

CLASS ACTION

nel mondo e nuova legge italiana
azione collettiva dei consumatori

Michele Boato - Pietro Pistone - Silvana Pucci

Supplemento n° 1 a Gaia 37/2008 - trimestrale edito dal Movimento dei Consumatori.
Spedizione in A.P., art. 2 comma 20/c legge 662/96. D.C. VE. Aut. trib. VE n°842 del 31/12/85.

Dir. resp. Michele Boato - Redaz. Viale Venezia, 7 - Venezia-Mestre

Stampa Eurooffset, Martellago VE

Prima edizione novembre 2008
ISBN 978-88-95829-01-2

Michele Boato

CHI HA PAURA DELLA NUOVA LEGGE ITALIANA SULL'AZIONE COLLETTIVA DEI CONSUMATORI?

5	
<i>In Italia non si parte da zero, ma manca una specie di Class Action.....</i>	5
<i>Una legge che fa paura</i>	7
<i>Un errore provvidenziale.....</i>	7
<i>Alla Camera la legge viene migliorata</i>	8
<i>Art. 140-bis Codice del Consumo (D Lgs 6 settembre 2005, n. 206)</i>	9
<i>Riequilibrare la forza dei consumatori rispetto ai produttori-venditori.....</i>	11
<i>Quali modifiche alla legge sono opportune nell'interesse dei consumatori?....</i>	12

Pietro Pistone

LE CLASS ACTIONS NEGLI USA.....

17	
<i>Le origini storiche, l'evoluzione delle representative suit.....</i>	18
<i>Il bill of peace, le pronunce del XVIII secolo e il Buble Act.....</i>	20
<i>La fusione delle giurisdizioni di common law e di equity.....</i>	23
<i>Le representative suits nel continente nordamericano.....</i>	24
<i>La risposta dottrinale alla eccessiva liberalizzazione del litisconsorzio facoltativo.....</i>	26
<i>La riforma americana del 1938, la Rule 23</i>	27

Pietro Pistone

ANALISI COMPARATA DELL'ISTITUTO DELLE CLASS ACTIONS NEI SISTEMI MODERNI DI COMMON E CIVIL LAW

31	
<i>Natura e struttura delle class actions negli U.S.A.</i>	31
<i>La Rule 23 e le Corti federali.....</i>	31
<i>La disciplina processuale delle class actions negli Stati federati.....</i>	39
<i>Ordinamenti di civil law in Canada e Brasile.....</i>	42
<i>Il Canada.....</i>	42
<i>Il Brasile.....</i>	45
<i>Bibliografia</i>	47

Silvana Pucci

ANALISI COMPARATIVA DEI MODELLI DI TUTELA COLLETTIVA	49
DEI CONSUMATORI INGLESI, FRANCESI, TEDESCHI E SPAGNOLI	49
<i>Summa divisio: azione di classe ed azione collettiva</i>	<i>49</i>
<i>La group litigation inglese</i>	<i>50</i>
<i>I principali snodi processuali</i>	<i>50</i>
<i>Contenuto ed effetti del provvedimento che dispone la trattazione in forma collettiva delle questioni comuni</i>	<i>52</i>
<i>Evoluzione del modello tedesco di tutela collettiva: dalla Verbandsklage al processo modello</i>	<i>53</i>
<i>Profili generali della Verbandsklage</i>	<i>54</i>
<i>Processo modello: un esperimento legislativo</i>	<i>55</i>
<i>Le azioni delle associazioni rappresentative dei consumatori in Francia: l'azione collettiva e la action en représentation conjointe</i>	<i>57</i>
<i>Azioni collettive in Spagna</i>	<i>59</i>

Silvana Pucci

LA TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI NELLA DISCIPLINA DEL CODICE DEL CONSUMO	63
<i>La scelta dell'azione collettiva anche risarcitoria</i>	<i>65</i>
<i>Legittimazione a ricorrere delle associazioni per la tutela degli interessi collettivi di consumatori e utenti</i>	<i>67</i>
<i>Selezione delle associazioni legittimate: la comparsa di "associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi"</i>	<i>68</i>
<i>Adesione all'azione collettiva e scelta dell'opting-in</i>	<i>71</i>
<i>Effetti del giudicato sull'azione collettiva risarcitoria</i>	<i>72</i>
<i>Futuro dell'azione collettiva risarcitoria: rinvio dell'entrata in vigore</i>	<i>75</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>77</i>

FONDAZIONE ICU - ISTITUTO CONSUMATORI UTENTI **79**

QUADERNI ICU **80**

LIBRI DEI CONSUMATORI **80**

CHI HA PAURA DELLA NUOVA LEGGE ITALIANA SULL'AZIONE COLLETTIVA DEI CONSUMATORI?

Michele Boato

Sembrava fatta: dopo discussioni di anni e numerosi progetti di legge, **il Parlamento aveva finalmente introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto dell'Azione Collettiva risarcitoria**, ispirata a modelli già collaudati in molti altri paesi. Si tratta dell'**art.140 bis del Codice del Consumo**, introdotto dalla legge "Finanziaria 2008" 244 del 27 dicembre 2007, e **doveva entrare in vigore dopo 180 giorni, il 26 giugno 2008**.

Dopo gli scandali Cirio, Parmalat e bond Argentini, di fronte ai tanti addebiti ingiustificati nelle bollette telefoniche o a beni venduti con vizi di produzione, le attese dei consumatori italiani nei confronti di una azione collettiva a loro difesa è molto forte e finalmente sembrava aver ricevuto una idonea risposta.

Del resto l'esperienza americana della Class Action ha dimostrato come, di fronte a difetti di produzione o a problemi di salute pubblica (vedi il caso Erin Brockowic portato sugli schermi da Julia Robert), l'azione giudiziaria non solo ha risarcito i consumatori, ma ha anche costretto le aziende ad invertire la rotta.

**In Italia non si parte da zero,
ma manca una specie di Class Action**

È vero che, come ricordava il **prof. Ugo Ruffolo** nella sua relazione introduttiva al **primo Convegno della Fondazione Icu su "Tutela individuale e collettiva dei consumatori" (Roma 01.12.2004)** "Il nostro ordinamento, a lungo sordo al consumerismo, ha conosciuto **nell'ultimo decennio una significativa evoluzione**, grazie alla 'forza motrice' delle norme comunitarie".

Il prof. Ruffolo ricordava che “accanto alla tutela individuale, prima per danni da prodotto (dpr224/1988), poi in materia di clausole abusive (legge 52/1996) e vendita al consumatore (d.lgs.24/2002), è stata introdotta anche una duplice previsione di tutela collettiva, l’una in materia di clausole vessatorie (l.52/1996), l’altra di carattere più generale (l’azione inibitoria della l.281/1998 e d.lgs.224/2001).” Con la legge 281 del 30 luglio 1998 si è avuta la prima disciplina organica dei diritti dei consumatori e degli utenti. Il contenuto di questa legge, poi, è confluito all’interno del Codice del Consumo – D. Lgs. 206/2005, che costituisce un vero e proprio statuto dei diritti del consumatore.

Quest’ultimo, anche grazie ai recenti interventi del legislatore – che ne ha sostanzialmente modificato l’impianto attraverso la Legge 13/2007 e i D.Lgs. 146/2007 e 221/2007, ampliandone lo spazio di tutela – costituisce il principale strumento legislativo di tutela dei consumatori messo a disposizione dall’ordinamento italiano.

È vero insomma che, contro le lesioni di diritti o interessi collettivi, **le associazioni dei consumatori qualificate hanno ora accesso alla giustizia per chiedere provvedimenti inibitori o correttivi** e si è giunti anche alla redazione di un vero e proprio Codice del Consumo. **“Resta però** – ricordava il prof. Ruffolo al convegno del 2004 - **una grande lacuna da colmare. Urge una legge per la via italiana alla “Class Action”, capace di consentire alle associazioni o altri enti di agire (non solo per l’inibitoria dei comportamenti vietati, ma anche) per il risarcimento** o comunque la tutela individuale in caso di lesioni seriali aai danni di una pluralità di consumatori, superando così la perdurante inerzia dei singoli consumatori a far valere le proprie ragioni, scoraggiati spesso dalla lieve entità del danno *individualmente* subito o dalla sproporzione dei costi e dei tempi di giudizio. Manca cioè, nel nostro ordinamento, quel ‘moltiplicatore di tutela’ che è la Class Action di matrice statunitense”.

C’era, in quei mesi, un progetto di legge (con molte lacune) votato alla Camera, ma bloccato al Senato e decaduto con la fine della legislatura. **Ora, con l’art.140bis del Codice del Consumo, sembrava finalmente colmata, seppur parzialmente, questa lacuna legislativa.**

Una legge che fa paura

Invece, prima il min. Scajola dichiarava che occorreva modificare la norma, poi, **in giugno 2008, il governo**, alla vigilia dell'entrata in vigore, **la rinviava** di altri sei mesi, **al gennaio 2009**, "per permettere l'estensione dell'azione collettiva risarcitoria alla Pubblica Amministrazione".

Se questo fosse stato veramente lo scopo, non sarebbe servito alcun slittamento: **la norma poteva entrare in vigore e, successivamente, essere estesa anche alla pubblica amministrazione.** Lascia perplessi che la decisione di rimandarne l'entrata in vigore sia intervenuta poco dopo le dichiarazioni di Confindustria con le quali veniva sostenuta la necessità di rivedere la legge.

Ma ecco che, nell'ottobre 2008 il ministro Scajola annuncia che **nemmeno entro il gennaio 2009 si farà in tempo a modificare la norma**, "per apportare miglioramenti a garanzia di una migliore efficacia".

E qui sorge spontanea: quanta paura fa a Lor Signori questa nuova legge?

7

Un errore providenziale

Già l'emendamento alla Finanziaria, proposto dai senatori Manzione e Bordon, che introduceva l'articolo 140bis era stato **approvato al Senato**, il 15 novembre, **per un solo voto** (158 favorevoli, 40 contrari e 116 astenuti, che al Senato valgono come contrari), causato, stando alle sue dichiarazioni, da un errore di votazione del senatore di Forza Italia Antonione, che aveva subito offerto al suo gruppo le dimissioni. Il senatore Sacconi, per protesta contro l'emendamento, si era tolta addirittura una scarpa e, imitando Krusciov all'Onu, l'aveva sbattuta sul suo scranno, ricevendo l'applauso a scena aperta degli Industriali.

Immedie e un po' scomposte erano state le reazioni di **Confindustria** che, per bocca del suo direttore generale Beretta, bollava l'articolo di legge come "**Un provvedimento rozzo, che espone le aziende italiane e i loro lavoratori a gravi rischi. Un atto di grave ostilità, destinato a infliggere a tutte le aziende, comprese le piccolissime, danni incalcolabili**". Il comunicato di Confindustria così continuava: "È il peggior testo tra quelli in circolazione; con i tempi lunghi della giustizia, una impresa è destinata a fallire dieci volte prima che i

giudici decidano che magari ha ragione, senza contare l'effetto di aumentare la crisi dei tribunali: È noto che l'Italia è agli ultimi posti in Europa nella capacità di attrarre investimenti stranieri, se la legge verrà approvata anche dalla Camera, davvero non ci verrà più nessuno". Insomma, una vera catastrofe...

Il presidente dell'**Antitrust**, Antonio Catricalà, che in precedenza aveva sostenuto la necessità di introdurre in Italia uno strumento legislativo simile alla class action, all'indomani del voto del Senato, assieme al presidente **Consob** Lamberto Cardia, criticava il nuovo testo che "potrebbe portare al dilagare di cause speciose che danneggiano il sistema" (Cardia), affermando che "la norma va rivista, per assicurare la piena tutela dei diritti dei consumatori e per non risultare irrazionalmente punitiva per le imprese"(Catricalà).

Anche **Codacons** e **Aduc**, ma per ragioni opposte, all'indomani del voto del Senato, bollavano così la norma: "La class action all'italiana: una schifezza: non c'è danno punitivo e i consumatori potranno avere un risarcimento solo se giovani. Tre le fasi dell'azione, collettiva, conciliativa e individuale. Tre gradi ogni fase del giudizio, per un totale di nove processi". **Altroconsumo** (e similmente **Federconsumatori**, **Movimento Consumatori**, **Unione Consumatori** e **Adiconsum**) invece commentavano: "Certo è da migliorare, alcune fasi possono essere saltate; ma è un passo storico per la tutela dei consumatori, una norma ragionevole che aumenta la possibilità di risarcimento per i consumatori truffati".

Alla Camera la legge viene migliorata

In dicembre 2007, fortissime sono le pressioni per cancellare l'emendamento galeotto e chiudere per un altro po' di anni la fastidiosa discussione. Invece il relatore della Legge Finanziaria **alla Camera**, on. Ventura, presenta, all'interno del **maxiemendamento** concordato col Governo, un articolo **in cui l'azione collettiva non viene stralciata, ma corretta** per rispondere a due tra le critiche più fondate fatte al testo del Senato:

- **si amplia la "platea" dei soggetti legittimati a intraprendere l'Azione collettiva**, aggiungendo alle (attualmente 16) Associazioni dei Consumatori riconosciute dal Cncu – Consiglio nazionale consumatori e utenti, altre "associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere";

- **si inserisce il filtro del tribunale per l'ammissione delle domande:** “alla prima udienza il tribunale pronuncia sull'ammissibilità della domanda, dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste conflitto d'interesse o quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela”.

Il testo, approvato definitivamente dal Parlamento, con l'art. 2, comma 446 della legge Finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, è il seguente:

Art. 140-bis Codice del Consumo (D Lgs 6 settembre 2005, n. 206)

1. **Le associazioni** di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono **legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno** e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.
2. **Sono legittimati ad agire** ai sensi del comma 1 **anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva.** L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile.

3. Alla prima udienza il **tribunale**, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, **pronuncia sull'ammissibilità della domanda**, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda è dichiarata **inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo**. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il **giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione** proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.
4. Se accoglie la domanda, **il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma** da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. **Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente**. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.
5. La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. **E' fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva**, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1.
6. **Se** l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del **tribunale** competente ai sensi del comma 1 **costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme** da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato

indicato dall'impresa convenuta ed è **presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale** tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione **quantifica**, con verbale sottoscritto dal presidente, **i modi, i termini e l'ammontare** da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione **costituisce titolo esecutivo**. **In alternativa**, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la **composizione non contenziosa** abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.

Riequilibrare la forza dei consumatori rispetto ai produttori-venditori

11

Ora, dopo il “congelamento” della norma, vanno proposte le modifiche: ovviamente si possono proporre modifiche che rendano più complicato, se non impossibile, l'utilizzo dell'Azione Collettiva (e questa è la speranza di molti dei rappresentanti delle imprese, sia private che pubbliche), oppure modifiche che la rendano più semplice e veloce per tutelare meglio consumatori ed utenti. Noi ci poniamo da questa seconda parte.

Nostro obiettivo è riequilibrare, almeno in sede processuale, la differente forza contrattuale che caratterizza i rapporti tra le parti contrattuali, dato che nelle moderne economie di mercato, i rapporti socio-economici hanno subito significativi mutamenti, che hanno determinato un incremento della forza contrattuale delle aziende produttrici nei rapporti economici e contrattuali rispetto a i consumatori e gli utenti.

La rapidità delle relazioni economiche, unitamente alla standardizzazione dei modelli contrattuali, pongono, infatti, il consumatore in una posizione di debolezza strutturale nei confronti delle grandi aziende sempre più in grado di imporre modelli e comportamenti.

In questo scenario le attività economiche appaiono potenzialmente in grado, ove non ispirate a criteri di correttezza, professionalità e buona fede, di arrecare pregiudizio ad una pluralità di diritti ed interessi di consumatori ed utenti. Pratiche commerciali scorrette o anticoncorrenziali, prodotti difettosi o nocivi, applicazione generalizzata di condizioni contrattuali illecite, oneri contrattuali ingiustificati (es. penali per recesso anticipato non giustificato da ragioni oggettive), sortiscono effetti dannosi che ricadono interamente sul consumatore, il quale rimane, il più delle volte, assolutamente privo di strumenti di difesa.

In molti casi è la stessa relazione contrattuale tra consumatore ed azienda ad apparire, in qualche modo, affievolita. La tradizionale teoria generale dei contratti è stata elaborata su di un modello di rapporti sostanzialmente paritario tra le parti.

L'odierna realtà economica, però, si discosta in maniera molto marcata da questo schema: sempre più spesso la libertà del consumatore è limitata alla sola scelta di aderire o meno ad un rapporto già "confezionato" dalla controparte. La situazione appare ancor più drammatica rispetto a quei beni e servizi cui il consumatore accede per soddisfare esigenze di primaria importanza (trasporti, comunicazione, energia elettrica, gas, ecc), rispetto ai quali anche questa libertà minima risulta essere talmente compressa da apparire più teorica che reale.

Quali modifiche alla legge sono opportune nell'interesse dei consumatori?

Passiamo ad alcune **valutazioni sull'art.140-bis e relative proposte di modifica:**

- **Legittimazione ad agire.** Legittimati a esperire l'azione collettiva sono le associazioni dei consumatori e degli utenti, rappresentative a livello nazionale (individuate dall'art. 137 del Codice del consumo) e le altre associazioni e i comitati, che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, nonché i singoli consumatori o utenti, mediante autonomo intervento in giudizio. La soluzione adottata **privilegia le associazioni dei consumatori**, escludendo una cerchia di cittadini, quali disabili, lavoratori e danneggiati da danno ambientale. La soluzione infine contrasta con i principi costituzionali dettati dall'art. 24 escludendo la possibilità di

proporre una class action a singoli o gruppi di singoli, non collegati alle associazioni dei consumatori e degli utenti. Ciò in contrasto anche con la disciplina delle Class Actions degli altri Paesi e in particolare del sistema statunitense, che garantisce il doppio binario di Public Enforcement e Private Enforcement, in forza del quale legittimati alla Class Action (in materia di antitrust) sono la Federal Trade Commission e l'Antitrust Division e ogni cittadino che abbia sofferto un pregiudizio in ragione di un comportamento tenuto in violazione della normativa antitrust. Il sistema statunitense, per esempio, prevede un public enforcement (attuazione pubblica) del diritto antitrust, che è anche dual (doppio) in quanto esercitato in via concorrente dalla Federal Trade Commission e dall'Antitrust Division del Department of Justice, accanto ad un private enforcement (attuazione privata). **Meglio sarebbe** promuovere una disciplina non limitata ad operare esclusivamente all'interno della politica delle associazioni dei consumatori e degli utenti, ma **una disciplina che garantisca l'accesso alla giustizia, mediante lo strumento dell'azione collettiva risarcitoria, per tutte le pretese potenzialmente azionabili in forma rappresentativa**. La legittimazione ad agire deve essere innanzitutto attribuita a ciascun soggetto cui è stato leso il diritto, pur collettivo, ed esteso alle associazioni di categoria o agli organismi di natura pubblicistica, ai soli fini di un miglioramento e potenziamento della tutela del diritto collettivo e della rappresentatività di tutti quei cittadini, consumatori o utenti, rientranti nella categoria dei soggetti lesi, che non hanno agito, o non sono intervenuti, personalmente nel processo.

- **Diritto al risarcimento**, quantificazione di tale diritto; a differenza della Class Action statunitense, nell'azione collettiva italiana, la condanna ha carattere esclusivamente risarcitorio. Nella Class Action, invece, a comporre le voci della somma inflitta all'impresa gioca particolare rilevanza la quota per **danno punitivo** (punitive damage): determinata la responsabilità dell'impresa, il giudice può esprimere la condanna ad una somma anche molto più elevata rispetto al danno economico reale subito dal consumatore/utente, nell'intento di esprimere, così, l'ulteriore **funzione deterrente**, a carico non solo dell'azienda condannata, ma dell'intero sistema commerciale. Anche nella norma italiana potrebbe essere inserita la quota per danno punitivo.

