

7 Marzo 2007

Da

<http://www.confindustria.it/comunica/audpar.nsf/All/6012D9D76FF927DAC12572960054A781?o=penDocument&MenuID=28774E98783D5002C1256EFB00356A6F>

Audizione sui progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori

Audizione del 6 Marzo 2007

Commissione Giustizia - Camera dei Deputati. Maurizio Beretta

Premessa

1. Le azioni a tutela collettiva operanti nell'ordinamento italiano
2. I vincoli costituzionali e processuali all'introduzione di azioni di classe
3. Le proposte in corso di elaborazione
4. Gli elementi "irrinunciabili" di un'eventuale azione di classe

Conclusioni

• Premessa

L'introduzione nel nostro ordinamento della *class action*, strumento che consente la trattazione in un unico procedimento di più domande di risarcimento connesse ad un medesimo illecito, rappresenta un tema su cui molto si dibatte e che suscita profonde preoccupazioni nel mondo imprenditoriale.

La vicenda dei *bond* argentini ed i *crack* di Cirio e Parmalat hanno posto il problema dell'adeguatezza delle regole del nostro ordinamento ad assicurare un'efficiente tutela giudiziaria di fronte ad eventi che hanno coinvolto una molteplicità di soggetti.

In risposta a tali esigenze, nel corso della passata legislatura era stato approvato da un solo ramo del Parlamento il disegno di legge n. 3058 recante "Azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori". Il disegno di legge n. 3058 fu approvato il 21 luglio 2004 presso la Camera dei Deputati., sul quale la Confindustria aveva espresso un parere sostanzialmente negativo, a causa degli evidenti limiti di natura applicativa ed i conseguenti rischi e criticità che l'istituto così come configurato presentava.

Con la nuova legislatura il tema della *class action* si è riproposto ed è stato nuovamente affrontato con la presentazione di più proposte normative AC n. 1495 AC n. 1495 (**Bersani; Mastella; Padoa-Schioppa**); AC n. 679 (**Benvenuto**); AC n. 1289 (**Maran**); AC n. 1330 (**Fabris**); AC n. 1443 (**Poretti-Capezzone**); AC n. 1662 (**Buemi**); AC 1834 (**Pedica**); AC 1883 (**Crapolicchio**); AC n. 1882 (**Grillini**)..

Le imprese italiane stanno ormai da tempo approfondendo il tema, cercando di valutare l'impatto in termini economici e, più in generale, di competitività del sistema, di tali azioni negli ordinamenti in cui queste sono già regolate.

I risultati di tale analisi non sono confortanti. Le azioni collettive hanno causato, nei Paesi in cui sono state introdotte, gravi inefficienze di carattere giuridico e, soprattutto, determinato pesanti ricadute economiche per le imprese, contraddittori naturali di chi presenta un'azione collettiva.

Un articolo pubblicato di recente sul *Financial Times* P. **Montagnon**, *The cost to Europe of America's Class Action Addiction*, in *Financial Times*, 5 gennaio 2007. ha evidenziato come i costi per le imprese statunitensi derivanti dalla proposizione di azioni di classe siano cresciuti da 150 milioni di dollari nel 1995 a 3,5 miliardi di dollari nel 2005, con conseguenze considerevoli non soltanto sulle imprese condannate a risarcire i danni (o che abbiano concordato un indennizzo in via transattiva), ma anche, più in generale, sulla competitività del sistema americano e sulla sua capacità

di attrarre investimenti stranieri.

1. Le azioni a tutela collettiva operanti nell'ordinamento italiano

La tutela dei consumatori è stata oggetto di importanti interventi regolamentari a livello sia comunitario, che nazionale, che hanno portato all'introduzione di nuovi meccanismi di difesa di carattere sostanziale e procedurale di tali categorie di soggetti.

In particolare in Italia, nel corso degli ultimi anni, sono state approvate diverse leggi – molte delle quali adottate in sede di recepimento di normative comunitarie – che hanno introdotto azioni civili che consentono forme di tutela collettiva nell'ambito dei settori più disparati.

Le azioni disciplinate attraverso tali leggi sono molto variegata tra loro, ma comunque distanti dall'istituto che si intende oggi introdurre nel nostro ordinamento e che, almeno nel *nomen*, vorrebbe riproporre la *class action* di matrice nordamericana.

