., 2011, 81 e ss.

Per quanto concerne, poi, la possibilità che intervengano forme di accordo o conciliazione tra l'attore ed il convenuto, gli aderenti potranno prestarvi assenso oppure no, ma nell'ipotesi in cui non lo facciano si vedranno costretti ad esercitare azioni giudiziarie individuali, ove vogliano vedere tutelati i propri diritti in maniera difforme rispetto agli accordi conclusi tra le parti.

Sul fronte pratico, dunque, trattandosi, come detto di *small claims*, sovente gli aderenti preferiranno aderi re agli accordi conclusi tra le parti anche quando essi non siano pienamente satisfattivi.

Sulla scorta del dato normativo riportato, quindi, i poteri processuali della parte attrice sono tutt'altro che secondari laddove gli aderenti rimarranno, appunto, in una posizione di fatto subordinata a scelte processuali fatte dal proponente.

Nell'azione di classe non è perciò immaginabile un litisconsorzio, nemmeno aggregato, degli aderenti con l'attore, tanto è vero che il comma 10 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 dell'art. 140 bis comma 9, 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 citato comma 9, secondo periodo.[72]

Sul versante ultimo, in ogni caso, è dato osservare come la disciplina in parola si sia differenziata non poco dal'omologa disciplina statunitense: quest'ultima appare schiettamente schierata accanto ai consumatori, come si evince, tra l'altro, dal sistema dell'*opt-out* nonchè dalla sussistenza dei danni punitivi; quella nostrana, invece, appare maggiormente tesa a contemperare le posizioni di consumatori e professionisti, probabilmente con una maggiore attenzione alla posizione di questi ultimi come verrebbe da osservare guardando al sistema dell'*opt-in* (pure imposto dai principi del nostro ordinamento), dal filtro di

[72] M. Sacchi,, op. cit.

ammissibilità, dalla circostanza che gli accordi conclusi dall'attore nel concreto tendano a vincolare anche i soggetti aderenti (venendo in rilievo *small claims*, difficilmente azionabili individualmente).

7. Rinunzie e transazioni.

Ai sensi dell'art. 140 bis, comma 15, cod. cons., "*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 ".*

Come già rilevato, una delle problematiche più rilevanti poste 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.

Una tale eventualità di possibile conflitto di interessi tra rappresentanti e rappresentati è 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*, comma 15, cod. cons.)[73].

Per la verità, sono proprio le differenze di fondo sussistenti tra la nostra azione di classe e quella di matrice statunitense che rendono meno probabile il verificarsi della situazione sopra descritta nel sistema italiano: il metodo c.d. dell'*opt-out*, proprio del sistema statunitense, importa un'effettiva azione di classe

[73] Analisi svolta da M. Sacchi, op. cit.

laddove l'azione collettiva prevista dal ridetto art. 140 bis cod. cons. estende i propri effetti soltanto a coloro che vi abbiano prestato adesione.

L'efficacia del giudicato, cioè, non si estende automaticamente a tutti gli appartenenti alla classe, ma opera alla stregua degli ordinari principi processuali, vale a dire soltanto verso coloro che abbiano preso parte alla relativa situazione processuale mediante apposito atto di adesione; analogamente, l'efficacia relativa ad accordi e transazioni intervenute nel corso del processo si estenderà, ai sensi dell'art. 140 bis, comma 15, cod. cons., soltanto a coloro che vi abbiano espressamente acconsentito, rimanendo anche qui preclusa un'efficacia di classe, ma producendosi effetti soltanto nei confronti di coloro che abbiano aderito agli accordi intervenuti.

Come si diceva, le cennate caratteristiche della *class action* nostrana rendono più improbabile la sussistenza di un conflitto d'interessi.

Non valgono, però, ad escluderla del tutto, posto che la mancata adesione all'accordo concluso tra le parti processuali da parte degli aderenti importa che questi, per fare valere le proprie ragioni, dovranno intentare un'azione giudiziale individuale: attività, quest'ultima, cui la maggiorparte degli aderenti, verosimilmente, non saranno disposti, dovendo assumersene, in tal caso, le spese relative, per giunta in riferimento a situazioni o danni di ridotto valore economico.

Per tale motivo, gli accordi conclusi dalle parti, pur non vincolando giuridicamente gli aderenti all'azione di classe, possono farlo in via di fatto, così producendo effetti negativi o deteriori analoghi a quelli propri del sistema statunitense.

Diversa sarà l'ipotesi – più ricorrente nella prassi – in cui abbia preso parte al contenzioso un'associazione di consumatori, sovente soltanto formalmente mandataria del proponente, ma sostanzialmente vero attore all'interno della vicenda processuale.

Nell'ipotesi menzionata, la presenza dell'associazione posta a tutela degli interessi della classe ed il fatto che essa condivida l'ipotesi di accordo dovrebbe, di massima, valere a salvaguardare gli aderenti da transazioni scarsamente compensatorie nei loro confronti così evitando quegli effetti deleteri sopra indicati.

8. La conciliazione.

Nel paragrafo che immediatamente precede è stata svolta un'analisi relativamente all'ipotesi in cui intervengano, nel corso del processo, rinunce o transazioni.

Ipotesi di conciliazione possono verificarsi, invece, nei seguenti casi: a) in riferimento a rivendicazioni di classe in una fase anteriore all'esperimento dell'azione giudiziaria, ai sensi dell'art. 141, cod. cons.; b) nel corso del processo, successivamente alla fase di ammissione della causa ed una volta che sia stata esercitata opzione di adesione da parte dei soggetti che vantino situazioni a carattere omogeneo, in riferimento ad una procedura di mediazione; c) nella fase terminale del processo, successivamente alla pronuncia con cui il giudice ha individuato criteri omogenei di calcolo per la liquidazione delle somme dovute ai consumatori.

In ordine alle relative problematiche, è dato osservare che mentre l'ipotesi prevista al punto a) attiene ad una fase propriamente stragiudiziale, le successive ipotesi di cui ai punti b) e c) hanno valenza endoprocessuale.

Sul versante propriamente ontologico, invece, le ipotesi di conciliazione in rassegna rinvengono un dato distintivo rispetto ai casi di rinunce e transazioni, precedentemente esaminate, posto che le transazioni si sostanziano in reciproche concessioni laddove la conciliazione non abbisogna di una siffatta reciprocità, potendo sussistere anche in presenza di riconoscimenti operati soltanto da una parte verso l'altra.

La distinzione sopra richiamata, tuttavia, pare avere una valenza solo classificatoria e, in ultima analisi, a connotazione teoretica, posto che il riconoscimento operato dal professionista avrà luogo, in ogni caso, a fronte della correlata rinunzia al prosieguo del contenzioso da parte del consumatore.

In ogni caso, dopo avere accolto, per maggiore facilità di esposizione, la classificazione sopra richiamata, seguiranno talune considerazioni relativamente alle ipotesi di conciliazione a carattere endoprocessuale.

Per quanto concerne, specificamente, la conciliazione intervenuta a seguito di un procedimento di mediazione, assurge a rilievo l'art. 15, D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante "*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.".

In base al menzionato art. 15, "*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*.".

Al pari di quanto previsto dall'art. 140 bis, comma 15, cod. cons. ed in consonanza coi principi già esaminati, dunque, la conciliazione intervenuta a seguito della mediazione produrrà i propri effetti non già

nei confronti di tutti gli aderenti all'azione di classe, ma esclusivamente nei confronti di coloro che vi abbiano aderito.

Soccorrono, quindi, al riguardo, le considerazioni già svolte nel corpo del precedente paragrafo.

Con riferimento, invece, ad ipotesi conciliative che intervengano a seguito della sentenza di condanna con cui viene stabilito il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme spettanti ai consumatori, sul punto, l'art. 140 bis, comma 12, cod. cons. così dispone: *"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. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate.* [omissis]*".*

Ad un esame della richiamata disposizione normativa, emerge come la sentenza che contiene il cennato criterio di calcolo, utile ai fini della successiva liquidazione, sia differente rispetto alla sentenza di condanna generica ex art. 278 c.p.c., contenendo, diversamente da quest'ultima, un criterio utile alla condanna e non abbisognando, per chiudere l'*iter* decisionale, di una successiva fase processuale.

In questo senso, il contenuto della sentenza in parola si palesa maggiormente compiuto rispetto a quello proprio della sentenza generica di condanna di cui al menzionato art. 278 c.p.c.

Per altro, la disciplina *de qua* si è stratificata nel tempo, risultando, nei termini attualmente previsti, a seguito di più interventi legislativi, da ultimo terminati dall'art. 6, D.L. 1/12, convertito dalla L. 27/12.

Precedentemente all'ultima novella normativa, infatti, non sussisteva l'attuale previsione per la quale, successivamente alla sentenza che definisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme, il giudice assegna alle parti un termine perché sia rinvenuto un accordo circa la liquidazione del danno, procedendo, in mancanza, egli stesso alla liquidazione delle somme.

In ordine alla riforma così intervenuta, in dottrina è stato espresso un commento positivo laddove si è ritenuto che la soluzione sia stata ben congegnata poichè in questa maniera i problemi che prima erano

scaricati a valle nella fase esecutiva, e così demandati all'iniziativa dei singoli vendono gestiti dal giudice e dalle parti del contenzioso aggregato di classe, evitando l'insorgere di una miriade di procedimenti monitori o di opposizioni all'esecuzione.[74]

Sebbene l'art. 140 bis cod. cons. taccia sul punto, da ultimo, rimane dubbia la possibilità per il Tribunale di emettere una provvisionale nei limiti della quantità per cui ritenga già raggiunta la prova: ad es., con riferimento ad un'azione di classe per il risarcimento dei danni derivanti da prodotti difettosi potrebbe risultare utile la condanna dell'impresa convenuta alla restituzione del prezzo pagato dai singoli consumatori, rinviando ad altra sede la liquidazione dei danni.[75]

[74] Così C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 56.
[75] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 292.

CAPITOLO 4.

L'AZIONE DI CLASSE PUBBLICISTICA

1. Introduzione.

L‘emanazione del D. Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 - recante “ *Attuazione dell’art. 4 della L. 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*.“ - in tempi assai recenti consente di rievocare con certa facilità le istanze sociali e politiche poste alla base del relativo tessuto normativo.

In particolare, l’emanazione della norma si colloca nel contesto della c.d. riforma Brunetta del pubblico impiego, dal nome dell’allora Ministro per la Pubblica Amministrazione e l‘Innovazione, tesa a conferire alla Pubblica Amministrazione una connotazione dinamica ed efficientista così da modificare un assetto pubblico considerato non abbastanza efficace nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali e secondo modalità idonee a garantire il corretto utilizzo delle risorse patrimoniali a ciò destinate.

La realizzazione della riforma in parola, dunque, si è fondata sull’emanazione di una nuova disciplina relativamente al rapporto di pubblico impiego, anche sul versante disciplinare, sulla predisposizione di modalità idonee ad assicurare la realizzazione di *standards* di efficienza, sulla valutazione della *performance* dei pubblici dipendenti, sulla maggiore responsabilizzazione dei dirigenti e sull’istituzione di appositi organismi (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche – recentissimamente investita anche di funzioni in materia di anticorruzione - e Organismi indipendenti per la valutazione della performance) deputati al perseguimento delle finalità in parola (in ordine a questi punti, si rinvia alla complessa disciplina predisposta dal D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

L’assetto normativo così predisposto prevedeva anche, all’art. 4 della citata L. 4 marzo 2009, n. 15, mezzi di tutela giurisdizionale da parte dei cittadini nei confronti delle Amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostino dagli *standard* qualitativi ed economici o che violino le norme preposte al loro operato.

A tale ultima disposizione si è dato attuazione, appunto, col D. Lgs. 198/2009 che, teso a promuovere l’efficacia dell‘azione amministrativa, ha introdotto nell’ordinamento la c.d. *class action* pubblicistica.

In ordine alla relativa disciplina, può rilevarsi, in prima battuta, come con questa nuova azione, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l’ordinamento si volge con decisione ad una mo-

derna visione della pubblica amministrazione come amministrazione di risultato, nel quadro di una concezione sostanziale del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione[76].

Sul punto, l'analisi dottrinale[77] ha rilevato che la recente introduzione della c.d. *class action* nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici sembra essere il naturale completamento dell'assetto ordinamentale cui è stata via via informata l'attività amministrativa, secondo un percorso evolutivo che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, va dall'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo, successivamente più volte modificata, all'emanazione della Carta dei servizi pubblici; alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego con la separazione fra attività di indirizzo e controllo, rimessa al vertice politico, e quella di gestione, riservata ai dirigenti; all'introduzione dei controlli interni; alla risarcibilità degli interessi legittimi; al superamento della c.d. pregiudizialità amministrativa.

Tutto nel segno della misurabilità dell'attività amministrativa, informata a criteri di economicità, efficacia, efficienza, pubblicità, imparzialità e trasparenza, con il progressivo superamento di un controllo sugli atti amministrativi, meramente formale, ed il passaggio alla c.d. amministrazione di risultato, secondo la nota intuizione di Massimo Severo Giannini cui si deve la considerazione della pubblica amministrazione come un'azienda di servizi e la conseguente riconducibilità della attività amministrativa in termini di prestazioni misurabili e verificabili, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, presentata nell'omonimo rapporto del 1979.

I profili di rilievo relativi alla c.d. *class action* pubblicistica, comunque, saranno sviluppati nei paragrafi a seguire.

2. La spinta all'efficienza amministrativa nella sua evoluzione storica.

La normativa ormai da tempo pone in evidenza esigenze legate all'implementazione dell'efficacia dell'azione amministrativa, correlate all'appagamento dei bisogni dei cittadini in riferimento agli obbiettivi assegnati dalla legge agli apparati amministrativi (specie in un ambito, come quello odierno, ove il servizio pubblico si è sempre più affermato, a discapito delle attività a carattere funzionale o connesse all'esercizio di potestà autoritative).

Per altro, in riferimento ai valori costituzionali che governano l'attività amministrativa, in via generale, è

[76] F. Caringella, "*Manuale di diritto amministrativo*", Dike Giuridica Editrice, Roma, 2010, 39.
[77] T. Ajello, "*Ricorso per l'efficienza ed efficienza del ricorso*", Gazzetta amministrativa 2011, 1, 159.

stato osservato che il principio del buon andamento, già fissato dall'art. 97 della Carta Fondamentale, é ormai assurto a canone informatore ed imprescindibile dell'esercizio della funzione pubblica, nonché a criterio di valutazione del suo prodotto finale, sia esso un servizio o un provvedimento (a tanto è improntata la legislazione dell'ultimo ventennio a decorrere dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, fino alla cd. Riforma Brunetta), la cui stura è l'effetto tanto della grave congiuntura economica che ha sensibilizzato l'attenzione della collettività al corretto uso delle, limitate, risorse assegnate all'apparato amministrativo attraverso una pressione fiscale sempre maggiore, quanto dell'esigenza di una maggior competitività delle imprese nostrane e di potenziare l'attrattiva per gli investimenti esteri, scoraggiati da pratiche burocratiche lente e farraginose e da un settore terziario, strumentale, inefficiente.[78]

In odine alle problematiche che occupano, dunque, senza alcuna pretesa di esaustività, saranno richiamati, di seguito, taluni concetti di fondo relativi ad esigenze di funzionalizzazione ed efficienza degli apparati pubblici.

La responsabilizzazione - che, almeno sul crinale normativo, è sempre stata imposta agli operatori dell'apparato pubblico (si guardi, a tale proposito, all'art. 28 Cost. ed alle omologhe previsioni contenute nel D.P.R. 3/57) - è tesa ad assicurare un maggiore efficientismo dell'azione pubblica.

