

REMO CAPONI

Il nuovo volto della *class action*

SOMMARIO:

1. *Modifica legislativa*
2. *Class action?*
3. *Finanziamento delle azioni collettive: una lacuna*
4. *Efficacia differita del nuovo rimedio processuale*
5. *Oggetto del processo e del giudicato: di regola i diritti*
6. *segue: in via eccezionale la (sola) questione della responsabilità dell'impresa*
7. *Campo di applicazione*
8. *Legittimazione ad agire*
9. *Adesione come forma di opt in*
10. *Adesione: natura ed effetti*
11. *Rapporto tra promotore e aderente*
12. *Poteri processuali dell'attore collettivo*
13. *Giudizio di ammissibilità*
14. *Intervento del pubblico ministero*
15. *Pubblicità dell'azione collettiva*
16. *Determinazione del corso del procedimento*
17. *Contenuti della sentenza*
18. *Esecuzione della sentenza*
19. *Preclusione della riproposizione dell'azione collettiva*
20. *Profili processuali minori (rinvio)*
21. *Profili funzionali salienti*

1. - L'art. 49 l. 23 luglio 2009 n. 99 detta il nuovo testo dell'art. 140 *bis* cod. consumo.

Notevole è il miglioramento rispetto alla versione precedente.

2. - L'«azione collettiva risarcitoria» è ribattezzata come «azione di classe», ma sarebbe stato opportuno mantenere la vecchia denominazione, che appartiene alla tradizione terminologica italiana ed europea (*collective redress action*) e connota meglio lo strumento.

3. - Persiste la lacuna di previsioni dirette ad agevolare il finanziamento delle azioni collettive risarcitorie.

La materia delle spese e degli onorari professionali è completamente sottoposta alle regole generali, che tuttavia dal 2006 non conoscono più il divieto del patto di quota lite e consentono all'avvocato di pattuire con il cliente un onorario commisurato al risultato (1).

4. - L'art. 49, 2° comma, l. n. 99 del 2009 prevede che l'azione di classe possa applicarsi solo agli illeciti compiuti dopo l'entrata in vigore della legge.

Si tratta di una irragionevole eccezione rispetto alla regola che, se si introducono nuove norme processuali, consente la deduzione in giudizio di diritti sorti in un momento anteriore rispetto a quello in cui si agisce secondo le nuove norme.

Tale limitazione è pertanto incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

5. - L'azione di classe si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della «classe», che può agire da solo oppure «mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa» (2), per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Oggetto del giudicato reso nel processo collettivo sono pertanto i singoli crediti risarcitori e restitutori fatti valere dagli aderenti, mentre «è fatta salva l'azione

individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva» (3).

6. - La ricostruzione appena proposta deve fare i conti con la variegata tipologia delle controversie collettive risarcitorie. Poiché è difficile modificare questa realtà, conviene rendere flessibile la ricostruzione.

Esempio. L'illecito plurioffensivo consiste nella produzione e vendita di un prodotto nocivo per la salute umana.

L'accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno subito da ciascun consumatore dipende da un giudizio individualizzato, calibrato sulle circostanze che hanno determinato il danno nel singolo caso.

È meritevole di essere sostenuta (e conforme al canone di efficienza della giustizia civile) una interpretazione orientata alla conseguenza di escludere di impegnare il processo collettivo nel giudizio individualizzato relativo ad uno o più dei diritti cumulati. L'oggetto del processo e del giudicato può essere in questo caso limitato alla questione comune attinente alla responsabilità dell'impresa convenuta.

Il nuovo testo dell'art. 140 *bis* contiene una norma che consente al giudice in sede di giudizio di ammissibilità — in collaborazione con le parti — di limitare in concreto eccezionalmente l'oggetto del processo e del giudicato alla questione della responsabilità dell'impresa convenuta, poiché il giudice è chiamato a 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» (4).

Di conseguenza, con la sentenza che accoglie la domanda il giudice può limitarsi a stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme dovute (5).

7. - Il nuovo istituto si applica a fattispecie di illecito plurioffensivo tipizzate, finora inserite nell'ambito del litisconsorzio facoltativo: «a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli art. 1341 e 1342 c.c.; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali» (6).

La riformulazione del campo di applicazione elimina l'irrazionale esclusione delle ipotesi ex art. 1342 c.c. e limita il precedente riferimento agli atti illeciti extracontrattuali alla responsabilità del produttore.

