



CAMERA DEI DEPUTATI

Commissione Giustizia

**Esame dei progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione
collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori**

Audizione del Presidente dell'Associazione bancaria italiana

Avv. Corrado Faissola

Roma, 4 aprile 2007

SOMMARIO

I. Premessa - 1. Interessi diffusi e collettivi: azioni inibitorie e azione di classe - 2. Azione di classe e strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie nel settore bancario - 3. *Segue*: l'ombudsman-giurì bancario - 4. *Segue*: il "Conciliatore Bancario" - 5. *Segue*: strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie come momenti di autoregolamentazione - 6. Il ddl esaminato nella precedente legislatura.

II. Analisi comparata dei progetti di legge presentati in Parlamento - 7. Introduzione. - 8. Ambito oggettivo di applicazione - 9. Legittimazione attiva alla promozione dell'azione di classe - 10. Istanza di ammissione - 11. Obbligatorietà della conciliazione preventiva - 12. Identificazione dei soggetti beneficiari dell'azione di classe - 13. Meccanismi di adesione all'azione collettiva - 14. Svolgimento dell'azione nei ddl del primo gruppo - 15. Svolgimento dell'azione nei ddl del secondo gruppo.

III. Principi generali dell'ordinamento ed esperienze straniere - 16. Compatibilità dell'azione di classe con l'art. 24 della Costituzione - 17. Compatibilità dell'azione di classe con i principi del sistema processuale civile - 18. Analisi di alcune esperienze legislative straniere - 19. *Segue*: La recente revisione della disciplina dell'azione di classe in alcuni paesi europei - 20. La disciplina della *class action* negli Stati Uniti - 21. Le indicazioni sul piano comunitario 22. Conclusioni.

IV. Contenuti necessari per un'adeguata regolamentazione della materia - 23. La disciplina dell'azione collettiva *de iure condendo*: gli auspici dell'industria bancaria - 24. *Segue*: l'ambito oggettivo dell'azione - 25. *Segue*: i passaggi procedurali dell'azione - 26. *Segue*: la necessità di evitare azioni pretestuose - 27. *Segue*: il necessario *favor* per una risoluzione non giudiziale della azione di classe - 28. *Segue*: la necessità di una disciplina transitoria.

Premessa

L'Associazione Bancaria Italiana ringrazia dell'opportunità che le viene offerta per illustrare, in sede istituzionale, il proprio orientamento su un istituto di particolare rilevanza, suscettibile sia di modificare sensibilmente le modalità di tutela dei diritti dei singoli, sia di provocare notevoli ricadute sul sistema delle imprese.

Il sistema bancario nutre forti perplessità sulla coerenza del ricorso all'azione collettiva, nei termini previsti dai ddl attualmente in Parlamento, con il raggiungimento effettivo di obiettivi di tutela del consumatore, di snellimento del contenzioso¹, di agevolazione dell'accesso alla giustizia da parte di soggetti lesi da un illecito c.d. "plurioffensivo" e, nel contempo, di presidio all'integrità del sistema delle imprese che ne dovrebbero ispirare l'introduzione.

In tal senso depone, oltre all'analisi dei vari disegni di legge presentati in Parlamento nei mesi scorsi, in primo luogo l'esperienza delle principali regolamentazioni estere, da cui sono emersi forti elementi di criticità che, come nel caso degli USA, hanno inciso negativamente sullo sviluppo dei mercati finanziari, con effetti di dislocazione delle transazioni a vantaggio di piazze estere, in particolare quella londinese.

In secondo luogo, va necessariamente tenuto conto delle iniziative assunte o preannunciate dalla Commissione Europea, sia sul fronte delle azioni collettive riconducibili a decisioni delle Autorità *antitrust* – il c.d. *private enforcement* – sia sul più ampio e generale fronte della protezione dei consumatori, che ha visto recentemente la Commissaria competente preannunciare l'avvio di un approfondimento sul tema.

Nell'apprezzare quindi l'opportunità offertaci dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, di seguito sono svolte talune considerazioni che intendono, da un lato, sottolineare il ruolo dei meccanismi di soluzione alternativa delle controversie nell'ottica di un governo rapido e incisivo del contenzioso promosso dai

¹ E' nota la grave situazione organizzativa in cui versa la giustizia italiana, situazione che rende urgente una riflessione sulle possibili modalità con le quali combattere il congestionamento delle Corti e garantire un'efficiente gestione della lite e la sua composizione in tempi rapidi. Secondo l'Istat, infatti, per il 2003, i procedimenti civili di primo grado sopraggiunti sono stati circa 1.463.000 con un aumento del 10,8% rispetto all'anno precedente. Quelli esauriti, invece, sono diminuiti del 3,2% (circa 1.494.000 unità). Per quanto riguarda i ricorsi sopravvenuti in grado di appello, essi sono stati circa 127.000, in aumento del 13,4% rispetto al 2002, mentre le cause esaurite sono state pari a circa 101.000 (2.200 in meno dell'anno precedente). In controtendenza l'attività della Corte di cassazione, per la quale, rispetto al 2002, si è registrata una diminuzione del 12,8% nel numero dei procedimenti sopravvenuti e un aumento del 9,6% di quelli esauriti. Relativamente alla durata media dei procedimenti civili, secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia nell'anno 2004 si è registrata la seguente situazione: 401 giorni per il primo grado di giudizio, 860 per il grado di appello e 910 per il giudizio in cassazione. Nel passaggio da un grado ad un altro di giudizio decorrono mediamente 240 giorni.

consumatori, dall'altro indicare alcuni punti fortemente critici, ricavabili dal tessuto regolamentare in discussione, che ne consigliano un'attenta e meditata rivisitazione, suggerendo al contempo taluni percorsi evolutivi.

1. Interessi diffusi e collettivi: azioni inibitorie e azione di classe - Negli anni Settanta dello scorso secolo nella giurisprudenza e nella dottrina italiana si è sviluppato un intenso dibattito sulla rilevanza degli interessi diffusi e collettivi, sui soggetti legittimati alla loro tutela, sugli effetti delle pronunce rese nei giudizi in cui essi fossero stati fatti valere. Dopo interventi settoriali (azione del sindacato per la repressione della condotta antisindacale: art. 28, legge n. 300 del 1970; legittimazione delle associazioni ambientaliste per la richiesta di danni ambientali: legge n. 349 del 1986), il legislatore, nel recepire obblighi comunitari, è intervenuto nel settore della tutela dei consumatori con la disciplina dell'inibitoria della pubblicità ingannevole (art. 7 d.lgs. n. 74 del 1992) e delle clausole abusive (art. 1469-*bis* ss. c.c.), per poi pervenire all'approvazione della legge n. 281 del 1998, dedicata alla "disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti". L'art. 3 di tale legge (ora rifluito nel codice del consumo) prevede che le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi richiedendo al giudice competente di inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani.