La configurazione di numerose forme di responsabilità in capo al dipendente pubblico (civile, penale, amministrativa, contabile, disciplinare) e l'ampliarsi della relativa disciplina normativa – si pensi, tra l'altro, al recente inasprimento della responsabilità disciplinare, alla sempre temuta responsabilità contabile, all'affiorare di nuovi obblighi legati alla trasparenza amministrativa ed alle esigenze di contrasto alla corruzione, alle sanzioni ormai correlate alle fattispecie di silenzio amministrativo – indubbiamente si pongono nel senso di configurare una Pubblica Amministrazione più idonea al perseguimento dei propri fini istituzionali.

Nel medesimo senso, per altro, si sono poste norme emanate a garanzia del cittadino nei rapporti cogli apparati pubblici, prima tra tutte la L. 7 agosto 1990, n. 241 che - nel recepire decenni di evoluzione giurisprudenziale e dottrinale e nell'imporre una democratizzazione dell'*agere* amministrativo, conformandolo ai principi della della trasparenza e del *clare loqui* – ha considerato il sollecito ed economico svolgimento dell'azione amministrativa, caratterizzato da esigenze di semplificazione e mancato aggravio dei correlati procedimenti, quale dato di rilievo nel corpo delle proprie previsioni.

[78] P. Cosmai "*La class action: natura e presupposti*.", in www.diritto24.ilsole24ore.com, 30 marzo 2012.

Ancora, nell'ottica del perseguimento dell'efficienza pubblica si pose a suo tempo la c.d. privatizzazione del pubblico impiego (avviata col D. Lgs. 29/1993, poi interamente refluito nel relativo Testo Unico, D. Lgs. 165/2001), tesa a conferire ai dirigenti potestà manageriali, analoghe a quelle del datore di lavoro privato ed a connotare il rapporto di lavoro pubblico in termini non difformi rispetto a quelli previsti dal codice civile per il rapporto di lavoro privato, anche al fine di omologare i due rapporti e recuperare efficienza in capo agli operatori del comparto pubblico.

All'interno del panorama in parola, poi, non possono non essere richiamati, pur in termini di massima, i seguenti dati ordinamentali:

- le norme finalizzate alla semplificazione normativa (si pensi alla recente eliminazione di tutte quelle disposizioni normative desuete o superate attuata per tramite del c.d. taglia – leggi ex L. 28 novembre 2005, n. 246) ed all'abrogazione o riduzione di oneri amministrativi considerati eccessivamente gravosi od inutili (*ex coeteris*, si pensi alle norme contenute nella stessa L. 241/90 attinenti ad ipotesi di silenzio assenso o devolutivo od in materia di denuncia di inizio attività);
- le disposizioni concernenti la Carta dei servizi pubblici (art. 2, comma 12, lett. p), L. 481/95; art. 11, D. Lgs. 286/98), in quanto tese ad assicurare livelli minimi di qualità dei servizi pubblici;
- la c.d. privatizzazione del pubblico impiego con la separazione fra attività di indirizzo e controllo ed attività di gestione e la conseguente maggiore responsabilizzazione degli organi burocratici che essa ha comportato;
- l'introduzione di controlli interni, chiaramente tesa ad implementare il buon andamento amministrativo;
- la risarcibilità degli interessi legittimi, idonea a responsabilizzare, in maniera più pregnanti gli operatori amministrativi, atteso la possibilità che la loro condotta determini un danno di cui l'Amministrazione sarà chiamata a rispondere ed in relazione al quale potrebbe individuarsi una responsabilità contabile in capo a loro;
- il superamento della pregiudiziale amministrativa che, rendendo non più necessario la previa demolizione del provvedimento amministrativo di riferimento (si veda, ora, la disciplina di rilievo all'art. 30 del codice del processo amministrativo allegato al D. Lgs. 104/2010), ha, in tal modo, ampliato la responsabilità degli enti pubblici e, di conseguenza, ha implementato

l'efficienza degli organi amministrativi in relazione alla possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere in via contabile per i danni così cagionati all'Amministrazione.

Parimenti, in ordine alle questioni che interessano, vengono in rilievo le recenti modifiche normative, indotte dalla L. 69/2009 sul disposto dell'art. 2, L. 241/90, tese a responsabilizzare, in termini di maggiore pregnanza, gli organi amministrativi a fronte di condotte omissive o di mancata attuazione degli obblighi di legge.

Ancora, ai fini che interessano non possono non rilevare la recente riforma del pubblico impiego, come realizzata dal menzionato D. Lgs. 150/2009 nè il recentissimo D. Lgs. 14 marzo 2013 n. 33, recante „*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicita', trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*." (quest'ultimo in virtù della considerazione per cui obblighi di trasparenza non possono non giovare ad una migliore espletamento dell'attività amministrativa).

I dati normativi sopra richiamati, in conclusione, sono espressivi di una spinta - latente nel nostro ordinamento e destinata in taluni momenti ad emergere con tratti di maggiore evidenza - all'efficienza degli apparati pubblici.

Del resto, non potrebbe essere diversamente ove si consideri che detti apparati sono finanziati con fondi erariali e, dunque, con denaro proveniente da un'imposizione fiscale generalmente pervasiva e mai tanto avversata quanto oggi (soprattutto a fronte di un diffuso senso comune circa l'esistenza di talune situazioni di privilegio, individuate principalmente in ambito politico, e di una diffusa *mala gestio* di risorse derivanti dalla fiscalizzazione).

3. La disciplina di cui al Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198.

La nuova azione di classe avverso la Pubblica Amministrazione è stata introdotta al fine precipuo di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio: essa potrà essere esperita dai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, i quali possono agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi: a) dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; b) dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla

violazione di *standard* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (c.d. Civit), secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 .

Il rimedio processuale in parola, per altro, non potrà essere avanzato avverso le autorità amministrative indipendenti né nei confronti di altre autorità quali gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri; per taluni dei soggetti indicati, la precisazione legislativa pare sia stata fatta *ad abudantiam*: gli organi giurisdizionali, già sul piano della disciplina costituzionale, vanno soggetti ad una disciplina differenziata da quella che è propria della Pubblica Amministrazione mentre le Assemblee legislative e gli altri organi costituzionali giammai potrebbero andare incontro ad una censura giudiziaria quale quella in parola (per altro, non ricorrerebbero neanche i presupposti oggettivi previsti dalla norma primaria per l'esercizio dell'azione giudiziaria *de qua*).

Al fine di pubblicizzare adeguatamente l'avvenuto esercizio dell'azione di classe, la norma prescrive che del ricorso sia data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati: ciò renderà possibile il successivo intervento processuale da parte dei soggetti che si trovino nella medesima situazione giuridica del ricorrente, i quali potranno intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso, da fissare d'ufficio.

Legittimati alla proposizione del ricorso in parola, per altro, sono anche le associazioni o i comitati i cui associati appartengano alla pluralità di utenti e consumatori danneggiati a seguito delle forme di *mala gestio* amministrativa sopra indicate.

Sul versante della legittimazione passiva, il ricorso viene proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi affetti dalla suddette disfunzioni amministrative.

Gli enti intimati dovranno informare immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio.

Il giudice, invece, nella prima udienza, ove ritenga che le violazioni o le omissioni siano ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, dovrà ordinare l'integrazione del contraddittorio.

Sul crinale rimediale, non è secondario, poi specificare che lo strumento processuale in parola non consente di accedere al risarcimento del danno: le relative doglianze saranno attivabili alla stregua dei rimedi ordinari, rimanendo l'azione di classe pubblica inidonea a tale finalità.

Last, but not least, il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.

Sul versante procedurale, è stabilito che il ricorrente debba notificare preventivamente, anche con le modalità di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, una diffida all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati.

La diffida in parola dovrà essere notificata all'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario: questi, assunte senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento lamentato e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause.

Opportunamente, poi, il Legislatore ha stabilito che tutte le iniziative assunte siano comunicate all'autore della diffida.

Le pubbliche amministrazioni dovranno determinare, per ciascun settore di propria competenza, il procedimento da seguire a seguito di una diffida notificata ai sensi del presente comma.

L'amministrazione o il concessionario destinatari della diffida, se ritengono che la violazione, l'omissione o il mancato adempimento siano imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invitano il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi.

La diffida dovrà essere comunicata dall'amministrazione pubblica o dal concessionario di servizi pubblici interessati al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione (obbligo, questo, che pare sancito opportunamente, dando la stura a possibili interventi amministrativi che possano risolvere la questioni a prescindere da un contenzioso giudiziario).

Una volta provveduto alla menzionata diffida, il ricorso sarà proponibile soltanto se, decorso il termine di 90 giorni l'amministrazione o il concessionario non abbiano provveduto, o lo abbiano fatto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata.

A fronte di una siffatta persistente situazione di irregolarità amministrativa, il ricorso potrà essere proposto entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza dei menzionati 90 giorni.

Sussistendo l'obbligo di dare luogo ad una procedura siffatta, il ricorrente dovrà comprovare in giudizio di avere provveduto alla notifica della suddetta diffida nonché l'infruttosa scadenza del termine assegnato per provvedere.

Trattandosi di servizi pubblici, in luogo della diffida di cui al comma 1, il ricorrente, se ne ricorrono i presupposti, potrà promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in tal caso, se non si raggiunge la conciliazione delle parti, il ricorso sarà proponibile entro un anno dall'esito di tali procedure.

A livello intertemporale, da ultimo, assurge a rilievo la disciplina posta dall'art. 7, D. Lgs. 198/09 che condiziona la concreta operatività dell'impianto normativo alla previa emanazione dei provvedimenti da esso previsti (i relativi profili saranno valutati nel prosieguo della presente trattazione).

Sul piano dell'analisi generale e fatti salvi gli approfondimenti che di seguito saranno operati, giova per ora considerare che secondo la dottrina[79] la *class action* contro la PA si differenzia in modo sostanziale da quella prevista dal Codice del Consumo; infatti, con la prima si ristabiliscono gli *standard* di efficienza e produttività deviati dalla scorretta gestione della cosa pubblica, mentre con la seconda si risarcisce un danno a seguito di una lesione generata nell'ambito dell'attività privatistica svolta da produttori e fornitori di beni e di servizi.

Dal punto di vista processuale ciò si traduce in una differenza del *petitum*, vale a dire dell'oggetto della domanda giudiziale: condanna al risarcimento danni nel caso dell'azione promossa ai sensi dell'art. 140-bis cod. cons., condanna ad assumere comportamenti virtuosi e rispettosi delle norme nel caso dell'azione intrapresa ai sensi del D. Lgs. n. 198/2009.

Ancora, la tesi interpretativa citata ha ritenuto che lo stesso termine *class action* sia utilizzato impropriamente (sarebbe più corretto, secondo tale ermeneutica, chiamarla "*civic action*", azione civica), dal momento che non è previsto alcun diretto beneficio in capo a chi la attiva, a differenza di quanto

[79] E. Belisario, "*La class action pubblica funziona*" in www.leggioggi.it, 14 febbraio 2011.

previsto nel caso dell'azione di classe vigente nel campo dei servizi e del commercio.

L'impossibilità di ottenere direttamente il risarcimento (una volta emessa la pronuncia di condanna è sempre possibile esperire gli ordinari rimedi per richiedere il risarcimento) rappresenterebbe, dunque, una grave menomazione, tenuto conto del fatto che – al contrario – la proposizione dell'azione comporta dei costi, anche in considerazione della circostanza per cui i procedimenti in questione non sono resi esenti dal versamento del Contributo Unificato previsto dal D.P.R. n. 115/2002.

4. I presupposti dell'azione.

Come visto, l'azione di classe verso la Pubblica Amministrazione è finalizzata a ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio.

In particolare, essa potrà essere avanzata dai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, i quali possono agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, ove abbiano subito una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi.

Tale lesione, poi, dovrà attenere alternativamente, a due distinte situazioni: A) alla violazione di termini od alla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emettersi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; B) alla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero alla violazione di *standard* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (c.d. Civit), secondo le scadenze temporali definite dal medesimo decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 .

La vulnerazione subita dagli utenti, idonea a legittimare l'esperimento dell'azione in parola, conformemente alle regole ordinarie, deve essere diretta, concreta ed attuale: ove la lesione difettasse del carattere dell'immediatezza e, dunque, fosse indiretta, non potrebbe esperirsi l'azione giudiziale;

analogamente, la mancanza di concretezza ed attualità della lesione renderebbe insussistente l'interesse ad agire in capo al ricorrente così determinando l'inammissibilità della domanda giudiziale proposta.

In carenza dei suddetti requisiti di concretezza ed attualità, insussistenti i presupposti che rendono necessario il ricorso all'organo giurisdizionale, viene meno, infatti, la stessa ragion d'essere della tutela richiesta.

La lesione in parola, inoltre, dovrà attenere alle illegittimità sopra riportate, idonee, per le proprie caratteristiche, a cagionare danni a valenza pletorica; si parla, dunque, di situazioni a rilievo collettivistico – normalmente afferenti a quelli che, nel gergo del diritto amministrativo, sono qualificati come interessi collettivi, generalmente presidiati da un soggetto, anche egli collettivo che ne assume la titolarità (ad es., associazioni o comitati) - che, però, nell'ipotesi che occupa non prescindono da un interesse concreto ed attuale in capo a colui che si farà promotore dell'iniziativa giudiziaria.

Le azioni *de quibus*, per altro, potranno essere esercitate anche da soggetti entificati, come prevede l'art. 1, comma 4 della norma in commento.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, nell'ipotesi in esame non ci si trova innanzi ad un interesse a carattere diffuso, tutelabile, ove la legge espressamente lo preveda, da chiunque, quanto piuttosto di un interesse personale e qualificato che, tuttavia, atteso il rilievo collettivo dell'illegittimità amministrativa verificatasi, consente (oltre all'azione individuale) l'esercizio dell'azione di classe pubblicistica.

In ordine alle situazioni tutelate, è stato osservato[80] che in merito alla seconda ipotesi (sopra indicata al punto B), la *class action* vada inquadrata nello schema generale della c.d. "amministrazione di risultato", oltre che nello specifico profilo della recente riforma della PA teso a realizzare una completa trasparenza; trasparenza funzionale ad un'accessibilità totale dei dati e delle informazioni rilevanti, strumentale quest'ultima a forme di controllo diffuso sui risultati dell'azione amministrativa.

La prima fattispecie prevista (sopra indicata al punto A) è destinata, invece, a porre rimedio sia alla violazione dei termini procedimentali, che all'inerzia della PA nell'adozione di atti a contenuto generale e a carattere non normativo, la cui emanazione sia obbligatoriamente prevista entro un termine determinato da una legge o da un regolamento, affiancandosi, in questo caso, all'ipotesi prevista dall'art. 2, co. 5, della

[80] T. Ajello, op. cit., 160.

legge sul procedimento amministrativo per la cui tutela il codice del processo amministrativo disciplina il ricorso *ex* art. 31, secondo il rito di cui all'art. 117 dello stesso codice.

Circa le situazioni poste dalla norma a presupposto dell'esperibilità della tutela collettiva, comunque, giova osservare come esse siano state - volutamente, pare di capire - limitate nella propria ampiezza: vertendosi in ambito amministrativo, nell'ambito di un sistema rimediale di classe, avrebbe potuto consentirsi l'esercizio dell'azione collettiva anche a fronte di altri provvedimenti amministrativi generali – non soltanto quelli relativi alla violazione degli *standard* qualitativi ed economici indicati dalla norma - che fossero stati illegittimi per essere affetti da vizi sostanziali o procedurali.

La limitazione dell'ambito di tutela in parola alle sole due ipotesi indicate dalla norma rende evidente l'intenzione del Legislatore di perimetrare la tutela "di classe" – si definisce così per convenzione, ma, come si vedrà, essa differisce in termini netti dall'azione di classe di cui all'art. 140 bis cod. cons. - esclusivamente a tali casi, probabilmente anche al fine di non incentivare situazioni di contenzioso nei confronti degli apparati pubblici.