Nel sistema statunitense, infatti, il soggetto legittimato all'esercizio dell'azione dà impulso a un procedimento tendenzialmente destinato a produrre effetti nei confronti di una vasta categoria di soggetti collettivamente lesi da un medesimo fatto illecito, senza che abbia rilevanza concreta la distinzione tra interesse individuale e interesse collettivo.

Nel nostro ordinamento, invece, le leggi appena ricordate, sia pure finalizzate alla garanzia di interessi collettivi, mantengono ben netta la distinzione tra interesse individuale del singolo e interesse collettivo del gruppo organizzato. Laddove il legislatore ha disposto una tutela dei diritti dei singoli soggetti che compongono la collettività, lo ha fatto mantenendo il carattere della legittimazione straordinaria in capo a un soggetto che non è titolare del diritto dedotto in giudizio, così da non intaccare le linee portanti del nostro sistema processuale e sostanziale.

2. I vincoli costituzionali e processuali all'introduzione di azioni di classe

Il nostro ordinamento giuridico si fonda su una serie di principi di carattere costituzionale, processuale e sostanziale, che non possono essere trascurati nella definizione di nuovi istituti.

La Costituzione italiana riconosce all'art. 24 il diritto di agire in giudizio in capo a ciascun cittadino per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi.

L'art. 2909 c.c. limita l'estensione del giudicato tra le parti, i loro eredi e aventi causa. Tale principio è legato a norme inderogabili: l'art. 100 c.p.c. fissa il *principio dell'interesse ad agire*, in forza del quale una domanda non è accoglibile se colui che la pone non è titolare del rapporto giuridico in essa dedotto; il successivo art. 101 c.p.c. stabilisce, invece, il *principio del contraddittorio*, che limita l'estensione oggettiva e soggettiva del giudicato a quanto richiesto dalle parti, emerso e dichiarato in quel procedimento, relativamente a quei soggetti che vi hanno partecipato e nell'ambito del quale hanno potuto difendersi e contraddire le pretese avversarie.

Inoltre, l'art. 101 della Costituzione afferma che “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*” e l'art. 107 che “*i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*”, ne consegue che in Italia non esiste una gerarchia di giudici, pertanto nessuna decisione giudiziaria può avere effetto vincolante nei confronti di altri tribunali. La *class action* presuppone, al contrario, che quanto deliberato da un giudice sia vincolante per ogni altro tribunale chiamato ad esaminare la stessa situazione (es. a fronte di ulteriori domande di *class action* aventi il medesimo oggetto o a fronte di una richiesta di liquidazione del danno avanzata da un singolo membro della “classe” a seguito di sentenza a lui favorevole scaturita da un processo di *class action*).

L'art. 105 c.p.c. riconosce poi a “*ciascuno*” il diritto incondizionato di “*intervenire in un processo fra altre persone per far valere, in confronto di (...) alcune di esse, un suo diritto*” connesso con una causa giudiziaria, senza possibilità di esclusione o limitazione di tale facoltà di intervento. Anche questa disposizione non è agevolmente conciliabile con il meccanismo della *class action*.

Se questo è il tessuto connettivo che informa il nostro sistema giurisdizionale, v'è da chiedersi in che termini un istituto, dalle caratteristiche difficilmente conciliabili con i principi appena esposti, possa essere tradotto nel nostro ordinamento.

La scelta che si pone al legislatore è dunque difficile e insidiosa.

Se infatti in un mercato di libera concorrenza e di forte competitività tra i singoli ordinamenti si può condividere la necessità di approntare, anche sul piano processuale, strumenti che consentano una capacità di azione non dissimile da quella prevista negli altri Paesi, è pur vero che non è immaginabile importare *sic et simpliciter* un modello processuale assolutamente distante dalle regole ora richiamate.

L'eventuale introduzione della *class action* necessariamente postula una precisa valutazione dei profili di effettiva

compatibilità con il nostro ordinamento e un attento coordinamento con le regole di diritto interno prima richiamate.

3. Le proposte in corso di elaborazione

Come accennato, con la nuova legislatura il tema della *class action* è stato nuovamente affrontato e si discute in questa sede l'opportunità di una sua introduzione.

Le proposte attualmente all'esame del Parlamento - un disegno di legge di iniziativa governativa AC n. 1495 AC n. 1495 (**Bersani; Mastella; Padoa-Schioppa**). e numerose proposte parlamentari AC n. 679 (**Benvenuto**); AC n. 1289 (**Maran**); AC n. 1330 (**Fabris**); AC n. 1443 (**Poretti-Capezzone**); AC n. 1662 (**Buemi**); AC 1834 (**Pedica**); AC 1883 (**Crapolicchio**); AC n. 1882 (**Grillini**). - presentano tuttavia numerose criticità.