Si è molto discusso sulla portata di una simile disposizione e tuttavia, sia per difetto di casistica giurisprudenziale specifica, sia per difficoltà interpretative, risulta difficile vedere in essa qualcosa di più di una legittimazione delle associazioni dei consumatori, e dei loro iscritti, a far valere interessi diffusi o collettivi. In particolare, non ha avuto successo il tentativo ermeneutico di chi riteneva che fra le «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi» dovesse rientrare l'obbligo di risarcire i danni subiti dai soggetti lesi dal comportamento inibito.

Questa infatti appare essere la diversità intrinseca, sotto il profilo dell'oggetto, fra le azioni inibitorie e quella di classe: un conto è imporre o proibire per il futuro un determinato comportamento o rimuoverne uno che è stato giudicato lesivo degli interessi dei consumatori e tutt'altro conto è chiedere il risarcimento dei danni da costoro subiti a seguito di detto comportamento. Nell'un caso si tratta di accertare un comportamento e valutare la sua legittimità; nell'altro di verificare e quantificare un danno, con le inevitabili questioni specifiche che un simile accertamento richiede. Si vuol dire cioè che in quest'ultimo tipo di accertamento viene inevitabilmente in primo piano il diritto soggettivo del soggetto leso, il quale non

solo deve intervenire nel procedimento, ma deve anche essere libero di manifestare il proprio dissenso sia sull'esercizio stesso dell'azione, sia sui suoi risultati. Obiettivi che non possono essere colti con un'azione inibitoria.

2. Azione di classe e strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie nel settore bancario - Se dunque l'azione di classe può essere considerata come un passaggio significativo nella tutela di interessi diffusi e collettivi, si ritiene opportuno segnalare altresì come gli effetti che tale azione intende raggiungere possano esserlo anche attraverso meccanismi procedurali diversi e più semplici.

Il settore bancario, in particolare, ha da tempo preso atto della necessità di fornire alla clientela strumenti rapidi e poco costosi per risolvere controversie che, per il loro intrinseco scarso valore unitario, mal si prestano a una gestione attraverso il ricorso al giudice ordinario. Si sono dunque battute vie alternative che consentissero al cliente, che fosse stato ritenuto danneggiato da un comportamento non corretto della banca o dell'intermediario finanziario, di veder riconosciute le sue ragioni e di essere risarcito.

3. Segue: l'ombudsman-giurì bancario - Fin dal 1993 è infatti operativo l'accordo interbancario sull'ombudsman-giurì bancario e sull'ufficio reclami, mediante il quale, da un lato, le banche aderenti si impegnano a costituire al proprio interno un ufficio cui i clienti possono indirizzare i propri reclami su contratti e operazioni bancarie e finanziarie poste in essere con la propria banca e, dall'altro, questi possono, in caso di risposta insoddisfacente da parte dell'ufficio, rivolgersi all'ombudsman-giurì che assume la propria decisione. Tale decisione vincola la banca e l'intermediario aderente, mentre lascia libero il cliente di adire il giudice. La procedura, nella sua versione attuale, è attivabile da ogni cliente (rivista o meno consumatore in senso proprio) e, dinanzi al collegio, possono essere portate controversie per importi non superiori a 50.000 euro; l'intero procedimento è gratuito per il cliente e deve essere concluso (sia a livello di ufficio reclami che di ombudsman) entro tempi brevi (al massimo 180 giorni per le due fasi).

Con l'ombudsman-giurì si è dunque di fronte a una figura specifica, vero organo decidente, assimilabile a un collegio arbitrale, da cui però si distingue sia per le modalità di formazione sia per l'efficacia della decisione: sotto quest'ultimo aspetto si è già detto; circa la composizione, si segnala che l'ombudsman-giurì ha struttura stabile (non adattata cioè al singolo lodo), formata, nella compagine attuale, da un presidente nominato dal Governatore della Banca d'Italia e da quattro membri, la

cui autorevolezza e indipendenza sono garantite dal rispetto delle disposizioni comunitarie.

La flessibilità e l'efficienza del complessivo meccanismo oggetto dell'Accordo ne giustificano il successo crescente: nel 2005 i reclami pervenuti agli uffici ammontano a circa 203.000; i ricorsi presentati all'ombudsman-giuri a oltre 4.200; quelli decisi a più di 4.300. Inoltre, la continuità nel tempo ha consentito di individuare una "giurisprudenza" che si consolida su alcuni indirizzi, i quali orientano le scelte operative dell'industria bancaria, in un processo di crescente adesione a criteri di *best practice*.

4. Segue: il "Conciliatore Bancario" - Nel 2006, sulla scia di quanto disposto dall'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003, di modifica del processo societario, l'ABI ha promosso la costituzione di una associazione denominata "Il Conciliatore Bancario", deputata a gestire procedure di conciliazione delle controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria. Tale associazione, nel cui ambito confluirà anche l'ombudsman-giuri bancario, mantenendo intatte autonomia e modalità operative, opererà coordinando l'attività di conciliatori presenti in tutte le regioni, dotati dei requisiti richiesti dalla normativa vigente.

Il "Conciliatore Bancario" procede attraverso l'impiego di due tipologie differenti di conciliazione. Da un lato, qualora le parti lo richiedano, può allestire un procedimento "informale" - ovvero non disciplinato da una specifica normativa - nel quale, in caso di esito positivo, si giunge ad una transazione. Dall'altro - una volta ottenuta la menzionata iscrizione - potrà svolgere la forma di conciliazione introdotta dalla riforma del processo societario, che si caratterizza per il fatto che le parti sono assistite da un conciliatore indipendente che ha il compito di facilitare il raggiungimento di un accordo in un tempo contenuto. Tale ultimo tipo di conciliazione presenta importanti effetti giuridici, tra cui: il valore di titolo esecutivo del verbale di conciliazione omologato dal Tribunale; la sospensione, durante la procedura conciliativa, dei termini relativi alla prescrizione e alla decadenza; l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento in parola; l'esenzione dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro del verbale di conciliazione.