Il tenore letterale della norma in commento – elaborato dall'Ufficio Legislativo del Ministero della Funzione Pubblica – consente di ritenere che lo stesso sia stato accortamente delimitato al fine di non indurre o non rendere più agevole ad enti portatori di interessi collettivi o ad una certa classe forense l'avanzamento di censure giudiziarie che, ove ben strutturate o condivise dagli organi giudiziari, potrebbero rivelarsi idonee ad intralciare o, addirittura, a paralizzare l'azione amministrativa.

Timore, quest'ultimo, che si rivela ancora più pregnante ed incisivo quando sia riferito ad ambiti o situazioni a valenza sensibile o di elevato rilievo economico - sociale (si pensi, tra l'altro, alla sanità, alla previdenza, all'immigrazione, ecc.).

5. Danni subiti e risarcimento.

Una prima nettissima differenza tra l'azione di classe civile e l'omologo rimedio previsto nei confronti della Pubblica Amministrazione si presenta già ad una prima lettura del D. Lgs. 198/09, posto che la c.d. *class action* pubblicistica non consente di accedere al risarcimento del danno.

Differenza tra le due azioni in parola, quella evidenziata, che davvero non è di poco conto, posto che la valenza risarcitoria dell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. ne costituisce un tratto qualificante ed assorbente.

La circostanza che il rimedio giudiziario ex D. Lgs. 198/09 assolva a finalità differenti da quelle risarcitorie, oltre ad essere esplicitato dall'art. 1, comma 6, stesso D. Lgs., si evince già dall'*incipit* della norma laddove, all'art. 1, stabilisce che l'esercizio dell'azione è consentito "A*l fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio..*".

La finalità cui tende l'azione giudiziaria – si chiarisce sin da subito – riveste una connotazione schiettamente pubblicistica laddove la riparazione dei danni subiti permane estranea allo strumento rimediale e destinata ad operare nell'ambito dei rimedi ordinari (cfr. art. 1, comma 6, D. Lgs. 198/09).

In senso conforme alla disciplina sinora richiamata, si pone la previsione di cui all'art. 4 della norma in parola che, nello stabilire quali siano i poteri decisori del Tribunale amministrativo adito, prevede che „*Il giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.*".

I poteri del giudice, dunque, hanno carattere ordinatorio e sono suscettibili di estrinsecarsi una volta che sia stata accertata la violazione dei parametri violati: il comando giudiziale, tuttavia, dovrà tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane ordinariamente sussistenti in capo all'ente e non dovrà comportare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Il vaglio giudiziale, dunque, dovrà necessariamente considerare le risorse sussistenti in capo all'ente e tanto dovrà fare doppiamente: dapprima al fine di valutare la sussistenza o meno della lesione denunciata (art. 1, comma 1 bis, D. Lgs. 198/09) e, successivamente, al fine di emettere il *decisum* ordinatorio di propria spettanza, evidentemente, connotandolo in base alle capacità dell'ente di ottemperare con le risorse di cui già dispone.

L'analisi del Decreto Legislativo in parola non può non indurre una riflessione: la violazione dei parametri idonea a determinare la lesione in capo al ricorrente, per la verità, sussiste oppure no; lo stato delle risorse di cui l'ente dispone, cioè, non può incidere sull'*an* dell'illegittimità, atteso che a fronte di obblighi prestabiliti e successivamente violati, ove questi non abbiano carattere di genericità, la violazione degli stessi è suscettibile di essere identificata in termini netti.

Diversa sarebbe l'ipotesi in cui i parametri prestabiliti avessero una connotazione generica: in tal caso, il

giudizio sull'*an* dell'illegittimità – vale a dire sulla sussistenza o meno della lesione denunciata – potrebbe tenere nel debito conto le risorse disponibili da parte dell'ente per valutare se la relativa condotta possa o meno essergli rimproverata.

Incidenter, si osserva che gli obblighi imposti sui concessionari di servizi pubblici constano avere – almeno di massima - una connotazione specifica, con quanto ne deriva sul piano dell'accertamento giudiziale.

Venendo, comunque, al dato che ivi più interessa – vale a dire quello attinente ai danni subiti ed al correlato risarcimento – come si è detto, l'aspetto risarcitorio rimane estraneo al contenzioso ex D. Lgs. 198/09 e con riferimento alle relative problematiche soccorrono i rimedi ordinari.

Sul punto, sorge spontanea la considerazione per cui, nonostante che il giudice amministrativo non possa condannare al risarcimento a seguito dell'esercizio dell'azione di classe pubblicistica, la censura giudiziale che egli abbia espresso sul piano della lesione inferta ed in ordine all'avvenuta violazione dei parametri di legge, non potrà non incidere nell'ambito di un successivo giudizio a valenza risarcitoria.

A questo riguardo, poi, non potrà non rilevare il giudizio che sia stato espresso in ordine all'"esigibilità" – per mutuare un'espressione maggiormente usata in ambito penalistico – o meno della condotta dovuta alla stregua delle risorse umane e finanziarie disponibili in capo all'ente pubblico.

Collegandosi alle considerazioni sopra espresse, l'esigibilità della condotta non può incidere sull'*an* dell'illegittimità ove vengano in rilievo obblighi a valenza specifica (ad es., l'obbligo del concessionario di servizi di telecomunicazioni di installare una nuova linea telefonica entro trenta giorni dalla richiesta dell'utente, come prevedono talune Carte dei servizi), ma potrà incidere sul *quantum* del risarcimento ove la condotta, nel caso di specie, non fosse esigibile (fatte salve, però, le forme di „indennizzo" automatiche previste dalle Carte dei servizi od a livello normativo); laddove, invece, la normativa di riferimento non consenta di modulare il risarcimento in base alla maggiore o minore colpevolezza del danneggiante, a quel punto, pare che l'esigibilità della condotta non possa incidere neanche sul *quantum* risarcitorio.

Da ultimo, per quanto concerne il profilo giurisdizionale, l'azione ex D. Lgs. 198/2009, come detto, è demandata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; la successiva azione giudiziaria che fosse tesa ad ottenere il risarcimento del danno, invece, dovrà fondarsi sugli ordinari criteri di riparto connessi alla *causa petendi* o, secondo un criterio di matrice giurisprudenziale, al c.d. *petitum* sostanziale

(legato non soltanto alla posizione soggettiva azionata, ma anche al concreto provvedimento che si chiede al giudice) oppure dovrà rivolgersi direttamente al giudice amministrativo laddove sia prevista una giurisdizione esclusiva in suo favore.

In particolare, in ordine alle problematiche che interessano, si consideri che l'art. 133 del codice del processo amministrativo, al punto a), n. 1, ha previsto un'ipotesi di giurisdizione esclusiva con riferimento a fattispecie risarcitorie legate all'inosservanza doloso o colposa dei termini di conclusione del procedimento (sul punto, per altro, si veda la recentissima disciplina introdotta dal D.L. 69/13, c.d. Decreto del fare).

Laddove, dunque, la lesione lamentata si riferisca a dette ipotesi, occorrerà adire, al fine di ottenere il risarcimento del danno subito, il giudice amministrativo che conoscerà della questione in via esclusiva; nel corso del relativo giudizio, poi, il ricorrente potrà avvalersi dell'accertamento già svolto dallo stesso plesso giurisdizionale amministrativo, nel distinto giudizio relativo all'azione esercitata ai sensi del D. Lgs. 198/2009.

Per quanto concerne, invece, la lesione che derivi dalla violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi ovvero alla violazione di *standard* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore – anche essa costituente un presupposto utile ai fini dell'esercizio dell'azione di classe pubblicistica – attenendo la relativa materia a rapporti contrattuali, la relativa vicenda risarcitoria sarà devoluta al giudice ordinario.

Anzi, sul punto, giova osservare che, di seguito all'accertamento svolto dal giudice amministrativo adito ex D. Lgs. 198/09, i soggetti danneggiati potranno avvalersi del medesimo accertamento giurisdizionale, innestando un contenzioso civile, questa volta ai sensi dell'art. 140 bis cod. cons.

Con maggiore sforzo esplicativo, può rilevarsi che successivamente all'esercizio dell'azione di classe pubblicistica che abbia accertato la lesione lamentata dai ricorrenti, al fine di ottenere il risarcimento del danno, laddove – come nel caso dei rapporti contrattuali tra utenti e concessionari di pubblici servizi – sussista la giurisdizione ordinaria, potrà essere questa volta attivata un'azione giudiziaria ex art. 140 bis cod. cons., utilizzando l'accertamento già svolta presso gli organi giurisdizionali amministrativi.

Per quanto concerne, poi, le altre violazioni che possono dare luogo ad un'azione di classe pubblicistica, ovvero quelle attinenti agli obblighi posti in capo alle pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in

conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, la questione si pone in termini differenti.

Ferma restando l'esigenza di definire l'organo giurisdizionale competente in base agli ordinari criteri di riparto laddove non sussista un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, si consideri che mentre nell'ipotesi già vista, afferente all'erogazione di pubblici servizi, il danno in capo all'utente è più facile da individuare ed è sovente forfettizzato nelle stesse Carte dei servizi, nell'ipotesi in parola il danno sarà risarcibile nei limiti in cui il cittadino sia effettivamente in grado di dimostrarlo: onere probatorio che sarà meno facile da assolvere ove la lesione attenga alla violazione di *standard* qualitativi che, tuttavia, non abbiano inciso in termini di effettività sulla sfera giuridico-economica del cittadino, non addivenendo, pur a fronte della formale illegittimità od incoerenza rispetto ai parametri normativi, alla soglia del danno (o, comunque, diano luogo ad una danno minimale od irrilevante).

6. Profili di giurisdizione.

Ai sensi dell'art. 1, comma 7, D. Lgs. 198/2009, „*Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.*".

Il rilievo pubblicistico connesso a violazioni a matrice plurima in relazione a condotte poste in essere dalla Pubblica Amministrazione o dai concessionari di pubblici servizi ha indotto il Legislatore a sgombrare il campo da incertezze in ordine all'organo giurisdizionale competente.

L'azione processuale in oggetto, tuttavia, per come è congegnata dal ridetto D. Lgs. 198/2009, non poteva vedere un referente diverso sul piano giurisdizionale: la finalità propria della normativa in parola, tesa al ripristino della legalità violata a prescindere da aspetti riparatori ed in relazione a situazioni a valenza collettiva, attiene, infatti, ad istanze pubblicistiche naturalmente riconducibili all'organo giurisdizionale amministrativo piuttosto che a quello civile.

La disciplina designata dalla norma e le finalità ad essa sottese avrebbero comunque indotto, si ritiene, la stessa giurisprudenza a devolvere le questioni in parola ai Tribunali amministrativi; in ogni caso, col menzionato art. 1, comma 7, D. Lgs. 198/09, il Legislatore ha inteso risolvere preventivamente la questione, delinenando una giurisdizione amministrativa a carattere esclusivo.

La scelta legislativa di definire il profilo giurisdizionale, per altro, pare sia stata saggiamente adottata, posto che - in mancanza e fintanto che la questione non fosse stata risolta dalla Corte di Cassazione a sezioni unite (competente in materia di giurisdizione) - problemi di giurisdizione avrebbero obiettivamente potuto porsi, specie in riferimento ai pubblici servizi, espressamente considerati dalla norma, sovente gestiti da concessionari privati e normalmente attinenti a posizioni di diritto soggettivo (si pensi ai servizi pubblici di telefonia, trasporto, raccolta della spazzatura, sanità, ecc.).

L'affiancamento della giurisdizione di merito a quella esclusiva, originariamente prevista nella legge delega, è stata eliminata in sede di decreto attuativo, secondo certa dottrina, poco opportunamente[81].

La dottrina menzionata, probabilmente, ha considerato inopportuna la mancata adozione della giurisdizione di merito in considerazione dei rilevanti interessi pubblici coinvolti; aspetto, quest'ultimo, che effettivamente potrebbe giustificare una giurisdizione di merito, normalmente inibita al giudice amministrativo sulla scorta del noto principio – tradizionalmente fatto risalire a Montesquieu, ma storicamente risalente – della separazione dei poteri.

Certo è che il merito della questione, inibito in sede di cognizione, costituisce il dato centrale della vicenda giudiziaria laddove, a fronte dell'inottemperanza della Pubblica Amministrazione, si renda necessario il giudizio d'ottemperanza.

In particolare, in ordine a tale giudizio ed alle correlate previsioni di cui all'art. 5, D. Lgs. 198/09, è stato osservato[82] che, atteso l'espresso richiamo dell'art. 27, co 1 n. 4 r.d. 1054/1924 (per altro ormai superato dalle omologhe disposizioni del codice del processo amministrativo), esso sarebbe attivabile esclusivamente nei confronti delle pubbliche amministrazioni, rimanendo le sentenze riferite ai concessionari di pubblici servizi del tutto escluse dalla lettera della norma.

Il dato testuale, pertanto, conduce a ritenere che contro le inadempienze di costoro non sarà possibile adire nuovamente il G.A. per ottenere l'accertamento dell'inosservanza dell'ordine impartito e l'eventuale commissariamento.

Laddove si dovesse, comunque, ritenere prevalente - come sembra - l'interpretazione letterale, l'esecuzione della sentenza potrebbe essere garantita dalla possibilità di proporre ricorso di esecuzione nei confronti dell'amministrazione concessionaria o, comunque, vigilante affinchè eserciti i propri poteri di controllo sul corretto esercizio della concessione di pubblico servizio.

---

[81] T. Ajello, op. cit., 160.

[82] D. Zonno, "*Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso ?* " in www. giustizia-amministrativa.it.

Il ricorrente dovrebbe, in tal caso, chiedere la declaratoria giudiziale dell'obbligo dell'amministrazione concedente di attivarsi per l'esecuzione del giudicato mediante l'esercizio di tutte le prerogative possedute nei riguardi del concessionario inadempiente (fino eventualmente all'adozione di un atto di decadenza dalla concessione) e, in mancanza, la nomina, da parte del giudice amministrativo, di un commissario *ad acta* che le eserciti in via sostituiva, secondo le regole generali.[83]

7. Il procedimento.

L'azione di classe pubblicistica può essere presentata soltanto dopo aver diffidato l'amministrazione o il concessionario ad eliminare, nel termine di novanta giorni, la situazione che ha dato luogo alla lesione.

Trascorso tale termine, il ricorso per l'efficienza diventa proponibile da parte dei ricorrenti che non siano soddisfatti delle condotte riparatorie eventualmente realizzate dal soggetto intimato.

In alternativa alla diffida, è possibile ricorrere alla soluzione stragiudiziale della controversia, quando ne ricorrano i presupposti.

In tale ultima ipotesi, il ricorso sarà proponibile entro un anno dall'esito negativo del tentativo di conciliazione.

Il ricorso per l'efficienza, comunque, non può essere presentato se un soggetto con funzioni di controllo o regolazione, istituito con legge e preposto al settore, stia esaminando i medesimi fatti che formano oggetto della *class action* pubblica; preclusione, questa, che perdura sino alla definizione del relativo procedimento.

Il giudizio per l'efficienza viene, invece, sospeso dal giudice qualora successivamente alla proposizione del ricorso sia stato avviato un apposito procedimento dal soggetto regolatore o controllante: in tal caso, il ricorso giudiziario dovrà essere riassunto nei centoventi giorni successivi alla definizione di tale procedimento.

In ogni caso, deve essere data notizia del ricorso sul sito istituzionale del ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nonché sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati (art. 1, comma 2, D. Lgs. 198/2009).

[83] D. Zonno, op. cit.

Siffatta previsione va coordinata con la possibilità per coloro che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente di intervenire in giudizio, nel termine di venti giorni liberi dall'udienza di discussione del ricorso.

Dell'avvenuta proposizione del ricorso, inoltre, deve essere informato il dirigente responsabile di ciascuna struttura coinvolta, che può intervenire nel giudizio.

Tale disposizione se, da un lato, si inquadra nell'ottica di una compiuta responsabilizzazione dei dirigenti, invalsa nella legislazione degli ultimi anni in materia di pubblico impiego, d'altro lato, consente anche all'Amministrazione una migliore difesa in giudizio, posto tale informativa metterà il dirigente nella condizione di fornire alla stessa Amministrazione notizie utili ad affrontare il contenzioso.