- 14
- **La disciplina delle comunicazioni ai consumatori** e agli utenti degli atti e dei documenti dell'azione collettiva risarcitoria. La legge ignora completamente le pur importanti questioni della disciplina delle comunicazioni ai consumatori e agli utenti e comunque ai cittadini che potrebbero formare la classe interessata. L'unico riferimento, al comma 3, lascia al Giudice decidere le modalità per dare "idonea pubblicità" ai contenuti dell'azione proposta; è rimesso al Giudice, d'ufficio o in accoglimento di specifiche istanze, scegliere le modalità di pubblicità dell'azione proposta e di quelle successive di pubblicazione della sentenza e dell'eventuale verbale di conciliazione (sui quali la legge tace). La questione è molto importante perché la pubblicità diretta potenzialmente a tutti i cittadini ha dei costi non indifferenti: chi dovrà affrontare questa spesa e come dovrà essere effettuata la pubblicità? Va chiarito in legge, tenendo presente che sono le associazioni ad agire e, nella gran parte dei casi, non avrebbero i mezzi per dare idonea pubblicità all'azione, con conseguente impossibilità di raggiungere adeguatamente i cittadini. Sarebbe insomma necessario, **prevedere già in legge gli strumenti idonei a perseguire le finalità informative** che permettano l'adeguata conoscenza dell'evento, e prevedere che detti strumenti possano essere utilizzati in ogni momento del processo e si pensi, per esempio, ad una proposta di transazione formalmente formulata in udienza o a provvedimenti anticipatori di condanna.
 - Sul piano della **tecnica normativa e processuale**, l'azione risarcitoria collettiva rappresenta un istituto di nuovo conio che va ad innestarsi all'interno del rito civile disciplinato da codice di procedura. Proprio questo aspetto è quello che desta maggiori perplessità. Il risultato è **una fattispecie processuale che finisce per appesantire ulteriormente un giudizio che già di per sé lamenta croniche difficoltà sul piano della snellezza delle procedure e della tempistica non certo adeguata alle esigenze di giustizia**. Molto è rimesso ai comportamenti dei soggetti coinvolti. In particolare, **la correttezza delle parti e la sensibilità dell'organo giudicante, potranno giocare un ruolo determinante** nel superamento, almeno parziale, delle difficoltà sottolineate. Ad ogni modo si tratta di un'opzione ulteriore che l'ordinamento mette a disposizione del consumatore, il quale può sempre scegliere di esercitare un'azione individuale ove non voglia partecipare all'azione collettiva. dell'ordinamento italiano.

- **Inserimento della Pubblica Amministrazione tra i soggetti passivilegitimati:** escludere la possibilità di azione collettiva nei suoi confronti è una limitazione molto rilevante. Si pensi alle multe ingiuste, al problema rifiuti. Perciò si concorda con l'opinione del Governo di inserire questa possibilità.
- **L'Azione collettiva è retroattiva?** La maggioranza degli esperti propende per la retroattività della class action italiana., ma sono possibili diverse interpretazioni della legge. Se si ritiene che siano stati introdotti solo nuovi strumenti processuali, la norma è retroattiva, se invece si ritiene che siano stati previsti nuovi interessi da tutelare, allora la legge vale solo per il futuro. La maggioranza degli esperti propende per la prima impostazione: la legge è retroattiva, perché non prevede nuove azioni di responsabilità. I contrari invece affermano che le associazioni degli utenti hanno acquisito un diritto nuovo che prima non avevano, quindi ci sarebbero le base per l'irretroattività . Andrebbe precisato in legge.
- **I tempi:** sembra **stravagante prevedere una fase di conciliazione dopo la sentenza** di primo grado, per determinare il “quanto” del risarcimento. La conciliazione va esperita, come d'ordinario, prima di dar corso alla causa (con i suoi tempi “italiani”..). E quel **“quanto” dovrebbe essere stabilito, nel corso del processo, da un consulente tecnico nominato dal Giudice.**
- **Spese legali:** l'attuale testo non prevede nulla; in azioni di questo tipo le spese legali rappresentano però uno dei nodi principali, soprattutto per le associazioni, che non dispongono dei fondi necessari, come invece possono fare le imprese. Occorre chiarire che, anche in caso di vittoria parziale dell'associazione, le spese sono a carico dell'impresa soccombente e che le associazioni hanno diritto al patrocinio a spese dello Stato.

LE CLASS ACTIONS NEGLI USA

Pietro Pistone

L'istituto delle *class actions* è frutto di un lungo processo di evoluzione che prende le mosse in Inghilterra ma che finisce per trovare terreno fertile nel sistema giuridico nordamericano¹.

Sulle origini delle *class actions* ovvero, delle *representative suits*², le prime domande alle quali dobbiamo tentare di dare una risposta sono:

- 1) che cosa s'intende per *class actions*?
- 2) quali sono le origini delle storiche dell'istituto?

L'istituto delle *class actions* consiste in un procedimento speciale che si differenzia da quello ordinario: (i) perché diretto a risolvere controversie in modo che il giudicato, sia esso favorevole o sfavorevole, si estenda ai soggetti appartenenti a un gruppo definito, una classe, anche se non preventivamente organizzata, qualora risulti "adeguatamente rappresentata" dalle parti invece presenti in giudizio; (ii) per contraddittorio tendenzialmente plurilaterale; (iii) per il carattere inquisitorio (essenzialmente in senso processuale).

Il primo ordine di presupposti attiene all'aspetto sostanziale della fattispecie dedotta in giudizio, essa deve richiedere la risoluzione di almeno una questione, di fatto o di diritto, comune, o identica, a quella richiesta per la tutela³, nei confronti di un medesimo avversario o gruppo di avversari.

Il secondo presupposto attiene all'impossibilità processuale di un contraddittorio con un elevato numero di soggetti coinvolti, quest'ultimo tale da rendere estremamente impraticabile la piena partecipazione di tutti ad un unico processo.

.....
1 Il sistema giuridico americano non è l'unico che si avvale di tale istituto, ne ritroviamo esempi anche nel sistema giuridico brasiliano e canadese, dei quali si parlerà nel prosieguo di questo lavoro.

2 Questo è il nome classico delle più moderne "*class actions*", che si diffonde negli Stati Uniti dai primi anni del XIX secolo.

3 La situazione oggetto del giudizio occorre che sia qualitativamente analoga e pertinente ad una pluralità di individui.

Infine, un componente della classe presente in giudizio deve essere espressamente riconosciuto idoneo a rappresentare, eventualmente in concorso solidale o pro quota con altri, la globalità dei soggetti sopra individuati⁴.

Le origini storiche, l'evoluzione delle *representative suit*⁵

Per trattare compiutamente quanto oggetto del presente lavoro non può trascendersi dall'analisi delle *representative suit* della *Court of Chancery*.

Le *class actions* costituiscono infatti, per certi aspetti, lo sviluppo di fenomeni aventi origini assai diverse – in alcuni casi caduti in desuetudine – e sotto altri contengono elementi di assoluta novità, così come affermato dalla dottrina italiana ed internazionale⁶. Appare quindi utile muovere l'analisi dalle origini europee delle *class actions*, ovvero dalle *representative suits*, attraverso lo studio dell'odierna storiografia giuridica in merito⁷. Letteralmente potremmo tradurle come “azioni rappresentative”, il cui presupposto è un legame di responsabilità solidale fra gli appartenenti ad una medesima comunità, inizialmente sicuramente contadina, per il pagamento dei balzelli sulla produzione.

Il creditore, conveniva in giudizio, presso la giurisdizione locale, solo alcuni dei soggetti gravati dall'imposta, agendo per l'intero sul loro patrimonio.

In questa fase non è chiaro come e in che misura gli assenti fossero soggetti al giudicato, ma di contro è certo che i convenuti nominati conseguissero il regresso sugli altri membri del gruppo, senza esperire ulteriori e nuovi meccanismi giurisdizionali.

.....
4 Giussani, *Studi sulle Class actions*, CEDAM 1996, p.

5 Questo è il nome classico delle più moderne *class actions*, termine che si diffonde negli Stati Uniti dai primi anni del XIX secolo.

6 Dello stesso avviso, Giussani, *Studi sulle Class actions*, op.cit., p.

7 Solo da pochi anni si è iniziato a studiare la casistica riconducibile al modello dell'azione rappresentativa precedente alla nascita delle corti di *equity*, alle quali l'opinione tradizionale attribuiva la creazione dell'istituto oggetto di analisi. Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit., p. 4. - Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, Riv. Dir. Proc. 1970, pp. 609 ss. - Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Padova 1979, pp. 251 ss..

Ciò sta a significare che l'azione esercitata, nonostante l'assenza fisico-giuridica di tutti i soggetti portatori di interessi, risultava comunque idonea a produrre effetti sul loro patrimonio⁸.

Vi sono dei tratti distintivi essenziali che inducono a pensare che questi casi primitivi, siano il modello, individuabile come ideale dell'azione rappresentativa: dal punto di vista delle qualità del soggetto collettivo, la presenza di un fattore di coesione interna alla classe, operante sia a livello sociale sia a livello giuridico, dimostra l'appartenenza ad un gruppo di interessi⁹; con riguardo, invece, alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, appare chiaro l'interesse comune dei "debitori" anche se non direttamente convenuti in giudizio¹⁰.

Esulano dall'analisi che ci occupa, invece, i motivi e i luoghi comuni che avvolgono il passaggio dalla giurisdizione di *law* a quella di *equità*; tuttavia, è utile evidenziare che il passaggio dalle *manorial courts*¹¹ alla *Court of Chancery* – investito del potere di supplire in via residuale alle corti di common law e in grado di prevalere sulle corti locali¹² – ha contribuito al crescente sviluppo delle azioni rappresentative.

Inoltre, non si dimentichi l'estesa applicazione che l'istituto del litisconsorzio necessario trova nel sistema di *equity*, giustificata principalmente dalla tendenziale inammissibilità di qualsiasi litisconsorzio nella *cause at law*¹³. Infatti, il litisconsorzio era considerato da un lato, presupposto sufficiente per fondare la giurisdizione residuale di *equity* e dall'altro un ostacolo al miglior funzionamento della stessa tutela in *equity* – poiché, se possibile, rallentava ulteriormente lo svolgersi del procedimento innanzi la Cancelleria.

Dal principio secondo cui spettava al Cancelliere rendere una giustizia completa si deduceva che il litisconsorzio potesse essere necessario ma non facoltativo e disponibile.

8 Nel testo si accenna ai casi presi in esame da Giussani, in *Studi sulle Class actions*, op. cit., che richiama Martin.

9 Va sottolineato che, oggi, di frequente è la stessa esperienza giudiziaria a rafforzare i legami di appartenenza al soggetto collettivo.

10 Dello stesso avviso, Giussani, *Studi sulle "class actions"*, CEDAM 1996, p. 4.

11 Letteralmente Giurisdizione Locali.

12 Si assiste, quindi, ad un passaggio, se pur graduale, della funzione della Cancelleria, da organo amministrativo ausiliario delle corti di *common law* ad organo giudiziario a sé stante. Dello stesso avviso, Giussani, *Studi sulle "class actions"*, CEDAM 1996, p. 5 e ss.

13 Sereni, *L'"equity" negli Stati Uniti*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1952, p. 327.

Pertanto l'integrazione del contraddittorio ad opera delle parti poteva essere impedita dalla regola della territorialità della *jurisdiction* delle corti britanniche: non era consentito citare chi si trovasse al di fuori delle loro circoscrizioni di appartenenza, sicché a partire dal secolo XVIII, l'impossibilità di chiamare in giudizio la *indispensable party* iniziò a determinare l'improcedibilità della domanda anche in casi in cui l'attore ne era del tutto incolpevole¹⁴. Tra i poteri riconosciuti alla Cancelleria (*Court of Chancery*) vi era quello di respingere l'eccezione di incompletezza del contraddittorio potendo la stessa considerare irrilevante l'assenza di quelle parti che potevano reputarsi "virtualmente rappresentate", quindi dei litisconsorti facoltativi. Tale opportunità derivava dal fatto che le motivazioni di quelle pronunce accennavano alle difficoltà pratiche che avrebbero impedito la realizzazione della tutela ove tutte le parti avessero dovuto essere convenute in giudizio, anziché fondarsi sui presupposti sociali, non formalizzati giuridicamente, delle fattispecie cui si riferivano.

La dottrina del secolo scorso, nell'intento di costruire una classificazione esaustiva di questa casistica, è giunta all'individuazione di tre grandi filoni decisionali. Il primo settore è rappresentato dalle decisioni relative al *bill of peace*, il secondo filone di pronunce, sviluppatosi nel XVIII secolo, invece, è strettamente collegato alla nascita delle istituzioni dell'economia capitalistica e, infine, il terzo insieme di decisioni è quello dei *creditor bills*, dei *legatee bills* e dei *vessel's cases*.

Il *bill of peace*, le pronunce del XVIII secolo e il Buble Act.

Il *bill of peace* nasce per ragioni di macroeconomia processuale. Tale istituto era il fondamento della giurisdizione di *equity* in presenza di una pluralità di parti, a volte, infatti, si consentiva che in tale sede alcune, o addirittura la maggior parte

.....
14 Sui margini di derogabilità del principio appena descritto venne condotta una delle tante battaglie fra detrattori e sostenitori – tra i quali si distinsero ovviamente i più energici *Chancellors* – della giurisdizione *in equity*. Basti infatti confrontare l'atteggiamento di Lord Nottingham, che nel XVII secolo non riconosceva l'*indispensable party* ed aveva una concezione restrittiva dei presupposti della *representative suit*, con l'atteggiamento di Lord Eldon, che nel XIX secolo cercò di limitare gli effetti della regola del litisconsorzio necessario proprio ampliando l'ambito di applicazione della *representative suit*; vedi Giussani op. e pag. cit. che richiama per tutti Hazard.

dei soggetti portatori di interessi, venissero pretermessi. Quello che, tuttavia, non si è in grado di affermare con assoluta certezza è se sin dall'origine gli assenti fossero soggetti al giudicato formatosi nell'azione in *equity*, o se vi fosse almeno un criterio per stabilire in quali casi ciò potesse accadere. Come sopra ricordato, la funzione principale del Cancelliere era quella di apportare una giustizia completa e la sua giurisdizione poteva invocarsi proprio perché le corti *at law* tendevano a non ammettere il litisconsorzio¹⁵.

Quanto al secondo dei filoni giurisprudenziali sopra elencati: il XVIII secolo è figlio di notevoli cambiamenti ed infatti tutte le attività mercantili e aziendali, soprattutto in questo periodo, cominciano a ricorrere in modo sempre più che frequente alla raccolta presso il pubblico dei mezzi finanziari necessari per la formazione di un adeguato capitale mobiliare.

Strumento principale di tale raccolta fu la partecipazione azionaria liberamente trasferibile e la forma tipica delle aziende quella delle società per azioni a responsabilità limitata¹⁶.

Dal 1719 però questa evoluzione aveva subito una battuta di arresto, *“la South Sea Co., fondata con lo scopo sociale di sfruttare un'inesistente concessione di traffico presso i porti spagnoli del Nuovo Mondo, dopo aver assunto l'intero debito nazionale in cambio di un privilegio su specifiche entrate fiscali riuscì, prima di fallire definitivamente, ad ottenere dal Parlamento, nella speranza di risollevarle le proprie sorti tramite la distribuzione della concorrenza nel mercato azionario, il cd. Bubble Act, che poneva severi limiti al riconoscimento della personalità giuridica delle società commerciali”*¹⁷.

L'applicazione del *Bubble Act* comportò, sul piano processuale, nelle controversie concernenti gli affari delle società commerciali prive di personalità giuridica (le cd. *joint-stock companies*), che queste fossero soggette alla regola del litisconsorzio necessario di tutti gli interessati, di tutti i soci, pena l'improcedibilità

.....
15 Si evidenzia comunque che man mano che se ne consentiva l'adozione nei confronti di gruppi cui difettava quella coesione sociale che caratterizzava le classi medievali e che si ampliavano le possibilità di agire solo nei confronti di alcuni dei componenti del gruppo, divenne al contrario sufficiente dimostrare che la *complete justice* del *Cancellor* era superflua e se ne trasse, pertanto, la conseguenza, almeno in alcuni casi, che non potessero risultare pregiudicate le ragioni dei pretermessi. Di questo avviso Giussani, *Studi sulle “class actions”*, op. cit., p. 14.

16 Galgano, *Storia del diritto commerciale*, pp. 64 ss.

17 Giussani, *Studi sulle “class actions”*, op. cit., p. 15

della domanda. Date tali premesse, il riferimento in materia di *representative suit* divenne con il tempo sempre più frequente, estendendosi dalle situazioni imputabili all'intero gruppo anche alle controversie interne ad esso¹⁸.

Pertanto, il modello dell'azione rappresentativa finisce per essere usato come un rimedio eccezionale tipico degli ordinamenti che non riescono a mettersi al passo delle nuove aggregazioni di interessi.

Infine il terzo filone decisionale prende in esame le motivazioni delle pronunce relative ai *creditor bills*, ai *legatee bills* e ai *vessel's cases* approfondirono molto di più di quanto avvenisse in passato il problema dell'adeguatezza della rappresentanza. Inoltre, gli effetti preclusivi erano diversi da quelli del giudicato in senso stretto anche rispetto a quanti dovevano reputarsi rappresentati: per esempio con la conclusione della procedura concorsuale il renditore¹⁹ di conti veniva liberato dall'incombenza di rispondere del patrimonio separato, ma rimaneva possibile, salvi effetti della prescrizione, l'azione del creditore pretermesso contro quanti avevano partecipato alla distribuzione.

La funzione primaria dell'esperimento dell'azione in *equity* era volta allo scopo di assicurare il concorso dei creditori, rendendo, pertanto, improcedibili le cause individuali *at law*²⁰.

Infatti, l'omogeneità delle situazioni soggettive imputabili a ciascuno dei singoli membri della classe permetteva di supporre che l'azione fosse intentata anche a loro vantaggio e non in modo collusivo, pur sussistendo la mancanza di qualsiasi rapporto associativo. Ciò, non escludeva che si potesse agire nell'interesse degli assenti, purché, valesse, anche nei loro riguardi, la regola secondo cui

.....
18 I meccanismi di responsabilizzazione e controllo dei rappresentanti rispetto alla classe, elementi comuni e distintivi rispetto alle precedenti esperienze, potevano dipendere dalla coesione interna a quest'ultima in alcune di quelle associazioni che svolgevano funzioni mutualistiche o ricreative, le c.d. *friendly societies*, ma non certo nelle società aventi finalità imprenditoriali e dirette alla raccolta del risparmio presso il pubblico. È, pur tuttavia, vero che tale fattore non sembra avesse più alcuna importanza ai fini dell'estensione dei limiti soggettivi del giudicato, e nemmeno risulta rilevasse la natura della situazione soggettiva azionata. Di questo avviso Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 15.

19 Queste azioni presentavano la caratteristica di richiedere un renditore di conti "*administrator o executor*" in vista di una distribuzione su base concorsuale di un patrimonio separato in favore rispettivamente dei creditori, dei successori testamentari ovvero dell'equipaggio di una nave autorizzata alla preda di imbarcazioni nemiche. Di questo avviso Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit. p. 18 e ss.