8. - La disciplina della legittimazione ad agire in via collettiva sbocca finalmente nel riconoscimento di quest'ultima in capo al singolo componente della classe dei soggetti lesi.

L'esito è opportuno e marca la differenza tra la tutela dei diritti individuali omogenei, i soli di cui espressamente si occupa l'art. 140 *bis*, e la tutela di un interesse effettivamente superindividuale, inteso come l'interesse di più soggetti verso un bene che ha (anche, oppure solo) una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi (7).

A questo punto l'azione potrà essere promossa dal singolo componente della classe oppure — sulla base del mandato dei membri della classe — dalle associazioni dei consumatori o da comitati fondati *ad hoc*, senza necessità che associazioni o comitati si rendano cessionari dei diritti individuali.

Rimane ferma ovviamente la legittimazione esclusiva delle associazioni dei consumatori iscritte nel registro ministeriale a proporre le azioni inibitorie nei casi previsti dalla legge (8).

Legittimata passiva è l'«impresa» cui è imputato l'illecito (9).

9. - I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dall'art. 140 *bis* «aderiscono all'azione di classe» (10).

Così l'ordinamento italiano esprime la sua predilezione per il sistema in cui il soggetto leso deve attivarsi se vuole essere incluso fra i destinatari degli effetti della sentenza (*opt in*), anziché per il sistema contrapposto — tipico di alcune ipotesi

della *class action* statunitense — in cui tutti i diritti lesi dall'illecito sono dedotti in giudizio una volta per tutte dal rappresentante della classe e il singolo deve attivarsi se vuole essere escluso dal novero dei destinatari degli effetti della sentenza (*opt out*).

10. - L'adesione — per il cui compimento non è necessario il ministero di difensore — è un atto complesso. Formalmente unitario, esso racchiude due componenti. La prima è intesa a conferire un mandato all'attore collettivo (con elezione di domicilio). La seconda è intesa ad esercitare l'azione nei confronti dell'impresa convenuta, in via di principio con tutti gli effetti sostanziali e processuali che il nostro ordinamento collega all'atto di esercizio dell'azione. Pertanto l'atto indica il diritto fatto valere dal consumatore ed i correlativi fatti costitutivi, con la documentazione probatoria, ed è depositato in cancelleria.

Gli effetti dell'atto di esercizio dell'azione, non solo l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione, ma anche la litispendenza, decorrono dalla notificazione della domanda giudiziale o dal deposito dell'atto di adesione in cancelleria, che potrà avvenire — e normalmente avverrà — tramite l'attore, entro un termine fissato dal giudice non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità (11).

Con l'adesione i soggetti acquistano la qualità di parte del processo solo in senso sostanziale. Gli aderenti non compiono gli atti processuali, né subiscono gli effetti del processo in termini di spese. La necessità di reperire i mezzi per il finanziamento dell'azione può peraltro indurre il promotore a richiedere all'aderente la corresponsione di una somma di denaro adeguata al valore del singolo diritto dedotto in giudizio (arg. ex art. 1719 c.c.).

Evidente è l'utilità dell'adesione. L'adesione è lo strumento attraverso il quale i consumatori o gli utenti possono opporre all'impresa la sentenza che accoglie la domanda. L'altra faccia della medaglia è la «rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo» (12), nonché la soggezione agli effetti della sentenza che rigetta la domanda.

11. - Tra il promotore dell'azione collettiva e l'aderente sorge un rapporto obbligatorio, fondato su un contratto che si può qualificare come mandato con rappresentanza. La spendita del nome del rappresentato avviene con l'allegazione nel processo dei nomi e delle generalità degli aderenti. Il mandato ha per contenuto il compimento della serie di atti giuridici diretti alla gestione del processo collettivo.

L'applicazione delle norme sul mandato offre una base normativa per risolvere alcuni problemi tra il promotore e l'aderente, come quello della revoca dell'adesione.

12. - L'attore collettivo può compiere validamente tutti gli atti che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti (altrui) oggetto della controversia, a partire dalla nomina del difensore.

Salvo patto contrario al momento dell'adesione, l'attore collettivo può rinunciare validamente agli atti del processo senza premunirsi dell'assenso degli aderenti. Questi ultimi tornano così ad essere posti dinanzi all'alternativa di esercitare l'azione in forma individuale ovvero in forma collettiva. Viceversa, salvo patto contrario, l'attore collettivo non può prestare acquiescenza alla sentenza di merito di rigetto senza premunirsi dell'assenso degli aderenti, perché la rinuncia ad impugnare implica in tal caso disposizione del diritto.