L'udienza di discussione viene fissata d'ufficio in una data compresa tra novanta e centoventi giorni dall'avvenuto deposito del ricorso.

La sentenza che definisce il giudizio, poi, è soggetta ai medesimi obblighi di pubblicità stabiliti per il ricorso.

Una volta che detta sentenza di condanna nei confronti della pubblica amministrazione sia passata in giudicato, essa viene comunicata agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle PP.AA. e all'Organismo indipendente di valutazione della *performance*, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergano profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza.

Disposizione, quest'ultima, che assolve all'evidente finalità di responsabilizzare i dirigenti amministrativi, posto che la condanna giudiziale potrà produrre effetti pregiudizievoli non soltanto nei confronti della P.A., ma anche nei loro confronti, sul versante contabile, disciplinare nonché sul piano della valutazione dei risultati realizzati e della *performance*.

La sentenza che accolga la domanda proposta nei confronti di un concessionario di pubblici servizi, invece, deve essere comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina.

Il mancato rispetto degli obblighi previsti nella concessione e nel correlato contratto di servizio, infatti, com'è noto, può dare luogo a sanzioni da parte dell'ente pubblico concedente, financo ad arrivare, nei casi di rilievo, alla sospensione o, nelle ipotesi più gravi, alla revoca stessa della concessione.

Si prevede, peraltro, che anche le misure adottate in esecuzione della sentenza siano pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario soccombenti.

Misura, quest'ultima che assolve a finalità di pubblicità in ordine a vicende giudiziarie che hanno coinvolto l'amministrazione od il concessionario e che può anche essere vista come una sorta di sanzione – questa volta sul piano sociale - nei confronti del soggetto sia venuto meno ai propri obblighi.

Da ultimo, viene esplicitamente prevista la possibilità di ricorrere in ottemperanza nel caso della perdurante mancata esecuzione della sentenza che accolga il ricorso per l'efficienza (in ordine a tale punto, si rinvia alle considerazioni già espresse).

8. I decreti attuativi emanati ai sensi dell'art. 7, D. Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

L'art. 7 del ridetto D. Lgs. 198/2009, intitolato "*Norma transitoria*" pone la seguente previsione.

1. In ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori, la concreta applicazione del presente decreto alle amministrazioni ed ai concessionari di servizi pubblici è determinata, fatto salvo quanto stabilito dal comma 2, anche progressivamente, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto, per quanto di competenza, con gli altri Ministri interessati.

2. In ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori, la concreta applicazione del presente decreto alle regioni ed agli enti locali è determinata, anche progressivamente, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, su conforme parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

La discilina sopra riportata consente di dire che l'azione di classe pubblicistica sia stata introdotta con una certa cautela da parte del Legislatore nonché in anticipo rispetto a quella che sarebbe stata la sua concreta operatività.

L’atteggiamento cauto al quale sopra si è fatto riferimento si evince dalla circostanza che l’efficacia dell’azione di classe è rimandata ad una disciplina da definire così da individuare in via preventiva gli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi e gli standard qualitativi ed economici suscettibili di giustificare l’azione giudiziaria *de qua*; il rinvio della concreta operatività dello strumento giudiziario in commento, poi, serviva anche al fine di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori.

Come a dire che il Legislatore, da un lato ha voluto evitare di predisporre uno strumento che, nel suo concreto esercizio potesse risultare per Amministrazioni e concessionari eccessivamente afflittivo o, addirittura, paralizzante.

D’altro lato ed al medesimo fine, ha inteso preventivamente operare le debite valutazioni di natura finanziaria ed amministrativa così da individuare, sulla scorta di esse, gli obblighi e gli *standard* la cui violazione desse la stura all’esercizio dell’azione giudiziaria in commento.

La norma reca l’indicazione relativa alle valutazioni di natura finanziaria ed amministrativa successivamente a quella relativa agli obblighi ed agli standard la cui violazione possa dare luogo all’esercizio dell’azione di classe, ma, sul crinale logico, è indubbio che le due valutazioni procederanno di pari passo, posto che l’individuazione degli obblighi e degli *standard* in parola non può prescindere dalle necessarie valutazioni circa le conseguenze che ne possano derivare sul piano amministrativo e della gestione delle risorse pubbliche.

In ogni caso, sul versante ultimo, la disciplina di cui all’art. 7 in parola consentiva di dubitare dell’immediata operatività dello strumento giudiziale, al momento in cui le possibili violazioni per le quali il ricorso poteva essere presentato dovevano essere postergate, ai sensi dell’art. 7, D. Lgs. 198/09, all’emanazione di appositi atti di normazione secondaria.

Sul punto, tuttavia, in giurisprudenza[84] è stato condivisibilmente chiarito come la tutela sia immediatamente erogabile dagli organi giurisdizionali, senza dovere attendere l’emanazione dei provvedimenti di cui al suddetto art. 7, laddove la violazione di obblighi risulti dal quadro normativo già esistente.

Del resto, lo stesso spirito sembra aver animato la Commissione indipendente per la valutazione, integrità

[84] TAR Lazio 20 gennaio 2011, n. 522.

e trasparenza della pubblica amministrazione , che, già nella sua prima delibera (n. 1 del 13 gennaio 2010), aveva invitato le amministrazioni ad applicare (anche attraverso la loro precisa ricognizione) le carte di servizi esistenti e gli altri eventuali provvedimenti già adottati: proprio il riferimento agli standard di servizio già in vigore potrebbe, quindi, anche legittimamente fondare la proposizione immediata di ricorsi ex d.lgs. n. 198/2009, a prescindere dall'emanazione degli ulteriori nuovi standard di servizio previsti dalla legge, e, quindi, anche dall'adozione dei d.P.C.M. attuativi previsti dall'art. 7, giungendo in tal modo, in via interpretativa, ad ampliare i confini di immediata operatività dell'azione.

Della necessità di dare una interpretazione restrittiva e coerente di questa disposizione si era già reso conto, del resto, lo stesso Esecutivo: nella prima direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, indirizzata a tutte le amministrazioni pubbliche per l'attuazione del d.lgs. n. 198/2009 (direttiva 25 febbraio 2010 n. 4), si era già precisato (sia pure senza alcuna argomentazione, e quasi per inciso) che alcune delle azioni introdotte dal d.lgs. n. 198/2009 sono già esperibili e in particolare, quelle derivanti dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento.

Va ricordato che per le amministrazioni statali, in base a quanto prescritto dagli artt. 13, c. 6, lett. d), 28, 30 e 31 del d.lgs. n. 150/2009, gli standard qualitativi avrebbero dovuto essere adottati entro il 31 dicembre 2010 sulla base delle linee guida espresse dalla Civit (che ha adempiuto nei termini, adottando le citate linee guida con la delibera 24 giugno 2010 n. 88), e comunque fatti confluire, da parte di ciascuna amministrazione, nel Piano della performance, da adottarsi entro il 31 gennaio 2011. Scorrendo l'elenco dei documenti pervenuti alla Civit e pubblicati sul suo sito istituzionale, risultava che fino a tempi recenti soltanto un numero limitato di amministrazioni aveva già provveduto (e comunque in misura parziale, ovvero con riferimento solo ad alcuni dei servizi erogati). Entro lo stesso termine anche le amministrazioni regionali e locali avrebbero dovuto definire i propri standard di servizio, nel rispetto delle linee guida stabilite dalla Civit e di appositi atti di indirizzo e coordinamento, adottati d'intesa con la Conferenza unificata, che, fino a tempi recenti, non risultavano ancora adottati.[85]

9. Elementi distintivi tra l'azione di classe civilistica e quella pubblicistica avverso la Pubblica

[85] Analisi svolta da C. Tubertini „*La prima applicazione della class action amministrativa*“ in Giornale Dir. Amm., 2011, 8, 862.

Amministrazione.

La comparazione tra le norme che disciplinano le due azioni di classe, quella ex art. 140 bis cod. cons. e quella c.d. pubblicistica, pone in rilievo, da subito, profonde differenze tra i due sistemi rimediali[86].

L'azione di classe prevista dal codice del consumo, infatti, è regolata in termini assai più articolati e complessi rispetto alla più semplice azione giudiziaria prevista dal D. Lgs. 198/09, contenendo altresì una disciplina peculiare sul fronte processuale che sicuramente non ricorre in termini assimilabili nelle previsioni di cui al D. Lgs. 198/2009.

Su tale crinale, in particolare, è stabilito un *iter* procedurale differente da quello ordinariamente proprio del processo civile, è previsto un filtro di ammissibilità assente nel D. Lgs. 198/2009, sono previsti oneri pubblicitari diversi rispetto a quelli di cui allo stesso D. Lgs. 198/2009 (tale norma impone semplicemente la pubblicazione sul sito Internet dell'Amministrazione o del concessionario di pubblico servizio circa l'avvenuta proposizione dell'azione), è prevista una fase conciliativa in ordine al *quantum* risarcitorio (naturalmente assente nel D. Lgs. 198/09, non indirizzato a tale finalità).

La differenza di maggiore rilievo tra le due azioni – di tale pregnanza da indurre a dubitare che si possa parlare di azione di classe in riferimento al rimedio di cui al D. Lgs. 198/2009 - tuttavia risiede nella diversa finalità cui le stesse sono tese: l'una, a connotazione schiettamente civilistica e riparatoria, finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno; l'altra, a vocazione propriamente pubblicistica, volta ad ottenere il ripristino della finalità violata per il tramite di una pronuncia ordinatoria del giudice che imponga la realizzazione dell'obbligo di *facere* disatteso dall'organo amministrativo o dal concessionario.

Differenza, questa evidenziata, che non poteva non riflettersi sul crinale disciplinatorio: oneri di pubblicità, come visto, differenti; un filtro di ammissibilità sussistente soltanto per l'azione civilistica, sia per la maggiore difficoltà di individuare il presupposto relativo all'omogeneità degli interessi in ambito civilistico (esso appare più facilmente individuabile ove si lamenti un'omissione od una *mala gestio* amministrativa), sia per la vocazione risarcitoria che, secondo taluni, avrebbe imposto la relativa previsione, in sede di elaborazione legislativa, come una sorta di maggiore tutela per le imprese

[86] T. Ajello, op.cit., 159. Secondo l'Autore, il termine *class action*, scontato l'attuale *favor* nell'opinione pubblica per tale strumento, è però usato in senso atecnico, stante alcune rilevanti differenti strutturali e funzionali con l'istituto di origine statunitense. Secondo la *Rule* 23 delle "*Federal Rules of Civil Procedure*", infatti, la *class action* consiste nella legittimazione individuale di un membro di qualunque gruppo, classe o categoria di persone, a far valere in nome e per conto di tutti coloro che sono ricompresi in quel gruppo, classe o categoria di persone, i diritti di tutti quei soggetti.

convenute; una possibile fase conciliativa, successiva ad una prima pronuncia di condanna generica, che, essendo tesa alla liquidazione consensuale del danno, naturalmente è assente nelle previsioni di cui al ridetto D. Lgs. 198/2009.

Anche gli adempimenti istruttori, poi, saranno notevolmente differenziati nell'una e nell'altra azione giudiziaria, specie ove la lesione lamentata attenga al solo silenzio serbato dall'amministrazione.

Nell'ambito processuale amministrativo, sovente, l'illegittimità lamentata è verificabile esclusivamente in base al dato documentale laddove i fatti posti alla base di un contenzioso civilistico ex art. 140 bis cod cons., verosimilmente ed in termini di massima, richiedono maggiori oneri probatori in capo alla parte attrice.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle azioni di classe intraprese contro la Concordia a seguito dei disastro navale verificatosi in Toscana nel 2011 ed a seguito del quale hanno perso la vita taluni passeggeri; anche in un caso di questo tipo, ove la dimostrazione del danno possa essere in qualche misura agevolata dall'eco mediatica assunta dalla vicenda, gli attori devono comunque dimostrare fatti e danni riportati in termini ordinariamente superiori agli analoghi oneri probatori richiesti nel processo amministrativo.

Relativamente alle violazioni a cui il D. Lgs. 198/2009 intende porre rimedio, considerazioni diverse potrebbero imporsi laddove la lesione lamentata attenga al mancato rispetto di standard qualitativi – da parte dei concessionari di pubblici servizi, ma anche da parte degli organo amministrativi – che impongano un'istruttoria che non sia semplicemente documentale: anche in tale ipotesi, tuttavia, la questione potrà essere risolta in termini non eccessivamente articolati – pare - richiedendo una consulenza tecnica d'ufficio, ormai da tempo utilizzabile anche nell'ambito del processo amministrativo (essa fu introdotta in tale ambito dapprima per la sola giurisdizione esclusiva, col D. Lgs. 80/98, e poi generalizzata anche alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo per tramite della L. 205/2000; adesso, sul punto, rilevano le disposizioni del codice del processo amministrativo, allegato al D. Lgs. 104/2010).

Le menzionate differenze sul piano dell'istruttoria processuale nell'ipotesi civilistica ed in quella pubblicistica valgono altresì a spiegare la distinzione esistente nella rispettive discipline di riferimento.

La previsione di cui all'art. 140 bis cod. cons. – secondo cui "*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. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti." – infatti non trova una disposizione omologa nell'ambito della normativa di cui al D. Lgs. 198/2009 ove, alla stregua delle considerazioni già svolte, l'istruzione probatoria dovrebbe realizzarsi, di massima, in termini di maggiore semplicità (per altro in coerenza con quelle che sono i caratteri generali rispettivamente del processo civile e di quello amministrativo; processo, quest'ultimo, in cui l'aspetto probatorio è necessariamente ridimensionato dal rilievo che a tale proposito è assunto dal dato documentale incorporato nel provvedimento amministrativo).

In ordine alle differenze esistenti tra l'azione di classe civile e l'omologo rimedio pubblicistico, in dottrina[87] è stato osservato che se la categoria di soggetti cui imputare le utilità tutelate rispettivamente dall'art. 140 bis cit. e dal d.lgs. n. 198/09 è identica, essendo rappresentata da utenti e consumatori in entrambi i casi, sideralmente diverse sono le posizioni soggettive azionate.

Nel primo caso costituite da diritti (e non interessi) di natura individuale e seriale, perchè l'unico requisito che può esprimere l'omogeneità senza intaccare il carattere individuale, non può che essere rappresentato dalla serialità.

Il diritto si atteggia, pertanto, come posizione esclusiva in capo a ciascuno, benché "ripetuta", in quanto connotata dai medesimi presupposti.

Nel secondo caso, invece , scompare il tratto individuale del bene della vita, rispetto al quale una plu-
ralità di soggetti collettivamente - e per ciò non individualmente – pretende di trarre un'utilità.

Da tali premesse, l'ermeneutica menzionata trae la conclusione per cui il carattere di omogeneità delle posizioni soggettive previsto sia nell'art. 1, co 1 del d.lgs. n. 198/09, sia nell'art. 140 bis d.lgs. n. 206/05 non è dirimente, essendo, invece, il tratto individuale (e seriale) ovvero adespota della posizione azionata che vale a definire le diversità tra gli istituti.

Il precipitato logico di tale affermazione, secondo tale interpretazione dottrinale, si sostanzia nei diversi effetti delle due azioni: nella c.d. "*class action pubblica*" esperito con successo il rimedio giurisdizionale, si ottiene un risultato che giova immediatamente indistintamente a tutti gli altri contitolari dell'interesse diffuso.

[87] D. Zonno, op. cit.

Nella *class action* prevista dal codice del consumo l'utilità ottenuta, riguardando un diritto pur sempre individuale, richiede la sua "trasposizione" in capo a ciascun titolare.