20 È ovvio che la pluralità di parti creava dei problemi dipendenti dal litisconsorzio necessario di tutti gli interessati, e suggeriva, ancora una volta, di ricorrere all'istituto della *representative action*. Vedi Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit. 18 e ss.

l'accertamento fosse inequivocabilmente riferibile al loro interesse, vale a dire quello della sussistenza o meno dei presupposti per l'azione concorsuale. In quest'ultima i soggetti potevano liberamente intervenire per partecipare alla distribuzione, dato che i loro diritti venivano iscritti al passivo grazie alla loro presenza, oggi diremmo, virtuale, in qualità di rappresentati. D'altronde, laddove il legame associativo fosse labile, come per esempio quello fra i componenti di un equipaggio navale, operava comunque un giudicato *secundum eventum litis*, poiché il pretermesso poteva sempre invocare in suo favore sia l'accertamento sia la contestazione successiva del passivo.

La fusione delle giurisdizioni di common law e di equity

La concomitante presenza delle giurisdizioni di *common law* e di *equity*, da cui l'abbondante casistica del periodo fin qui descritta, aveva generato dei problemi di coordinamento tra le rispettive discipline delle parti nel processo. Ciò aveva fatto sorgere l'esigenza, durante l'età vittoriana, di una razionalizzazione del sistema processuale che venne compiuta attraverso la riforma²¹ che terminò con la fusione delle giurisdizioni concorrenti.

Il regime uniformato del litisconsorzio necessario nell'ambito di applicazione delle *representative suits*, fu inteso in senso forte.

Il *common interest*²² si ridusse alla contitolarità della situazione soggettiva e alla coincidenza dell'interesse a ottenere un medesimo provvedimento, sicché ne risultarono escluse le fattispecie dei *bills of peace* e dei *creditor bills*. L'esigenza di conferire rilievo processuale a nuove aggregazioni di interessi fu invece affrontata mediante uno strumento diverso da quello dell'azione rappresentativa sinora descritta, ovvero dall'istituto della *relator action*.

Istituto secondo il quale, chiunque, poteva agire in veste di legittimato straordinario. Questo istituto, che prende le mosse da un famoso caso, il "*Markt & Co.*

21 Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglossassoni*, Dig. IV, disc. priv. sez. civile pp. 11 ss., che tratta della stagione di riforme culminata nei noti *Judicature Acts* del 1873 – 1875.

22 Letteralmente interesse collettivo.

*Ltd. V. Knight Steamship Co. Ltd.*²³, innova in senso marcatamente restrittivo rispetto all'orientamento precedente.

Si escluse la procedibilità in forma rappresentativa delle domande di contenuto risarcitorio (*damage actions*), considerandole prive per definizione dell'indeterminabile requisito della unitarietà della situazione sostanziale azionata. L'ampio ricorso al modello dell'azione popolare soggetta al controllo del pubblico ministero, *relator action*²⁴, diede la possibilità di risolvere compiutamente il problema della tutela delle situazioni soggettive di portata superindividuale.

Le representative suits nel continente nordamericano

Per completezza espositiva non si può non accennare all'*iter* formativo delle *representative suit* "americane". La dottrina statunitense comincia ad interessarsi della trattazione delle *representative suits*, così come sostiene GIUSSANI, solo in pieno XIX secolo. All'interno della giurisdizione americana le *representative suits* trovarono terreno fertile, infatti, si prestavano particolarmente al soddisfacimento dei requisiti richiesti dalla *jurisdiction* federale. In particolare ci si riferisce a tutte quelle fattispecie in cui si verificava la *diversity of citizenship jurisdiction*²⁵ - cioè quando la situazione sostanziale si fondava sull'appartenenza di ciascuna delle parti a Stati federati diversi - le azioni rappresentative consentivano di fare a meno dei litisconsorti necessari. Da ciò ne derivava che tali rappresentati, ad eccezione della possibilità loro riconosciuta di intervenire in una fase successiva del giudizio, non avevano per definizione la possibilità di partecipare pienamente al processo sin dal suo inizio²⁶.

Nella prima metà dell'ottocento, Joseph Story, pubblico un commentario sulla giurisdizione di equità, che permise di addivenire ad un nuovo approfondimento

23 Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit. p. 21

24 Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit. secondo cui questo esito potrebbe considerarsi una prova dell'inadeguatezza del modello della *representative suit*: ereditata in via di desuetudine del passato medievale visto l'esiguo numero di diritti "comuni" esercitabili per mezzo di essa.

25 Di cui parla ampiamente Giussani, in *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 23ss

26 La regola della *cd. complete diversity* fu stabilita con il caso *Strawbridge v. Curtiss*, vedi in proposito Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 24 in nota n. 69, che richiama per l'analisi del caso in oggetto YAEZELL e altri autori.

della materia che ci occupa. Ciò nonostante, come parte della dottrina italiana sostiene²⁷, l'intervento dello stesso autore non fornì nuovi spunti di studio, ma il contributo di Story, contribuì sicuramente a influenzare l'inserimento nel *corpus* delle *Equity Rules* federali di una disposizione²⁸ che ammetteva espressamente le *representative suits* in presenza di un numero eccessivo di parti, precisando però che non potevano risultarne pregiudicate le ragioni degli assenti. Nel contempo, negli Stati federati, si diffonde il *Field Code*²⁹, nel quale era contenuta una disposizione che regolava appunto i rapporti oggetto della presente analisi.

Tale norma, ispirata al modello contenuto negli scritti di Story, senza nulla stabilire in merito agli effetti del giudicato, disciplinava la *representative suit* in favore del gruppo eccessivamente numeroso in presenza di una questione di interesse generale o comune³⁰. Nel modello processuale risultante dalla fusione delle giurisdizioni di *equity* e *common law*, le possibilità del litisconsorzio facoltativo erano molto più ampie che nella sola sede di *equity*. In particolare, nell'*equity*, che può indicarsi come "storica", tale istituto era tendenzialmente escluso, mentre, già con il *Field Code* e con la successiva fusione delle giurisdizioni di *equity* e *common law* si assistette alla liberalizzazione del litisconsorzio facoltativo.

Autorevole dottrina sostiene che, nonostante tutto ciò, abbia contribuito allo sviluppo delle *class actions* e, comunque, ne derivarono conseguenze quasi paradossali per le concezioni allora vigenti del diritto di difesa delle parti.

Infatti, parafrasando l'autore³¹, si può ipotizzare che, in quel contesto storico, mentre potevano intervenire in giudizio soggetti la cui partecipazione non era indispensabile per rendere una giustizia completa, potevano invece essere pretermessi coloro la cui soggezione al giudicato era ritenuta presupposto necessario della concessione del provvedimento di merito senza né richiedere il loro almeno tacito consenso all'iniziativa giudiziaria, né verificare a fondo l'effettiva adeguatezza della protezione dei loro interessi.

27 Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 25 ss.

28 Come ci riferisce Giussani si tratta della *Equity Rule 48*.

29 Primo codice di procedura civile che fondeva le giurisdizioni di *common law* e di *equity*

30 Come fa rilevare il Giussani, la norma era stata inserita nel *Field Code* un anno dopo la sua adozione prendendo spunto dai *Commentaries* di Story.

31 Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 32 ss.

Successivamente, questa discrasia si aggravò in quegli Stati Federati che adottarono la liberalizzazione del litisconsorzio facoltativo secondo il modello inglese, senza modificare la disciplina delle *representative suits*, giungendo così alla riduzione delle possibilità di ricorso a tale istituto.

La risposta dottrinale alla eccessiva liberalizzazione del litisconsorzio facoltativo

Per risolvere la contraddizione in termini, cui si accennava nel precedente paragrafo, si contrapposero in dottrina due orientamenti.

Entrambi erano comunque tesi ad ampliare l'ambito d'applicazione delle *representative suits* e nel contempo a restringere i limiti soggettivi degli effetti del giudicato. Il Giussani ricorda che del primo orientamento fu protagonista J. Pomeroy, secondo il quale, per rappresentare un gruppo troppo numeroso, era sufficiente, utilizzare una concezione debole del concetto di interesse "comune".

Pertanto, oltre che un interesse nel provvedimento poteva bastare un interesse all'accertamento sia del titolo, sia di qualsiasi altro genere di questione di fatto o di diritto; nessuna rilevanza dovendosi invece attribuire, a tali fini, all'eventuale rapporto giuridico fra rappresentanti e rappresentati.

Secondo l'autore, in questo modo, il gruppo poteva essere rappresentato in giudizio poteva partecipare integralmente allo stesso, senza svincolare il regolare svolgimento del processo.

Alla luce di quanto affermato, quindi, i rappresentati, potevano subire il giudicato sfavorevole solo se avevano ricevuto notizia del procedimento e avevano avuto la possibilità, almeno in astratto, di parteciparvi direttamente.

Il secondo orientamento invece risale all'analisi di T. Street, che come afferma Giussani, fu fautore di un'innovazione terminologica apprezzata quanto la sua semplificazione tassonomica.

Infatti, lo stesso, facendo uso del termine "*class suit*", anziché *representative suit*, prese decisamente posizione nel senso che l'estensione del giudicato avesse luogo nelle sole azioni *in rem*, da considerarsi vere e proprie "azioni di classe", e che tale effetto dovesse invece escludersi in tutte le altre azioni rappresentative, qualificate come spurie.

Il riflesso di tali contrasti in dottrina e degli interventi della giurisprudenza apparve nell'importante riforma delle *Equity Rules* federali del 1912.

In tema di *representative suits* non si poté far altro che tener conto dell'incertezza dominante in materia, ammettendole in presenza di un *common or general interest*, ma nel contempo eliminando, dalla disposizione che riproponeva la *Rule 38* del 1848, il riferimento alla salvezza delle ragioni degli assenti.

La Corte Suprema, con la risoluzione di un caso che vedeva un conflitto interno a un'associazione, in merito a un patrimonio separato, e in ragione del titolo comune ai suoi membri, ha riaffermato il principio dell'effetto estensivo dei limiti soggettivi del giudicato derivante dalla forma rappresentativa dell'azione³², ribadendo che anche i rappresentati dovevano subire il giudicato sfavorevole. In conclusione, mentre in Inghilterra il collegamento fra litisconsorzio necessario ed estensione del giudicato è risultato perdente dallo scontro con le garanzie processuali individuali, negli Stati Uniti il provvisorio accantonamento del problema degli effetti nei riguardi degli assenti sembra aver contribuito a creare i presupposti di un enorme ampliamento della portata applicativa dell'istituto.

La riforma americana del 1938, la *Rule 23*

L'accennata riforma del 1912 fu integrata e superata da quella operata nel 1938, che vide come grande protagonista J. Moore³³.

Giussani, riferisce che l'aspetto centrale della proposta di Moore³⁴ consisteva in una nuova classificazione delle *class actions*, le stesse furono così individuate:

1. *true class action*;
2. *hybrid class actions*;
3. *spurious class actions*.

.....
³² Un maggior approfondimento sul caso *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble* in Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., p. 34.

³³ Giussani, *Studi sulle "class actions"*, op. cit., pp. 35 ss.

³⁴ Fu consuetudine denominare la *Rule 23* come *Moore Rule* ed analizzarla sulla scorta della trattazione da questi svolta in proposito.

Stando all'analisi di Moore, la *true class action* si applicava, in primo luogo, quando venivano fatte valere situazioni sostanziali che richiedevano il litisconsorzio necessario, vale a dire nei casi di interessi collettivi (*joint rights*). Nella seconda categoria, Moore, faceva rientrare i casi in cui si fondava la *jurisdiction* tramite l'azione *in rem*³⁵, ciò nonostante, lo stesso autore prevedeva la scarsa portata applicativa dell'istituto in parola.

Va però rilevato che la funzione delle *class actions* in alcune ipotesi paraconsorsuali si è rivelata, soprattutto in tempi recenti, meno marginale di quanto si potesse allora prevedere³⁶.

Infine, la terza ed ultima categoria, che comprendeva le *spurious class actions*, fu ispirata, secondo il Giussani, in parte al pensiero di Pomeroy, e in parte alla terminologia di Street. Si basava infatti sul presupposto della necessità di risolvere una questione comune di fatto o di diritto ai fini dell'emanazione di un provvedimento comune, con la precisazione, però, che non potevano ammettersi effetti *ultra partes* del giudicato.

La loro funzione consisteva nel consentire l'intervento di litisconsorti facoltativi anche quando esso sarebbe stato impedito dalle regole in tema di *jurisdiction*. Dalla pregevole opera di Moore, la Rule 23, e dall'immancabile contributo giurisprudenziale prendono le mosse le moderne *class actions*.

Ora è opportuno riassumere, seguendo l'autorevole pensiero di Giussani, l'evoluzione storica delle *representative suits* secondo un orientamento condiviso nella storiografia, che le riconduce a tre grandi periodi strettamente legati a tre diversi ambienti socioeconomici:

1. Il primo periodo va dal medioevo sino al secolo XVII. La *representative suit* si presenta come un mezzo per condurre settori del contenzioso di pressante rilevanza sociale dinanzi all'autorità centrale (sottraendoli così alla giurisdizione locale), in un contesto di rapida evoluzione delle strutture produttive e di progressiva disgregazione delle organizzazioni comunitarie tradizionali.

.....
35 In queste ipotesi il giudicato doveva quindi operare rispetto al renditore dei conti e ai creditori intervenuti, con piena salvezza dei diritti degli assenti (i quali potevano soddisfarsi sul residuo o su altri beni non sottoposti alla procedura).

36 Bravo, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1992, pp. 533 ss.

2. Il secondo periodo va dal XVII secolo sino alle soglie di questo secolo, negli Stati Uniti, e sino ad oggi in Inghilterra. L'azione rappresentativa opera in un ambito assai ristretto come valvola di sfogo per risolvere problemi marginali di tecnica processuale, in un sistema in cui un'applicazione più rigorosa dei criteri individualistici di legittimazione ad agire rispondeva alla filosofia del *laissez-faire* nel sistema dell'economia di mercato.
3. Il terzo periodo, moderno, riguarda l'attualità: la *class action* conosce un enorme sviluppo, come meccanismo per razionalizzare l'impiego delle risorse giurisdizionali e favorire l'attuazione del diritto sostanziale in generale e di alcuni suoi settori in particolare, in ossequio a svariate esigenze proprie di un'economia di *welfare*.

Il merito dell'impostazione appena discussa sembra più che altro risiedere nell'aver costretto i fautori delle ricostruzioni storiche più tradizionali a rivedere almeno in parte le proprie posizioni, secondo cui, per un verso, le antiche *representative suits* erano un mero espediente per ovviare a occasionali e transitorie lacune di razionalità nelle discipline della *jurisdiction* e del litisconsorzio necessario, e, per altro verso, le *class actions* odierne sono un'esperienza quasi totalmente nuova, se non rivoluzionari.

ANALISI COMPARATA DELL'ISTITUTO DELLE CLASS ACTIONS NEI SISTEMI MODERNI DI COMMON E CIVIL LAW

Pietro Pistone

Natura e struttura delle *class actions* negli U.S.A.

L'esposizione sarà divisa in due parti: prima l'esame della normativa principale, la *Federal Rule of Civil Procedure 23*, applicata, nei giudizi dinanzi alle Corti federali del Nordamerica; poi l'analisi delle normative applicabili dinanzi alle Corti dei singoli Stati federati, che presentano differenze rilevanti rispetto alla *Rule 23*.

31

La *Rule 23* e le Corti federali

La *class action* non è istituto giuridico recente ed ha subito nel corso degli anni numerosi interventi normativi.

La norma di riferimento, per il sistema di *common law* sviluppatosi negli Stati Uniti, è la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedural* che individua i numerosi requisiti che devono essere soddisfatti per dar vita ad una *class action*, cui vanno aggiunte la *Rule 23.1* relativa alle *shareholders' derivative actions*³⁷ e la

.....
37 Tale previsione normativa rivisita la disciplina delle azioni surrogatorie dell'azionista di società, imponendo la regola della legittimazione ad agire solo in capo a coloro che fossero azionisti al momento in cui sorsero i presupposti della controversia e ai loro immediati aventi causa; inoltre, l'esercizio dell'azione da parte del socio non deve essere finalizzato a conferire al giudice la giurisdizione su di una causa sulla quale egli non avrebbe potuto altrimenti decidere; altresì l'onere di descrivere nell'atto introduttivo sia le iniziative compiute dall'attore per ottenere che l'azione venisse esercitata direttamente dalla società, sia le ragioni per le quali tali iniziative non hanno avuto successo non sono state compiute. Di questo avviso Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. e pag. cit.

Rule 23.2 riguardante le *unincorporated associations*³⁸ (in precedenza regolate all'interno della *Moore Rule*).

Taluni di questi requisiti debbono essere valutati in via preliminare da un giudice che sarà chiamato a verificare la stessa ammissibilità dell'azione che si intende proporre.

Il giudice, in particolare, dovrà accertare in questa fase che:

- a) la classe esiste ed è suscettibile di essere individuata e definita;
- b) i rappresentanti della classe sono parte di essa;
- c) il reclamo esiste giuridicamente, non è fittizio ed ha un interesse concreto ed attuale.

Inoltre, la *Rule 23* richiede che:

1. vi sia una pluralità dei soggetti interessati, ovvero, la classe sia così numerosa che contattarne tutti i potenziali membri risulti particolarmente difficoltoso;
2. vi siano questioni di diritto o di fatto comuni;
3. si abbia la tipicità del caso: cioè i richiedenti l'azione, che si qualificano come rappresentativi della classe, rivendichino un diritto proprio estensibile alla classe medesima;
4. vi sia l'adeguatezza della rappresentanza anche sul piano della capacità tecnico-giuridica ed economica di sostenere il caso: ovvero, esistano soggetti rappresentativi della classe e avvocati della stessa che possano adeguatamente rappresentare e garantire gli interessi dei potenziali appartenenti alla classe che ancora siano assenti o non identificati.

Tutti i requisiti di cui sopra, chiamati anche requisiti d'ingresso (*threshold requirements*), sono da considerarsi preliminari ed essenziali.

L'impossibilità a soddisfare anche uno solo tra di essi è preclusivo della certificazione da parte del giudice e, quindi, della stessa proponibilità dell'azione.

Pertanto, i soggetti proponenti l'azione (rappresentativi della classe) ed i legali che intendono tutelarla debbono dunque affrontare questa prima scadenza tecnica davanti ad un giudice.

.....
³⁸ In questa norma le *unincorporated associations* vanno trattate come classi al fine di procedere in via rappresentativa nei giudizi nei quali esse debbano assumere la veste di parte, ferma restando l'applicabilità della *Rule 23* allo scopo di garantire l'adeguatezza della rappresentanza degli assenti e di assicurare l'efficienza della trattazione della causa. Vedi Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit. pag. 65 e ss.

E' infatti evidente che la tentazione di utilizzare uno strumento di questa natura in modo temerario o, addirittura, ricattatorio deve essere nei limiti del possibile scongiurato.

Alcune precisazioni sulla natura e sul contenuto dei requisiti citati paiono utili per meglio comprendere la natura di una azione che per la sua rilevanza, il modello organizzativo che la caratterizza, il coinvolgimento formale di soggetti che verranno solo successivamente individuati ed i costi ingenti che normalmente debbono essere affrontati e garantiti, necessita appunto di uno scrupoloso vaglio preliminare in ordine alla sua ammissibilità.

Venendo all'esame dei singoli punti individuati dalla *Rule 23(a)* deve rilevarsi quanto segue:

a) L'esistenza e la definibilità della classe.

Una chiara e precisa definizione della classe è un punto critico per l'adeguato conseguimento dello scopo che l'azione per sua natura si propone. Tale definizione, innanzitutto, è atta a determinare chi sarà beneficiario della riparazione che potrà essere ottenuta e chi sarà vincolato da una decisione negativa. Essa poi consente di definire chi dovrà ricevere informazioni nei casi in cui esse sono dovute.