Le rinunce e le transazioni intervenute tra l'attore collettivo e il convenuto non pregiudicano i diritti degli aderenti, che non vi abbiano espressamente consentito (13) o che non le abbiano ratificate.

13. - L'ammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria è sottoposta ad un giudizio preliminare di carattere sommario, che si conclude in senso negativo quando la domanda è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili, oppure quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (14).

La previsione di un giudizio di ammissibilità è opportuna.

Esso serve da un lato all'interesse sostanziale della pluralità dei soggetti, che si affermano lesi nei loro diritti omogenei, a far valere in giudizio le loro pretese in modo aggregato ed effettivo.

Dall'altro lato, tale valutazione serve al contrapposto interesse dell'impresa convenuta in giudizio ad evitare il danno ingiusto all'immagine conseguente alla pubblicità dei contenuti di una domanda collettiva che è manifestamente infondata oppure che non è occasionata da un illecito effettivamente seriale.

14. - Limitatamente al giudizio di ammissibilità può intervenire il pubblico ministero. A tal fine l'atto introduttivo dell'azione collettiva è notificato presso il suo ufficio (15).

15. - Se l'azione è dichiarata ammissibile, «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».

L'adozione di un sistema di pubblicità dell'atto introduttivo dell'azione collettiva, in grado di rendere edotti della pendenza del giudizio tutti i membri della classe interessata, è molto delicata, specialmente se la domanda collettiva viene poi rigettata.

16. - Sempre con la stessa 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, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» (16).

Il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali ha suggerito di configurare la disciplina del processo collettivo all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo, e sull'altro piatto l'efficienza di un processo complesso *in re ipsa*, ancorché opportunamente depurato dell'intervento di terzi (17).

Ne è uscita parzialmente sacrificata la predeterminazione legale dello svolgimento del processo, a vantaggio di una determinazione giudiziale calibrata sulle caratteristiche della concreta controversia.

17. - «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 liquidazione di dette somme» (18).

Come già anticipato, si prevedono due possibili varianti di contenuto dell'accoglimento della domanda:

a) un contenuto di condanna, che costituirà la regola e si applicherà in tutte le ipotesi in cui dall'accertamento della responsabilità del convenuto scaturisca automaticamente la determinazione della somma da restituire, ovvero

b) un contenuto di accertamento limitato alla responsabilità dell'impresa, laddove eccezionalmente vi sia bisogno di un giudizio individualizzato che può essere svolto non nel processo collettivo, bensì in un successivo giudizio limitato al *quantum* ovvero può essere oggetto di trattative interindividuali o collettive.

Il tema della liquidazione del danno risarcibile costituisce uno degli aspetti più delicati dell'azione collettiva risarcitoria e meriterebbe una trattazione *ad hoc*. Il problema richiederebbe una soluzione legislativa di diritto sostanziale. Il processo civile non può rinunciare (almeno *de iure*) alla precisa attuazione del diritto sostanziale, ma si può conformare e stemperare quest'ultimo, in materia di illeciti pluri-offensivi, in modo da renderne possibile un'attuazione fedele pur attraverso

meccanismi di liquidazione collettiva del danno (ad esempio, come accade nell'esperienza statunitense con la *fluid recovery*).

18. - In coerenza con il carattere (tendenzialmente) di condanna della sentenza che chiude il processo collettivo, il nuovo testo dell'art. 140 *bis* non disciplina (più) una seconda fase diretta alla liquidazione del *quantum*.

Non se ne sentirà la mancanza, se non nelle eccezionali ipotesi in cui il processo collettivo si concluda con una sentenza di mero accertamento della responsabilità dell'impresa.

È previsto uno *spatium deliberandi* in favore dell'impresa. La sentenza diviene esecutiva solo dopo centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza (19). L'obiettivo è evidentemente quello di incentivare l'adempimento spontaneo alla sentenza.

19. - È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva (oppure se quest'ultima non si conclude con una sentenza di merito), ma non sono proponibili ulteriori azioni collettive per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice in sede di dichiarazione di ammissibilità. Le azioni proposte entro questo termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale. Altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice (20).