A ciò si aggiunge che la prima non attiene, a differenza della seconda, a posizioni relative ad un rapporto contrattuale.[88]

Ancora, con riferimento alle differenze tra i due istituti, altra dottrina[89] ha osservato che il termine *class action* è utilizzato impropriamente (sarebbe stato più corretto, secondo tale interpretazione, chiamarla "*civic action*", azione civica), dal momento che non è previsto alcun diretto beneficio in capo a chi la attiva, a differenza di quanto previsto nel caso dell'azione di classe vigente nel campo dei servizi e del commercio.

L'impossibilità di ottenere direttamente il risarcimento (una volta emessa la pronuncia di condanna è sempre possibile esperire gli ordinari rimedi per richiedere il risarcimento), secondo tale tesi, rappresenterebbe una grave menomazione, tenuto conto del fatto che – al contrario – la proposizione dell'azione comporta dei costi, anche in considerazione della circostanza per cui i procedimenti in questione non sono resi esenti dal versamento del Contributo Unificato previsto dal D.P.R. n. 115/2002.

La distinzione tra l'azione giudiziaria di cui al D. Lgs. 198/2009 rispetto all'azione di classe civile è stata infine posta in evidenza da altra tesi dottrinale[90] che, al riguardo, ha ritenuto che né il tenore letterale del decreto legislativo n. 198, né il suo contenuto inducono ad assimilare le due fattispecie, mirando, piuttosto, il Legislatore del 2009 a compulsare le amministrazioni e gli esercenti di servizi pubblici a ripristinare la legalità, nelle diverse declinazioni del efficienza ed efficacia, con espressa esclusione del risarcimento del danno, per tramite della cittadinanza, *uti singuli* o mediante enti esponenziali dei relativi interessi, purché omogenei. Cittadinanza, dunque, che assurge a controllore del corretto e tempestivo esercizio della funzione pubblica e per tramite della quale il giudice amministrativo può intervenire per riportare lo stato di fatto a quello di diritto, anche mediante nomina di un commissario ad acta qualora perduri l'inerzia e l'inefficienza dei responsabili. In altre parole, sembra fare prepotente ingresso, conquistando piena dignità giuridica, l'interesse diffuso o occasionalmente o amministrativamente protetto, all'evidente scopo di consentire una verifica giudiziaria del corretto esercizio del potere, funzionale o economico che sia, la qual cosa, come noto, non avrebbe potuto trovare altrimenti spazio,

[88] D. Zonno, op. cit.
[89] E. Belisario, op. cit.

[90] P. Cosmai, op. cit.

non elevandosi ad interesse legittimo quello, civico, alla legalità e potendo trovare ingresso le azioni popolari solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

CAPITOLO 5

L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE.

1. Generalità.

L'analisi sinora svolta ha consentito di evidenziare le connotazioni proprie dell'azione di classe sulla scorta di una ponderata disamina del dato normativo, dell'elemento comparativo, dell'interpretazione dottrinale.

In particolare, la travagliata genesi dell'istituto in esame, la sua origine extraordinamentale, la presenza delle complesse problematiche ad esso associate, sia sul crinale sostanziale che su quello processuale, sono state poste in evidenza così da focalizzare i tratti caratterizzanti dell'azione di classe domestica.

Il presente capitolo si soffermerà, invece, sull'esperienza giurisprudenziale registratasi in ambito nazionale e sui casi giudiziari di maggiore rilevanza.

Al riguardo, l'esperienza giudiziaria europea e persino quella nordamericana hanno indotto la dottrina[91] a ritenere che raramente agli illeciti di massa sia seguita una riparazione vicina alla reale (ed immane) entità della lesione arrecata agli interessi individuali omogenei coinvolti, posto che la maggiorparte delle vicende processuali inerenti la violazione di una moltitudine di diritti isomorfi si è conclusa con „l'assoluzione" dell'impresa convenuta.

Tuttavia – secondo l'ermeneutica citata - la presenza di rimedi acconci alla trattazione aggregata di diffuse pretese seriali ha provocato, soprattutto negli Stati Uniti, il benefico risultato di indurre gli operatori forti del mercato a prevenire la pubblicità negativa derivante dall'avvio nei loro confronti di azioni di classe, migliorando la qualità dei prodotti e dei servizi offerti e perseguendo politiche di *customer care* e trasparenza etica sino ad allora inusitate.

Una limitata efficiacia dell'azione di classe è stata lamentata anche in riferimento alla nostra realtà nazionale, in relazione alla quale in dottrina[92] è stato rilevato che la pratica applicazione di tale strumento continua a deludere le aspettative di quanti confidano nell'efficacia di quello che avrebbe dovuto essere il più sofisticato ed efficiente mezzo di *deterrence* delle condotte plurioffensive poste in essere dagli operatori del mercato.

L'analisi delle pronunce più recenti consentirebbe – secondo la dottrina citata - di cogliere le difficoltà pratiche poste dall'applicazione della disciplina processuale e di segnalare le incertezze della giurisprudenza, chiamata al difficile compito di supplire in via interpretativa alle lacune tecniche del testo dell'art. 140 bis cod. cons.

L'infrequente ricorso all'istituto in esame, per altro, potrebbe rinvenire una propria giustificazione anche nei timori espressi da altra dottrina [93] laddove questa aveva rilevato che la complessità della fase di avvio dell'istituto potrebbe essere tale da scoraggiarne l'utilizzo altresì alla luce dei costi connessi e della mancanza d'incentivi.

In particolare, sul punto, è stato ritenuto che le reazioni dei soggetti passivi dell'illecito possano essere disincentivate dalle molte difficoltà di un *iter* processuale complicato e dalla prospettiva di un aggravio di spese che, pure, l'introduzione di tale strumento mirava a superare.

Sul piano propriamente numerico o statistico, comunque, sulla scorta di dati ricavati da fonti pubbliche e da comunicati stampa delle principali associazioni di consumatori, alla data del 11 aprile 2014, constava

[91] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 25.
[92] A.D. De Santis, "*Recenti sviluppi della giurisprudenza sull'azione di classe a tutela dei consumatori*" in www.Treccani.it, 14 gennaio 2014.
[93] C. Di Landro, op. cit., 201.

che dinanzi ai Tribunali italiani fossero state incardinate 40 azioni di classe di cui 9 dichiarate ammissibili, 15 dichiarate inammissibili, 23 in corso, 2 esitate in sentenze [94].

Le problematiche emerse nell'esperienza giudiziaria, in ogni caso, saranno analizzate nei paragrafi a seguire.

2. Le pronunce sull'ammissibilità del giudizio.

Com'è noto, l'art. 140 *bis* cod. cons. assoggetta l'azione di classe ad un giudizio preliminare di ammissibilità, al duplice scopo: *a*) di tutelare l'impresa convenuta contro azioni temerarie che potrebbero nondimeno arrecare notevole pregiudizio alla sua immagine; *b*) di rassicurare i potenziali aderenti circa la serietà dell'iniziativa assunta del proponente, incentivando le adesioni e favorendo così il conseguimento degli obiettivi propri del giudizio di classe.[95]

In particolare, il comma 6° dell'art. 140 *bis* c.cons. prevede che all'esito della prima udienza il Tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità dell'azione, dichiarando l'inammissibilità della domanda quando la stessa appare manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, 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.

Contro l'ordinanza del Tribunale è ammesso reclamo alla Corte d'appello, che decide a sua volta con ordinanza resa in camera di consiglio.

Circa l'udienza in parola è stato ritenuto[96] che essa sia un'udienza preliminare di discussione (dunque, aperta al pubblico) che precede e prepara la successiva trattazione del merito; trattazione, quest'ultima, che, in assenza di specifiche disposizioni stabilite con l'ordinanza dal Tribunale, avverrà secondo le cadenze che caratterizzano il rito di cognizione ordinario.

Per altro, il profilo letterale della norma non esclude che ai fini del giudizio di ammissibilità sia esperibile un'attività istruttoria non documentale e che, quindi, in tale fase si svolgano, ad es., audizioni testimoniali con forme semplificate e senza capitolazione o per la richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione.

[94] Dati reperiti sul sito Internet www. osservatorioantitrust.eu.
[95] Così S. Boccagna, *Una condivisibile pronuncia della Corte di cassazione sulla non ricorribilità ex art. 111 Cost. dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'azionedi classe*, Riv. Dir. Proc., 2013, 1, 191.
[96] C. Consolo, B. Zuffi, op. cit., 172 e ss.

Il profilo dell'ammissibilità dell'azione di classe, in ogni caso, sostanziando la fase preliminare nell'ambito del giudizio in parola, ha formato oggetto di plurime pronunce giurisprudenziali.

In particolare, al riguardo, è stato ritenuto che il giudizio sull'ammissibilità non debba necessariamente svolgersi in un'unica udienza e che possano concedersi alle parti termini per il deposito di memorie scritte, utili a supportare ulteriormente le contrapposte tesi difensive (Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010; App. Milano, ord. 3 maggio 2011).

Nell'ambito della fase giudiziale in parola, poi, la giurisprudenza ha ritenuto che le parti possano precisare o modificare le domande ed eccezioni già formulate entro gli stessi limiti previsti per il giudizio ordinario dall'art. 183, comma 5°, c.p.c. (in tal senso, Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010).

Per quanto concerne la non manifesta infondatezza dell'azione, invece, la giurisprudenza ha precisato che il giudizio preliminare nel merito ha carattere sommario ed assume la veridicità dei fatti che le parti hanno introdotto nel giudizio (sulla base del principio di tradizione romanistica secondo cui *si vera sint exposita*), i quali, ove necessario, dovranno essere provati nella successiva fase istruttoria (così App. Roma, ord. 27 gennaio 2012)

Con riferimento al diverso profilo relativo all'adeguatezza dei proponenti l'azione, inoltre, è stato ritenuto che si debba presumere l'idoneità a curare in modo adeguato l'interesse della classe da parte di associazioni iscritte all'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale previsto dall'art. 137 cod. cons. (Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011, confermata sul punto da App. Napoli, ord. 29 giugno 2012).

Diversamente, non sono stati ritenuti in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe i consumatori sprovvisti di adeguati mezzi finanziari e organizzativi (Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011; Trib. Torino, ord. 7 aprile 2011).

Il Tribunale di Torino, nelle ordinanze menzionate, ha infatti ritenuto i consumatori non adeguati a rappresentare gli interessi della classe sulla scorta del dato che i conti corrente bancari degli attori, dagli stessi allegati nel giudizio, erano in situazione di sofferenza (nei casi in parola erano state esercitate azioni di classe contro istituti di credito in relazione all'applicazione delle commissioni di massimo scoperto)

Per quanto concerne, invece, la necessaria omogeneità dei diritti tutelabili, già nella vigenza dell' originario testo normativo - secondo cui l'azione di classe doveva essere promossa e a tutela di diritti omogenei di consumatori che si trovano in una posizione identica tra loro - la giurisprudenza aveva ritenuto (pur

non senza contrasti) che il requisito dell'identità, nella sostanza, coincidesse con quello dell'omogeneità, non sussistendo la necessità che i danni individuali di cui ciascun consumatore chiedeva il risarcimento fossero identici (in tal senso, App. Roma, ord. 27 gennaio 2012; App. Torino, ord. 23 settembre 2011; Trib. Roma, ord. 20 aprile 2012; Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011).

Soluzione, questa fatta propria dalla giurisprudenza, in qualche misura necessitata, posto che, diversamente, ben pochi sarebbero stati gli spazi di tutela rimasti all'azione di classe, a quel punto esperibile soltanto in ipotesi residuali.

La ragionevolezza di tale soluzione, infatti, è stata di seguito abbracciata anche dal legislatore che, *re melius perpensa*, nel 2012 ha ritenuto di abbandonare il criterio dell'identità dei diritti sostituendolo con quello, sicuramente meno restrittivo, dell'omogeneità dei diritti (art. 140 *bis*, commi 2° e 6°, c. cons.).

Con precipuo riferimento al requisito dell'omogeneità dei diritti, poi, la giurisprudenza sembra orientata nel senso di considerarne la ricorrenza quando, sulla base delle deduzioni difensive sollevate, il Tribunale sia in grado di svolgere un'unica istruttoria valevole per tutti i membri della classe (Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, confermata sul punto da App. Roma, ord. 27 gennaio 2012).

Soltanto così, ben vero, l'azione di classe può svolgere la funzione di economia processuale che le è propria: ove fosse impossibile svolgere un'attività probatoria comune, il Tribunale si vedrebbe costretto a trattare e decidere singolarmente la posizione di ciascun consumatore non dissimilmente da quanto avverrebbe nell'ipotesi di esercizio di tante azioni individuali.

Altro aspetto da vagliare attiene alla possibilità impugnare in Cassazione l'ordinanza della Corte d'appello che abbia deciso sul reclamo proposto avverso l'ordinanza del Tribunale che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe.

Sul punto, la giurisprudenza – con un *decisum* accolto favorevolmente dalla dottrina[97] - si è pronunciata negativamente sulla scorta del rilievo per cui l'ordinanza che dichiara o conferma l'inammissibilità dell'azione di classe non è suscettibile di assumere la stabilità del giudicato sostanziale e non produce la efficacia preclusiva del dedotto e del deducibile, in quanto è fondata su una delibazione sommaria.

Nell'ipotesi di pronuncia di inammissibilità per manifesta infondatezza dei diritti omogenei fatti valere, la valutazione del Giudice è, invero, operata, oltre che in sede di cognizione sommaria, ai soli fini del giudi-

[97] S. Boccagna, op. cit.

zio di ammissibilità della domanda di classe e, dunque, con delibazione finalizzata ad una pronuncia di rito, idonea a condizionare unicamente la prosecuzione dl quel processo di classe.

A norma dell'*art.* 140 bis, comma 14, D.Lgs. n. 206 del 2005- dunque, secondo la Suprema Corte - è unicamente l'ordinanza di ammissibilità che preclude la proposizione delle medesima azione di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione e non la ordinanza di inammissibilità, la quale non preclude affatto la riproponibilità dell'azione (Cass., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772).

Con riferimento, poi, alla possibilità che il vaglio di ammissibilità dell'azione comporti una vulnerazione del diritto di difesa dei consumatori, in merito a tale questione è intervenuta la Corte d'appello di Torino, con ordinanza del 27 ottobre 2010, ritenendo che il "filtro" di ammissibilità per l'azione di classe non si ponga di per sé in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal momento che esso non soltanto non rappresenta un ostacolo apprezzabile per la difesa dei diritti azionati, ma è caratterizzato da forme procedurali di pieno contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa.

La Corte, sul punto, ha altresì ritenuto che il "filtro" in parola sia funzionale all'interesse degli stessi consumatori, i quali, proprio in virtù del vaglio giudiziale di ammissibilità, sono posti in condizione di evitare di aderire ad un'azione manifestamente infondata (allontanando da sé, in tal maniera, gli effetti di un giudicato che si preannuncia fin dall'inizio ad essi sfavorevole); a maggior ragione, tenuto conto del fatto che tale adesione può avvenire senza ministero di difensore tecnico e comporta automatica rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo.

Da ultimo, giova esaminare l'ipotesi in cui l'azione sia stata ammessa.

In tal caso, la il proponente dovrà dare esecuzione alla pubblicità disposta dal Tribunale a pena d'improcedibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 9°, cod. cons..

Posto che i costi legati alla pubblicità possono essere di certo rilievo, si era ipotizzato che, almeno nei casi in cui la responsabilità del convenuto fosse maggiormente evidente, il Tribunale potesse imputare al convenuto il gli oneri relativi.

Tale soluzione, tuttavia. è stata espressamente scartata dalla giurisprudenza sulla base del rilievo per cui, essendo l'esecuzione della pubblicità una condizione per la prosecuzione dell'azione, il relativo onere non può essere efficacemente addossato al convenuto, il quale di norma non ha interesse alla prosecuzione dell'azione nei propri confronti (Trib. Torino, ord. 15 giugno 2012).

3. Le ipotesi emerse nella prassi giudiziaria: peculiarità delle singole fattispecie ed analisi correlata.

Il presente paragrafo intende esaminare taluni casi giudiziari che, in ragione delle rispettive peculiarità, appaiono di particolare interesse nella tutela giudiziale delle posizioni di classe e, dunque, meritevoli di un adeguato commento in questa trattazione.