In buona sostanza, i criteri di identificazione dei soggetti accomunati in una medesima situazione di fatto o di diritto debbono essere sufficientemente precisi. Essi, ad esempio, dovranno fare riferimento ad una ben individuata condotta del soggetto convenuto in giudizio e dovranno tener conto di ulteriori parametri oggettivi, quali l'arco temporale in contestazione e l'area geografica interessata, utili a delimitare la possibilità di essere parte della classe.

Questo requisito è poi anche decisivo dovendosi tenere conto del fatto che ai potenziali membri della classe deve essere offerta la possibilità di escludere sé stessi dalla medesima non partecipando all'azione ed ancora, in taluni casi, la definizione della classe può essere fondamentale allo scopo di consentire che taluni soggetti che non vi rientrano ma che potranno rientrarvi nel futuro, siano posti in condizione di intervenire anche nel corso del giudizio o di avvalersi degli effetti della sentenza ove il loro intervento non vi sia stato poiché il requisito per essere membri della classe è maturato solo dopo la sentenza.

Si pensi, per comprendere meglio il punto, al caso in cui l'azione venga proposta nell'interesse di tutti quei soggetti che, in una certa area geografica, ed in un

certo arco di tempo, abbiano riportato danni alla salute a causa delle emissioni inquinanti provocate da un certo insediamento industriale.

In questa ipotesi potrebbe ben prospettarsi il caso di taluni soggetti che rilevino su sé stessi tali conseguenze dannose solamente dopo che la causa sia stata avviata o, addirittura, si sia conclusa.

b) Che i rappresentanti siano qualificabili come membri della classe.

Questo principio riposa principalmente sul fatto che colui/coloro che rappresenta/ rappresentano le parti protegga/proteggano l'interesse di tutti in maniera corretta ed adeguata.

Un tale presupposto si sintetizza in una domanda che i giudici si pongono nella generalità: "il rappresentante della classe ha il medesimo interesse di fatto e lamenta gli stessi danni rispetto ai membri della medesima?".

Anche in questo caso, a titolo esemplificativo, valga considerare l'ipotesi in cui un soggetto si proponga come rappresentante in una fattispecie di discriminazione in materia di impiego.

In questa ipotesi il giudice ha modo di negare l'idoneità del requisito per il fatto che chi si propone come rappresentante non avrebbe comunque i requisiti oggettivi per concorrere alla qualifica professionale in relazione alla quale il caso di presunta discriminazione si pone.

c) Che il reclamo sia concreto ed attuale.

La dottrina e la giurisprudenza in materia di definibilità di un reclamo come fittizio (*moot*) è estremamente complessa, e ciò anche sotto il profilo procedurale.

Può, infatti, darsi il caso in cui il reclamo perda la sua originaria validità solamente dopo che la *class action* sia stata ammessa dal giudice.

In questo caso, ad esempio, la sopravvenuta carenza di validità può non travolgere il caso medesimo.

Può al contrario verificarsi l'ipotesi in cui la certificazione della *class action* sia stata negata e, solo successivamente, essa divenga non concreta ed attuale.

In questo caso l'eventuale appello contro il diniego basato evidentemente su altri elementi, non perderebbe validità.

Oltre ai precedenti criteri, la *Rule 23 (b) (1)*³⁹ delinea la distinzione fra le diverse categorie di azioni, esaminando altresì i requisiti necessari affinché l'azione sia procedibile.

Infatti, le previsioni contenute nei paragrafi (b1) e (b2) riguardano un'azione di classe obbligatoria (*mandatory*). La previsione contenuta nel paragrafo (b1) (A) riguarda le ipotesi in cui, se non fosse concessa la *class action*, riceverebbe pregiudizio la classe dei convenuti; mentre il paragrafo (b1) (B) si riferisce all'ipotesi in cui la mancanza di un'azione di classe pregiudicherebbe gli attori. Anche il paragrafo (b2), prevede una *class action* di tipo obbligatorio per i casi di obbligazioni di fare o non fare nei quali può essere richiesto un provvedimento inibitorio (*injunction*) o una sentenza meramente dichiarativa (*declaratory judgement*)⁴⁰.

Il paragrafo (b3), a sua volta, disciplina le azioni di classe non obbligatorie (*class action for damages not mandatory*), ammettendo il cosiddetto diritto di esclusione (*opt out*).

Per quanto riguarda, invece, gli ulteriori requisiti richiesti affinché l'azione sia procedibile questi sono sviluppati all'interno di due sottosezioni (A) e (B), che descrivono due differenti tipologie di fini e di requisiti che debbono del pari sussistere. La sottosezione (A) concentra l'attenzione sul convenuto e autorizza la *class action*, sostanzialmente, se la concreta eventualità di una pluralità di azioni individuali potrebbe dare luogo ad altrettante sentenze con il rischio di divergenti pronunce nei confronti della stessa parte convenuta e per lo stesso fatto⁴¹.

La sottosezione (B) mira ad autorizzare la *class action* diretta nei confronti di soggetti di cui risulti assai probabile l'insolvenza al fine di scongiurare l'ipotesi in cui, invece, una pluralità di azioni individuali potrebbero creare il rischio di avvantaggiare i singoli fino al punto di rendere impossibile ad altri portatori potenziali del medesimo diritto ogni soddisfazione dei loro interessi o, quanto meno, una soddisfazione minore e squilibrata.

39 Pellegrini Grinover, *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana*, pp. 1068 ss.

40 In tali occasioni si prevede che il giudizio possa svolgersi in forma rappresentativa, indipendentemente dalla circostanza che abbia o meno ad oggetto un civil right. Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit., p. 65.

41 Tale sottosezione è riconducibile ad una ratio simile a quella sottesa alle ipotesi di litisconsorzio necessario del diritto processuale italiano come sostiene Rescigno, in *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, *Giur. It.*, p. 2224

È il caso tipico nel quale il convenuto non abbia disponibilità economiche sufficienti (*limited fund*) a riparare i danni arrecati con lo stesso fatto a una pluralità di soggetti. Per ottenere la certificazione dovrà, insomma, dimostrarsi come, in assenza di certificazione, i membri della classe si troverebbero individualmente esposti a un tale rischio.

Caso tipico nell'ordinamento nordamericano è quello in cui vengono richiesti i c.d. *punitive damages* e cioè quei danni che vadano al di là della mera compensazione e che abbiano, quindi, maggiore entità connessa ad un fine marcatamente sanzionatorio.

La *Rule 23 (b) (2)*⁴² esamina, quindi, due ulteriori requisiti che debbono sussistere ai fini della certificazione. Il primo dispone che il convenuto deve aver agito o essersi rifiutato di agire su basi ed argomenti applicabili in via generale, anche solo in astratto, alla classe.

Il secondo dispone che il tipo di riparazione richiesta sia appropriato per la classe nel suo insieme. Ciò non vale, di norma, per il caso in cui la riparazione possa ritenersi appropriata in via generale per il solo fatto che sia richiesta una compensazione economica.

Ed invero, secondo una giurisprudenza prevalente, occorre qualcosa di più per definire la richiesta come appropriata per l'intera classe.

Infine, la *Rule 23 (b) (3)*⁴³ contiene una modifica rilevante che affida al giudice (*the court*) il compito di valutare nel caso concreto, una volta verificata la sussistenza dei requisiti preliminari previsti dal comma (a), l'esistenza del:

- **requisito della prevalenza:** le questioni di diritto o di fatto comuni devono essere prevalenti su quelle individuali;
- **requisito della superiorità:** la tutela collettiva deve essere superiore a quella individuale, in termini di giustizia ed efficacia della sentenza;

fornendo, al contempo, allo stesso quattro parametri che rappresentano lo strumento guida nell'operazione di esercizio della sua *discretion* essendo diretti alla

.....
42 Il paragrafo (b) (2) prevede le ipotesi in cui una parte richieda la *declaratory or injunctive relief*. Come sostiene Rescigno, entrambi gli elementi non introducono alcun elemento di novità e configurano un'azione che presenta finalità in qualche modo vicine alle azioni collettive proprie del sistema processuale italiano e, più in generale, di quello europeo. Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale...*, op. cit. pp. 2224 ss.

43 Si veda in proposito Pellegrini Grinover, *Dalla class action for damages...*, op. cit., p. 1071

specificazione di quanto richiesto nei precedenti requisiti⁴⁴.

Le previsioni in oggetto indicano degli indici sintomatici ed esse sono:

- (A) l'eventuale interesse dei singoli alla *class action* o all'instaurazione di azioni individuali;
- (B) l'estensione e la natura della controversia già iniziata da o contro un membro della classe;
- (C) l'opportunità o inopportunità di concentrare la trattazione delle domande in un determinato foro;
- (D) la difficoltà pratica che il processo incontrerebbe se proseguisse nelle forme della *class action*.

Da ciò si desume che il requisito della prevalenza delle questioni comuni sulle questioni individuali è presente tutte le volte in cui senza una *class action* vi sarebbe il rischio di una moltitudine di controversie individuali di scarsa rilevanza economica, con conseguente polverizzazione dell'attività giurisdizionale; mentre il requisito della superiorità tende ad evitare l'azione di classe nei casi, nei quali essa incontra difficoltà ritenute eccessive o i vantaggi conseguibili appaiono scarsi rispetto alle medesime.

Tornando allo svolgimento del processo, la *Rule 23(c)*⁴⁵ introduce un istituto di fondamentale importanza nell'evoluzione delle *class actions*: il giudice una volta valutata la sussistenza delle circostanze ora descritte, ove ne sussistano le condizioni, *certifies* l'azione⁴⁶.

La *certification* deve contenere la descrizione delle caratteristiche individuative degli appartenenti alla classe e l'accertamento, inizialmente soltanto sommario, della sussistenza dei requisiti indicati nella prima sottosezione, nonché l'inquadribilità dell'azione nell'ambito di una delle categorie delineate nella seconda

44 Lo spirito generale della disposizione è nel senso di favorire l'accesso alla giustizia, che nel sistema nordamericano si concretizza nel perseguimento di due fini: quello di facilitare il trattamento processuale di controversie, che se proposte individualmente sarebbero di scarsa rilevanza economica; e quello di ottenere la maggiore possibile efficacia pratica delle decisioni giudiziarie. Nello stesso tempo, tale principio si mantiene aderente all'obiettivo di salvaguardare il più possibile l'economia di tempo, attività e spese, oltre che la uniformità delle decisioni.

45 La sottosezione in esame regola, in particolare, gli effetti del giudicato delle decisioni sulle *class action*, ricollegandoli proprio alla *certification*, cercando di contemperare questa indicazione con gli ostacoli che avevano portato alla sua omissione nella Moore Rule. Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit., p. 67

46 Si tratta della cd. *certification*, o autorizzazione a procedere di cui si sono analizzati i vari requisiti previsti dalla *Rule 23*. Pellegrini Grinover, *Dalla class action for damages...*, op. cit., pp. 1071 ss.

sottosezione, da specificarsi ogni volta espressamente. Il giudice può, tuttavia subordinare l'autorizzazione a procedere in forma rappresentativa alla chiamata in causa di altri soggetti, la cui partecipazione al giudizio migliori l'adeguatezza della rappresentanza; oppure può limitare l'oggetto del giudizio in forma rappresentativa solo alle particolari questioni o ai particolari diritti che siano comuni alla classe, ovvero solo a questioni e diritti rispetto ai quali la rappresentanza sia adeguata.

Qualora la classe non possa essere rappresentata adeguatamente in modo unitario a causa delle diversità degli interessi di cui le sue varie componenti siano portatrici, il giudice può anche suddividere la classe in altre sottoclassi aventi ciascuna il rango di classe a sé stante, potendo comunque modificare la *certification*⁴⁷ in qualsiasi momento d'ufficio al fine di migliorare l'adeguatezza della rappresentanza.

Il giudice, contestualmente, ordina la cd. *notice* - una forma di notificazione - al fine di diffondere, attraverso mezzi di comunicazione idonei, la notizia dell'omologazione dell'azione così da permettere ai membri della classe di esercitare il diritto di escludersi dall'azione stessa (*opt out*).

Oltre agli elementi identificativi dell'azione la *notice* deve contenere:

- il termine perentorio entro il quale il diritto di *opt out* andrà esercitato, con l'avvertimento che ove tale diritto non venga esercitato, il componente della classe sarà vincolato dal giudicato qualunque sia l'esito, favorevole o sfavorevole, della causa;
- la comunicazione al componente della classe che gli è data la possibilità di comparire in giudizio tramite un difensore (*appearance*)⁴⁸.

47 Tale certificazione circoscrive i limiti soggettivi del giudicato in modo diverso a seconda della categoria di *class action* in cui viene inquadrata la causa cui si riferisce. Solo la *certification* che qualifica la causa nell'ambito di una delle prime due categorie – ipotesi di litisconsorzio necessario o fattispecie che richiedano provvedimenti inibitori o sentenze meramente dichiarative – comporta infatti che il giudicato si estenda a tutti i componenti della classe descritta. Invece, la *certification* che inquadra la causa nella terza categoria – quella delle *class action for damages* – giustificata da finalità di economia processuale, per converso, permette agli assenti di esercitare il diritto di autoescludersi dalla classe, o in altri termini, di rifiutare di essere rappresentati nel giudizio in corso. Dello stesso avviso Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit.

48 A proposito della comparizione in giudizio va precisato che essa consente l'accesso agli atti del processo, ma non la disponibilità del loro compimento, poiché la sua funzione consiste esclusivamente nel permettere una scelta meglio informata in ordine all'eventualità dell'autoesclusione, e non nel garantire il diritto di ciascun rappresentato di intervenire per esercitare tutti i poteri ordinariamente spettanti alle parti. L'unico intervento consentito è l'*intervention of right*, qualora vi sia un difetto di adeguatezza della rappresentanza nei suoi riguardi.

Il caso, a questo punto viene rimesso alla giuria, davanti alla quale vengono proposte e assunte le prove rilevanti per una decisione sull'*an debeat*.

Dopo di che il giudice di prima istanza respinge o conferma la decisione della giuria e, in quest'ultima ipotesi, il processo prosegue verso la decisione finale di merito, che riguarda a sua volta l'*an debeat*.

La quarta sottosezione della *Rule 23(d)* riguarda i poteri del giudice di merito. Tale norma esemplifica una serie di provvedimenti emanabili in corso di causa, alcuni dei quali caratterizzati precipuamente dalla finalità di proteggere gli assenti altri invece sono funzionali a favorire un'efficiente trattazione della causa. In corso di causa si può verificare che le parti raggiungano un accordo o rinuncino al proseguimento del giudizio.

Queste ipotesi sono disciplinate dalla quinta sottosezione (e) in cui è prescritto che in ciascuna *class action*, prima dell'approvazione delle transazioni e delle rinunce che comportano la definizione del giudizio in rito⁴⁹ (*dismissals*) sia data notizia ai componenti della classe, con le modalità determinate discrezionalmente dal giudice. Infine, si giunge alla quantificazione dei danni, mediante una sentenza finale di liquidazione.

La disciplina processuale delle *class actions* negli Stati federati

Negli Stati federati la disciplina processuale delle azioni di classe è generalmente conforme a quella federale, o, a volte, risulta essere addirittura più arretrata rispetto quest'ultima⁵⁰.

In alcuni Stati, invece, si ritrovano normative rivolte a sperimentare soluzioni processuali nuove che saranno prese ora in esame.

La prima disciplina è quella elaborata nel 1976 dalla *National Conference of*

49 Si tratta delle rinunce per inattività delle parti, per difetto di giurisdizione o di competenza.

50 Spesso sono stati dati contributi significativi, in termini di interpretazione evolutiva, da parte della giurisprudenza, la cui funzione di supplenza si è accentuata negli Stati in cui l'inerzia del legislatore era più significativa. Ancora 14 Stati prevedono discipline positive meno evolute della *Rule 23*, come la *Moore Rule*, o la soluzione del *Field Code*, fra questi si segnala p.e. la Virginia, ove non vi è addirittura alcuna esplicita previsione di portata generale, sicchè si fa ancora riferimento ai precedenti giurisprudenziali dell'*equity*. Giussani, *Studi sulle Class actions*, op.cit., p. 73.

Commissioners on Uniform State Laws, denominata *Uniform Class Action Act*, che spicca per il suo insuccesso: è stata adottata solo negli Stati federati dell'Iowa e North Dakota. I motivi dell'insuccesso sono svariati:

- il primo, di natura sostanziale, dipende dalla caratteristica di questo tipo di progetti, i quali hanno come obiettivo di uniformare diritti locali preesistenti mescolando le discipline adottate nei diversi Stati federati, creando spesso normative contraddittorie – in quanto estrapolate da contesti reciprocamente inconciliabili - invece di seguire coerentemente il sistema più diffuso o di ricercare soluzioni nuove;
- il secondo, di natura procedurale, riguarda la soluzione adottata dall'*Uniform Class Action Act* ai fini dell'estensione della giurisdizione nei confronti dei componenti di una classe non residenti nello Stato federato in cui si promuove l'azione;
- il terzo, di natura dogmatica, inerisce alla tassonomia delle *class actions*. Come la *Rule 23*, l'*Uniform Class Action Act* distingue diverse categorie di azioni di classe a seconda se sia o meno possibile esercitare il diritto all'*opt out*; tuttavia, tra le fattispecie in cui non può essere esercitato il diritto all'autoesclusione vi rientrano casi di litisconsorzio necessario previsti dalla *Rule 19 delle Federal Rules of Civil Procedure* o derivanti dalla presenza di *joint interest*, creando così una fusione non del tutto felice tra la nuova dogmatica e le precedenti impostazioni.

Inoltre, alcune disposizioni appaiono ostili nei confronti di certi tipi di *class actions* come per esempio quella che permette l'*opt out* nelle *injunctive class actions*, oppure in materia di *damage class actions* quella che prevede che la *certification* possa essere negata in ragione della scarsità dell'ammontare delle pretese dei singoli componenti della classe.

In altre ipotesi, invece, l'indirizzo sostenuto dall'*Uniform Class Action Act* è più compromissorio: ad esempio le richieste di *discovery* nei confronti dei rappresentati vengono ammesse benché subordinate a specifiche autorizzazioni del giudice onde prevenire un uso vessatorio del diritto alla prova.

In merito ad altre questioni, l'*Uniform Class Action Act*, opta per soluzioni ispirate alle più svariate esperienze della giurisprudenza federale, come per esempio in tema di transazioni o *dismissals* ove si assiste alla loro subordinazione all'omologazione giudiziale anche qualora avvengano prima della *certification*.

Si prevede, inoltre, che dal momento della proposizione della domanda per la quale venga successivamente richiesta la *certification*, il decorso della prescrizione sia interrotto e sospeso rispetto a tutti i componenti della classe fino al momento in cui non sopravvengano una revoca o un diniego della *certification*, o un *dismissal without prejudice*, ovvero, rispetto al rappresentato, finchè egli stesso non eserciti il suo diritto all'*opt out*.

Ulteriori elementi innovativi sono stati: sia l'introduzione di una speciale disciplina orientata a favorire la procedibilità dell'azione contro classi convenute, sia le norme relative alle disponibilità finanziarie del *representative* come requisito dell'*adequacy of representation*.

Tali disponibilità vengono configurate come un semplice fattore da considerare ai fini della decisione sulla *certification*, anziché come un presupposto indefettibile della procedibilità della causa in forma rappresentativa⁵¹, richiedendosi all'aspirante *representative* di rivelare le sue risorse economiche e dandogli l'opportunità, sempre su autorizzazione del giudice, di richiedere contribuzioni agli altri membri della classe o al pubblico in generale.