Il testo governativo, c.d. *Bersani*, attribuisce ad associazioni dei consumatori e utenti, associazioni dei professionisti e alle camere di commercio il diritto di esercitare in giudizio la domanda per il risarcimento dei danni e la restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti, in conseguenza di atti illeciti, in luogo dei soggetti direttamente danneggiati.

Le altre proposte di legge prevedono un'azione analoga, ma con significative diversificazioni rispetto al testo governativo, sia con riferimento ai soggetti legittimati all'esercizio dell'azione, sia con riferimento all'ambito applicativo, sia, infine, agli aspetti più strettamente procedurali.

Nessuna di queste proposte sembra però destinata a realizzare un modello processuale privo delle paventate contraddizioni sia di carattere giuridico, sia di natura applicativa e procedurale.

3.1. I soggetti legittimati all'azione.

Con riferimento alla legittimazione attiva, le proposte di legge all'esame presentano soluzioni molto diversificate tra loro.

La proposta *Bersani*, così come quella *Benvenuto*, *Buemi* e *Maran* attribuiscono la legittimazione in capo alle associazioni di consumatori e utenti di cui all'art. 139 del Codice del Consumo Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206. (la proposta *Bersani* aggiunge, inoltre, quali legittimati processuali le associazioni dei professionisti e le camere di commercio).

Le proposte *Poretti-Capezzone* e *Fabris* riconoscono la legittimazione in capo a chiunque vi abbia interesse, cioè a ciascuno dei soggetti lesi.

I disegni di legge *Grillini* e *Pedica* infine, pur ribadendo la legittimazione in capo a chiunque ne abbia interesse, fanno espresso divieto agli avvocati di organizzare azioni collettive.

L'individuazione del soggetto legittimato all'esercizio dell'azione in via collettiva costituisce un aspetto di particolare rilevanza, poiché se venissero seguite alcune delle opzioni prospettate, si potrebbe sperimentare, in via eccezionale, nel nostro ordinamento l'attribuzione in capo a un soggetto diverso dal titolare della situazione giuridica dedotta in giudizio dell'esercizio della relativa azione.

Questo avverrebbe, in particolare, se venisse adottata la soluzione che attribuisce alle associazioni di consumatori e utenti la legittimazione ad agire, così come già previsto dal Codice del Consumo con riguardo però alle sole azioni inibitorie Art. 2 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge n. 248/2006.. Il Codice del consumo prevede, infatti, la possibilità per le associazioni dei consumatori e degli utenti di intraprendere azioni giudiziarie e stragiudiziali contro comportamenti che ledono un interesse comune a più soggetti, che ricada in alcune materie in esso specificamente elencate. L'azione in questione ha però, come accennato, natura esclusivamente inibitoria, ma non copre la richiesta di ristoro economico di danni patrimoniali, che resta dunque possibile solo ai singoli individui in base alle normali regole processuali del nostro ordinamento.

L'indagine circa la legittimazione processuale individuata da questo primo insieme di proposte normative evidenzia, per la verità, il vero vizio di fondo delle stesse che, al fine di trovare uno spiraglio normativo per legittimare le associazioni in esame, di fatto innestano una procedura a carattere risarcitorio, su un testo normativo con finalità inibitorie.

Questa soluzione andrebbe quindi analizzata in maniera più approfondita, valutando l'opportunità di attribuire la legittimazione ad agire, coerentemente con i principi che fondano il nostro ordinamento, a chiunque vi abbia interesse.

Le proposte normative che attribuiscono a "chiunque" la legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva appaiono in linea con le scelte adottate nell'ambito di numerosi ordinamenti europei (Regno Unito, Norvegia, Svezia) nei quali l'azione collettiva ha luogo, oltre che negli Stati Uniti, dove tale strumento processuale ha più antica tradizione applicativa.

L'attribuzione della legittimazione in capo ai singoli soggetti lesi presenterebbe inoltre una maggiore fedeltà al dettato costituzionale e in ogni caso più rispettoso della libertà individuale. Tale scelta, però, avrebbe l'effetto di aumentare il numero di cause e quindi il grado di litigiosità.