Si tratta di una procedura concettualmente alternativa rispetto a quella dell'ombudsman-giuri bancario, dal momento che la proposta di adire il conciliatore deve trovare il consenso dell'altra parte (mentre la banca non può sottrarsi al giudizio dell'ombudsman sollecitato dal cliente); che non si tratta di una decisione,

bensi di un aiuto alle parti a trovare una soluzione di compromesso, in mancanza della quale entrambe le parti sono libere di tutelare per altra via i propri interessi; la conciliazione non è gratuita per la clientela, dal momento che la normativa ne prevede l'onere a carico degli utilizzatori, sia pure contenuto in relazione alle tariffe stabilite per i conciliatori che fanno capo a organismi promossi da enti pubblici.

L'industria bancaria, dunque, propone alla clientela due strumenti alternativi: l'uno prevede una decisione, vincolante per la banca, in grado di risolvere la controversia, salvo il diritto del solo cliente di ritenersi insoddisfatto e di adire il giudice ordinario; l'altro offre un ausilio a trovare una soluzione di compromesso alla questione controversa, ausilio che deve essere accettato da entrambe le parti in lite.

Con entrambe le procedure si consente al cliente di vedere riconosciute le proprie ragioni e di ottenere il risarcimento del danno subito, esattamente come accade per la *class action*, in tempi ristretti, modalità semplici, onerosità economica nulla o contenuta. Certo, si tratta pur sempre di azioni individuali, ma è altrettanto certo che l'evoluzione delle descritte procedure può condurre al risultato di amplificare l'eco giuridica della decisione: colui che ricorre all'ombudsman-giurì bancario può farsi assistere o farsi rappresentare anche da associazioni dei consumatori, che potrebbero raccogliere istanze comuni a più clienti riferite al medesimo comportamento di una banca o di un intermediario; la menzionata implicita efficacia espansiva della "giurisprudenza" consolidata del collegio farebbe il resto. Nelle conciliazioni, è vero che la struttura del d.lgs. n. 5 del 2003 è abbastanza rigida, ma l'esperienza di conciliazioni portate avanti da singole banche d'intesa con le associazioni dei consumatori (che hanno il vantaggio di assicurare una maggiore serialità negli interventi) può essere tenuta presente per raffinare e completare il disposto legislativo.

Non vi sono quindi preclusioni di principio ad affermare che le finalità perseguite dall'azione di classe possono essere raggiunte anche attraverso la rivisitazione di meccanismi di *alternative dispute resolution*, che presentano l'indubbio vantaggio di minori oneri, maggiore efficienza, deflazione del carico degli uffici giudiziari.

5. Segue: strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie come momenti di autoregolamentazione - Entrambe le soluzioni proposte dall'industria bancaria per favorire l'accesso della clientela a procedure alternative rispetto al ricorso al giudice e, conseguentemente, per migliorare i rapporti con la clientela stessa rappresentano esempi di autoregolamentazione. L'ombudsman-giurì perché frutto di un accordo fra le banche; il "Conciliatore Bancario" perché esito di

una scelta effettuata dal settore di giovare delle opportunità che l'ordinamento forniva, a enti sia pubblici sia privati, di promuovere organismi conciliativi.

Viene così confermata l'efficacia di iniziative nascenti dagli stessi operatori, che si muovono negli spazi lasciati liberi dal legislatore o nell'ambito delle opzioni dallo stesso offerte, al fine di migliorare il complessivo quadro di riferimento normativo. È in questa logica, del resto, che l'industria bancaria ha da sempre operato, nel rispetto della disciplina e delle regole di concorrenza: non senza difficoltà, considerando che, come è noto, l'ordinamento nazionale è connotato da una forte tendenza "onnivora", che finisce per coprire ogni ambito di intervento.

Lasciano perplessi dunque disposizioni legislative o iniziative che vengano a restringere ulteriormente i margini concessi all'autoregolamentazione: ci si riferisce in particolare all'art. 128-*bis* tub, inserito dall'art. 29 della legge n. 262 del 2005, il quale, una volta che siano state emanate le necessarie norme attuative, renderà obbligatoria per le banche l'adesione a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i (soli) consumatori, sistemi che dovranno essere disciplinati nel loro funzionamento con delibera del CICR.

Iniziativa che vedessero autorità di settore non chiamate a determinare i principi generali, bensì coinvolte attivamente nella gestione di sistemi alternativi di soluzione delle controversie creano problemi di ordine sistematico (le autorità, al contempo, scriverebbero le norme, ne curerebbero l'interpretazione, ne vigilerebbero l'osservanza, dirimerebbero le controversie che dalla loro applicazione, o disapplicazione, derivassero), restringono l'ambito della autoregolamentazione (che sovente le autorità apprezzano e alle quali auspicano un più frequente ricorso), frenano il successo di procedimenti che la clientela ha mostrato di gradire.

6. Il ddl esaminato nella precedente legislatura – Sul tema della azione collettiva vi era stato, come noto, ampio dibattito anche nella scorsa legislatura, quando il ddl n. 3839 era stato approvato dalla Camera e poi trasmesso all'altro ramo del Parlamento (Atto Senato n. 3058, recante "Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti"), che non ebbe modo di discuterlo.

Quel testo, per stessa ammissione dei suoi sostenitori ed estensori, aveva ancora bisogno di molti affinamenti, ma è servito a mettere sul tavolo una questione seria e rilevante, favorendo il dibattito, contribuendo a chiarire assetti di interessi, possibili soluzioni, margini di criticità.

E da quell'esperienza sono nate alcune delle proposte oggi in Parlamento, che formeranno oggetto della presente disamina. Successivamente, si passerà a illustrare le questioni di principio e le principali esperienze estere, per concludere con alcuni suggerimenti che si ritiene possano riuscire utili al dibattito in corso.

II. Analisi comparata dei progetti di legge presentati in Parlamento

7. Introduzione - I contenuti dei disegni di legge in discussione possono essere ricostruiti intorno a due distinte tipologie. La prima (cui fanno capo i progetti Bersani², Benvenuto³, Maran⁴, Buemi⁵, Crapolicchio⁶) prevede la promozione dell'azione da parte delle associazioni dei consumatori o di altri soggetti specificamente legittimati e due fasi: all'esito dell'una si perviene a una sentenza generica di condanna, mentre con l'altra si giunge al risarcimento del danno subito dal singolo. La seconda (nella quale si annoverano i progetti Fabris⁷, Poretti⁸, Pedica⁹, Grillini¹⁰) attribuisce la legittimazione a promuovere l'azione a chiunque vi abbia interesse, contempla la presenza di un rappresentante della classe in veste di "promotore", adotta il meccanismo della "certificazione" della classe da parte del giudice e prevede un'unica fase di giudizio, al termine della quale pervenire al ristoro del danno subito dal singolo.