La presente disamina, in particolare, trae il proprio *incipit* dalla prima ipotesi di azione di classe ad esito positivo, registrata nella casistica giudiziaria nazionale.

Nello specifico, il **Tribunale di Napoli,** con **sentenza depositata il 18 febbraio 2013**, ha accolto le istanze avanzate da un gruppo di consumatori che aveva acquistato un pacchetto turistico "tutto compreso" per un viaggio a Zanzibar.

La sistemazione alberghiera non era, però, conforme alle informazioni che questi avevano ricevuto prima della partenza.

Il Tribunale, quindi, ha ritenuto che il venditore del pacchetto turistico fosse inadempiente rispetto alle obbligazioni che aveva assunto e lo ha condannato al risarcimento del danno non patrimoniale per vacanza rovinata a favore dei consumatori che avevano promosso l'azione nonchè di quelli che, trovandosi in una posizione omogenea rispetto a questi, avevano aderito all'iniziativa giudiziaria[98].

Nel dettaglio, il Tribunale ha ritenuto che con il contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico "tutto compreso" - sottoscritto dal consumatore sulla base di una articolata proposta contrattuale contenuta in un *depliant* illustrativo - l'organizzatore assume specifici obblighi contrattuali, segnatamente di tipo qualitativo, relativi a modalità di viaggio, sistemazione alberghiera, livello di servizi, etc.

Di conseguenza, ove le prestazioni non siano esattamente adempiute, sulla base di un criterio medio di diligenza valutabile dal giudice di merito, si configura la responsabilità contrattuale ed il conseguente ob bligo risarcitorio in capo all'organizzatore, salvo la prova della non imputabilità dell'inadempimento, derivante da eventi verificatisi successivamente al perfezionamento del contratto, quali il caso fortuito o la forza maggiore, ovvero l'esclusiva responsabilità del terzo o del consumatore.

Vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, sul turista-consumatore incombe l'onere di comprovare la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento di

[98] Sintesi della vicenda giudiziaria mutuata da G. Afferni, *Recenti sviluppi dell'azione di classe*, Contratto e Impr., 2013, 6, 1275.

controparte, mentre all'organizzatore è demandata la prova di aver agito con normale diligenza, di aver fatto tutto il possibile per evitare i danni ed, eventualmente, la dimostrazione della sussistenza del caso fortuito o di forza maggiore a sua discolpa.

Sulla scorta di tali principi, quindi, è stato individuato, a carico dell'organizzatore, un inadempimento del contratto di viaggio "tutto compreso" atteso che la struttura alberghiera prenotata nel pacchetto turistico presentava deficienze non segnalate nel *dépliant* richiamato nel contratto e la struttura alternativa, dove i turisti avevano soggiornato per alcuni giorni, era qualitativamente inferiore alla prima.

Sul fronte dell'identità dei diritti azionati, la pronuncia in parola ha, poi, affermato che il richiamo all'identità dei diritti di una pluralità di consumatori e utenti deve essere inteso nel senso che è necessario che tutti gli elementi costitutivi, con riferimento sia all'*an*, sia al *quantum* del risarcimento, siano identici potendosi differenziare soltanto per il fatto che ineriscano a soggetti differenti.

In base al concetto richiamato, quindi, veniva dichiarata inammissibile l'adesione all'azione di classe di quei consumatori che, come dagli stessi dedotto, si trovavano in una situazione di fatto diversa da quella indicata dall'ordinanza con cui l'azione medesima è stata dichiarata ammissibile.

Il *dictum* giudiziale in esame, come detto, si segnala per il fatto di essere la prima pronuncia di accoglimento relativa ad una domanda esercitata ai sensi dell'art. 140 bis cod. cons.[99]

Sul piano dell'analisi dei contenuti, poi, non rileva tanto l'affermazione dell'inadempimento del professionista – fondata sulla base dell'avvenuta erogazione di un servizio secondo modalità difformi e qualitativamente inferiori rispetto a quelle convenute – quanto l'applicazione del criterio dell'identità dei diritti, interpretato dalla sentenza in parola in chiave letterale piuttosto che alla stregua di un canone di omogeneità, già affermato in ambito giudiziario anteriormente alla modifica normativa indotta dal D.L. 1/12 e maggiormente condivisibile (in tal senso, App. Roma, ord. 27 gennaio 2012; App. Torino, ord. 23 settembre 2011; Trib. Roma, ord. 20 aprile 2012; Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011).

La sola altra vicenda giudiziaria inerente all'azione di classe che ha registrato un esito positivo consta essere quella esitata nella **sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano in data 26 agosto 2013**[100] in cui un solo consumatore, rappresentato da un'associazione consumeristica, ha ottenuto la restituzione di 14,50 euro, pari al costo di un test influenzale pubblicizzato in modo ingannevole dalla società

[99] Per un commento della pronuncia, si veda F. Trubiani, *Una storica sentenza: (finalmente) la prima azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. andata a segno* in Riv. Dir. Nav., 2013, 910 e ss.
[100] In Foro it., 2013, I, 3326.

distributrice in Italia.

La sentenza della corte meneghina è stata segnalata in dottrina[101] perché contribuisce a fare chiarezza su alcuni dei molti aspetti critici della disciplina contenuta nell'art. 140 bis cod. cons..

In particolare, la Corte d'appello di Milano ha riformato la decisione resa in primo grado da Trib. Milano 13 marzo 2012 (in Foro it., 2012, I, 1909) e ha sancito, in contrasto con Trib. Napoli 18 febbraio 2013, cit., l'inammissibilità dell'intervento volontario nel processo di classe nonché l'impossibilità di assimilare l'aderente alla parte processuale.

La novità proposta dalla Corte d'appello milanese, nello specifico, sta nell'aver comunque riconosciuto all'interventore in primo grado la legittimazione ad impugnare la sentenza, ma con riferimento al solo capo relativo alle spese processuali.

La scelta interpretativa compiuta è apparsa persuasiva alla dottrina[102] perché tende a scoraggiare l'ampliamento del contraddittorio nel processo di classe, ontologicamente destinato, nel modello accolto dal nostro legislatore, a svolgersi tra due soli soggetti cui riconoscere i poteri e le prerogative delle parti processuali.

La terza – ed ultima, per quanto consta – vicenda giudiziaria che ha visto accogliere le istanze dei consumatori è esitata nella sentenza resa dal Tribunale di Torino in data 28 marzo 2014 che ha dichiarato la nullità delle clausole aventi ad oggetto le commissioni di massimo scoperto introdotte dalla Soc. Intesa Sanpaolo S.p.A. nei confronti dei propri correntisti per violazione del dato normativo di riferimento (art. 2 bis, D.L. 29 Novembre 2008, n. 185, come convertito dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2) con conseguente condanna alla restituzione delle somme indebitamente pagate.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che le clausole, comunque denominate che impongano una remunerazione per la banca indipendentemente dall'effettivo utilizzo delle somme e dalla durata di tale utilizzo, siano del tutto vietate, pur ponendosi dei distinguo tra conti non affidati ed affidati (in riferimento a questi ultimi la nullità sarebbe evitabile, secondo il *decisum*, ove la remunerazione fosse ancorata ad un utilizzo per un periodo continuativo non inferiore a trenta giorni - primo periodo - o comunque sia prevista da patto scritto e con connessione effettiva all'utilizzo del fondo).

Le conclusioni del Tribunale, per altro, si sono fondate altresì sulla *ratio* ispiratrice della norma (l'art. 2 bis, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, come convertito dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2), diretta a considerare con sfavore l'imposizione di remunerazioni che, non corrispondendo a servizi effettivamente resi, risulta

[101] A. D. De Santis, op. cit.
[102] A. D. De Santis, op. cit.

scollegata con la funzione sinallagmatica naturalmente intrinseca al rapporto contrattuale di conto corrente.[103]

Passando alla disamina di un altro caso giurisprudenziale, l'analisi dottrinale[104] ha considerato degna di nota anche la vicenda giudiziaria esitata nell'**ordinanza resa dal Tribunale di Firenze in data 15 luglio 2011.**

In particolare, detta pronuncia viene segnalata per quanto riguarda l'individuazione dei diritti a tutela dei quali è ammissibile l'azione di classe.

Nella specie, un assessore comunale della città di Firenze aveva citato in giudizio la società affidataria del servizio di pulizia delle strade comunali, lamentando il fatto che essa non aveva provveduto a mantenere le strade pulite in occasione di una forte nevicata che si era verificata a Firenze nel dicembre 2010.

Il Tribunale, con decisione confermata in sede di reclamo, ha dichiarato l'azione inammissibile sulla base della considerazione che nella specie non ricorreva alcuno dei casi previsti dalla legge per la promozione di un'azione di classe.

In particolare, a giudizio del Tribunale, non sussisteva un rapporto contrattuale tra il proponente e il convenuto, dal momento che il contratto di servizio obbligherebbe il convenuto esclusivamente nei confronti dell'ente pubblico che affida il servizio.

Inoltre, sempre a giudizio del Tribunale, non sussisteva una responsabilità del produttore, dal momento che, contrariamente a quanto sostenuto dal proponente, la responsabilità del produttore non ricomprende la responsabilità del fornitore di un servizio.

Questa decisione è considerata degna di nota proprio perché ha escluso dal novero dei diritti tutelabili mediante un'azione di classe il diritto al risarcimento del danno subito a causa di una qualche violazione imputabile a un fornitore di servizi con il quale il proponente non sia legato da un rapporto contrattuale, conformemente all'originaria formulazione della norma.

In seguito, il legislatore ha ritenuto di includere anche questo diritto tra quelli tutelabili mediante un'azione di classe.

[103] Per un approfondimento sulla pronuncia in commento, si veda A. Antonucci, *Class action bancaria: considerazioni sulla prima vittoria consumeristica*, Nuova Giur. Civ., 2014, 7-8, 580.
[104] G. Afferni, op. cit.

Infatti, il testo riformato dell'art. 140 *bis*, comma 2, lett. *b*), cod. cons. precisa che l'azione di classe tutela i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale.

Questa riforma avrà certamente l'effetto di estendere l'ammissibilità di un'azione di classe anche a casi che in origine ne erano esclusi

Degna di nota appare, poi, la **pronuncia resa dal Tribunale di Roma con ordinanza 11 aprile 2011**, nella controversia Codacons c. BAT, specie con riferimento al dato relativo all'identità dei diritti posti ad oggetto dell'azione di classe.

Il caso traeva origine dalla domanda proposta da un'associazione dei consumatori per ottenere l'accertamento della responsabilità della parte convenuta per aver esercitato un'attività pericolosa, quale la produzione e la vendita di sigarette, senza adottare tutte le misure idonee ad evitare conseguenze pregiudizievoli in capo ai consumatori, causando - così - danni non patrimoniali, consistenti nella dipendenza da nicotina, nonché nel timore di ammalarsi di altre patologie e danni patrimoniali, costituiti dalla spesa necessaria per l'acquisto quotidiano di sigarette indotto dalla dipendenza.

Il Tribunale adito dichiarava con ordinanza l'inammissibilità della domanda, ritenendola manifestamente infondata ed affermando l'insussistenza dell'interesse collettivo tutelato.

Più nel dettaglio, in relazione all'ultimo profilo indicato, il Tribunale di Roma affermava che "*la tutela cumulativa può avvenire soltanto in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice si può basare esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali; non già nell'ipotesi in cui le questioni individuali da accertare [...] superino le eventuali questioni comuni a ciascun consumatore, e le caratteristiche dei diritti azionati impediscano una liquidazione dei danni omogenea e unitaria per tutte le pretese potenzialmente azionabili*".[105]

I principi così affermati successivamente venivano confermati nella fase d'appello (da **App. Roma, ord. 27 gennaio 2012**).

La pronuncia si segnala per la peculiarità del caso concreto nonché per l'adesione, da parte degli organi giudicanti, alla tesi giurisprudenziale incline a definire l'identità dei diritti azionati alla stregua di un criterio restrittivo piuttosto che alla luce di un più ampio criterio di omogeneità.

[105] Ricostruzione della vicenda giudiziaria tratta da R. Donzelli, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, Corriere Giur., 2013, 1, 103.

Proseguendo la disamina del dato giurisprudenziale, di certo interesse appare anche **l'ordinanza resa dal Tribunale di Milano in data 8 novembre 2013**.

Tale pronuncia è stata segnalata in ambito dottrinale in quanto costituisce una delle prime applicazioni della nuova disciplina dell'art. 140 *bis* c. cons. introdotta dall'art. 6 L. 24 marzo 2012, n. 27, nella parte in cui subordina l'ammissione dell'azione di classe non più alla "identità" ma alla "omogeneità" dei diritti dedotti.[106]

Si ritiene comunemente che tale modifica sia diretta a favorire l'accesso all'istituto, coerentemente alla rubrica della norma di modifica ("*Norme per rendere efficace l'azione di classe*"), ma l'esatto significato del concetto di omogeneità è controverso: mentre vi è chi ritiene che si evochi un'interpretazione diffusa in altri ordinamenti di lingua latina, secondo la quale essa consiste nella dipendenza del danno risarcibile da una medesima azione, omissione o condotta abituale, altri affermano che implichi invece la necessaria predominanza delle questioni comuni su quelle individuali.

Il dubbio dipende dalla ricostruzione che si adotta a proposito delle finalità dell'istituto *de quo*: la seconda interpretazione, in qualche modo avallata dalla pronuncia odierna, si ricollega all'idea che l'azione di classe svolga soprattutto funzioni di economia processuale; la Corte milanese la riprende, aggiungendo un riferimento forse meno pregnante all'esigenza di assicurare uniformità delle decisioni.

La prima interpretazione, per converso, concepisce l'istituto come uno strumento rivolto anche ad altri fini, in particolare di deterrenza delle condotte illecite.[107]

Le doglianze posta alla base della controversia in parola erano state avanzate dal l'Associazione Altroconsumo la quale proponeva azione ex art. 140 bis D.Lgs. n. 206 del 2005 chiedendo che, dichiarata l'ammissibilità dell'azione e fissati i criteri per l'inclusione dei futuri aderenti alla domanda in modo da ricomprendervi tutti gli abbonati ai servizi ferroviari delle Trenord s.r.l. nel periodo 9.12.12-19.12.2012, la convenuta Trenord s.r.I. fosse condannata al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali causati agli utenti del servizio ferroviario da questa gestito in talune giornate del mese di dicembre 2012 allorquando - a seguito dell'introduzione senza adeguata sperimentazione di un nuovo software per l'assegnazione e l'organizzazione dei turni del personale dipendente - si erano verificati gravissimi disservizi su tutte le tratte coperte dal servizio.

---

[106] A. Giussani,*Intorno alla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei*", Giur. It., 2014, 3, 603.

[107] Così A. Giussani, op.cit.

In particolare, secondo l’assunto di parte attrice, si erano verificati ritardi dei convogli in partenza ed in arrivo, soppressione di molteplici treni, mancanza di informazioni ed assistenza, trasbordi da un convoglio all'altro, sovraffollamento dei vagoni, modifica degli itinerari (per la cui descrizione si rinviava ai resoconti redatti dai singoli attori, sub doc. 21a), i quali tutti avrebbero configurato inadempimenti alle obbligazioni assunte nei confronti di ciascun utente con il contratto di trasporto, il cui contenuto sarebbe stato integrato delle condizioni dettate dal cd. contratto di servizio stipulato dalla convenuta con la Regione Lombardia, relativamente agli standard minimi di qualità del servizio da erogare all'utenza.

A seguito di tali fatti e delle correlate difese giudiziali avanzate sul punto dalla Società convenuta, il Tribunale dichiarava l’inammissibilità dell’azione collettiva, ritenendo la disomogeneità delle posizioni dei soggetti appartenenti alla classe.