20. - Lo spazio assegnato a questo contributo non consente la trattazione dei profili processuali minori, che peraltro non incidono sui tratti fondamentali dell'istituto: competenza del tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa (21), sospensione del giudizio di ammissibilità per istruttoria dinanzi ad un'autorità indipendente o per giudizio davanti al giudice amministrativo, regime di stabilità dell'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione (il provvedimento reso su reclamo non è ricorribile per cassazione, ma la domanda è riproponibile), regime dell'inibitoria in appello, ecc.

21. - L'«azione di classe» assolve a una pluralità di funzioni.

In primo luogo, essa realizza la garanzia dell'accesso alla giustizia per le controversie di modico valore. I vantaggi di questo strumento lo lasciano preferire non solo alle tradizionali azioni seriali, ma anche ai procedimenti di conciliazione individuale.

Sotto quest'ultimo profilo, l'azione di classe funziona un poco come «un aspirapolvere» nei confronti degli strumenti di conciliazione, liberandoli dal pulviscolo delle controversie seriali di modico valore (in cui può avere spazio solo un negoziato posizionale su vasta scala), liberando risorse per i tentativi di conciliazione individualizzati e valorizzando così la competenza professionale e l'opera del conciliatore.

Oltre al profilo teso al ristoro individuale dei soggetti lesi, il nuovo strumento presenta — in secondo luogo — anche un profilo di deterrenza nei confronti della commissione di illeciti dannosi per una cerchia più o meno ampia di consumatori.

L'azione di classe organizza una reazione compatta dei consumatori nei confronti dell'illecito plurioffensivo dell'impresa. L'azione dispiega quindi una efficacia di deterrenza nei confronti di quest'ultima, che la reazione «alla spicciolata» dei consumatori dinanzi al giudice statale o agli organismi di conciliazione certamente non può avere.

In questo settore, l'iniziativa giudiziaria collettiva privata si affianca all'attività pubblica di prevenzione e di controllo nei confronti del potere economico dell'impresa, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell'impresa.

In terzo luogo, l'azione collettiva risarcitoria realizza una finalità di economia ed efficienza processuale nelle controversie che altrimenti sarebbero affidate alla

normale disciplina del processo con pluralità di parti.

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano

Tipo documento: monografia

Autore: REMO CAPONI

Titolo: Il nuovo volto della class action

Nella rivista: anno 2009, parte V, col. 383

--- Note ---

(1) Cfr. l'abrogazione dell'art. 2233, 3° comma, c.c. ad opera del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248.

(2) Cfr. art. 140 *bis*, 1° comma, proposizione 2.

(3) Cfr. art. 140 *bis*, 14° comma, proposizione 2.

(4) Cfr. art. 140 *bis*, 9° comma, lett. a).

(5) Cfr. art. 140 *bis*, 12° comma.

(6) Così art. 140 *bis*, 2° comma.

(7) Sulla tutela di questi interessi, G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in questo fascicolo, V, 388.

(8) Vedili elencati da G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit.

(9) Cfr. art. 140 *bis*, 4° comma, proposizione 1. La tutela collettiva nei confronti della pubblica amministrazione dovrebbe essere disciplinata dalle norme di attuazione della delega di cui all'art. 4 l. 4 marzo 2009 n. 15, cfr. G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit.

(10) Cfr. art. 140 *bis*, 3° comma.

(11) Cfr. art. 140 *bis*, 9° comma, lett. b).

(12) Cfr. art. 140 *bis*, 3° comma, proposizione 2.

Tuttavia la rinuncia non vale più in caso di rinuncia o transazione intervenuta tra le parti del processo collettivo, cui l'aderente non abbia consentito, ovvero nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo (cfr. art. 140 *bis*, 15° comma).

(13) Così l'art. 140 *bis*, 15° comma.

(14) Cfr. art. 140 *bis*, 6° comma. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente (cfr. art. 140 *bis*, 8° comma).

(15) Cfr. art. 140 *bis*, 5° comma.

(16) Cfr. art. 140 *bis*, 11° comma.

(17) Cfr. art. 140 *bis*, 11° comma.

(18) Cfr. art. 140 *bis*, 12° comma.

(19) Così, art. 140 *bis*, 12° comma.

(20) Così, art. 140 *bis*, 14° comma.

(21) Per la Valle d'Aosta è competente il Tribunale di Torino; per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia; per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il Tribunale di Roma; per la Basilicata e la Calabria è competente il Tribunale di Napoli.