In sostanza, mentre nella prima alternativa si disegna un percorso normativo che tende a ricollegarsi il più agevolmente possibile ai principi del nostro ordinamento e del vigente procedimento civile, nella seconda sono più avvertiti echi e suggestioni dell'esperienza americana. Non è un caso infatti che nell'una ipotesi si opera una "novella" al codice del consumo, mentre nella seconda si predispone una legge *ad hoc*.

² Proposta di legge n. 1495 (Camera), presentata il 27 luglio 2006, del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia Mastella e con il Ministro dell'economia e delle finanze Padoa Schioppa.

³ Proposta di legge n. 679 (Senato), presentata il 26 giugno 2006, del Presidente della VI Commissione del Tesoro e delle Finanze Benvenuto.

⁴ Proposta di legge n. 1289 (Camera), presentata il 5 luglio 2006, dei deputati Maran e altri.

⁵ Proposta di legge n. 1662 (Camera), presentata il 19 settembre 2006, dei deputati Buemi e altri.

⁶ Proposta di legge n. 1883 (Camera), presentata il 7 novembre 2006, dei deputati Crapolicchio e altri.

⁷ Proposta di legge n. 1330 (Camera), presentata il 10 luglio 2006, dei deputati Fabris e altri.

⁸ Proposta di legge n. 1443 (Camera), presentata il 21 luglio 2006, dei deputati Poretti e altri.

⁹ Proposta di legge n. 1834 (Camera), presentata il 17 ottobre 2006, del deputato Pedica.

¹⁰ Proposta di legge n. 1882 (Camera), presentata il 6 novembre 2006, dei deputati Grillini e altri.

8. Ambito oggettivo di applicazione - La maggioranza dei progetti dispongono che l'azione collettiva possa essere proposta in relazione a tutti gli illeciti plurioffensivi contrattuali ed extracontrattuali, mentre alcuni di essi¹¹ ne limitano l'attivazione solo nell'ambito di inadempimenti a contratti conclusi su moduli o formulari ai sensi dell'art. 1342 c.c., con la precisazione che il ddl Maran¹² esclude la proponibilità dell'azione «nei settori in cui sono previste procedure di conciliazione o arbitrali per la risoluzione delle medesime controversie davanti a autorità amministrative indipendenti».

9. Legittimazione attiva alla promozione dell'azione di classe - Nell'ambito del primo gruppo di progetti si distingue fra quelli¹³ che attribuiscono la legittimazione alle associazioni dei consumatori e utenti inclusi nell'elenco compilato dal Ministero per lo Sviluppo Economico ai sensi dell'art. 139 del codice del consumo, alle associazioni di professionisti e alle camere di commercio e i progetti che l'attribuiscono alle sole associazioni dei consumatori iscritte. Per contro, i progetti riconducibili al secondo gruppo, riconoscono la legittimazione a chiunque vi abbia interesse¹⁴, fermo restando il meccanismo di certificazione della classe¹⁵; in tali progetti è altresì consentito che a promuovere l'azione siano comitati o associazioni, purché però a questi processualmente si affianchi almeno un soggetto che vi abbia interesse¹⁶.

10. Istanza di ammissione - In conseguenza di quanto richiamato al precedente paragrafo, nei progetti di cui al primo gruppo è sufficiente che l'associazione istante lamenti che i soggetti per i quali agisce siano stati danneggiati da un unico atto plurioffensivo¹⁷, non dovendosi in questo caso pervenire alla ricognizione dell'interesse ad agire del singolo, atteso quello generale, ancorché mediato, dell'ente esponenziale. Nei progetti di cui al secondo gruppo, invece, gli attori devono individuare il promotore della classe e fornire i criteri identificativi

¹¹ Benvenuto, art. 1, comma 1; Maran, art. 140, comma 8-*bis* codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 1, codice del consumo.

¹² Art. 140, comma 8-*bis* codice del consumo.

¹³ Bersani, art. 140-*bis*, comma 1, codice del consumo; Crapolicchio, art. 140-*bis*, comma 1 codice del consumo.

¹⁴ Fabris, art. 3, comma 1; Poretti, art. 3, comma 1; Pedica, art. 3, comma 1; Grillino, art. 3, comma 2.

¹⁵ Fabris, art. 7; Poretti, art. 7; Pedica, art. 7; Grillini, art. 7.

¹⁶ Fabris, art. 3, comma 1; Poretti, art. 3, comma 2; Pedica, art. 3, comma 2; Grillino, art. 3, comma 2.

¹⁷ Bersani, art. 140-*bis*, comma 1; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 1; Maran, art. art. 140, comma 8-*bis* codice del consumo.

della classe stessa nonché un elenco iniziale dei soggetti che la compongono¹⁸. Ciò al fine di consentire al giudice di definire detti criteri e di attivare l'elenco dei componenti¹⁹ che sarà via via aggiornato.

11. Obbligatorietà della conciliazione preventiva - In alcuni dei progetti di legge appartenenti al primo gruppo, è stabilito che, a pena di improcedibilità, le controversie a base della *class action* proposta sono sottoposte a tentativo preventivo obbligatorio di conciliazione innanzi a uno degli organismi di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003, iscritti nel registro tenuto dal Ministero della giustizia²⁰.

12. Identificazione dei soggetti beneficiari dell'azione di classe - Nei progetti di cui al primo gruppo, non vi è una individuazione chiara, perché "certificata", dei soggetti che possono beneficiare dell'azione collettiva. Come accennato, attori possono essere enti esponenziali di interessi diffusi, senza però che vi sia certezza su quali consumatori debbano essere coinvolti: non quelli iscritti (non solo perché non è stabilita una simile regola, ma perché essa non avrebbe senso per le Camere di commercio), ma neppure quelli appartenenti alla classe, perché non ne è prevista una determinazione sicura ad opera del giudice; non resta che parlare genericamente di una pluralità di persone i cui diritti siano stati lesi da un illecito plurioffensivo.

Diversa sotto questo aspetto è la soluzione dei progetti di cui al secondo gruppo, che tutti prevedono la necessaria individuazione della classe da parte del promotore e una sua definizione da parte del giudice. Ne risulta che possono dirsi beneficiari dell'azione tutti coloro che soddisfano i requisiti in base ai quali la classe è stata determinata dal giudice.