In ogni caso, qualora il legislatore dovesse optare per il riconoscimento della legittimazione in capo alle associazioni dei consumatori, sarebbe necessario, in considerazione degli effetti che potrebbero derivare dal ricorso alle azioni collettive, stabilire stringenti criteri per la individuazione delle associazioni legittimate, introducendo meccanismi di controllo più efficaci e selettivi, rispetto a quelli attualmente previsti, per accertare l'esistenza dei requisiti richiesti dall'art. 137 del Codice del Consumo per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico.

Appare invece del tutto inopportuna la volontà, pure avanzata in alcune proposte, di attribuire una legittimazione ad agire in capo alle Camere di Commercio. Tali enti già oggi svolgono un ruolo conciliativo. La loro eventuale legittimazione rischierebbe di determinare un concreto pericolo di conflitto di interessi, finendo per essere al tempo stesso soggetti proponenti e organo giudicante.

Analoghe considerazioni valgono anche con riguardo alla eventuale attribuzione della legittimazione attiva alle Associazioni di professionisti. In questo caso il conflitto sorgerebbe in quanto tali soggetti potrebbero trarre vantaggi economici dalla proposizione di azioni di classe (si pensi agli avvocati, per citare soltanto un esempio).

Quale che sia la scelta che il legislatore intenderà effettuare in un'eventuale normativa in materia di *class action*, è essenziale evitare che l'interesse del soggetto privato che promuove l'azione determini un aumento di litigiosità tra le parti.

Nel sistema statunitense lo strumento della *class action* si è infatti prestato a numerosi abusi, dovuti alla proliferazione di cause spesso palesemente infondate.

Un recente studio ha rilevato che tutte le *class action* derivanti da illeciti extracontrattuali di massa si sono concluse con accordi transattivi. **G. Priest**, *Economics of Class of Class Action*, in *9 Kansas Journal of Law and Public Policy*, 481., mentre un'indagine sulle *class action* nel settore finanziario ha stimato che l'87,6% delle stesse avviate tra il 1988 e il 1996 è terminato con una transazione. **O'Brien**, *A study of Class Action Securities Fraud Cases 1988-1996*, 16..

A questo proposito, è stato più volte rilevato che il raggiungimento della transazione avviene di frequente anche laddove di fatto non vi sia nulla da transigere al solo fine di evitare da parte delle imprese il rischio di perdite. Inoltre non è infrequente che gli stessi consumatori non percepiscano in pratica alcun reale risarcimento ovvero risarcimenti irrisori (si parla in questi casi di "legal o judiciary blackmail"). Il frequente ricorso ad accordi transattivi ha indotto la nascita di studi legali specializzati nella ricerca di soggetti nei confronti dei quali avviare una *class action*.

Non è da escludere che analoghi rischi di abusi possano realizzarsi anche in Italia, soprattutto se si considera che il recente decreto Bersani Art. 2 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge n. 248/2006, ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari, che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e regolamentari, il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti. L'abolizione del divieto del *patto di quota lite* può rappresentare un pericoloso strumento, destinato a facilitare la creazione di "professionisti della *class action*", interessati a incrementare il contenzioso, più per un personale ritorno economico, che per il beneficio di una collettività realmente lesa, con il rischio di determinare degenerazioni analoghe a quelle che si sono verificate negli Stati Uniti.

Se questa è la strada che il legislatore intende perseguire, sarebbe in ogni caso opportuno adottare degli strumenti normativi o delle precise regole processuali, idonee a prevenire tali abusi.

Negli Stati Uniti, l'accesso indiscriminato alle *class action* è stato esplicitamente affrontato attraverso un intervento normativo settoriale: il *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995 (PSLRA). La legge ha dettato regole procedurali specifiche in risposta alla diffusa percezione di un eccessivo e ingiustificato ricorso alla *class action* per presunte violazioni della normativa dei mercati finanziari.

In conseguenza della riforma, che ha però interessato unicamente il settore finanziario, la domanda di risarcimento deve essere corredata da una circostanziata descrizione dei fatti sui quali la medesima si fonda (c.d. *pleading with particularity*), mentre viene negata la possibilità di richiedere la produzione di documentazione in possesso dell'altra parte o l'escussione di testimoni prima che il giudice si pronunci sulla certificazione (*discovery*). Tali regole sono servite a penalizzare la proposizione di *class action* nei confronti di illeciti che non siano già conclamati o che comportino un danno complessivo di importo non adeguato alla sopportazione dei costi giudiziari.