In particolare, secondo le parole dell’ordinanza, „*Omogenea, in realtà, si presenta nella fattispecie solo la causa che ha provocato gli inadempimenti lamentati dagli abbonati al servizio ferroviario (e dunque la messa in funzione di un sistema informatico per la gestione dei turni del personale senza la necessaria sperimentazione, risultato cosi inidoneo a garantire la presenza di addetti su ogni convoglio), del tutto estrattori al rapporto fra Trenord s.r.l. e gli utenti, rispetto ai quali vengono in rilievo esclusivamente le conseguenze di tale errata scelta, e dunque l'inadempimento alle obbligazioni assunte con il contratto di trasporto. Queste, secondo la stessa descrizione offerta dagli attori, sono state invece affatto diverse tra loro, trattandosi in alcuni casi di ritardi tra i 15/20 minuti, in altri tra ì 60/80 minuti, in altri ancora di diverse ore, od altresì di cancellazione di convogli con dirottamento su altri: certamente comune a tutto tali situazioni e stata prospettata l'erogazione di un servizio inaccettabile quanto a sovraffollamento delle carrozze, ma è evidente come anche questo inadempimento si configuri in modo del tutto differente in relazione alla durata dei vari percorsi.*

Difettano di uniformità anche i danni lamentati dai singoli attori promotori dell'odierna iniziativa giudiziaria: ed infatti non solo non possono essere equiparati i pregiudizi subiti da coloro i quali siano giunti in ritardo di 30 minuti al luogo di destinazione rispetto a quelli che siano rimasti in attesa per ore sulle banchine ferroviarie, ma nemmeno quelli di coloro che abbiano comunque usufruito del servizio con i connessi disagi e quelli di coloro che, scoraggiati dalla prima esperienza, abbiano nei giorni successivi deciso di recarsi al lavoro con la propria auto. Ritiene infatti questo Tribunale che anche i danni lamentati debbano presentare caratteri di base comuni (pur non richiedendosi l'identità del petitum), in man-

canza dei quali verrebbe meno la possibilità di trattare congiuntamente la fase di merito con riferimento ad una pluralità (potenzialmente indefinita, per effetto delle eventuali adesioni ex art. 140 bis, IX co. lett. a) di crediti: contestualmente all'introduzione del sicuramente più elastico criterio della "omogeneità", il legislatore del 2012 ha previsto che la liquidazione del danno sia definitivamente attuata con la fase decisoria dell'azione di classe (rimanendo in via alternativa la possibilità di stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione), sul necessario presupposto che siano aggregati fin dall'inizio del processo pretese individuali suscettibili di essere valutate unitariamente, senza la necessità di un'istruttoria relativa alle particolari posizioni degli attori, La class action può dunque essere esperita solo per far valere crediti di natura seriale ed isomorfi, diversamente non potendo conseguire quelle finalità di economia processuale e di uniformità decisoria che le sono unanimemente riconosciute.

La domanda deve pertanto essere dichiarata inammissibile…[*omissis*]“.

Per la verità, la pronuncia appena richiamata non appare convincente: il danno riportata dagli utenti, pur non identico, originava dalle medesime cause e, in via di massima, si atteggiava in termini di affinità, similarità o, per dirla con le parole del legislatore, in termini di omogeneità.

Pare che negare l’applicabilità dell’istituto in un’ipotesi di danno a valenza plurima come quello azionato nel caso di specie valga, in qualche misura, a privare di fondamento la valenza dell’azione di classe, vale a dire il ruolo che il legislatore ha inteso attribuire a tale azione all’interno del nostro ordinamento.

Con maggiore sforzo esplicativo, l’ipotesi in esame costituisce un caso di danno seriale azionabile con lo strumento processuale di cui all’art. 140 bis, cod. cons. laddove le differenti posizioni degli utenti del servizio di trasporto con riferimento alla difformità dei danni subiti potevano essere valutate e giustiziate – si ritiene - alla stregua di criteri omogenei di calcolo per la liquidazione delle somme di spettanza, in conformità al disposto di cui al comma 12 del ridetto art. 140 bis.

Le tesi da ultimo sostenute, per altro, appaiono da ultimo condivise anche dalla giurisprudenza, posto che un’ulteriore ricerca sul Web è esitata nella discoperta di un avviso - pubblicato sul sito Internet del Ministero dello Sviluppo Economico - che recita nei seguenti termini: “*Il Tribunale di Milano (10^ sezione Civile) ha fissato termini e modalità di pubblicità dell’azione di classe nei confronti dell’operatore ferroviario della Regione Lombardia Trenord Srl, per permettere agli utenti pendolari di aderire alla class action proposta da Altroconsumo (art. 140-bis del Codice del Consumo).*

La Corte di Appello di Milano (2^ sezione civile), infatti, aveva dichiarato ammissibile l'azione di classe proposta da Altroconsumo contro Trenord S.r.l. per i danni subiti dai pendolari a causa del disservizio ferroviario dello scorso dicembre 2012.

Gli utenti coinvolti sono, pertanto, i pendolari che possiedono un abbonamento settimanale, mensile o annuale valido per le tratte ferroviarie coperte da Trenord nel periodo tra il 9 al 19 dicembre 2012. Gli interessati hanno tempo fino al 27 settembre 2014 per il deposito degli atti di adesione presso la cancelleria del Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Milano ha stabilito, inoltre, che la pubblicità (ai sensi del comma 9, art. 140-bis Codice del Consumo) per la divulgazione della class action in corso deve effettuarsi sul quotidiano La Repubblica e rispettivamente sui siti web del Tribunale e del Ministero dello sviluppo economico.".

Paiono, dunque, accolte, nel proprio aspetto ultimo e sostanziale, le considerazioni critiche sopra espresse in ordine alla pronuncia resa dal Tribunale di Milano in data 8 novembre 2013.

4. L'azione di classe pubblicistica nei suoi profili applicativi e nella casistica giudiziaria.

Come precedentemente visto, l'emanazione del D. Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, recante *" Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici."* si colloca nel contesto della c.d. riforma Brunetta del pubblico impiego, dal nome dell'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, tesa a conferire alla Pubblica Amministrazione una connotazione dinamica ed efficientista così da modificare un assetto pubblico considerato non abbastanza efficace nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali e secondo modalità idonee a garantire il corretto utilizzo delle risorse patrimoniali a ciò destinate.

La norma, in particolare, intendeva segnare il passaggio alla c.d. amministrazione di risultato, secondo la nota intuizione di Massimo Severo Giannini cui si deve la considerazione della pubblica amministrazione come un'azienda di servizi e la conseguente riconducibilità della attività amministrativa in termini di prestazioni misurabili e verificabili, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, presentata nell'omonimo rapporto del 1979.

Tanto richiamato in via generale, preme, a questo punto, esaminare quali siano state le più significative pronunce intervenute, al riguardo, in ambito giurisprudenziale, come richiamate dall'analisi dottrinale.

In via di prima approssimazione, comunque, è possibile rilevare come la casistica in materia si connoti per una certa estensione, quanto meno sul versante soggettivo delle amministrazioni coinvolte, posto che i relativi contenziosi hanno interessato, tra gli altri, Protezione civile, Comuni, Uffici postali, Ministeri Regioni, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, ecc.

La prima significativa applicazione della c.d. *class action* pubblica, comunque, è stata ravvisata dalla dottrina[108] nella **sentenza n. 5552, resa dal Tar Lazio in data 20 gennaio 2011**.

La controversia decisa dai giudici dalla sez. III-*bis* del TAR Lazio affonda le sue radici nel fenomeno delle cd. "classi pollaio", termine invalso nella pagine della cronaca giornalistica col quale si indica il sovraffollamento delle aule scolastiche, con conseguente situazione di pericolo e di disagio per gli allievi, in pregiudizio al diritto alla salute e allo studio, entrambi di rango costituzionale (artt. 32 e 34 Cost.).

Con nota del 16 gennaio 2010 il Codacons diffidava - ai sensi dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 198/2009 - il Ministero dell'istruzione università e ricerca (MIUR), insieme ad altri Ministeri e Uffici Scolastici Regionali, ad adottare, entro il rituale termine di novanta giorni, gli atti amministrativi generali resi obbligatori dalla normativa di settore, nonché a risarcire il danno derivante alla associazione e ai singoli utenti dal perdurante comportamento omissivo.

Come accennato, l'associazione lamentava la diffusa inosservanza degli indici minimi di edilizia scolastica e dell'indice di massimo affollamento delle aule.

Alla diffida rispondeva il MIUR, avanzando una serie di eccezioni ritenute ostative all'accoglimento dell'istanza, quali ad es. la sua genericità (sia per quanto attiene ai concreti casi di sovraffollamento, sia per ciò che concerne l'indicazione degli atti amministrativi generali ed obbligatori per legge, ma non adottati), ovvero la mancanza dei poteri - in capo al MIUR - per rimediare alle disfunzioni segnalate, e così via.

Ritenute non soddisfacenti le giustificazioni addotte, il Codacons notificava "ricorso per l'efficienza delle amministrazioni" ai sensi del D.Lgs. n. 198/2009, chiedendo la condanna delle amministrazioni alla emanazione degli atti generali ritenuti obbligatori.

Nel corso del giudizio erano quindi depositati - dall'associazione ricorrente - numerosi atti di intervento adesivo, sottoscritti da insegnanti, studenti e genitori.

[108] C. Zanda,"*La class action pubblica tra interessi legittimi e giustiziabilità dell'azione amministrativa*", in Urbanistica e appalti, 2011, 7, 825.

All'esito del giudizio, riconosciuta la legittimazione ad agire del Codacons e dichiarati irrituali gli atti di intervento depositati in cancelleria, il MIUR e il Ministero dell'Economia e delle Finanze venivano condannati alla emanazione, di concerto, del piano generale di edilizia scolastica previsto dall'art. 3 D.P.R. 20 marzo 2009, n. 81.[109]

Altra pronuncia di certo interesse nella materia *de qua* è poi rinvenibile nella **sentenza del Tar Lazio n. 4455 del 3 settembre 2012.**

Saranno richiamati, di seguito, i fatti posti alla base del contenzioso ed i profili d'interesse della relativa pronuncia, altresì traendo spunto dai commenti dottrinali sul punto[110].

L'intera vicenda prende le mosse dalle numerose segnalazioni da parte dei consumatori e degli iscritti al Codacons.

Le segnalazioni si riferivano a fenomeni di rischio idrogeologico che interessava svariate località della Repubblica.

Il Codacons ha pertanto trasmesso, tra il 5 ottobre e il 12 ottobre 2009, al Capo Dipartimento della Protezione Civile un elenco di località caratterizzate da degrado geologico.

Tale comunicazione era proseguita dal Dipartimento alle Amministrazioni localmente interessate con una richiesta d'informazioni, avverso la quale il Codacons aveva presentato al T.A.R. Lazio un primo ricorso, n. 11314/2009 con richiesta di domanda cautelare che il Collegio ha respinto per totale carenza di *fumus boni iuris.*

Il Codacons in seguito, in data 15 gennaio 2010, ha previamente diffidato la Protezione civile e le altre Amministrazioni, ciascuno per la propria competenza, all'adozione ai sensi dell'art. 1 D.Lgs. 198/09 di una serie di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo, di cui alle disposizioni meglio richiamate in diffida, idonei a rimuovere l'emergenza del degrado geologico.

A seguito della mancata adozione degli atti amministrativi e per non aver predisposto gli interventi all'uopo necessari e/o comunque per non aver riportato in termini di normale tollerabilità l'emergenza legata al rischio idrogeologico, il Codacons ha presentato ricorso al T.A.R. Lazio, riversando integralmente le ragioni della diffida nel ricorso.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile.

---

[109] Sintesi della vicenda giuziaria operata da C. Zanda, , op. cit.
[110] D. Giuliani, "*La c.d. class action pubblica: una tutela potenziale*" in Corriere merito, 2013, 1, 96.

In particolare, il Collegio ha rilevato che con unico ricorso sono state evocate in giudizio svariate Amministrazione, riguardo situazioni del tutto eterogenee, cui trovano applicazione diverse normative.

Il litisconsorzio passivo viene fondato su una generica richiesta di provvedimenti amministrativi accomunati soltanto da fenomeni di degrado geologico, che possono avere cause totalmente differenti.

Inoltre in termini generici è stata presentata la situazione e il pregiudizio lamentato dai consumatori. Il TAR capitolino, nella pronuncia in commento, ha avuto l'occasione di statuire come l'azione per l'efficienza soggiace ai comuni principi processuali in materia di domanda giudiziale, alla regola della sufficiente determinazione del *petitum* in relazione al contenuto dell'azione e delle sue finalità.

Tale statuizione ha avuto il pregio di sancire il carattere giurisdizionale dell'azione per l'efficienza, che deve essere rispettosa dei principi stabiliti per il processo amministrativo. Se ciò vale per i requisiti della domanda, a maggior ragione dovrebbe trovare ingresso il principio di effettività *ex* art. 1 c.p.a.

Il Collegio si è anche pronunciato sulla legittimazione attiva del Codacons, legittimazione spettante solo in rappresentanza dei propri associati, con la conseguente indicazione nominativa, per ciascuno di essi, del titolo e dell'oggetto dell'azione.

La sentenza in parola è stata considerata dalla dottrina[111] particolarmente rilevante per il fatto di essere uno dei rari provvedimenti ad aver analizzato gli aspetti processuali e sostanziali della azione per l'efficienza.

In particolare, il Collegio ha rilevato, in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza, che pur in mancanza di una norma di coordinamento tra l'azione per l'efficienza e il Codice del processo amministrativo, l'applicazione delle regole del c.p.a. nei giudizi in tema di azione per l'efficienza incardinati dinnanzi al G.A.

Infatti, il TAR Capitolino ha statuito la soggezione della azione per l'efficienza ai comuni principi in materia di domanda giudiziale, più specificamente alla sufficiente determinazione del *petitum*.

In secondo luogo, la Sezione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, perché non è stato indicato con sufficiente chiarezza il contenuto e la fonte dell'obbligo disatteso da cui sarebbe scaturita la lesione, rappresentata tra l'altro in modo generico e approssimativo.

[111] D. Giuliani, op. cit.

Quanto a quest'ultimo profilo, il Collegio sembrerebbe, conformemente ad altra giurisprudenza, aver escluso la possibilità di un controllo diffuso e generalizzato poiché ha richiesto la puntuale indicazione, sia delle fonti normative disattese, che delle lesioni subite dai cittadini-utenti.

Lodevole è la scelta del Collegio di evitare la trasmutazione dell'azione per l'efficienza in azione popolare, tuttavia nel caso in esame, sarebbe censurabile la scelta di limitare la legittimazione attiva del Codacons alla previa indicazione nominativa degli iscritti per conto dei quali agisce.

Ciò comporterebbe, in primo luogo un inutile aggravio, in subordine si deve rilevare che la legittimazione ad agire è prevista direttamente per le associazioni e per i comitati, ne consegue che ai fini dell'ammissibilità del ricorso non sarebbe necessario la dimostrazione della sussistenza dell'interesse individuale in capo a uno degli iscritti, *uti singulus*, purché sussiste nell'ente la finalità statutaria di tutela degli interessi collettivi fatti valere in giudizio.

Altra pronuncia meritevole di attenzione nella presente sede pare, poi, essere la **sentenza n. 1416, emessa dal Tar Lazio alla data del 13 febbraio 2012**.

Nell'ambito della relativa controversia, l'associazione forense di Reggio Emilia ha chiesto al Tar di accertare la sussistenza di condotte inadempienti da parte dell'amministrazione pubblica - inadempimento concretizzatosi nella mancata adozione delle misure necessarie al buon funzionamento del servizio

"giustizia" - e di condannare gli intimati all'adozione di tutti gli atti necessari al fine di ripristinare un efficiente ed adeguato funzionamento dei servizi organizzativi di giustizia presso il Tribunale di Reggio Emilia (e quindi: adeguare le piante organiche dei magistrati in ruolo presso il predetto Tribunale e del personale dei relativi uffici giudiziari, nominare i magistrati, gli impiegati, i dirigenti di Cancelleria, gli ufficiali giudiziari, e così via).