13. Meccanismi di adesione all'azione collettiva - Chiarita la diversità fra i due gruppi di progetti in termini di identificazione dei soggetti beneficiari dell'azione, diversi risultano anche i meccanismi con i quali si realizza il coinvolgimento di detti soggetti. In particolare, nei progetti del primo gruppo, non vi è una disposizione risolutiva a questo fine, ma solo indirettamente si può pervenire alla soluzione prescelta. Infatti si dispone²¹ che l'atto con cui si promuove l'azione collettiva produce effetti interruttivi della prescrizione «anche con

¹⁸ Fabris, art. 4, comma 1, lett. b, d, h; Poretti, art. 4, comma 1, lett. b, d, h; Pedica, art. 4, comma 1, lett. b, d, g; Grillini, art. 4, comma 1, lett. b, d, g.

¹⁹ Fabris, art. 9; Poretti, art. 9; Pedica, art. 9; Grillini, art. 9.

²⁰ Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 1 codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 1 codice del consumo.

²¹ Bersani, art. 140-*bis*, comma 2, codice del consumo; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 2, codice del consumo; Maran, art. 140, comma 8-*ter*, codice del consumo; Buemi, art. 141, comma 2, codice del consumo; Crapolicchio, art. 140-*bis*, comma 2, codice del consumo.

riferimento ai diritti di tutti i singoli consumatori o utenti conseguenti al medesimo fatto o violazione», previsione che fa ritenere come chiunque si ritenga leso dal fatto plurioffensivo possa giovare dell'esito positivo dell'azione di classe (indipendentemente dall'aver manifestato la volontà di aderirvi), salva rimanendo per lui la possibilità di adire il giudice singolarmente, senza temere di vedersi opposta la decadenza, laddove l'azione collettiva abbia avuto esito per lui insoddisfacente o negativo.

Nei progetti del secondo gruppo, prevale la funzione generalizzante dell'azione (nel senso che di essa possono giovare tutti i componenti della classe, individuata dal giudice secondo determinati criteri), con la precisazione però della necessità sia di un'esplicita adesione alla classe da parte del singolo²² sia di una altrettanto esplicita manifestazione di volontà per sciogliersi dall'adesione prestata²³. Per la verità, la predetta adesione può essere prestata non solo in sede di avvio dell'azione, bensì anche in qualunque altro momento successivo fino a sei mesi dalla data di pubblicazione della sentenza o dell'approvazione della transazione²⁴. Ne emerge dunque un impianto normativo secondo il quale qualunque soggetto appartenente alla classe può aderire (ma deve farlo formalmente) anche in ritardo, vale a dire dopo che altri abbiano condotto a buon fine l'azione di classe.

14. Svolgimento dell'azione nei ddl del primo gruppo - Il procedimento risarcitorio o restitutorio prefigurato dai ddl di cui al primo gruppo è strutturato su tre fasi, l'ultima delle quali eventuale.

A) La prima fase consiste nell'azione di accertamento giudiziale dell'eventuale responsabilità dell'impresa convenuta; la competenza territoriale è determinata in base al luogo ove il convenuto ha la residenza o la sede. Dal momento in cui le Associazioni o le Camere di commercio propongono l'istanza, si producono, come detto, gli effetti interruttivi della prescrizione a favore di tutti i singoli consumatori o utenti lesi dal medesimo fatto o dalla medesima violazione.

Ove l'istanza venga accolta, il giudice emette una sentenza di condanna dell'impresa (o del professionista) nella quale, se le circostanze lo consentono, vengono indicati i criteri in base ai quali deve essere determinato - nella fase

²² Fabris, art. 9, comma 2; Poretti, art. 9, comma 2; Pedica, art. 9, comma 2; Grillino, art. 9, comma 2.

²³ Fabris, art. 9, comma 4; Poretti, art. 9, comma 4; Grillini, art. 9, comma 4. Più coerentemente, il ddl Pedica, postulando l'esigenza di un *opt-in*, non ritiene possibile, una volta ottenuta l'adesione, sciogliersene, come emerge dal comma 3 dell'art. 3, il quale dispone semplicemente che «ciascun potenziale componente della classe *che non intende partecipare all'azione collettiva*, può avviare un'azione giudiziaria...».

²⁴ Fabris, art. 14, comma 2; Poretti, art. 14, comma 2; Grillini, art. 14, comma 2; una simile disposizione è assente nel ddl Pedica.

conciliativa o nel successivo giudizio individuale - l'importo da liquidare in favore di ciascun consumatore o utente danneggiato, ovvero viene stabilito l'importo minimo da liquidare ai singoli danneggiati²⁵. Il procedimento può tuttavia concludersi, anziché con una sentenza, con un accordo transattivo tra le parti, stipulato nel corso del processo davanti al giudice e avente quindi la forma della conciliazione giudiziale²⁶.

Affinché il giudizio abbia concreto effetto nei riguardi dei singoli (cioè conduca al loro risarcimento), occorre avviare la seconda fase.

B) A seguito della pubblicazione della sentenza di condanna o della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione, si apre la seconda fase del procedimento, di natura stragiudiziale, deputata alla definizione del *quantum* del risarcimento (o della restituzione) nonché alla determinazione dei modi e dei termini per il soddisfacimento dei singoli consumatori o utenti danneggiati. Questa fase – che è in ogni caso necessaria – può svolgersi, a scelta, davanti alla Camera di conciliazione istituita presso il tribunale competente (il collegio giudicante è formato in questo caso dai difensori delle parti ed è presieduto da un conciliatore, indicato dal consiglio dell'ordine degli avvocati, iscritto all'albo speciale per le giurisdizioni superiori) oppure presso uno degli organismi (pubblici o privati) di conciliazione previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003 (che disciplina il nuovo processo societario). Ove abbia esito positivo, la stessa è destinata a concludersi con un verbale di conciliazione che viene reso pubblico a cura e spese della parte convenuta nel precedente giudizio (prima fase)²⁷.

Anche questa fase vede coinvolte le parti del procedimento di primo grado, vale a dire le Associazioni o la Camera di commercio promotrici dell'azione giudiziale risarcitoria o restitutoria che viene però gestita dai singoli consumatori, i quali debbono dimostrare il danno subito. L'ultima parte del comma 5 dell'art. 140-*bis* del ddl Bersani²⁸ dispone che «la sottoscrizione del verbale [di conciliazione] (...) rende improcedibile l'azione dei singoli consumatori o utenti per il periodo di tempo stabilito nel verbale per l'esecuzione della prestazione dovuta». Ne segue che il

²⁵ Bersani, art. 140-*bis*, comma 3, codice del consumo; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 3, codice del consumo; Maran, art. 140, comma 8-*quater*, codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 3, codice del consumo; Crapolichchio, art. 140-*bis*, comma 3, codice del consumo.