3.2. Il procedimento.

Le proposte di legge all'esame del Parlamento presentano significative diversificazioni sotto il profilo procedurale. Nessuna di queste affronta, tuttavia, in maniera diretta i problemi derivanti dallo scarso coordinamento con le regole processuali che informano il nostro ordinamento.

Dal punto di vista della struttura del procedimento, i disegni di legge possono essere suddivisi in due categorie tendenzialmente omogenee.

Il disegno di iniziativa governativa e alcuni di quelli di estrazione parlamentare, attribuiscono alle citate organizzazioni collettive l'ottenimento di una sentenza di accertamento della responsabilità in relazione ad atti illeciti, idonei, naturalmente, a offendere una pluralità di individui. Sulla base della eventuale sentenza di accoglimento dell'azione collettiva, ciascuno dei soggetti lesi avrà la facoltà di esercitare, in un successivo giudizio, la domanda per ottenere il risarcimento del danno subito.

Questo meccanismo "*bifasico*", che ha certamente il pregio di rendere più compatibile l'istituto in via di definizione con le tradizionali regole procedurali del nostro ordinamento, non sembra tuttavia rispondere agli obiettivi che il legislatore intende perseguire. Rinviando alla successiva azione individuale il risarcimento del danno, accertato dalla sentenza di accoglimento dell'azione collettiva, il numero delle controversie sembra destinato ad aumentare piuttosto che a diminuire, così vanificando gli intenti di deflazione del contenzioso e di riduzione dei costi connessi. Dal punto di vista delle imprese, inoltre, l'essere convenute oltre che in un primo giudizio collettivo, anche nelle successive procedure azionate dai singoli soggetti lesi, è destinato a determinare una indebita moltiplicazione dei costi legali delle azioni difensive.

Nelle restanti proposte normative, il procedimento è articolato in un'unica fase. Anche in questo caso, la pronuncia giudiziale si limita a determinare i criteri per la quantificazione concreta del risarcimento, mentre la definizione del *quantum* è rimessa a un curatore amministrativo nominato dal giudice.

Questa procedura richiama, sia pure in maniera imprecisa e sommaria, le regole procedurali proprie del sistema statunitense, che prevedono forme di comunicazione e quindi di partecipazione al procedimento di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti. Sarebbe in ogni caso necessaria, tuttavia, una migliore articolazione dei meccanismi di comunicazione e partecipazione dei soggetti lesi, al fine di rendere più conformi al dettato costituzionale la procedura ed i relativi effetti.

Si potrebbe, inoltre, proporre che il soggetto danneggiato che intende avvalersi degli effetti giuridici della sentenza di condanna deve aderire formalmente all'iniziativa promossa da uno dei soggetti legittimati ad agire entro un periodo fissato (es. due mesi) dalla data di richiesta di condanna effettuata da uno dei soggetti abilitati.

3.3. Il fatto tipico e l'ambito di applicazione.

Le diversità esistenti tra i due gruppi di proposte oggi all'esame incidono anche sul piano del fatto tipico e dell'ambito applicativo dell'azione.

Nel disegno di legge governativo, l'azione collettiva può essere esercitata in presenza di atti illeciti commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti, di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali.

Altre proposte estendono il presupposto della *class action* a qualsiasi atto illecito che presenti i caratteri della plurioffensività.

Infine, un terzo gruppo di proposte limita l'esercizio dell'azione collettiva ai casi di illeciti contrattuali realizzati nell'ambito dei rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo moduli o formulari *ex art.* 1342 codice civile.

Nessuna delle proposte normative in esame ripercorre invece la scelta adottata nella passata legislatura che escludeva l'applicabilità della *class action* nei settori in cui siano previste procedure di conciliazione o arbitrali per la risoluzione delle medesime controversie innanzi ad autorità amministrative indipendenti o approvate dalle autorità di regolazione. Va al riguardo ricordato che in passato l'esigenza di tutela dei consumatori e utenti è stata efficacemente realizzata anche mediante l'istituzione di un articolato sistema di Autorità Indipendenti, volto a controllare e regolare nell'interesse dei consumatori e utenti i diversi settori produttivi.

È pertanto necessario valutare l'opportunità di mantenere questa scelta, escludendo dal campo di applicazione della *class action* i settori nei quali valgono regolamentazioni che prevedono forme di risarcimento da destinarsi, per il tramite di Autorità Pubbliche, ai consumatori o alle associazioni che li rappresentano. Ciò anche al fine di evitare la creazione di un sistema di scarsa coerenza, che vede la duplicazione di meccanismi di controllo, piuttosto che una loro razionalizzazione.