Il Tar, dopo aver ricondotto la vicenda nell'ambito della violazione di *standard* qualitativi stabiliti per le pubbliche amministrazioni, ha dapprima rilevato che detti *standard* qualitativi devono essere definiti in conformità a parametri nel caso di specie ancora non definiti; di seguito, il Giudicante ha evidenziato che, ai sensi del c. 1-*bis* dell'art. 1 del d.lgs. n. 198/2009, nel giudizio di sussistenza della lesione il giudice deve tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimate, e che tale valutazione è in sostanza riferibile al noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.

Sulla scorta di tali considerazioni, il ricorso è stato respinto.

La pronuncia è parsa meritevole di essere richiamata in quanto attinente – diversamente dalla generalità delle pronunce intervenute in materia - alla violazione di *standard* qualitativi (e non alla violazione di termini od alla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo).

Di interesse non secondario, poi, appare la sentenza resa dal **T.A.R. Basilicata Potenza n. 478 del 23 settembre 2011.**

In particolare - a fronte del fatto che la Regione Basilicata non aveva provveduto a pubblicare, sul proprio sito istituzionale, la propria PEC, utile per la comunicazione istituzionale coi cittadini ed in aperta dissonanza col disposto di cui all'art. 54, comma 2 ter, D. Lgs. 82/05 – veniva esperita apposita azione giiudiziaria con cui si lamentava la violazione da parte della Regione Basilicata dell'obbligo di adottare gli atti amministrativi necessari a consentire ai cittadini e agli utenti di comunicare con l'ente stesso mediante la PEC, garantendone idonea indicazione e pubblicità sul relativo sito istituzionale ai sensi degli artt. 3, 6, 54, D.Lgs. n. 82/2005.

Per questo, si richiedeva la condanna della P.A. all'esecuzione degli adempimenti necessari ad assicurare l'effettività di tali norme attraverso l'adozione degli atti amministrativi obbligatori per legge.

Sul punto, ai fini dell'ammissibilità della *class action* avverso la P.A., occorreva verificare se l'attivazione e la pubblicazione dell'indirizzo PEC da parte della Regione sulla pagina iniziale del sito istituzionale, integrasse la "mancata adozione di atti amministrativi generali e non aventi contenuto normativo", così da assurgere a requisito oggettivo per l'esercizio della stessa.

Nel dare risposta positiva a tale interrogativo, il T.A.R. Basilicata ricostruisce il quadro normativo rinvenendo in modo chiaro un obbligo in capo alla Regione di soddisfare la richiesta di ogni interessato a comunicare in via informatica tramite PEC, all'uopo adottando tutti gli atti di carattere tecnico ed organizzativo finalizzati alla pubblicazione sulla pagina iniziale del sito dell'indirizzo PEC, così consentendo agli utenti, effettivamente e concretamente, la possibilità di interagire con la stessa attraverso la comunicazione elettronica.

In particolare, il riferimento è agli artt. 2 e 3, D.Lgs. n. 82/2005 nei quali si rinviene, da un lato l'obbligo delle P.A. di comunicare in via digitale, dall'altro il correlativo diritto degli utenti "di richiedere ed ottenere l'utilizzo delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le stesse", tra le quali certamente si annovera la PEC (art. 6, D.Lgs. n. 82/2005).

L'attuazione di tali adempimenti assurge, a norma dell'art. 11, comma 5, D.Lgs. n. 150/2009, a strumento per rendere effettivi i principi di trasparenza nella P.A. e deve tradursi nella pubblicazione sui siti istituzionali delle P.A. delle informazioni inerenti ogni aspetto dell'organizzazione, compreso gli indirizzi di posta elettronica certificata, così come precisato dall'art. 54, comma 2 ter, D.Lgs. n. 82/2005 e dalle Linee guida ministeriali del 2010 dettate per i siti web della p.a.

Nel valutare l'interesse a ricorrere, poi, il Tar osserva che l'azione *de qua* deve essere sorretta dall'interesse al ricorso ovvero dalla sussistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale derivante dall'inefficiente esercizio dell'attività amministrativa; interesse che vale a rendere la posizione del ricorrente e dell'interveniente, qualificata e differenziata rispetto a quella della generalità dei consociati, sì da impedire che tale tutela si traduca in un'azione popolare diretta al controllo oggettivo e generalizzato dell'agere amministrativo.

A tal fine, rileva il T.A.R. Basilicata, il ricorrente non deve limitarsi a dedurre l'inefficienza amministrativa ma deve allegare la lesione personale subita o che possa subire in tempi brevi al proprio interesse, omogeneo a quello di una determinata classe di utenti o consumatori.

La lesione deve poi potersi ravvisare in termini di concretezza, requisito che si ritiene non soddisfatto dalla mera circostanza di risiedere nel territorio della Regione che si assume inadempiente la in quanto non vale a differenziare la posizione del ricorrente, atteso che anche un non residente può avere interesse a fruire dei servizi telematici nel dialogare con l'ente.

Deve invece a tal fine sussistere una relazione di prossimità tra il titolare dell'interesse e l'ente pubblico da valutarsi in riferimento ad una specifica funzione o servizio pubblico a cui il soggetto ricorrente o l'interveniente prospetti di voler o dover accedere: tale relazione, in riferimento agli enti esponenziali, deve essere valutata alla luce del grado di rappresentatività degli stessi e ritenersi implicita ad esso.[112]

Ancora, pare meritevole soffermarsi sulla **sentenza emessa dal Tar Lazio alla data del 30 luglio 2012, n. 7028**, anche in considerazioni delle problematiche sociali, di certa delicatezza, sottese al dato giudiziale.

Nel corso del relativo contenzioso, le associazioni ricorrenti lamentavano la circostanza che fosse ancora *in itinere* la definizione del decreto interdirigenziale concernente le linee di azione per la prevenzione, il

[112] Sul punto, si veda *amplius* M. N. Gribaudi, "*PEC: un'occasione per fare chiarezza sui requisiti di ammissibilità della class action amministrativa.* ", Corriere Merito, 2012, 3, 309.

contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguenti a gioco compulsivo, così come previsto dall'art. 1, comma 70, della legge 13 dicembre 2010, n. 220.

Le ricorrenti, dunque, intendevano per via giudiziaria ripristinare il corretto esercizio delle funzioni delle amministrazioni intimate, le quali erano venute meno all'obbligo di adottare l'atto amministrativo a carattere generale previsto dalla legge di stabilità 2011.

Pronunciandosi sulla questione, il Tar Lazio individuava il criterio di lettimazione a ricorrere sulla scorta dell'art. 1 comma 4 del cit. d.lgs 198/2009, a mente del quale, come già accennato, ferma restando la sussistenza dei presupposti dell'azione, "*il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1*".

Con riferimento, poi, all'art. 1, comma 70 della L. 13 dicembre 2010, n. 220, del quale si lamentava la violazione, il Tar rilevava che la norma impone chiaramente l'adozione di un vero e proprio piano di intervento, da adottarsi, entro un termine prestabilito, dalle amministrazioni nominativamente indicate, d'intesa con la Conferenza unificata.

Il superamento del termine all'uopo stabilito dalla norma citata – secondo la sentenza in comento - poneva comunque le Amministrazioni interessate in quella situazione di inadempimento alla cui rimozione è deputata la *class – action* pubblica, espressamente finalizzata a "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*" determinata dalla violazione di termini, ovvero dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori.

Il Collegio giudicante, poi, non mancava di rilevare come l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni non risulti in alcun modo subordinata all'adozione di decreti attuativi nelle ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile da parte dell'Amministrazione, come avviene nei casi in cui venga lamentata – come nella fattispecie al suo esame - l'omissione o la tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori non aventi contenuto normativo, dovendosi la disposizione transitoria di cui all'art. 7 del D.Lgs. in esame intendersi riferita esclusivamente alle diverse ipotesi relative alla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ed alla violazione di standard qualitativi ed economici, per le quali la condotta lesiva necessita di una ulteriore disciplina normativa ai fini della concreta applicazione della tutela prevista

Sulla base di tali motivi, il Tar Lazio ordinava al Ministero dell'Economia e delle Finanze, al Ministero della Salute e alla Conferenza – Unificata, per quanto di rispettiva competenza, di adottare, in concerto (ovvero d'intesa) tra loro, il decreto interdirigenziale previsto dall'art. 1, comma 70, della legge 12 dicembre 2010, n. 220, entro 60 (sessanta) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, all'uopo utilizzando le risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Per completezza, preme precisare che, pur a fronte dell'intervenuta pronuncia giudiziaria, la vicenda ha continuato a presentare profili di criticità.

Sul sito *web* del Codacons, infatti, è stato possibile rinvenire un comunicato stampa del quale, a seguire, si riporta uno stralcio.

„Nonostante il Tar del Lazio, con la sentenza n. 7028 del 30 luglio 2012, accogliendo il ricorso proposto dal Codacons avesse ordinato al Ministero dell'Economia e delle Finanze, al Ministero della Salute e alla Conferenza Unificata di adottare il decreto interdirigenziale sulle ludopatie, l'esame del provvedimento risulta ancora bloccato. Già lo scorso dicembre il Ministero dell'Economia aveva comunicato alle Regioni e agli altri Ministeri interessati la decisione di soprassedere momentaneamente all'esame del decreto. Ora il Premier Letta, con il D.P.C.M. datato 26 giugno, di intesa con il Ministero dell'economia ha di fatto nuovamente prorogato i termini per l'emissione del decreto in questione, fino al 31 dicembre 2013. Tutto ciò – spiega il Codacons – mentre i cittadini muoiono a causa del gioco e sempre più numerosi i giovani sviluppano gravi forme di dipendenza."[113]

Per i motivi esplicitati nel predetto comunicato stampa, dunque, consta che il Codacons abbia presentato una denunzia/querela presso la competente Procura della Repubblica nonchè ricorso in ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo (allo stato, tuttavia, non è dato conoscere l'esito delle intraprese iniziative giudiziarie).

Continuando la disamina delle pronunce giudizarie di rilievo, si segnala, da ultimo, la **sentenza n. 8231, emessa dal Tar Lazio in data 1 ottobre 2012**, in quanto attinente alla delicata problematica della realizzazione, presso il Ministero della Giustizia, di una banca dati dei minori dichiarati adottabili.

L'azione giudiziaria, in particolare, andava ricondotta all'ipotesi, tipizzata dall'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 198 del 2009, di omessa adozione di atti amministrativi generali obbligatori, di contenuto non

[113] „*Gioco d'azzardo: i responsabili del suicidio del diciannovenne di Ischia sono il Ministero dell'economia e il governo*" su www.codacons .it.

normativo, da emanarsi entro il termine di 180 giorni dall'entrata in vigore della legge n. 149 del 2001, come previsto dall'art. 40 della stessa norma, che disciplina l'istituzione della banca dati dei minori adottabili e delle coppie disponibili all'adozione.

Prevede tale norma che "*Per le finalità perseguite dalla presente legge è istituita, entro e non oltre centottanta giorni dalla data della sua entrata in vigore, anche con l'apporto dei dati forniti dalle singole regioni, presso il Ministero della giustizia, una banca dati relativa ai minori dichiarati adottabili, nonché ai coniugi aspiranti all'adozione nazionale e internazionale, con indicazione di ogni informazione atta a garantire il miglior esito del procedimento. I dati riguardano anche le persone singole disponibili all'adozione in relazione ai casi di cui all'articolo 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dall'articolo 25 della presente legge*."

Come ritenuto dal Tar, quindi, l'illustrata normativa individuava un preciso obbligo a carico dell'Amministrazione della Giustizia, ovvero la costituzione della banca dati dei minori dichiarati adottabili e delle coppie aspiranti all'adozione nazionale ed internazionale, ed un termine entro il quale la realizzazione di tale banca dati sarebbe dovuta avvenire, ovvero 180 giorni dall'entrata in vigore della legge n. 149 del 28 marzo 2001.

Il Giudice amministrativo, quindi, non dubitava che venisse in rilievo un atto generale obbligatorio di natura non normativa, la cui mancata adozione consentiva di accedere alla tutela prevista dal D.Lgs. n. 198 del 2009, derivando la lesione della pluralità degli utenti dalla "*mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento*" (art. 1, cit.).

Né all'adempimento di tale obbligo il Tar considerava non opponibili gli invocati limiti derivanti dalle risorse tecniche e finanziarie, rilevando, al riguardo, come l'art. 40 della legge n. 149 del 2001 abbia espressamente stabilito che dalla creazione della banca dati in questione non dovessero derivare nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, il che rendeva conseguentemente esigibile il comportamento entro il termine assegnato tenuto conto delle risorse assegnate, dovendo pertanto ritenersi positivamente accertata l'oggettiva inadempienza dell'Amministrazione per effetto della disfunzione attinente alla tempestività dell'azione rispetto ad un termine normativamente assegnato.

Il limite, di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, del D.Lgs. n. 198 del 2009 – ai sensi del quale "*Nel giudizio di sussistenza della lesione di cui al comma 1 il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie e*

umane concretamente a disposizione delle parti intimate" – il quale subordina l'accertamento di uno dei presupposti dell'azione, costituito dalla lesione diretta, concreta ed attuale di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, alla esigibilità del comportamento dovuto, che deve essere vagliato alla luce delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione, introducendo una sorta di clausola *rebus sic stantibus* – riteneva, poi, il Collegio giudicante con una precisazione di rilievo non secondario - riveste una connotazione particolare ed affievolita in relazione all'ipotesi specifica dell'omissione di atti obbligatori per legge, dal momento che la valutazione dell'esigibilità del comportamento risulta essere stata rimessa ed esercitata dal legislatore al momento dell'imposizione dell'obbligo previsto dalla legge, non potendo quindi il limite delle risorse avere specifico rilievo in caso di inerzia e di omissione di atti generali obbligatori da adottarsi entro un termine legislativamente stabilito.

Alla stregua delle considerazioni svolte - a fronte dell'accertato inadempimento all'obbligo di cui alla descritta normativa, che delineava in modo chiaro il comportamento esigibile dall'intimata Amministrazione ed il termine entro cui esso doveva essere realizzato - il Tar, con pronuncia d'accoglimento, dichiarava l'obbligo della stessa Amministrazione di adottare gli atti generali di carattere tecnico ed organizzativo finalizzati alla realizzazione della banca dati dei minori adottabili e delle coppie disponibili all'adozione, all'uopo utilizzando le risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Soltanto *per incidens*, si rappresenta che – alla stregua delle informazioni rinvenute presso i siti informatici delle Onlus attive nel settore delle adozioni – la sentenza del Tar Lazio n. 8231 del 1 ottobre 2012 in tempi recenti ancora non era stata portata ad esecuzione e che, dunque, le associazioni di riferimento hanno preannunciato un ricorso giudiziario per l'ottemperanza del *decisum*.[114]

Anche in questa ipotesi, dunque, al pari di quanto già visto per la sentenza del Tar Lazio 7028/2012, si sono poste problematiche relativamente all'esecuzione del *dictum* giudiziario, presumibilmente in relazione alla complessità delle materie coinvolte e della correlata necessità dell'intervento, nell'ambito del processo decisionale di riferimento, di una pluralità di amministrazioni.

Tuttavia, pur a fronte di una considerazione siffatta, pare inevitabile la riflessione per cui l'inerzia o la lentezza dei soggetti istituzionali coinvolti comporta una vulnerazione di legittime posizioni giuridiche

[114] "*Banca dati minori adottabili: il Ministero di Giustizia non sa cosa fare. I tribunali non hanno tutti i dati*." Su www.aibi.it

riconosciute dagli organi giudiziari, quanto meno in considerazione della dilatazione temporale necessaria alla messa in atto di adeguati strumenti di ottemperanza delle statuizioni di giustizia.