²⁶ Bersani, art. 140-*bis*, comma 4, codice del consumo; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 4, codice del consumo; Maran, art. 140, comma 8-*quinqüies*, codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 4, codice del consumo; Crapolichchio, art. 140-*bis*, comma 4, codice del consumo.

²⁷ Bersani, art. 140-*bis*, comma 5, codice del consumo; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 5, codice del consumo; Maran, art. 140, comma 8-*sexies*, codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 5 codice del consumo; Crapolichchio, art. 140-*bis*, comma 5, codice del consumo.

²⁸ Riprodotto in Fabris, art. 141-*bis*, comma 1, codice del consumo; in Maran, art. 140, comma 8-*sexies*, codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 1, codice del consumo; Crapolichchio, art. 140-*bis*, comma 5, codice del consumo.

meccanismo conciliativo, oltre a essere un passaggio obbligatorio, dilaziona l'esercizio del diritto del consumatore di adire il giudice ordinario fino al momento in cui non si sia esaurita, con il pagamento della somma dovuta, la fase conciliativa, riconoscendo così l'ineludibilità del principio sancito nell'art. 24 Cost.

C) La terza fase del procedimento è eventuale e consegue all'inutile esperimento della composizione stragiudiziale della lite tra le Associazioni o le Camere di commercio e le imprese condannate. In questo caso il singolo consumatore o utente può agire giudizialmente, in contraddittorio, al fine di chiedere l'accertamento in capo a sé dei requisiti individuati dalla sentenza di condanna e la determinazione dell'ammontare preciso del risarcimento (o della restituzione). Nel giudizio promosso dal consumatore o dall'utente le Associazioni o le Camere di commercio non possono intervenire e la pronuncia del giudice a favore del singolo consumatore o utente costituisce titolo esecutivo²⁹.

15. Svolgimento dell'azione nei ddl del secondo gruppo - Diverse rispetto alle fasi fin qui illustrate sono le modalità di svolgimento dell'azione previste nei ddl in esame, le quali prevedono un unico giudizio che si conclude con il risarcimento del danno al singolo consumatore. In particolare:

a) la richiesta di avviare l'azione, avanzata dagli aventi diritto, viene resa pubblica e ad essa il convenuto può fare opposizione³⁰; sulla richiesta provvede il tribunale³¹;

b) il giudice nomina un "curatore amministrativo", cui competono una serie di adempimenti, fra i quali quello di gestire un "elenco dei soggetti appartenenti alla classe" che abbiano fatto richiesta di partecipare all'azione, sia in sede di avvio, sia successivamente³²;

c) l'azione così avviata viene decisa secondo il rito societario³³; sono ammesse transazioni in corso di causa (in cui viene stabilita la misura del risarcimento), approvate col voto favorevole della maggioranza dei partecipanti, purché alla votazione abbia preso parte almeno un terzo degli aventi diritto in prima convocazione³⁴;

²⁹ Bersani, art. 140-*bis*, comma 7, codice del consumo; Benvenuto, art. 141-*bis*, comma 6, codice del consumo; Maran, art. 140, comma 8-*octies*, codice del consumo; Buemi, art. 141-*bis*, comma 64, codice del consumo; Crapolicchio, art. 140-*bis*, comma 7, codice del consumo.

³⁰ Fabris, art. 11; Poretti, art. 11; Pedica, art. 11; Grillini, art. 11.

³¹ Fabris, art. 7; Poretti, art. 7; Pedica, art. 7; Grillini, art. 7.

³² Fabris, art. 7, comma 4, lett. c; art. 8; Poretti, art. 7, comma 4, lett. c; art. 8; Pedica, art. 7, comma 4, lett. c; art. 8; Grillini, art. 7, comma 5, lett. c; art. 8.

³³ Fabris, art. 10; Poretti, art. 10; Pedica, art. 10; Grillini, art. 10.

³⁴ Fabris, art. 11; Poretti, art. 11; Pedica, art. 11; Grillini, art. 11.

d) su richiesta del promotore della classe, qualora il giudice verifichi che il vantaggio economico ottenuto dal convenuto è minore del risarcimento del danno quantificato ai sensi dell'art. 1223 c.c. (danno emergente e lucro cessante), «stabilisce un risarcimento a favore della classe pari al vantaggio economico derivante dagli illeciti plurioffensivi accertati», vale a dire liquida il c.d. "danno punitivo" in favore di chi l'ha subito³⁵;

e) ove la procedura si concluda con sentenza, non si sia fatto luogo cioè all'accordo transattivo, il tribunale determina i criteri in base ai quali fissare la misura dell'importo da liquidare. La quantificazione del danno del singolo viene effettuata dal curatore amministrativo, che mette in pratica i menzionati criteri³⁶. La parcella dei difensori del promotore è pari a zero se l'esito dell'azione collettiva è negativo per la classe³⁷; in caso di esito positivo, essa è pari, nel massimo, al 10% dell'ammontare complessivo dei risarcimenti ottenuti³⁸;

f) nel decreto con il quale consente l'avvio dell'azione, il giudice deve inserire un rinvio al decreto che concede il gratuito patrocinio³⁹, con ciò attribuendo a tale istituto un ruolo nella promozione dell'azione collettiva.

III. Principi generali dell'ordinamento ed esperienze straniere

16. Compatibilità dell'azione di classe con l'art. 24 della Costituzione -

Molto diversi e articolati sono i contenuti dei ddl fin qui illustrati. Essi si trovano, tutti, nella situazione di introdurre nell'ordinamento nazionale un istituto che, per la sua funzione, per la sua finalità, per la sua natura, sembra presentare, almeno ad una prima analisi, aspetti di estraneità rispetto a taluni dei principi fondanti dell'ordinamento medesimo. È dunque necessario che di questo problema si faccia carico il legislatore e individui soluzioni che più di altre siano in grado di armonizzarsi con il contesto normativo di riferimento. Ciò non solo per evidenti ragioni di coerenza intrasistemica, ma anche per evitare che dubbi di costituzionalità paralizzino sul nascere l'applicazione della nuova legge.

Una autorevole dottrina ritiene che l'azione collettiva risarcitoria violi l'art. 24 della Costituzione che sancisce l'irrinunciabile diritto di agire in giudizio riconoscendolo in

³⁵ Fabris, art. 12; Poretti, art. 12; Pedica, art. 12; Grillini, art. 12.

³⁶ Fabris, art. 14; Poretti, art. 14; Pedica, art. 13; Grillini, art. 14.