Nel caso in cui non fosse possibile riconfermare la predetta esclusione, sarebbe comunque opportuno prevedere un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi all'Autorità di settore, al cui esperimento subordinare la procedibilità

dell'azione di classe. Dette conciliazioni potrebbero svolgersi oltre che dinanzi a tali Autorità anche davanti ad altri organismi o enti di regolazione per gli ambiti di attività per i quali non siano ancora costituite autorità indipendenti di settore.

Occorre infine circoscrivere, almeno in una prima fase, l'applicazione del nuovo modello processuale ad un numero limitato di illeciti (es. soltanto ai fatti commessi con dolo o colpa grave), anche al fine di poter meglio valutare le ricadute applicative non solo di natura giuridica, ma anche economica e sociale dell'introducendo istituto.

4. Gli elementi “irrinunciabili” di un'eventuale azione di classe.

Dopo aver rilevato le principali carenze di ordine giuridico e sistematico che le proposte presentano, occorre ora evidenziare i principi irrinunciabili che dovrebbero caratterizzare un'eventuale azione collettiva.

4.1. L'esatta individuazione delle parti coinvolte nel giudizio.

Un primo filtro preliminare che una eventuale legge in materia di *class action* dovrebbe contenere attiene all'esatta identificazione delle parti nei cui confronti il procedimento si svolge.

Nel nostro ordinamento, come si è avuto modo di evidenziare, tale profilo è collegato al principio di cui all'art. 2909 c.c.

Nessuna delle proposte presentate disciplina chiaramente tale aspetto.

L'assenza di questo meccanismo produce risultati irragionevoli sotto il profilo sistematico e con ogni probabilità anticostituzionali. Come si è avuto modo di precisare, l'art. 24 Cost. sancisce il diritto individuale di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi ad agire. Un sistema di *class action* che vincoli l'individuo al risultato di un'azione collettiva esercitata da altri è evidentemente contrario a tale principio.

Non sembrano del resto convincenti neppure quelle proposte che strutturano la procedura in due distinte fasi, lasciando presumere che il cittadino “scelga di aderire” all'azione solo all'esito della causa, promuovendo il giudizio nel quale si sostanzia la seconda fase. Un processo non è e non deve diventare una sorta di “*offerta al pubblico*” in cui il consumatore può “scegliere” fra diverse sentenze che gli sono offerte ed aderire a quella che gli è più conveniente.

Sotto diverso profilo, va aggiunto che la mancata definizione delle parti processuali potrebbe risolversi a tutto svantaggio dello stesso consumatore che non potrebbe avere la certezza di invocare a proprio vantaggio la sentenza ottenuta dal soggetto istante (associazione/singolo legittimato), atteso che, ai sensi del citato art. 2909 c.c., la sentenza non ha efficacia di giudicato nei confronti del consumatore che non è stato parte del procedimento: nei suoi confronti, la sentenza sarebbe da ritenersi come “*intervenuta fra soggetti diversi*”.

Per evitare tali incongruità e disfunzioni è necessario che sin dall'introduzione dell'azione collettiva (o già nella fase collettiva, se il legislatore adottasse la struttura bifasica) sia possibile identificare quali consumatori sono parte del procedimento, in modo da essere destinatari naturali degli effetti della decisione e coperti dal giudicato.

Tale risultato potrebbe essere garantito realizzando forme di comunicazione relative all'avvio di un'azione di classe e consentendo meccanismi di adesione alla stessa da parte dei singoli soggetti interessati.

Con riferimento al primo profilo, il nostro ordinamento già dispone di mezzi di comunicazione collettiva (notificazione per pubblici proclami, ex art. 150 c.p.c. o mediante pubblicazione su quotidiani a diffusione nazionale) attraverso i quali rendere noto l'avvio di un'azione di classe a tutti i soggetti lesi da un medesimo illecito.

Quanto ai meccanismi di adesione, sarebbe poi opportuno introdurre nel nostro ordinamento lo strumento c.d. dell'*opt-in* (presente nella procedura della *class action* statunitense e importato anche in numerosi ordinamenti europei come Svezia e Francia) che offrirebbe ai singoli soggetti interessati dalla procedura la possibilità di adesione entro un dato termine oltre che essere vincolati al suo esito, sia in caso di accoglimento sia in caso di rigetto della dell'istanza.