La seconda normativa statale meritevole di un esame specifico è l'*art. 9 del Civil Practice Law and Rules* dello Stato di New York.

Il particolare interesse che tale disciplina presenta dipende, in primo luogo, dalla circostanza che si tratta del frutto di un'iniziativa riformatrice sviluppatosi in un lungo arco temporale, a causa della necessità di superare influenti resistenze conservatrici. Infatti, come ci riferisce Giussani, *"La riforma è stata introdotta nel 1975, ma le prime iniziative risalgono almeno al 1952"*.

In secondo luogo la norma de qua richiama, in particolare, l'attenzione del giurista di *civil law* in quanto – rispetto alla normativa presa in esame in precedenza, il cui testo proviene esclusivamente da commissioni composte da specialisti della materia - la disciplina dello Stato di New York è stata approvata a seguito di varie modifiche, anche di dettaglio, introdotte in sede parlamentare.

Le regole generali delle *Civil Practice Law and Rules* relative alla procedibilità della causa in forma rappresentativa sono, in linea di massima, analoghe a quelle previste dalla *Rule 23*, tuttavia si discostano da quest'ultima in ordine

.....
51 Mentre nel 2(b) 3 dell'*Uniform Class Action Act* si richiede, per la concessione della *certification*, una generica adeguatezza della rappresentanza, al 3 (a) (7) si contempla, come uno fra i criteri da valutare a tale riguardo, la disponibilità di mezzi sufficienti. Giussani, *Studi sulle Class action*, op. cit., p. 78.

all'impossibilità dell'utilizzazione della *class action* per far valere i diritti per la violazione dei quali la legge preveda un risarcimento non inferiore ad un certo ammontare indipendentemente dalla prova dei danni subiti⁵². Inoltre, l'*art. 9* delle *Civil Practice Law and Rules* dispone che l'istanza⁵³ per la *certification* venga formulata entro precisi termini decorrenti dalla scadenza dei termini per la presentazione degli atti introduttivi. Il maggior difetto imputabile a tale disciplina è la sua eccessiva prudenza: ad esempio può lamentarsi che non sia stata espressamente contemplata qualche forma di *fluid class recovery*, soprattutto in considerazione della tradizionale avversità alle *class actions* degli orientamenti interpretativi della magistratura dello Stato di New York. La normativa prevista dall'*art. 9* delle *Civil Practice Law and Rules*, se fosse collocata in un ambiente culturale più favorevole, potrebbe dare, grazie agli ampi margini di discrezionalità conferiti al giudice, miglior prova di qualsiasi altra formulazione sinora sperimentata, compresa quella federale.

Ordinamenti di *civil law* in Canada e Brasile

Pare opportuno volgere lo sguardo verso altri ordinamenti, in particolare, quelli di *civil law* nei quali le azioni rappresentative si ritrovano, seppur in forma embrionale.

Il Canada

Il Canada è il primo degli ordinamenti di *civil law* ad aver adottato un sistema di *class actions*: nel 1978 - successivamente modificato nel 1982 - si è introdotto nel codice di procedura civile l'istituto del ricorso collettivo con cui è possibile far valere diritti altrui senza bisogno di mandato.

.....
⁵² *Civil Practice Law and Rules* dello Stato di N.Y. 901(b). Tale disposizione è diretta ad evitare che i diversi strumenti con la funzione di deterrente si sovrappongano.

⁵³ Per provvedere sull'istanza il giudice deve valutare comparativamente sia i fattori che rivelino un reale interesse dei membri della classe alla conservazione dei loro margini di autonomia individuale ai fini della tutela dei loro diritti, sia le esigenze di economia processuale o di litisconsorzio necessario che richiedano la trattazione e la decisione in un unico giudizio delle loro pretese. La *Rule 23* non prevede espressamente la presentazione di tale istanza.

Con l'introduzione di tale istituto non sono state rese azionabili situazioni soggettive diffuse o differenziate non riconosciute dalla legge sostanziale. Il ricorso collettivo, infatti, ha per oggetto diritti di cui siano titolari numerosi soggetti, che siano però solo persone fisiche, e per tutelare i quali sia necessario accertare questioni comuni, cioè identiche o simili, di fatto o di diritto. Non è, inoltre, contemplata la possibilità di chiamare in giudizio una classe come convenuta, o di proporre contro la classe domande riconvenzionali: il mezzo a disposizione è del solo attore.

La procedibilità dell'azione in forma rappresentativa è subordinata ad un'autorizzazione che il giudice può concedere, su istanza di parte, in seguito a un'istruzione sommaria su base esclusivamente documentale.

In tale sede dovranno essere valutate:

- l'esistenza di questioni comuni di fatto o di diritto fra i membri della classe definita dall'attore (senza il bisogno di identificare i singoli componenti);
- l'impraticabilità di procedure alternative;
- il *fumus boni iuris* della domanda;
- l'adeguatezza della rappresentanza che l'attore appare in grado di fornire.

Il provvedimento che accoglie l'istanza è modificabile, almeno per quel che concerne la definizione della classe, per tutto il corso del giudizio, soprattutto quando emergano elementi che facciano dubitare dell'adeguatezza della rappresentanza. Il provvedimento di rigetto dell'istanza è sempre impugnabile dall'attore. Può essere autorizzata a rappresentare la classe anche un'associazione, benché non possa esserne un componente, purché soddisfatti tutti i seguenti requisiti:

1. sia riconosciuta;
2. preveda fra i suoi fini statuari la tutela degli interessi protetti mediante l'iniziativa giudiziaria;
3. conti, fra i suoi associati, che siano persone fisiche, almeno un effettivo componente della classe.

I componenti della classe vengono, di volta in volta, informati degli eventi principali della procedura, ossia:

- a) dell'autorizzazione ad agire in forma rappresentativa;
- b) delle offerte di transazione;
- c) della sentenza che definisce il giudizio;
- d) dell'appello;

e) di ogni altra circostanza che il giudice ritenga opportuno comunicare. Le modalità di tale informazione non consistono necessariamente nella notificazione individuale: è affidato al giudice il potere di determinarli discrezionalmente. Inoltre, i rappresentati possono essere autorizzati a intervenire formalmente nel processo quando il giudice lo ritenga conforme all'interesse del gruppo e della procedura. Ciò è previsto specialmente per l'ipotesi in cui il rappresentante non si riveli all'altezza del compito: il giudice può permettere agli intervenuti di sostituirlo, nonché di essere rimessi in termini per porre rimedio a condotte che abbiano pregiudicato la classe in maniera altrimenti irreparabile. E' possibile, in ogni tipo di causa, esercitare il diritto di *opt out*⁵⁴ entro i termini stabiliti dal giudice nel provvedimento di autorizzazione ad agire in forma rappresentativa. Gli autoesclusi, ovviamente, non fruiranno degli effetti della domanda prodotti, ai fini della prescrizione, dall'istanza di autorizzazione.

Un aspetto peculiare di tale normativa si può riscontrare nella fase di accoglimento della domanda: il giudice può quantificare globalmente l'ammontare del risarcimento e disporre l'adozione di qualsiasi forma di *fluid class recovery*.

Da questa descrizione appare chiaro che l'istituto in discorso presenta ben poche varianti rispetto al modello statunitense.

Vi è però un'importante diversità, meritevole di uno specifico approfondimento: sebbene si sia tenuta ferma l'applicabilità della disciplina ordinaria in merito alla responsabilità per le spese a carico del soccombente, con la stessa legge con cui si sono introdotte le *class actions* si è però istituito un organismo, denominato *Fond d'aide aux recours collectifs*, la cui funzione consiste nel sovvenzionare le iniziative giudiziarie in forma rappresentativa, versando le somme per le spese processuali dell'attore che ne faccia richiesta e risulti sprovvisto dei mezzi necessari per sostenerle purché sia stato, in precedenza, autorizzato dal giudice a far valere i diritti altrui, ovvero, in pendenza della procedura di autorizzazione, se la relativa istanza non appare manifestamente infondata.

Tuttavia, la soluzione così escogitata non è priva di rischi, poiché il *Fond* dipende dagli stanziamenti statali e il successo applicativo dell'istituto del *recours collectif* ne risulta almeno in parte condizionato.

54 Che si può individuare con il diritto opzionale della parte di autoescludersi dalla class action.

È degno di nota che il Brasile è stato il primo Paese dell'America meridionale ad avere previsto la tutela processuale degli interessi collettivi: nel 1990, con l'introduzione del *Código de defesa do consumidor*, la legittimazione ad esperire l' *ação coletiva* è conferita al pubblico ministero, allo Stato Federale, alle entità territoriali locali, agli enti e agli organi della pubblica amministrazione specificamente destinati alla difesa degli interessi e diritti protette, nonché alle associazioni legalmente costituite da almeno un anno che abbiano tra i loro fini la difesa degli interessi e diritti.

Interessante è l'influenza esercitata dal modello *class actions* sull'ordinamento brasiliano⁵⁵. Il punto di partenza della normativa applicabile alla materia in esame consiste nella netta distinzione fra situazioni soggettive di tipo diffuso o collettivo da un lato, e dall'altro, situazioni soggettive individuali omogenee. Le situazioni soggettive di tipo diffuso o collettivo comprendono sia situazioni la cui titolarità sia indifferenziata, sia casi di diritti a un'unica prestazione indivisibile di cui siano portatori differenziati i componenti del gruppo.

Per questa prima categoria si è prevista la legittimazione ad agire del pubblico ministero, di altri organi pubblici e delle associazioni, per ottenere pronunce di condanna con efficacia definita *erga omnes*.

Per converso, le situazioni soggettive individuali omogenee consistono in diritti soggettivi a prestazioni divisibili caratterizzati solo dall'unicità del debitore e dall'isomorfismo delle questioni di fatto e di diritto il cui accertamento sia necessario per farli valere⁵⁶. Per quest'ultime, la possibilità di far valere diritti altrui è stata dapprima riconosciuta dalla Costituzione del 1988 e successivamente regolata nel codice di difesa del consumatore del 1990. La legittimazione ad agire a tutela delle situazioni soggettive individuali omogenee spetta ai medesimi soggetti abilitati a far valere gli interessi collettivi o diffusi. La pronuncia è definita dalla legge come efficace *ultra partes soltanto secundum eventum litis*: con ciò s'intende che, sebbene non possa venire opposta a quanti non abbia-

55 Tale sistema è caratterizzato da profondi legami con la cultura giuridica soprattutto processualistica italiana. Giussani, *Studi sulle Class actions*, op. cit., p. 338

56 Si veda in proposito Pellegrini Grinover, *Dalla class action for damages...*, op. cit., pp. 1072 ss.

no partecipato direttamente al giudizio, tuttavia costoro possono valersene, ad esempio agendo per la liquidazione dei danni in via individuale. Peraltro, la sentenza di condanna pur essendo di norma soltanto generica, può disporre in casi eccezionali anche forme di *fluid class recovery*. Inoltre, le iniziative giudiziarie in discorso vengono incentivate escludendo la condanna alle spese in caso di soccombenza dall'associazione attrice (salvi i casi di malafede). Da questa seppur breve descrizione è evidente che la normativa brasiliana si sia ispirata ampiamente all'esperienza statunitense, assumendo ed adattando al proprio sistema processualistico l'istituto delle *class actions*.

BIBLIOGRAFIA

- BORGHESI, *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, Milano 1979
- CAPPELLETTI, *The florence access to Justice project*, Milano 1978
- CARPI, *L'efficacia ultrapartes della sentenza civile*, Milano 1974
- CECCHHELLA, *Coordinamento tra azione individuale e sindacale nel procedimento ex art. 28 St. Lav.*, in Riv. it. dir. del lavoro 1984.
- CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino 1984
- DENTI, *Azione (Dir. Proc. Civ.)*, in Enc. Giur. Treccani vol. IV.
- DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge, Massachussets 1985, trad. It., Questioni di principio Milano 1990
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1980.
- GIUSSANI, *Studi sulle Class actions*, CEDAM 1996.
- GIUSSANI, *Un libro sulla storia della class action*, in Riv. Crit. Dir. Priv. , 1989.
- MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1993
- MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli 1978
- MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova 1994
- MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova 1978
- PELLEGRINI GRINOVER, *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana*, in Riv. Dir. Proc. 1986
- PELLEGRINI GRINOVER, *Azioni collettive a tutela dell'ambiente e dei consumatori*, in Riv. Dir. Proc. 1986
- PONZANELLI, *Class action*, tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in Foro it. 1995
- RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in Giur. It., 2000
- RICCI, *Sugli effetti del rigetto dell'impugnazione di delibera assembleare di S.p.A.*, in Riv. Dir. Proc. , 1995
- ROGNONI, *Condanna generica*, ipoteca giudiziale ed esperienza giuridica. Pavia, 1963
- SATTA, *Diritto Processuale Civile*, Padova 1992.
- SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in Giudice di Pace n. 4/98.
- SERENI, *L'"equity" negli Stati Uniti*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1952

TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, in Riv. Dir. Proc. 1970.

TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in Digesto Vol. IV, (disc. priv. sez. civile).

TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980.

VIGORITI, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Padova 1979.

VIGORITI, *Legittimazione ad agire ed intervento nelle azioni collettive: proposte per una discussione*, in Giustizia Civ. 1982

www.alexanderlaw.com

www.classactions.blogspot.com

www.cmsynergy.com

www.codacons.it

www.courts.state.ny.us

www.diritto.it

www.diritto.it/articoli/civile/acciari.html

www.jus.unitn.it

www.oneillaw.com

www.parlamento.it

www.senato.it

www.triallawyersinc.com

ANALISI COMPARATIVA DEI MODELLI DI TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI INGLESII, FRANCESI, TEDESCHI E SPAGNOLI

Silvana Pucci

Summa divisio: azione di classe ed azione collettiva

Gli studi comparatistici più accorti hanno evidenziato come vada tracciata una *summa divisio* tra i modelli di tutela collettiva stagliatisi nel panorama degli ordinamenti giuridici diversi dal nostro: da un lato va posto il modello dell'**azione di classe o di gruppo**, caratterizzato dalla **legittimazione individuale di tutti i membri della classe ad agire in nome e per conto di tutti coloro che non sono presenti in giudizio** (questo modello è stato adottato negli Stati Uniti d'America e, seppure con caratteristiche peculiari, in Gran Bretagna); le azioni di classe vengono instaurate da un singolo individuo nell'interesse della classe intera, composta da una pluralità di soggetti che si trovano in una comune situazione giuridica bisognosa di tutela giurisdizionale.

Il secondo modello di tutela collettiva profilatosi negli ordinamenti giuridici più avanzati è quello dell'**azione associativa** (o azione nell'interesse collettivo o, ancora, **azione collettiva**), caratterizzato soprattutto dal fatto che la **legittimatio ad causam appartiene esclusivamente alle associazioni qualificate come portatrici dell'interesse collettivo** che si tratta di tutelare. Le azioni collettive vengono instaurate da associazioni nate e affermatesi come centri di imputazione di interessi che fanno capo ad una collettività di individui, sovente più ampia rispetto agli associati e non legati tra loro da alcun rapporto giuridico. Tale modello è applicato dal sistema giuridico francese e, anche se con modulazioni diverse, da quello tedesco.

La *group litigation* inglese

Il crescente interesse verso le *class action*, finalizzato alla predisposizione di efficaci strumenti giuridici processuali specificamente rivolti alla tutela in forma aggregata di situazioni controverse di natura seriale connotate da questioni di fatto o di diritto comuni, ha portato il Regno Unito a dotarsi di una compiuta disciplina di adeguamento delle proprie regole processuali alle peculiarità del contenzioso seriale.

Le riforme che si sono stagliate nel panorama normativo inglese sono essenzialmente due: la prima, risalente al **1998** e ricordata come ***Woolf Reform***, ha tentato di rivitalizzare il modello della ***representative suit***, consentendo a chiunque condivida, in una situazione controversa, il medesimo interesse di altri di poter esperire un'azione rappresentativa per conto di questi: se ciò accade, salvo diversa disposizione di legge, il giudicato è vincolante per tutti i soggetti rappresentati. Questa via di tutela di interessi collettivi, inaugurata dalla riforma del 1998, non è stata percorsa con entusiasmo dalla prassi forense inglese, pur ricalcando nella sua originaria versione il progenitore putativo delle *class actions* americane.

50

Acclarata l'**inefficienza della *representative suit*** a proteggere adeguatamente interessi di spessore collettivo, nel maggio **2000** è stata approvata una più rilevante riforma, relativa alla *group litigation*, strumento giuridico che consente al giudice, anche d'ufficio, di emettere un ordine (*cd. group litigation order*) che identifica, in presenza di questioni di fatto o diritto comuni o connesse e di un numero rilevante di potenziali controversie, il *litigation group*, che dovrà essere sottoposto alla cognizione di un unico soggetto giudicante (*cd. management court*) presso cui viene costituito un *group register* ove andranno iscritte tutte le controversie inerenti il gruppo.

I principali snodi processuali

L'essenza del meccanismo processuale adottato nel Regno Unito consiste nel rendere parti dell'unico giudizio collettivo tutti i soggetti lesi nel loro interesse collettivamente declinato: **la *legitimatio ad causam* viene conferita omogene-**

amente a tutti i componenti la collettività lesa. I vantaggi di questa scelta sono stati ravvisati anzitutto nello stemperamento delle difficoltà di relazione emerse nel sistema statunitense tra il rappresentante e gli altri membri della classe, in quanto ogni soggetto interessato, essendo parte del giudizio, conserva il diritto al contraddittorio e può esercitare una sorveglianza diretta sulla conduzione della causa; in secondo luogo questa soluzione compone il problema inerente l'estensione degli effetti del giudicato ai componenti del gruppo: infatti se tutti i soggetti colpiti nella loro sfera giuridica soggettiva sono legittimati all'azione per la tutela dell'interesse collettivo condiviso dal gruppo, **il giudicato vincolerà tutti costoro in qualità di parti del giudizio**, senza così derogare alla regola generale. Infine il sistema adottato dal Regno Unito affronta risolutivamente la questione della partecipazione alle spese della controversia collettiva da parte di tutti gli interessati: la partecipazione ai costi di tutti i membri della classe che ritengono di costituirsi nel "loro" processo si giustifica alla luce del fatto che questi sono tutti parte del giudizio.

Per rendere parti nell'unico giudizio collettivo tutti i soggetti interessati, il sistema inglese prevede che questi ultimi, se vogliono partecipare alla controversia collettiva, devono anzitutto esperire un'azione individuale per la tutela della loro pretesa singolare. Dopo che almeno un certo numero di azioni analoghe siano state separatamente proposte dinanzi alla stessa corte o a corti diverse, l'attore, il convenuto o il giudice richiedono l'applicazione della speciale procedura di gruppo: il fatto che i singoli soggetti lesi debbano prendere l'iniziativa al fine di partecipare al processo collettivo rende la *group litigation* inglese imperniata sul meccanismo dell'*opt-in*. La circostanza che nel sistema anglosassone -ma un'osservazione analoga può farsi con riferimento al modello tedesco- i membri del gruppo siano tutti parte del giudizio collettivo sbiadisce, fino a renderlo irrilevante, il fenomeno rappresentativo che costituisce il perno della *class action*. Valutata la sussistenza dei presupposti per l'emanazione del *group litigation order*, la management court concede l'autorizzazione ad aprire il giudizio collettivo, dovendo contestualmente enucleare le questioni comuni da decidervi. È peculiare che proprio e solo le questioni comuni alle singole pretese individuali costituiscano in Gran Bretagna oggetto della controversia collettiva, mentre gli aspetti particolari di ogni singola controversia riceveranno considerazione in separati processi di completamento.