³⁷ Fabris, art. 15, comma 1, lett. c; Poretti, art. 15; comma 1, lett. c; Pedica, art. 14, comma 1, lett. c; Grillini, art. 15, comma 1, lett. c.

³⁸ Fabris, art. 16; Poretti, art. 16; Pedica, art. 15, comma 2; Grillini, art. 16.

³⁹ Fabris, art. 7, comma 4, lett. e; Poretti, art. 7, comma 4, lett. e; Pedica, art. 7, comma 4, lett. e; Grillini, art. 7, comma 5, lett. e.

capo a ciascun cittadino per la tutela dei propri diritti. L'azione collettiva conduce alla eliminazione (totale o parziale) del contraddittorio e quindi alla eliminazione dell'attività difensiva dei singoli soggetti appartenenti alla classe rappresentata in giudizio, incompatibile con il sistema vigente quando il giudizio abbia riguardo ad interessi involgenti la sfera individuale del titolare del diritto controverso, come quello al risarcimento dei danni.

Tuttavia, l'articolazione "bifasica" dei ddl del primo gruppo potrebbe contribuire a superare il dubbio costituzionale ora enunciato. Come detto, la prima fase assume la forma di un giudizio di mero accertamento e si conclude, se del caso, con una sentenza di condanna generica; la seconda fase consiste nell'esercizio delle azioni individuali di risarcimento, che possono, in alternativa, prendere la forma di conciliazioni individuali. Ne segue che il risultato della seconda fase sia in ogni caso rispettoso dell'art. 24 Cost., prefigurando una decisione, giudiziale o meno, intervenuta con il singolo consumatore o utente, senza quindi pregiudicare le prerogative delle parti di un procedimento giudiziale. Quanto alla decisione di accertamento (quella di condanna generica) con la quale si conclude la prima fase, la circostanza che si tratta di valutare il comportamento tenuto o l'inadempimento posto in essere dall'impresa fa perdere rilievo al fatto che il singolo non possa far valere i propri interessi, i quali coincidono con quelli degli altri danneggiati (accertamento della responsabilità), sicché la presunta mancata aderenza al principio di cui all'art. 24 Cost. appare più formale che sostanziale.

Peraltro, a ben valutare questa situazione, si deve osservare che l'asserito mancato rispetto dell'art. 24 Cost., ove comporti la condanna generica dell'impresa, consente al singolo consumatore di giovare del vantaggio così ottenuto, provvedendo singolarmente a farsi liquidare il danno riconosciuto dall'azione di classe a favore della medesima; ove invece comporti l'assoluzione dell'impresa, il consumatore potrà, in ragione del suo diritto singolare, adire il giudice per ottenere l'accertamento della responsabilità dell'impresa e l'ammontare del danno subito. In altri termini, la pretesa soppressione del diritto del singolo di far valere i propri diritti attinenti la sua sfera personale, da un lato, non avviene nella determinazione del danno del consumatore bensì nell'accertamento della responsabilità dell'impresa; dall'altro, in caso di accertamento positivo, attribuisce a tutti coloro che si trovano in una determinata situazione la possibilità di far valere singolarmente il diritto al risarcimento.

In questa logica dunque, almeno in riferimento ai ddl del primo gruppo, sembrerebbe tentarsi un recupero di coerenza con il disposto dell'art. 24 della Costituzione che stabilisce il diritto individuale di agire in giudizio, atteso che la decisione che chiude la prima fase dell'azione collettiva ha natura essenzialmente di

giudizio di mero accertamento concludendosi, se del caso, con una sentenza di condanna generica concernente il solo profilo della responsabilità senza incidere nella sfera dei singoli. È la seconda fase, invece, che, avviata a mezzo di conciliazioni individuali di risarcimento da parte dei singoli consumatori o, in caso di insuccesso di esse, a mezzo di azione giudiziale, assumerebbe la forma di un giudizio avente per oggetto la determinazione in ogni singolo caso concreto del *quantum debeatur* e che si concluderebbe con una decisione che quantifica in contraddittorio il danno da risarcire.

17. Compatibilità dell'azione di classe con i principi del sistema processuale civile - La previsione di azioni collettive concernenti diritti individuali pone questioni di compatibilità anche con il sistema processuale e civile. Va valutato, in particolare, se vi sia contrasto con il principio di diritto sostanziale sancito dall'art. 2909 c.c., il quale limita l'estensione degli effetti del giudicato alle sole parti del processo, con la conseguenza che una sentenza *non può essere invocata* da quei soggetti che non abbiano partecipato al processo in cui la stessa è stata pronunciata⁴⁰.

Al principio in discorso si collega quello della integrità del contraddittorio, enucleato nell'art. 101 del codice di procedura civile, in base al quale, perché vi sia un processo regolare, è necessario che a ciascuno dei soggetti nei cui confronti la sentenza è destinata a produrre effetti sia assicurata la possibilità di partecipare al procedimento giudiziale e di difendersi in contraddittorio paritetico con le altre parti processuali. In altri termini, *tutti i destinatari di una sentenza devono essere contraddittori necessari nel processo* e la sentenza non può essere resa validamente nei loro confronti se gli stessi non sono messi in condizione di intervenire personalmente in giudizio.

Anche in ordine a questi dubbi, tuttavia, può richiamarsi quanto osservato al paragrafo precedente, enfatizzando il movimento "bifasico" dell'azione disegnata nei progetti di legge del primo gruppo. Infatti, l'accertamento dell'*an debeatur* avviene sì senza il completo rispetto dei principi di cui all'art. 101 c.p.c., ma si tratta di una determinazione che, se positiva, avvantaggia il singolo consumatore mentre, se negativa, non lo danneggia, senza contare poi che la successiva quantificazione del danno avviene attraverso il consueto meccanismo previsto dal codice di rito.

⁴⁰ Capponi, *Diritto comunitario ed azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Foro it.*, 1994, IV, 439; Consolo, *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 609; Giussani, *Studi sulle class action*, Padova, 1996, 371; Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le class action*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 609.

18. Analisi di alcune esperienze legislative straniere - Gli obiettivi che i disegni di legge sopra menzionati intendono perseguire sono stati affrontati dai legislatori di quei paesi che hanno già adottato un'azione di classe. Per la verità, anche su questo primo rilievo occorre qualche chiarimento, giacché, accanto a un'azione di classe vera e propria, nella quale emerge un raggruppamento di soggetti che, opportunamente determinato, trascende gli interessi dei suoi componenti, sono presenti anche azioni congiunte, come in Francia o in Grecia, nelle quali si realizza la somma di più azioni individuali, sia pure nell'ottica di una disciplina specifica.