4.2. Il giudizio di accertamento preventivo e la certificazione del giudice.

Un'eventuale azione di classe richiederebbe che il legislatore intervenisse in termini quanto più chiari circa un giudizio di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria in merito all'ammissibilità e alla legittimità della domanda, ciò al fine di evitare la proposizione di domande pretestuose o infondate.

Nessuna delle proposte legislative definisce però in maniera chiara un vaglio preliminare del giudice.

Traendo spunto dal sistema statunitense, si osserva che in tale ordinamento l'avvio dell'azione è subordinato ad una stringente attività di accertamento dell'autorità giudiziaria, che deve verificare la sussistenza di una serie di requisiti formali per il rilascio della c.d. *certification*. La valutazione del giudice cade sull'effettiva sussistenza di alcuni elementi formali, quali l'ampiezza dell'eventuale classe tale da rendere impraticabile la trattazione individuale delle singole

domande (*numerosity*), sussistenza di una o più questioni di fatto o di diritto comuni a tutti i componenti della classe (*commonality*).

Un giudizio di accertamento preventivo deve essere necessariamente definito anche nell'ambito dell'istituto che si vuole introdurre. L'ammissibilità della azione collettiva deve, infatti, essere subordinata all'accertamento circa la sua effettiva fondatezza – sia in fatto, sia in diritto – laddove invece azioni meramente temerarie o esclusivamente finalizzate a estorcere una transazione all'impresa convenuta devono essere negate.

La fissazione dei parametri di un tale giudizio potrebbe essere rinviata dal legislatore ad uno o più regolamenti attuativi, strumenti che consentirebbero di adattare più facilmente tali criteri alle dinamiche dei mercati.

È di particolare rilevanza inoltre che mediante tale giudizio preventivo si consenta al giudice di valutare se l'azione di classe sia effettivamente lo strumento più idoneo a risolvere la questione in essere, dal momento che il ricorso all'azione di classe dovrebbe essere limitato a quei soli casi nei quali le posizioni giuridiche sono omogenee.

È evidente che l'attribuzione in capo all'organo giudicante della valutazione circa la procedibilità della domanda richiede una attenta analisi dei numerosi risvolti di natura economica e sociale, oltre che giuridica, che un simile procedimento solleva.

Ancora una volta Confindustria suggerisce al legislatore l'opportunità di valutare l'istituzione di sezioni specializzate, che avrebbe certamente il pregio di consentire una migliore applicazione del nuovo procedimento, concentrando le controversie in pochi e specifici uffici.

4.3. Il divieto di reiterazione delle azioni collettive.

Un ulteriore aspetto da sottolineare attiene alla necessità di evitare la reiterazione di azioni collettive nei confronti dello stesso convenuto in relazione a una medesima fattispecie.

I progetti presentati prevedono tutti l'unicità del foro competente, identificato in quello del convenuto. Questa scelta è certamente apprezzabile e va quindi mantenuta, resta tuttavia insoddisfatta l'esigenza di impedire il ripetersi nel tempo di azioni relative alla medesima fattispecie.

Le attuali proposte normative non dispongono di meccanismi idonei a precludere la presentazione della stessa azione proposta da un altro soggetto o da questo persa (o vinta solo in parte). Il convenuto si troverebbe così a dover subire più volte esattamente lo stesso processo, con evidente rischio di contrasto di giudicati – uno degli obiettivi primari dei progetti di legge è proprio evitare il contrasto fra giudicati – e chiara violazione del principio del “*ne bis in idem*”, comunemente riconosciuto come di valenza costituzionale in campo penale e recentemente discusso e considerato anche a livello comunitario. Al riguardo si segnalano sia l'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione Europea (Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato: “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”) che il Progetto di decisione quadro sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*, GU C 100 26.04.2003., ma che deve necessariamente trovare applicazione anche in materia civile. Tale principio è richiamato dall'art. 39 c.p.c. quale – come confermato dalla Cassazione “*Il principio del ne bis in idem, posto dall'art. 39 c.p.c., che è norma di ordine pubblico processuale, determina l'improcedibilità del processo che nasca dalla indebita reiterazione di controversia già in corso, imponendo la cancellazione dal ruolo della causa che risulti posteriormente iscritta. La omessa cancellazione è emendabile anche in fase di impugnazione, inficiando radicalmente la sentenza, mentre non incide sulla validità della causa prioritariamente iscritta (e della decisione che l'abbia conclusa), in relazione alla quale non sussisteva obbligo di riunione con quella successiva, atteso il carattere solo formale ed apparente della duplicità di procedimenti*” (Cassazione Civile 10 marzo 1999 n. 2064). – principio “di ordine pubblico”, e pertanto in un certo senso “sovraordinato” rispetto alla legislazione ordinaria, sia in ambito interno che comunitario. In tal senso si richiama l'art. 27 della Convenzione di Bruxelles, ed ora l'art. 34 del Regolamento EU 2001/44, che consente – quale norma chiaramente eccezionale – di impedire il riconoscimento di sentenze rese in un altro stato contraente qualora in contrasto con una decisione già emessa, proprio a salvaguardia del principio in parola. Evidente poi la violazione del principio di rilevanza costituzionale del principio della parità delle parti processuali e del “giusto processo”.