La corte del procedimento collettivo tratta le questioni comuni, potendo sce-

gliere essa stessa una delle tre possibili modalità di trattazione: la definizione delle questioni comuni avulse dal contesto fattuale; la decisione di uno o più *test claimse*, all'interno di questi, delle questioni comuni, la determinazione delle quali costituisce poi il sostrato per la decisione degli altri casi; la trattazione congiunta, nella cornice collettiva, di tutti i casi singolarmente considerati, arrivando fino alla sentenza di merito nell'unico processo collettivo. Traspone in questa disciplina l'ampissima discrezionalità accordata al giudice inglese nel trattamento della controversia collettiva sin dalla sua instaurazione, che -accompagnata da rilevanti poteri officiosi- si esprime nel modo più libero.

Contenuto ed effetti del provvedimento che dispone la trattazione in forma collettiva delle questioni comuni

La funzione fondamentale del provvedimento che genera il giudizio collettivo è definitoria: enuclea le questioni comuni, di modo che sia sempre possibile discernere quali controversie individuali siano interessate dalla loro decisione; individua la *management court*, contiene direttive per la trattazione delle pretese che contengono le *group litigation order issues* e disposizioni per la pubblicità del provvedimento medesimo.

In ordine agli effetti che l'emanazione del *group litigation order* esplica sulle controversie interessate dalle questioni comuni in esso individuate, nel Regno Unito la corte che emana il provvedimento *de quo* ha a disposizione un ampio ventaglio di possibilità: quanto ai giudizi interessati dalle questioni comuni e già pendenti, essa può disporre il loro trasferimento presso la *management court*, la loro sospensione fino a nuovo ordine o l'iscrizione nel *group register*; in ordine alle pretese che verranno azionate in seguito, può invece disporre che, a partire da una certa data, i giudizi debbano essere iniziati presso la *management court*. L'iscrizione nel *group register* è in ogni caso la condizione che determina la soggezione al giudicato collettivo, ed è possibile solo dopo che il soggetto interessato abbia agito in giudizio. La *management court* può altresì escludere o far cancellare dal *group register* determinate cause, che appaiono non poter essere convenientemente trattate all'interno del procedimento collettivo.

In sostanza la *management court* può adottare, in ordine ai casi interessati dalle questioni comuni, una serie di decisioni, tutte venute da un'accentuata discre-

zionalità: non vi è alcuna inclusione automatica di tutti i casi in cui rilevano le *common issues*, dunque il *group litigation order* può ben riguardare solo una parte delle pretese isomorfe generate dall'illecito plurioffensivo che siano state dedotte in giudizio.

La decisione delle questioni comuni vincola tutti coloro che sono parti nel processo collettivo, può doversi ricavare da una sentenza che definisce il merito di un *test claim* e, a discrezione della corte, può produrre effetti vincolanti anche nei confronti di soggetti la cui pretesa sia stata inserita nel *group register* dopo l'emanazione della decisione.

La decisione resa nel provvedimento collettivo è suscettibile di impugnazione, alla quale sono legittimati tutti coloro che erano parti nel momento in cui la decisione è stata resa. Intervenuta la decisione definitiva sulle questioni comuni, riprenderà la trattazione delle questioni individuali presso la *management court* o presso un diverso giudice, secondo le indicazioni impartite da quest'ultima nell'interesse delle parti.

Evoluzione del modello tedesco di tutela collettiva: dalla *Verbandsklage* al processo modello

È stata autorevolmente sostenuta l'opportunità che lo studio di una «tematica così coinvolgente» quale quella della tutela collettiva si appunti anche **sull'esperienza tedesca, così vicina a quella italiana** per tradizione culturale e fondata su uno dei sistemi processuali più efficaci tra quelli oggi maggiormente oggetto di comparazione a livello internazionale; il sistema tedesco ha inoltre tempestivamente adottato, nel settore della tutela collettiva, degli strumenti tecnico-processuali, che hanno poi costituito una fonte di ispirazione per studiosi e legislatori stranieri. Infine uno sguardo all'esperienza tedesca è prezioso anche per le difficoltà che essa incontra a confrontarsi con il modello processuale di tutela collettiva indubbiamente più avanzato ed efficiente, quello della *class action* di origine statunitense. La comparazione è preziosa proprio perché queste difficoltà dell'esperienza tedesca sono in gran parte le nostre difficoltà e i suoi modi di superarle potrebbero costituire un interessante momento di riflessione intorno ai nostri modi di risolverle.

Profili generali della *Verbandsklage*

Il modello tedesco della *Verbandsklage* è imperniato sull'attribuzione della **legittimatio ad causam ad associazioni**, affermatesi nel panorama normativo tedesco come enti esponenziali degli interessi collettivi, soprattutto in materia di tutela della concorrenza, dei consumatori ed utenti, dell'ambiente. Normalmente si tratta di associazioni qualificate, che hanno ottenuto l'iscrizione in albi e registri, dopo aver superato un controllo sul loro statuto, la loro composizione e le loro regole interne da parte di organi della pubblica amministrazione, ma può trattarsi anche di associazioni che si siano rivelate in concreto idonee, sulla base delle loro risorse umane, materiali e finanziarie, a tutelare questi interessi. Dunque l'ordinamento tedesco ha compiuto una precisa scelta di sistema nel senso di non attribuire all'individuo, al singolo soggetto individuale, la legittimazione a far valere posizioni giuridiche che abbiano una dimensione sovraindividuale. Non si realizza il mero accorpamento o l'esercizio cumulativo di pretese di natura individuale, ma si appresta una tecnica volta a dare sbocco processuale agli interessi aventi dimensione superindividuale, tramite l'estensione della legittimazione ad agire agli enti esponenziali. In questo contesto l'associazione fa valere in giudizio una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale, non concretizza l'esercizio di una mera azione, di un puro e semplice diritto di azione giudiziaria.

Le origini moderne delle azioni delle associazioni si ritrovano sin dalla fine del secolo XIX nella tutela della concorrenza; traccia significativa se ne ritrova anche nelle azioni delle associazioni finalizzate alla tutela dell'ambiente, mentre nel settore di tutela dei consumatori la *Verbandsklage* si configura in termini di pretesa da parte dell'associazione di astensione dall'impiego, o raccomandazione di impiego, di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto. Tale pretesa è oggetto di un accertamento in un giudizio di controllo di legittimità astratto, che prescinde dall'accertamento dell'impiego della clausola in concreti contratti. L'attribuzione esclusiva della legittimazione ad agire alle associazioni mantiene quest'esperienza entro la tradizionale cornice del processo bilaterale, a due parti. Addirittura vi è stato chi ha letto la scelta compiuta dal legislatore tedesco di attribuire la titolarità dell'interesse collettivo direttamente all'associazione come riconoscimento politico della serietà e robustezza delle articolazioni di quella società civile e come attestazione di fiducia nel loro ruolo.

I limiti soggettivi di efficacia della sentenza di condanna all'astensione dall'impiego di clausole accertate come vessatorie sono però diversamente declinati rispetto agli schemi tradizionali, prevedendosi un'ipotesi di efficacia *secundum eventum litis*: le controparti contrattuali dell'utilizzatore della clausola vessatoria, terzi rispetto al giudizio vittoriosamente promosso dall'associazione, possono invocare a loro favore l'efficacia della sentenza di accoglimento.

Processo modello: un esperimento legislativo

Affrontando la problematica della tutela collettiva dal diverso versante degli interessi, giuridicamente rilevanti, accomunati dall'identità delle questioni da risolvere per accertare la loro esistenza o dall'identità del fatto costitutivo, l'esperienza tedesca profila un interessante strumento.

Si tratta del processo modello (o campione) in cui viene dedotto in giudizio un diritto individuale da un singolo titolare o da un'associazione, ma la pronuncia proietta un'efficacia giuridica, in una certa misura vincolante, anche nei confronti delle cause parallele. Nell'ordinamento tedesco il processo modello ha dapprima trovato applicazione nel codice della giustizia amministrativa; ma in occasione di un profluvio di azioni generate dal medesimo illecito plurioffensivo è stato rivitalizzato anche in ambito civilistico lo strumento del processo modello.

In particolare, calcando il solco tracciato dalla *Bundesverfassungsgericht*, il legislatore ha introdotto nel 2005 la legge sul procedimento modello nelle controversie del mercato finanziario, il cui obiettivo è di risolvere in modo identico e vincolante, sia sotto il profilo fattuale che giuridico, una questione controversa sorta in cause parallele, attraverso una decisione modello rimessa alla Corte d'Appello. È stato commentato che la legge *de qua* tenta di offrire un sistema alternativo basato sui principi processuali europei e tedeschi, senza recepire nell'ordinamento tedesco i modelli già esistenti in altri Stati esteri, in particolare la *class action*. Con questo intervento normativo il legislatore tedesco sfuma, facendone diminuire la nitidezza, la *summa divisio* tra azioni nell'interesse collettivo e azioni di classe o di gruppo, creando un modello che in qualche tratto riecheggia la *group litigation* senza tuttavia recidere i legami con la tradizione -squisitamente di *civil law*- dell'azione collettiva.

Il procedimento si articola essenzialmente in tre fasi. Nella prima si decide della sua ammissibilità, giungendo alla rimessione della questione alla Corte d'appello da parte del giudice che per primo ha ottenuto la pubblicazione dell'istanza nel registro elettronico mediante un provvedimento (*Vorlagebeschluss*) che apre il procedimento di spessore collettivo ed enuclea le questioni comuni da decidere nel processo modello. Dal momento della pendenza del procedimento modello dinanzi alla Corte d'appello, i giudici *a quibus* sospendono i processi pendenti dinanzi a loro. Quanto ai presupposti per l'emanazione del *Vorlagebeschluss*, in Germania colui che richiede la decisione modello dovrà dimostrare che le questioni da lui indicate sono rilevanti, oltre che per la propria pretesa, per la decisione di pretese isomorfe.

La seconda fase si svolge dinanzi alla Corte d'appello, la quale nomina d'ufficio un attore modello, senza però che ciò precluda alla altre parti chiamate in causa di far valere mezzi di attacco e di difesa: ciò costituisce il fondamento del successivo effetto vincolante della decisione modello. Sulla questione modello la Corte d'appello si pronuncia con ordinanza reclamabile e il provvedimento emesso in sede di reclamo vincola anche coloro che non abbiano proposto il mezzo di impugnazione o che non abbiano partecipato al relativo procedimento.

Con il deposito della decisione modello passata in giudicato si entra nella terza fase. I singoli processi riprendono il loro corso al fine di definire le singole pretese risarcitorie. L'intensità del vincolo della decisione modello sui processi principali è delineata in modo che i chiamati in causa nel procedimento modello e parti nei processi *a quibus* non sono illimitatamente vincolati agli accertamenti contenuti nella decisione modello, ma possono far valere contro l'avversario la circostanza che la parte principale del processo modello ha mal gestito la controversia se, a causa dello stato del processo al tempo della loro chiamata in causa, oppure a causa di dichiarazioni ed atti della parte principale, siano stati impediti di far valere mezzi di attacco e di difesa, o se la parte principale non ha fatto valere, negligenemente o dolosamente, mezzi di attacco o di difesa a loro ignoti.

La sequenza di snodi procedurali appena descritta può far pensare ad un'assonanza tra *KapMuG* e disciplina inglese della *group litigation* che è più apparente che reale: la legge inglese e quella tedesca presentano profili che le differenziano nettamente. La normativa tedesca è attenta a ridurre al mini-

mo lo spazio di manovra concesso ai giudici coinvolti nel giudizio collettivo, disciplinando minuziosamente ogni momento del processo, laddove, com'è stato ampiamente commentato, al giudice inglese è accordata un'amplissima discrezionalità. Inoltre mentre la legge inglese contiene disposizioni assai elastiche, rese flessibili dalla piena consapevolezza, sedimentata in un ventennio di *multy-party litigation*, che ogni singolo case presenta peculiarità irriducibili e deve essere trattato con gli strumenti empiricamente più adatti, la legge tedesca nasce piuttosto dalla presa d'atto, da parte del legislatore, che la materia delle controversie collettive necessita di una regolamentazione e si presenta come un esperimento: la legge resta in vigore per soli cinque anni, caducandosi alla scadenza (1° novembre 2010) ove non venga rinnovata, e riguarda solo ben delimitate materie.

In ordine agli effetti che l'emanazione del *Vorlagebeschluss* esplica sulle controversie interessate dalle questioni comuni in esso individuate, la *KapMuG* è inequivocabile: tutti i processi, attualmente pendenti o comunque iniziati prima che intervenga la decisione sulle questioni comuni, nei quali rilevino dette questioni devono essere sospesi d'ufficio dal giudice che ne sia investito; l'ordinanza di sospensione ha anche l'effetto di una chiamata in giudizio presso la Corte d'appello. In questo modo tutti i titolari di pretese derivanti dall'illecito di massa che scelgano di agire in giudizio prima o in pendenza del *Musteverfahren* diventano automaticamente parti in questo, indipendentemente dalla loro volontà.

Per quanto infine attiene le spese del procedimento, in Germania i costi comuni vengono ripartiti tra le parti del *Musteverfahren* in quote proporzionali al valore della pretesa dedotta.

Le azioni delle associazioni rappresentative dei consumatori in Francia: l'azione collettiva e la *action en représentation conjointe*

Le azioni collettive esistono in Francia dal 1973, ma di esse si aveva già traccia nel diritto del lavoro sin dall'inizio del XX secolo. **Prima del 1973 le associazioni dei consumatori non potevano agire per tutelare i propri iscritti**, poiché la difesa dell'interesse generale era demandata al pubblico ministero e l'interesse

collettivo in materia di pubblico consumo era molto affine all'interesse generale. La ragione di ciò è eminentemente storica e risale al timore che in Francia ha sempre avvolto quelli che, prima della Rivoluzione, venivano chiamati "*corps intermédiaires*": si trattava di organi che si ponevano a metà tra lo Stato e il cittadino e che erano caratterizzati da un notevole potere. Non si voleva che le associazioni assurgessero ad una posizione di potere simile a quella che tali *corps intermédiaires* avevano in epoca prerivoluzionaria. In questa situazione né il pubblico ministero né i singoli consumatori agivano a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

Motivata della necessità di consentire la tutela in forma aggregata degli interessi dei consumatori, altrimenti polverizzato in insignificanti episodi lesivi della loro sfera giuridica soggettiva di singoli, la legge del 27 dicembre 1973, meglio conosciuta come **Loi Royer, conferì alle associazioni di protezione degli interessi dei consumatori ed utenti la legittimazione ad agire per la difesa della collettività dei consumatori.**

Originariamente l'azione collettiva creata nel 1973 **presupponeva necessariamente la commissione di un reato; tre lustri dopo essa fu sganciata** dalla necessaria dimensione penalistica e la legge consentì che fosse esperita anche in assenza di reato. Dunque **oggi** la disciplina contemplata dal **Code de la Consommation artt. L421-1**, prevede che le associazioni dei consumatori possano agire in giudizio autonomamente nell'interesse collettivo dei loro aderenti presentando denunce penali ed intervenendo a titolo di parte civile in un procedimento penale, quando si tratti di una violazione della legge penale che genera un pregiudizio collettivo e non circoscritto ad un soggetto particolare; in sede civile le associazioni possono agire o intervenire in giudizio per l'elisione di clausole abusive nelle condizioni generali di contratto o la cessazione di comportamenti lesivi dell'interesse collettivo dei consumatori. In tal caso si parla di azioni collettive.

Tuttavia la vera particolarità del sistema francese in tema di tutela degli interessi collettivi dei consumatori è stata ravvisata nell'*action en représentation conjointe*, introdotta nel **1992: l'associazione dei consumatori può agire in rappresentanza di due o più consumatori individuati che abbiano subito un danno individuale originato dalla medesima condotta di un professionista, non prima però di aver ricevuto espresso mandato per iscritto dai consuma-**

tori interessati; tuttavia chi ne ha evidenziato il carattere originale e irriducibile ai diversi rimedi di tutela collettiva conosciuti dagli altri sistemi giuridici ne ha contestualmente constatato il malfunzionamento. Il mandato **non può essere sollecitato dall'associazione** attraverso i mezzi di comunicazione di massa o mediante affissioni pubbliche o per corrispondenza. In presenza di una violazione di norma penale, civile od amministrativa l'associazione può attivarsi per individuare i consumatori danneggiati e ottenerne il mandato.

Le voci critiche levatesi in ordine all'*action en représentation conjointe* pongono in rilievo come tale strumento processuale presenti almeno due gravi imperfezioni: l'impossibilità di darle pubblicità mediante un mezzo diverso dalla carta stampata e il timore che avvince le associazioni dei consumatori, le quali sono restie a rappresentare in giudizio i consumatori per ragioni di responsabilità, nonché di tempo e denaro, preferendo piuttosto fornire attività di consulenza e sostegno, eventualmente affiancate da attività di pressione extragiudiziali sui professionisti.

Un'iniziativa dell'ex presidente della Repubblica francese Chirac nel gennaio 2005 ha tentato di promuovere l'introduzione della *class action* nel panorama normativo francese.

Azioni collettive in Spagna

Volendo sinteticamente individuare le azioni collettive a difesa dei consumatori delle quali l'ordinamento spagnolo consente l'esercizio, si menziona:

1. l'azione di cessazione in difesa degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti (azione collettiva inibitoria);
2. altre azioni collettive tipizzate da singole norme di legge ma diverse dall'azione inibitoria, come quella contemplata dalla legge sulla concorrenza sleale o sulle condizioni generali di contratto;
3. azioni collettive atipiche, fra le quali viene agevolmente ricompresa l'azione collettiva per il risarcimento di danni provocati a consumatori ed utenti.

Quanto invece all'individuazione dei soggetti legittimati a tutelare in giudizio gli interessi collettivi dei consumatori, è di palmare evidenza che l'esercizio di azioni collettive presuppone che si facciano valere nel processo diritti ed inte-

ressi che non siano direttamente afferenti il soggetto che agisce in giudizio. La legittimazione attiva alla proposizione di tali azioni nel sistema spagnolo deriva quindi non dal fatto che l'attore abbia visto pregiudicata una propria posizione giuridica come conseguenza di un comportamento lesivo per gli interessi dei consumatori quanto, invece, dal fatto che l'attore abbia determinati requisiti di rappresentatività in uno specifico settore della vita economico-sociale. Il legislatore spagnolo, cui è spettato il compito di attribuire una simile legittimazione, dovendo prestare particolare considerazione ad enti che -in base a parametri storici e sociali- godano di adeguata rappresentatività, ha selezionato enti tra loro molto eterogenei, tra i quali tuttavia spiccano indubbiamente le associazioni di consumatori ed utenti. Sono fissati canoni stringenti al ricorrere dei quali è subordinato l'esercizio delle azioni collettive da parte delle associazioni medesime:

1. deve trattarsi di associazioni di consumatori «legalmente costituite» secondo i parametri fissati dalla legge-quadro sul Diritto di Associazione 22 marzo 2002, n.1, che abbiano come oggetto sociale la difesa degli interessi dei consumatori, nonché la loro informazione e formazione e che possiedano un ordinamento interno a base democratica;
2. l'associazione deve essere iscritta nel Pubblico Registro del Ministero della Sanità e del Consumo;
3. le associazioni di cui sopra possono accedere al gratuito patrocinio, senza bisogno di dar prova dell'insufficienza delle proprie risorse economiche se provino di essere iscritte nel Registro di cui al ii) e dimostrino che l'attività di tutela in relazione alla quale si richiede il gratuito patrocinio riguardi «prodotti o servizi di uso comune, ordinario e generalizzato», individuati dalla legge stessa.

Affondando lo sguardo tra le pieghe degli ordinamenti francese, statunitense, inglese e tedesco, ci si è resi conto di come la tematica della tutela degli interessi collettivi dei consumatori sia in continuo divenire, magmatica e fluida come solo un problema di incalzante attualità può essere.

Come si è potuto diffusamente osservare nella prima parte di questa trattazione, la problematica della legittimazione all'azione per la tutela degli interessi collettivi non è nuova al giurista italiano. Ma anche nel nostro ordinamento la ventata di novità soffiata dalle nuove esigenze di tutela dettate da una società civile sem-

pre più complessa ha indotto una riconsiderazione degli strumenti processuali apprestati per la tutela di interessi dallo spessore collettivo e l'implementazione di questi rimedi giuridici mediante l'introduzione di un'azione collettiva risarcitoria. La preventiva osservazione del metodo di risoluzione del medesimo problema da parte di ordinamenti giuridici diversi dal nostro risulterà fonte quanto mai preziosa cui attingere per una analisi il più possibile disincanta e libera da suggestioni della soluzione italiana alla questione della legittimazione al ricorso per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

All'approfondimento in chiave critica di quella che è stata superficialmente -quanto impropriamente- definita una «*class action* all'italiana», dei suoi pro-dromi e delle sue prospettive future è dedicato il capitolo seguente.

LA TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI NELLA DISCIPLINA DEL CODICE DEL CONSUMO

Silvana Pucci

Tra l'inizio del **2003** e l'inizio del **2004**, il rinnovato interesse per il tema delle azioni a tutela di interessi collettivi si è tradotto nella presentazione di una pluralità di disegni di legge, alcuni dei quali traevano spunto dalla decisione con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel 2000, accertò l'esistenza di un'intesa illecita tra le imprese assicurative, diretta a limitare la concorrenza nel campo delle polizze di responsabilità civile automobilistica: questo **primo gruppo di disegni di legge, dunque, si muoveva sul versante della tutela dei consumatori, proponendo significative integrazioni all'allora vigente legge 30 luglio 1998, n. 281**⁵⁷, intitolata «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»; l'obiettivo era quello di tutelare gli interessi di una pluralità di soggetti, colpiti in modo omogeneo da condotte illecite plurioffensive. Un secondo gruppo di progetti, invece, si collocava nel diverso e più specifico quadro della tutela dei risparmiatori, predisponendo misure straordinarie per la tutela di grandi imprese in stato di insolvenza e la riforma della tutela del risparmio.

Le numerose iniziative legislative adottate da maggioranza e opposizione nella XIV legislatura, che sono andate ad incastonarsi nel primo gruppo di azioni ora menzionate, erano ispirate a modelli diversi: alcune proponevano un trapianto

57 Tale legge ha previsto la possibilità per le associazioni di consumatori ed utenti, rappresentative a livello nazionale secondo i canoni disposti dalla medesima legge, di agire per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori mediante un meccanismo esclusivamente preventivo che si concretizza nell'attribuzione della facoltà di promuovere azioni inibitorie o restitutorie e, eventualmente, di rendere pubblici gli effetti conseguenti all'accoglimento di tali azioni. L'azione inibitoria si configura dunque quale strumento volto alla cessazione del perpetuarsi dell'illecito lesivo degli interessi collettivi dei consumatori non solamente per specifiche violazioni contrattuali nell'ambito delle condizioni generali di contratto, bensì per la violazione di tutti quelli che la legge stessa definisce, in armonia con la disciplina comunitaria che ne costituisce la matrice, come diritti fondamentali di consumatori ed utenti.

nel nostro ordinamento di un complesso meccanismo processuale molto simile alla *class action* statunitense (si pensi ai d.d.l. nn. 3838 e 3839); altre, meno ambiziosamente, si proponevano di intervenire sulla disciplina dell'azione collettiva inibitoria già vigente, con alcuni accorgimenti volti a consentire l'estensione degli effetti del giudicato anche ai singoli consumatori rimasti estranei al processo. Il *fil rouge* che accomunava tutti i progetti di legge era però costituito dalla necessità di garantire la tutela di posizioni giuridiche soggettive omogenee di un numero elevato ma circoscritto di consumatori ed utenti, attraverso uno strumento processuale che evitasse il ricorso ad azioni individuali di ciascuno dei danneggiati dall'illecito plurioffensivo.

Le vie per giungere a questo obiettivo sono sostanzialmente due e seguono percorsi paralleli: l'introduzione di un meccanismo processuale che consenta al singolo danneggiato di adire l'autorità giurisdizionale per conto di tutti gli altri (azione di classe o di gruppo); oppure l'attribuzione alle associazioni di consumatori ed utenti della legittimazione ad esperire azioni risarcitorie e restitutorie in favore della collettività rappresentata.

La XIV legislatura si concludeva con l'approvazione di un disegno di legge unificato, il d.d.l. n. 3058/S/14, nel quale si intravedeva *in nuce* una convergenza delle forze politiche verso un incremento delle prerogative delle associazioni dei consumatori, a scapito del modello della *class action*; nel frattempo, negli ultimi mesi, con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, veniva alla luce il **Codice del consumo**, che ha raccolto in un unico *corpus* tutte le norme sparpagliate nel nostro ordinamento in tema di consumatori ed utenti⁵⁸.

Nel corso della XV legislatura sono state presentate **diverse proposte, ancora orientate verso due direzioni opposte**: quelle che proponevano di introdurre un'azione -nominalmente- collettiva, che in realtà poi si disvelava come un'azione di classe e quelle che, invece, si proponevano di intervenire sull'azione inibitoria collettiva, come regolata dall'**art. 140** cod. consumo, modificandola ed ampliando i confini della legittimazione delle associazioni dei consumatori.

.....
58 In particolare sono confluite negli artt. 37, 139 e 140 del Codice del consumo le norme prima contenute negli artt. 1469 *sexies c.c.* e 3 l. 281/1998, in materia di legittimazione delle associazioni ad esercitare l'inibitoria di clausole abusive e di atti e comportamenti lesivi di diritti e interessi dei consumatori.

Elaborato, non senza imprevisti ed ostacoli⁵⁹, un testo ispirato a questi ultimi progetti, esso è stato introiettato nel Codice del consumo mediante l'inserimento dell'art. **140 bis**. È stata così data cittadinanza all'azione collettiva risarcitoria, completando un percorso normativo che, in poco più di un decennio e sotto la regia delle istituzioni comunitarie, ha dapprima innovato la disciplina sostanziale, con l'attribuzione ai consumatori ed utenti di nuovi diritti ed interessi qualificati come fondamentali, e in seguito, in una sorta di percorso bifasico, ha individuato innovative e più efficaci tecniche di tutela di tali diritti ed interessi.

La scelta dell'azione collettiva anche risarcitoria

Il descritto percorso normativo evidenzia come l'introduzione dell'art. 140 bis sia stata agognata, attesa e temuta, quale «piccola rivoluzione copernicana» all'interno del sistema processuale italiano. È inequivoca la scelta del legislatore nazionale di colmare il deficit di tutela che normalmente connota le posizioni giuridiche dei soggetti che rappresentano l'ultimo anello della catena distributiva, quella del consumo, attraverso l'ampliamento della legittimazione delle associazioni od enti esponenziali, cui è demandato il compito di attivarsi laddove i singoli non potrebbero o non troverebbero conveniente agire. Le associazioni affrontano così i costi di azioni giudiziarie dirette alla salvaguardia dell'interesse dell'intera collettività di consumatori e utenti, sollecitando pronunce giurisdizionali che determinino la cessazione delle condotte lesive ed il ripristino delle posizioni giuridiche soggettive lese.

L'art. 140 bis è intitolato all'azione collettiva risarcitoria e non è un caso che si usi proprio questa terminologia e non quella -cui si era dimostrato avvezzo il legislatore nelle proposte di legge nn. 3838 e 3839- di azione di classe o di gruppo. Infatti l'azione *de qua* non costituisce il clone della *class action*, la quale, come si ricorderà, si radica sulla legittimazione del singolo consumatore, che si fa portatore in giudizio degli interessi, identicamente caratterizzati, degli

.....
59 Dopo l'elaborazione di un testo base da parte della Commissione giustizia del Senato, se ne suggerì l'inserimento nella legge finanziaria del 2008, ma l'emendamento fu in un primo momento bocciato; in seguito, nel corso della discussione in aula e, sembra, per l'errore di un senatore, fu approvato il testo definitivo che, comprensivo di correzioni, è stato inserito nei commi dal 445 al 449 dell'articolo 2 della legge finanziaria per il 2008.

altri appartenenti alla categoria. In verità la dottrina italiana indagava da tempo la possibilità di introdurre forme di tutela collettiva sulla falsariga di quelle sperimentate all'estero, valutando, in particolare, i profili di incompatibilità con l'ordinamento italiano. Per quanto l'azione di cui all'art. 140 *bis* sia stata definita come una *class action* da opinione pubblica e quotidiani, molteplici sono i segmenti di discontinuità tra l'azione collettiva risarcitoria e la *class action*, che si ravvisano anche solo *ictu oculi* e riguardano tanto aspetti strutturali e procedurali, quanto teleologici, relativi al risultato finale cui mirano.

L'azione collettiva risarcitoria si colloca nel solco della tradizionale scelta italiana di ampliare la legittimazione degli enti esponenziali, permettendo a questi ultimi di agire laddove i singoli non potevano o non trovavano conveniente farlo. La possibilità, riconosciuta dall'art. 24 della Costituzione, di agire in giudizio per la tutela delle proprie situazioni soggettive pregiudicate non è più ricollegata in modo pressoché esclusivo al singolo, ben potendo essere l'ente esponenziale ad attivarsi per la tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi della collettività di consumatori ed utenti.

L'azione di questi enti esponenziali è esercitata in base ad una legittimazione ritenuta prevalentemente ordinaria: le azioni collettive tutelano un interesse distinto da quelli facenti capo ai singoli individui lesi dal medesimo tipo di violazione, e proprio, invece, di taluni enti esponenziali od organismi pubblici, ai quali il diritto d'azione è conferito in via esclusiva. Imponendosi quali protagoniste incontrastate dell'azione collettiva, le associazioni di consumatori ed utenti agiscono quali soggetti titolari di una propria legittimazione a tutelare in giudizio l'interesse collettivo che portano ad esponente, non quali sostitute dei singoli consumatori danneggiati. Ciascuno dei componenti la collettività lesa non è legittimato ad instaurare il processo collettivo, ma conserva intatta la possibilità di agire autonomamente per la tutela del proprio diritto od interesse singolare (tuttavia violato da una lesione plurale). Che quest'autonomia fosse ben chiara anche al legislatore comunitario si evince dalla **direttiva 98/27/CE** -cui la legge 281/1998 aveva dato attuazione-, nei cui «considerando» espressamente si precisava che «per interessi collettivi si intendono gli interessi di individui lesi da una violazione» e che ciò «non pregiudica i ricorsi e le azioni individuali proposti da privati lesi da una violazione». Pertanto **l'ente esponenziale non è legittimato in quanto titolare di una posizione giuridica individuale omo-**

genea a quella dei singoli soggetti danneggiati, né si avvale dei medesimi strumenti processuali loro riservati, cosa che invece accade nell'azione di classe, ove l'interesse "collettivo" è in realtà mera addizione di interessi individuali omogenei e dunque risulta qualitativamente identico a quello di cui sono portatori i componenti della classe diversi dal rappresentante di quest'ultima.

Fino all'introduzione dell'art. 140 bis l'orientamento assolutamente dominante in giurisprudenza, in ordine alla possibilità che l'ente collettivo di tipo associativo agisse per il risarcimento del danno o la restituzione di somme in favore dei singoli danneggiati, è sempre stato in senso nettamente contrario. Soprattutto l'assenza di una norma positiva in base alla quale ritenere che l'ente esponenziale potesse agire per la tutela di una pluralità di posizioni soggettive facenti capo a un numero elevato ma circoscritto di soggetti ha persuaso i giudici ad escludere la legittimazione ad esperire azioni collettive risarcitorie.

Legittimazione a ricorrere delle associazioni per la tutela degli interessi collettivi di consumatori e utenti

La novità introdotta dall'art. 140 bis del Codice del consumo che per prima balza agli occhi riguarda l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire. L'azione collettiva risarcitoria potrà essere proposta da enti solo in parte coincidenti con quelli legittimati ad agire ai sensi dell'art. 140⁶⁰. Infatti **alle associazioni iscritte nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, tenuto presso il Ministero delle attività produttive,**

60 Tali soggetti, individuati dall'art. 139 cod. cons., sono in primis «le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137». È interessante che tra i concetti definiti dall'art. 3 compaiano, alla lettera b), anche tali associazioni, definite come «le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti».

In secondo luogo l'art. 139, comma 2, richiama anche le «organizzazioni e gli organismi pubblici indipendenti nazionali e riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea» che siano iscritti nell'elenco, pubblicato dalla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Tuttavia, come prontamente osservato da CHINÈ G. - MICCOLIS G., "Class action e tutela collettiva dei consumatori (art. 2, commi dal 445 al 449, legge 24 dicembre 2007, n. 244)", cit., l'art. 140 bis rinvia piuttosto chiaramente al solo 1° comma dell'art. 139, escludendo così dal novero dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione risarcitoria gli organismi e le organizzazioni suddetti.

menzionate nel 1° co. dell'art. 140 bis e già legittimate all'esercizio dell'azione inibitoria collettiva in base al combinato disposto degli artt. 139, comma 1 e 140, comma 1, **si affiancano** ora «gli altri soggetti di cui al comma 2» dell'art. 140 bis: **«associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere»**.

La giurisprudenza, nel dare concreta applicazione alle norme in tema di legittimazione a ricorrere delle associazioni rappresentative degli interessi di consumatori e utenti ex artt. 139 e 140 cod. cons., ha contribuito in modo puntuale a precisare i limiti e le circostanze della legittimazione a ricorrere per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. La giurisprudenza amministrativa, in particolare, ha svolto un ruolo centrale in questo senso: come ricostruito da una recente sentenza⁶¹, essa ha costantemente precisato che l'associazione di consumatori, inserita nell'elenco in questione, può sì agire o intervenire in giudizio a tutela degli associati (consumatori ed utenti), a condizione, però, che ciò sia conforme ai fini statutari e che gli associati siano direttamente incisi o coinvolti nella lite in cui detto sodalizio interviene, nonché quando si tratti di conseguire vantaggi, sia pure di carattere strumentale, giuridicamente riferibili alla sfera della categoria, senza possibilità, dunque, di spiegare forme generiche di tutela. In altre parole tali associazioni possono agire in giudizio ove venga in evidenza la lesione di un interesse collettivo, tenuto conto che gli artt. 139, 140 e 140 bis, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, conferiscono la legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni degli utenti e consumatori solo per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori stessi.

Selezione delle associazioni legittimate: la comparsa di “associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi”

L'art. 140 bis **ha ampliato le maglie della legittimazione ad agire, estendendola anche ad associazioni non iscritte nell'elenco conservato presso il Ministero** delle attività produttive e mostrando così di innovare la disciplina già vigente in precedenza in tema di azione collettiva inibitoria. La legittimazione ad

61 V. T.A.R. Pescara, Abruzzo, sez. I, 17 dicembre 2007, n. 957, in www.giustamm.it.

agire è riconosciuta anche ad «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere».

Questa disposizione, apparentemente limpida e di agevole applicazione, cela notevoli nodi problematici.

Nell'esperienza giuridica italiana non è mai stato il giudice a selezionare, in base a parametri più o meno rigorosi, i soggetti legittimati a ricorrere per tutelare in giudizio gli interessi collettivi dei consumatori, ma è sempre stata la legge a preoccuparsi di tratteggiare la *legitimitatio ad causam*; al giudice è stato sempre riservato, in questo frangente, uno spazio valutativo molto angusto, se non proprio inesistente: quando si è trattato di verificare se le associazioni esperenti l'azione collettiva fossero legittimate a farlo, si è limitato a verificare l'iscrizione di tali associazioni nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. Fino a ieri l'accesso alla giustizia era consentito unicamente agli enti esponenziali iscritti nell'elenco ministeriale, per ciò solo reputati rappresentativi degli interessi collettivi dei consumatori. La rappresentatività non poteva essere desunta da indici diversi dall'iscrizione.

Con l'art. 140 bis viene oggi aggiunta una diversa e ulteriore modalità di verifica della rappresentatività degli interessi dei consumatori: la valutazione della rappresentatività dell'ente esponenziale, che si fa promotore di un'azione collettiva risarcitoria, non è più rimessa esclusivamente al controllo dell'autorità governativa, ma può verosimilmente essere compiuta anche dal giudice.

Le prime note all'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati hanno espresso plauso nei confronti della scelta operata dal legislatore, anzitutto evidenziando la coerenza sistematica per questa via ripristinata, quindi menzionando il rischio -individuabile dall'angolo visuale dell'effettività della tutela di consumatori e utenti- che un sistema di selezione degli enti legittimati di tipo accentrato e rigido, in quanto operante sulla base di criteri predeterminati dal legislatore, pregiudicasse realtà associative circoscritte, ma comunque idonee a rappresentare gruppi più ristretti di consumatori e utenti.

La disposizione in esame suscita un ulteriore dilemma quando fa genericamente riferimento ad «associazioni e comitati» adeguatamente rappresentativi, non fornendo all'interprete ulteriori appigli letterali e sistematici per individuare la natura di tali enti collettivi. Se riguardata sotto il profilo strettamente formale, l'espressione dovrebbe essere intesa in senso tecnico, con specifico riguardo

alla forma giuridica che l'ente collettivo deve rivestire al fine della legittimazione. Dunque la natura giuridica di associazione o di comitato costituisce una delle *condiciones sine quibus non* della legittimazione ad agire in via collettiva risarcitoria.

L'attenzione è tuttavia calamitata dall'espressione «**adeguatamente rappresentativi**», la quale, non essendo corredata da alcun riferimento ai canoni ermeneutici utili per valutare la rappresentatività di un'associazione o di un comitato, lascia l'interprete libero nell'esprimere tale valutazione. Il silenzio della norma lascia intravedere un **ampio margine di discrezionalità per il giudice**, il quale dovrà, volta per volta, accertare che i diritti e interessi dei consumatori, portati ad esponente dall'ente, siano ben rappresentati. I primi commentatori hanno congetturato che la giurisprudenza potrebbe regolarsi sulla base dei criteri elaborati in vigenza dell'art. 1469 *sexies*, allorché un analogo meccanismo di valutazione era riservato alla discrezionalità dell'organo giudicante sulle modalità di accertamento della rappresentatività delle associazioni dei consumatori la giurisprudenza non era affatto univoca: in alcuni casi i giudici hanno fatto riferimento agli scopi perseguiti dall'associazione, con riguardo alle previsioni statutarie; in altri alla consistenza numerica, all'azione sul territorio e all'effettività dell'azione di monitoraggio e difesa dei diritti ed interessi di consumatori e utenti, nonché all'eventuale riconoscimento da parte di autorità pubbliche.