4.4. Il deposito cauzionale da parte del soggetto istante.

Se l'introduzione di un meccanismo di aggregazione processuale può rendere economicamente conveniente l'accesso alla giustizia, tale effetto dovrebbe essere bilanciato da analoghi meccanismi che prevengano un accesso strumentale e pretestuoso.

Si è constatato infatti che una delle ragioni dell'intasamento della giustizia italiana è il troppo agevole accesso sotto il profilo dei costi.

Se non si pongono limiti di natura economica, è alto il rischio che le aule giudiziarie vengano inondate dalla

instaurazione di giudizi di classe non necessariamente fondati, ma comunque destinati al vaglio di ammissibilità o di diniego dell'autorità giudiziaria.

Si suggerisce pertanto di valutare attentamente l'opportunità di prevedere, in via obbligatoria, un deposito cauzionale da parte del soggetto istante che intenda avviare la causa collettiva. Tale requisito congiuntamente al meccanismo della responsabilità aggravata *ex art. 96* codice di procedura civile può rappresentare un efficace strumento di dissuasione dalla instaurazione di cause meramente temerarie o palesemente infondate, destinate a incrementare il già pesante carico giudiziario che affligge il nostro ordinamento.

Conclusioni

L'introduzione della azione di classe è destinata a comportare un importante mutamento anche sociale dell'uso dello strumento processuale.

Accanto agli aspetti di natura strettamente giuridica, che si è cercato di evidenziare, il secondo ordine di considerazioni che il legislatore non può trascurare attiene alla valutazione delle ricadute applicative dell'istituto.

È importante evitare che l'uso dell'azione di classe si trasformi in abuso, con evidente pregiudizio per le imprese convenute.

I rischi sono inevitabili se non si introducono filtri volti a prevenire la proposizione di azioni palesemente infondate, ma finalizzate ad estorcere ed ottenere transazioni convenienti.

Tali profili di rischio sono tanto più evidenti e pericolosi quanto più grandi sono le imprese nei confronti delle quali si instaurano i relativi giudizi.

È sufficiente in tal senso pensare al settore delle società quotate: può essere destabilizzante, anche per i risparmiatori, che l'andamento di un titolo quotato sui mercati regolamentati o uno strumento finanziario diffuso tra il pubblico possa essere condizionato dalla eventuale pendenza di un giudizio di classe nei confronti della emittente.

Occorre pertanto ribadire, concludendo, che l'introduzione di questo strumento venga valutata dal legislatore con molta cautela, che sia svolta una accurata analisi costi/benefici e che, nel caso in cui si opti per la sua introduzione, la sua operatività venga collegata a vincoli e filtri tali da garantirne un'efficace tutela di tutti i soggetti processualmente coinvolti, temperandola con altre forme risarcitorie e di conciliazione.

Infine, sarebbe in ogni caso necessario subordinare la definitiva attuazione dell'azione di classe ad una preventiva fase sperimentale, analogamente a quanto effettuato dal legislatore tedesco. In Germania, infatti, nel 2005 è entrata in vigore una legge che ha permesso, per un periodo sperimentale dalla durata di cinque anni, l'instaurazione di un unico processo c.d. esemplare per il risarcimento di danni nei casi di falsa, ingannevole o omessa informazione al mercato finanziario, ovvero inadempimento contrattuale in relazione a un'offerta pubblica di acquisto.

Per informazioni rivolgersi a:

Confindustria

Viale dell'Astronomia, 30

00144 Roma (Italia)