È di palmare evidenza, allora, che il compito di elaborare nuovi parametri in grado di adattarsi al mutato contesto normativo sia interamente rimesso allo sforzo interpretativo del giudice, chiamato ad un ruolo cui il giurista italiano non è avvezzo, essendo tanto lontana dalla sua mentalità la funzione creatrice del diritto, che invece marca in maniera indelebile la cultura giuridica statunitense e, più in generale, di *common law*. È stato autorevolmente quanto condivisibilmente affermato che «il nostro giudice europeo-continentale e soprattutto italiano è profondamente diverso così per il suo ruolo nell'ordinamento, come pure nel processo» dal giudice statunitense. **La scelta del legislatore di allargare la legittimazione a ricorrere** anche ad «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere», per quanto apprezzabile sotto il profilo del manifesto intento di fornire a consumatori ed utenti una tutela più piena ed effettiva, legittimando enti esponenziali che, pur non essendo iscritti nell'elenco ministeriale, siano effettivamente

rappresentativi degli interessi collettivi della categoria, **sembra offrire il fianco a critiche, nella misura in cui non sancisce i canoni cui il giudice dovrà ancorare la propria valutazione** discrezionale. La carenza di criteri alla stregua dei quali valutare la legittimazione delle associazioni e dei comitati non iscritti nell'elenco ex art. 137 cod. cons. **potrebbe portare a distorsioni funzionali dell'istituto e ad un'applicazione disomogenea e frammentaria della norma.** Va di converso osservato, e da quest'angolo visuale l'approccio di carattere comparatistico disvela tutto il suo pregio, che **anche in Germania il metodo di riconoscimento della legittimazione all'azione collettiva (*Verbandsklage*) in capo all'associazione si fonda essenzialmente su un controllo di carattere amministrativo; tuttavia anche nell'ordinamento giuridico tedesco possono essere legittimate anche associazioni che, pur non essendo iscritte in albi e registri, si siano rivelate in concreto idonee a tutelare gli interessi collettivi di consumatori e utenti.** La circostanza che in un sistema giuridico così vicino al nostro per tradizione e sostrato giuridico-culturale si ricorra frequentemente e con successo ad uno strumento giuridico che pure contempla la legittimazione ad agire di associazioni il cui indice di rappresentatività non sia stato preventivamente vagliato dalla legge o dall'autorità amministrativa, fa guardare con fiducioso ottimismo alla previsione di cui all'art. 140 bis, comma 2, **con la speranza che i giudici italiani,** trovandosi sprovvisti di criteri ermeneutici utili a selezionare i soggetti legittimati ad agire, **rivolgano uno sguardo alla giurisprudenza tedesca** cristallizzatasi sul punto, ispirandosi ad un modello giuridico in cui l'azione collettiva è una realtà ormai solida.

Adesione all'azione collettiva e scelta dell'*opting-in*

Il comma 2 dell'art. 140 bis del Codice del consumo prevede che i consumatori e gli utenti che intendono avvalersi dell'azione collettiva «devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva»; nel contempo **«è sempre ammesso l'intervento di consumatori e utenti» nel medesimo giudizio «per proporre domande aventi il medesimo oggetto».** Questo onere -autorevolmente definito «di ardua qualificazione giuridica» - di adesione scritta all'azione da parte dei singoli **interessati ha reciso le aspettative di quanti**

auspicavano l'introduzione di una *class action* nel tessuto normativo italiano e, segnatamente, di un meccanismo di tutela collettiva che coinvolgesse *ipso iure* tutti i componenti di una certa classe nel giudizio collettivo aperto nell'interesse di questi ultimi. Invece il legislatore italiano ha più cautamente preferito un congegno giuridico meno avulso alle dinamiche proprie del nostro diritto processuale, stabilendo che tutti e soli i consumatori ed utenti che lo vogliano potranno aderire all'azione collettiva. È stato ipotizzato che tale scelta sia stata determinata dal desiderio di «privilegiare con maggior intensità le istanze di autonomia dei singoli e il pieno rispetto del principio del contraddittorio nella sua accezione più soggettiva», perlopiù in vista degli «effetti di estensione e opponibilità per così dire diffusa del giudicato». Infatti la scelta di un meccanismo piuttosto che di un altro non è del tutto indifferente, anzi ha significative ripercussioni sulla posizione degli individui aderenti: la principale conseguenza per il singolo consumatore od utente è data dall'estensione degli effetti del giudicato anche nei suoi confronti. In tal modo, secondo l'opinione che appare preferibile, cadrebbero tutti i problemi legati al rispetto del diritto di difesa, posto che la decisione spiega i propri effetti solo nei confronti dei consumatori e degli utenti che hanno volontariamente aderito all'azione, ma si perderebbe molto del significato originario e aggregante dell'azione collettiva.

Effetti del giudicato sull'azione collettiva risarcitoria

«La sentenza che definisce il giudizio promosso mediante l'esercizio dell'azione collettiva fa stato anche nei confronti dei consumatori ed utenti che hanno aderito all'azione collettiva»: con questa previsione, contenuta nel comma 5 dell'art. 140 bis cod. cons., si modula l'efficacia soggettiva del giudicato formatosi ad esito dell'esperimento dell'azione collettiva risarcitoria; **la sentenza**, tanto di accoglimento quanto di rigetto, pronunciata ad esito del giudizio promosso ai sensi dell'art. 140 bis **farà stato unicamente nei confronti degli utenti e consumatori che abbiano aderito all'azione collettiva**. Secondo l'opinione più accreditata l'ambito di efficacia soggettiva del giudicato collettivo implica che la legittimazione a impugnare la sentenza emanata in primo grado sia riconosciuta non solo all'ente esponenziale che ha esperito l'azione, ma anche ai singoli consumatori

ed utenti che vi abbiano aderito, dal momento che ne subiscono gli effetti. Su questa previsione si sono infrante tutte le diverse proposte, decisamente più innovative, profilatesi nelle diverse iniziative parlamentari degli ultimi anni.

Anche in questo frangente, il **legislatore italiano** si è distinto per la sua **cautela**: ripudiate soluzioni che possono apparire avulse ed estranee al nostro sistema giuridico, dacché sono nate e si sono sviluppate in ordinamenti molto diversi dal nostro per origini e mentalità giuridica, si è tratteggiata **l'azione collettiva esercitata dall'associazione dei consumatori e degli utenti lasciando la possibilità che anche i singoli danneggiati partecipino al giudizio mediante adesione all'azione associativa**, e conseguentemente subiscono gli effetti diretti (favorevoli e non) della successiva pronuncia. Come pronosticato da qualcuno con riferimento alle proposte di legge che contemplavano questa soluzione alla problematica dell'estensione degli effetti del giudicato, e constatato da altri, quando è stata data positiva sistemazione all'azione collettiva risarcitoria, questo meccanismo presenta l'indubbio inconveniente di ignorare le esigenze di deflazione del contenzioso, non prevedendo «alcun meccanismo per paralizzare le azioni individuali in pendenza di quella collettiva e realizzare un *simultaneus processus*»: il comma 5 dell'art. 140 bis, dopo aver sancito il principio dell'estensione degli effetti del giudicato anche ai consumatori ed utenti che, esercitando il cd. *opt-in right*, hanno aderito all'azione collettiva, statuisce che «è fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva» o non vi intervengono.

Nel modulare in sede teorica la soluzione dell'estensione degli effetti del giudicato nei confronti dei soli consumatori ed utenti aderenti all'azione collettiva era stato auspicato un superamento del «bizantino meccanismo» della pronuncia di accertamento collettivo, ma generico, utilizzabile dai singoli danneggiati. Ciò avrebbe significato, nella prospettiva considerata, che nei confronti di coloro che avessero prestato la loro adesione all'azione collettiva, si sarebbero prodotti tutti gli effetti della sentenza, tanto sfavorevoli quanto favorevoli, e la sentenza pronunciata all'esito del giudizio collettivo, se di accoglimento, non si sarebbe limitata ad una generica condanna nei confronti del convenuto, ma -sulla base delle risultanze processuali- avrebbe accertato e determinato anche il *quantum* di risarcimento spettante ai singoli aderenti all'azione collettiva. Questo avrebbe avuto positive ripercussioni sul piano dell'economia dei giudizi, evitando l'instaurazione di autonomi processi da parte dei singoli danneggiati al fine di

ottenere la determinazione del risarcimento dei danni loro spettanti.

La soluzione accolta dal legislatore, in realtà, sembra propendere nella direzione ora tracciata ma presenta alcuni toni chiaroscurali: ad esempio, nel 4° comma, si prevede che «se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio», facendo prevedere che saranno necessari separati “giudizi di completamento”, da instaurarsi su iniziativa e a spese dei singoli consumatori ed utenti per liquidare le somme spettanti a costoro. Tali giudizi non saranno invece necessari se, «allo stato degli atti», è possibile che il giudice determini «la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente».

Non si può che condividere il pensiero di chi percepisce nelle previsioni tracciate dall'art. 140 bis l'indecisione e l'indeterminatezza tipica delle soluzioni di **compromesso**, destinate a dar vita ad un «meccanismo di tutela farraginoso, di minima utilità per i singoli e di scarsa incidenza sull'economia dei giudizi». Anche in questo segmento di disciplina non può che osservarsi, da parte del legislatore, l'apprezzabile slancio verso un efficace sistema di tutela collettiva degli interessi dei consumatori. Egli tuttavia non si è armato del coraggio di “osare” una soluzione che, pur rimanendo nell'alveo dei principi costituzionali, sia davvero idonea a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori ed utenti, ad esempio dettando disposizioni specificamente volte a promuovere la pubblicità dell'azione collettiva esperita dall'associazione, per consentire al maggior numero di consumatori ed utenti interessati di aderirvi; ha emanato norme vaghe e a tratti confuse sotto il profilo del contenuto della sentenza di accoglimento dell'azione, non fornendo strumenti che snelliscano l'istruttoria necessaria all'accertamento del *quantum* del risarcimento spettante ai singoli consumatori aderenti all'azione collettiva e lasciando dunque il giudice arbitro della decisione se liquidare le somme spettanti a questi ultimi o rimettere ad un separato giudizio individuale detta liquidazione: in tal modo i singoli utenti o consumatori non avranno contezza sin dall'inizio degli esborsi pecuniari cui l'adesione all'azione collettiva condurrà. Se ciò avverrà si infrangeranno miseramente gli intenti di deflazione del contenzioso e riduzione dei costi del processo per i singoli consumatori o utenti e la tanto acclamata azione collettiva risarcitoria si risolverà in una colorata, ma effimera, bolla di sapone.

Futuro dell'azione collettiva risarcitoria: rinvio dell'entrata in vigore

Quanto l'interprete potrà occuparsi, nel concreto fluire del diritto, dell'azione collettiva risarcitoria è al presente quanto mai dubbio, dal momento che **ne è stata bloccata l'entrata in vigore: invocando esigenze di revisione della disciplina dell'azione collettiva risarcitoria**, il 17 giugno 2008 il ministro per le Attività Produttive, Claudio **Scajola**, ha annunciato che l'entrata in vigore della norma di cui all'art. 140 bis cod. cons., inizialmente fissata per il 29 giugno 2008, sarebbe stata **rinviata al 1° gennaio 2009**.

Nonostante le aspre critiche mosse dalle associazioni dei consumatori, il ministro ha espresso il sospetto che l'azione in questione, come attualmente trattata, possa ingenerare un profluvio di azioni, senza giovare effettivamente ai consumatori. Tale sospetto sembra essersi materializzato **nell'art. 36 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 25 giugno 2008, n. 147 (si tratta della cd. "Manovra d'estate")**. In una selva di norme affatto coordinate, tra brandelli di disciplina afferenti ai più diversi ambiti (il DL. 112/2008 si improvvisa azzardato contenitore di norme relative al rapporto tra imprese ed energia, con l'istituzione della cd. Robin Tax, alla regolamentazione degli enti pubblici, al trattamento dei dati personali, alle certificazioni e prestazioni sanitarie) è collocata la norma secondo cui «**anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni**, all'articolo 2, comma 447 della legge 4 dicembre 2007, n. 244, le parole "decorso centottanta giorni" sono sostituite dalle seguenti: "decorso un anno". L'inciso «anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica *nei confronti delle pubbliche amministrazioni*» -oltre a far riflettere sull'imperizia e sciattezza lessicale del legislatore- desta notevoli perplessità: è ben possibile che il legislatore, accortosi della carenza da cui l'art. 140 bis è affetto ed illustrata nella presente trattazione, che si sostanzia nella mancata previsione di un benché minimo riferimento alla possibilità di esperire il rimedio risarcitorio collettivo nei confronti delle lesioni di interessi collettivi da parte di soggetti pubblici, abbia deciso di rimediare, decidendo di perfezionare la disciplina in questione e, a tal fine, di rinviare l'entrata in vigore della norma.

Se anche così fosse, non apparirebbe di facile intendimento **l'apparente incongruenza tra le scarse motivazioni sottese dall'art. 36 del D.L. 112 del 2008 e le dichiarazioni del ministro Scajola** precedenti all'emanazione del decreto in argomento. L'impressione che sembra di percepire è che la decisione di rinviare l'entrata in vigore dell'art. 140 bis si innesti sul ceppo di iniziative governative che si addensano nelle agende ministeriali degli ultimi giorni: esse si stanno concretizzando in un **serie di provvedimenti volti a favorire interessi imprenditoriali**, ben lontani dagli interessi di chi -almeno dichiaratamente- sarebbe destinatario dei suddetti provvedimenti legislativi. *Rebus sic stantibus* nessuno può dire con certezza cosa ne sarà dell'azione collettiva risarcitoria: essa, per quanto ambigua in taluni aspetti, costituisce senz'altro un significativo avanzamento nella direzione di una più ampia ed articolata tutela degli interessi di consumatori ed utenti. Nella mente di chi si interroga sul futuro dell'azione collettiva risarcitoria inizia ad affacciarsi il **timore** che il rinvio dell'entrata in vigore della norma che l'ha positivamente disciplinata si traduca in un **affossamento** di questo prezioso strumento di tutela degli interessi collettivi di consumatori ed utenti, anello debole della catena produttiva. Si ha avuto modo di constatare che la maggior parte degli ordinamenti giuridici più avanzati si è dotata di strumenti di tutela collettiva anche risarcitoria, in considerazione dell'innegabile asimmetria esistente tra i consumatori e i produttori di beni, gli utenti e gli enti erogatori di servizi. L'auspicio è che l'ordinamento italiano non spezzi questo *trend* di tutela e venga presto arricchito da un'azione collettiva risarcitoria che garantisca effettivamente gli interessi collettivi di consumatori ed utenti.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREWS N., *"Multy-party proceedings in England: Representative and Group Actions"* in *Duke journal of comparative & international law*, 2001, vol. 11, n. 2, p. 249;
- BELLI C. (A CURA DI), *"Le azioni collettive in Italia: profili tecnici e aspetti applicativi"* – *Atti del convegno – Roma 16 febbraio 2007*, Camera dei Deputati, Milano: Giuffrè, 2007, in particolare: COSTANTINO G., "ADR e tutela collettiva", p. 88, CARRATTA A., "Effetti del giudicato e tutela collettiva", p. 100, DALFINO D., "Appunti in tema di tutela specifica e per equivalente degli interessi collettivi (in materia di consumo e danno ambientale)", p. 134, DI MARZIO M., "La valutazione e la prova dei danni", p. 173, CATALDI G., "Il ruolo del giudice e le tecniche di tutela", p. 187;
- CABRILLAC S., *"Pour l'introduction de la class action en droit français"* in *Pet. Aff.*, 2006, n. 165, p. 4;
- CAPONI R., *"Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1229;
- CARRATTA A., *"Dall'azione collettiva inibitoria a tutela dei consumatori ed utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione"* in *Giur. it.*, 2005, p. 662;
- CHIARLONI S. E FIORIO P. (A CURA DI), *"Consumatori e processo, la tutela degli interessi collettivi dei consumatori"*, Torino: Giappichelli, 2005, in particolare: JEULAND E., "Le azioni collettive delle associazioni di consumatori in Francia" e GASCON INCHAUSTI F., "Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo spagnolo: il ruolo delle associazioni dei consumatori";
- CONSOLO C. - BONA M. - BUZZELLI P., *"Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria"*, Milanofiori, Assago: IPSOA, 2008;
- CONSOLO C. - RIZZARDO D., *"Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 891;
- COSTANTINO G., *"La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140-bis cod. consumo"* in *Foro it.* 2008,V, c. 17;
- DE SANTIS A.D., *"I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il «Class Action Fair Act of 2005»"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 601;

GIUSSANI A., *“Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria”*, in Riv. dir. proc., 2008, fasc. 2, p. 465;

KOCH H., *“Non-class Group Litigation under EU and German Law”* in 11 *Duke J. Comp. & Int. Law*, 2001, p. 355;

RUFFOLO U., *“Interessi collettivi e diffusi e tutela del consumatore. Il problema e il metodo: legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali”*, Milano: Giuffrè, 1984;

RUFFOLO U., *“Tutela collettiva del consumatore e legittimazione e ruolo degli enti esponenziali”* in *Studi in onore di Tito Carnacini*, III, Milano, 1984, p. 835;

TARUFFO M., *“La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto”* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 529;



ISTITUTO CONSUMATORI E UTENTI

FONDAZIONE ICU ISTITUTO CONSUMATORI UTENTI

Presidente: Michele Boato
Vice Presidente: Tito Cortese,
Consiglieri: Anna Ciaperoni, Graziano Cioni, Ugo Ruffolo

Fondazione ICU fornisce alle associazioni consumeristiche (Federconsumatori, da cui ha avuto origine, e tutte le altre attive su scala nazionale e locale) strumenti culturali per difendere diritti e interessi di consumatori e utenti. A questo scopo sostiene varie ricerche, presentando i risultati in convegni, conferenze e pubblicando, dal 1998 al 2005 i Quaderni ICU, e dal 2006 i **Libri dei Consumatori**. Fondazione ICU promuove inoltre, dal 2004, il Premio per tesi di laurea "Consumo Sostenibile".

www.fondazioneicu.org - e-mail: info@fondazioneicu.org
Segreteria Tel. e Fax 041.935666

QUADERNI ICU

1. UGO RUFFOLO - Biotecnologie. Strumenti di tutela del consumatore, 1998
2. ANTONIO CASELLA, RODOLFO TOSETTI - Risorse idriche. Interessi dei consumatori, 1999
3. PIETRO MARIA PUTTI - Polizza r.c. auto. clausole abusive, 1999
4. ROSARIA GAROZZO, UGO RUFFOLO - Pubblicità ingannevole. Come difendersi, 2000
5. PAOLO STEVANATO - Pubblicità ingannevole. Il Garante della Concorrenza, 2001
6. ANNA CIAPERONI - Guida al consumo consapevole, 2002
7. GIOVANNA FALCO - Acque minerali e potabili. Tra qualità e business, 2003
8. ALDO CARRA - Inflazione. Come cambia per famiglie povere e ricche, 2003
9. ALDO CARRA - Modelli di consumo. Impatto dell'inflazione sui redditi, 2004
10. ALDO CARRA - Tutti alle bancarelle? Prezzi, spesa e redditi, 2005
11. SUSANNA LANDO - Trasparenza bancaria, 2005

80

LIBRI DEI CONSUMATORI

1. MARCO MARIANI, DOMENICO ROMITO - Nuova disciplina dei diritti dei consumatori, 2002
2. ANNA CIAPERONI, VINCENZA DI MALTA - Biologico sicuro, 2006
3. SIMONE BILATO - Acquisti verdi. Pubbliche amministrazioni per l'ambiente, 2006
4. FRANCESCO RIDOLFI, ANTONIO SEGRÈ - Cibo solidale. Mercato dell'ultimo minuto, 2007
5. MICHELE BOATO, PIETRO PISTONE, SILVANA PUCCI - Class action nel mondo. Legge italiana, 2008

Quaderni ICU e Libri dei Consumatori si possono richiedere, su formato cartaceo o digitale, inviando un contributo di almeno 5,00 euro per copia a: Fondazione ICU, Viale Venezia 7, 30171 Mestre Ve. Sono esauriti i Quaderni 1, 2, 3, 6 e 7.