Ciò premesso, anche circa la legittimazione all'azione diverse sono le soluzioni accolte: mentre nei paesi di *civil law* si fa riferimento alle associazioni dei consumatori particolarmente significative (Francia, Grecia, Spagna), in quelli di *common law* (Inghilterra e Stati Uniti), legittimato è chiunque vi abbia interesse, anche se tale interesse deve poi essere convogliato per il tramite di studi di avvocati, che aggregano il *litigation group*, poi asseverato dal giudice.

La diversa soluzione in ordine alla legittimazione giustifica anche un diverso atteggiarsi nelle modalità di individuazione della classe: mentre tale determinazione è agevolata laddove a procedere sia un'associazione dei consumatori (salva la verifica delle caratteristiche di rappresentatività che debbono connotarla), nell'altro caso spetta esclusivamente al giudice verificare la ricorrenza stessa dei requisiti aggreganti la classe, formalizzandosi così una procedura stringente per l'individuazione dei beneficiari dell'azione. A veder bene, la ricostruzione dei requisiti della classe, la loro determinazione, la loro certificazione mediante atto del giudice (di solito un decreto) rappresentano elementi nodali nella disciplina dell'azione, dal momento che tanto più è compiutamente individuato il gruppo legittimato, tanto più è giustificabile, in linea di principio, un'efficacia della sentenza nei riguardi di tutti i componenti il gruppo, anche se non hanno partecipato all'azione. In questo secondo senso sono orientate le legislazioni di Spagna, Grecia e Inghilterra, dove peraltro siffatta estensione è sottoposta al vaglio del giudice. È da rammentare che in Francia è in discussione un progetto di legge che modifica la disciplina ora in vigore e che in tale progetto è prevista l'estensibilità del giudicato verso tutti i componenti il gruppo, solo però ove non sia possibile, nel corso di causa, individuarli.

Così ricostruita l'efficacia soggettiva della decisione, va notato come solo in alcuni paesi è espressamente stabilito il divieto di promuovere ulteriori azioni collettive in presenza di quella pendente (o decisa). Particolarmente significativa è la soluzione spagnola – la quale passa per un'espressa modifica del codice di rito (*Ley de*

Enjuiciamiento Civil – secondo la quale la cosa giudicata a seguito di un’azione di classe ha efficacia anche verso chi appartiene alla classe ma non ha partecipato all’azione; non possono proporsi ulteriori azioni di classe per lo stesso fatto plurioffensivo. A ciò va aggiunto che, secondo il legislatore spagnolo, non possono neppure avviarsi azioni individuali da consumatori che non abbiano partecipato all’azione di classe: è appena il caso di precisare che dell’esistenza dell’azione di classe è obbligo dell’attore dare notizia *erga omnes* mediante la pubblicazione del decreto di ammissione della domanda.

È un elemento interessante questo desumibile dall’ordinamento iberico, che pure ha basi e principi non dissimili da quello italiano, dal momento che l’avvio di una azione di classe non solo blocca la proposizione di altre azioni dello stesso tipo, ma anche di quelle individuali, con una estensione degli effetti del giudicato assai ampia e significativa. Evidentemente, i vantaggi che il sistema giuridico riceve dall’introduzione di siffatta azione giustificano il sacrificio di singoli soggetti che, pur in presenza di una specifica pubblicità dell’azione in parola, non abbiano inteso parteciparvi. In altri termini, la mancata adesione integra una causa di decadenza dal diritto di far valere (anche) singolarmente il danno subito. Una soluzione che merita di essere tenuta presente nella discussione dei ddl esaminati.

Il sistema spagnolo merita qualche ulteriore richiamo, giacché vi si distingue un’azione collettiva (caratterizzata dalla circostanza che è possibile conoscere i soggetti interessati) e un’azione a tutela di interessi diffusi (caratterizzata dalla impossibilità di individuare i singoli beneficiari potenziali dell’azione medesima): il coinvolgimento degli interessati non inizialmente aderenti si ottiene nell’un caso attraverso la c.d. “chiamata collettiva” e, nell’altro, attraverso la notifica del decreto di ammissione della domanda. Si realizza perciò – esplicitamente integrando il tutto nell’ordinamento con opportune deroghe – una perfetta coincidenza fra massima pubblicità del procedimento, massima ampiezza di efficacia dello stesso, limitazione di ulteriori azioni giudiziarie.

Soluzioni diversificate sono presenti anche circa le fasi del procedimento, giacché la Spagna è orientata verso un andamento “bifasico” del tipo di quello dianzi illustrato, mentre negli altri paesi l’azione collettiva, sia pure con qualche differenza procedurale, si conclude con la liquidazione del risarcimento ai soggetti danneggiati.

19. Segue: La recente revisione della disciplina dell’azione di classe in alcuni paesi europei - Va inoltre notato che in molti paesi è in corso una fase di revisione della legislazione emanata in materia di azioni collettive. Si è già detto della proposta di legge francese, la quale generalizza l’azione di classe (nel diritto

vigente, è attivabile solo a fronte di danni derivanti da reato, negli altri casi essendo consentita solo un'azione congiunta (*action en representation conjointe*); la circoscrive entro limiti di valore annualmente stabiliti dal Consiglio di Stato; dispone una pubblicità specifica della domanda di ammissione e affida al giudice la valutazione dell'ammissibilità dell'azione e della composizione del gruppo; prevede una transazione fra l'impresa e l'associazione attrice, con la precisazione però che i singoli consumatori possono proseguire il giudizio anche dopo la stipula della transazione.

La Germania ha approvato la sua legge nel 2005, ultima fra i paesi considerati, ed essa merita qualche considerazione per l'originalità della soluzione. Anzitutto, si tratta di una legge "a tempo" che disciplina la *class action* per le sole dispute relative alla violazione della legge sul mercato dei capitali e del risparmio e che, entrata in vigore il 1° novembre 2005, cesserà di averne il 1° novembre 2010. L'attore che, in un processo di primo grado, ritiene di essere stato danneggiato da un fatto plurioffensivo, presenta domanda di *model case* ("causa modello") affinché il giudice accerti se vi sono le condizioni per instaurare un'azione di massa. In caso di accoglimento della domanda, il giudice individua le cause connesse, sospende i processi pendenti e li unifica tutti sotto la competenza della Corte Suprema Regionale, affinché instauri un'azione di classe; pubblica sulla *Federal Gazette* l'avviso relativo all'istanza introduttiva del *model case*; la Corte Regionale emette una sentenza di *model case* vincolante per tutti i giudici a quo, i quali, riavviati i processi, li decideranno vincolati dalla decisione della Corte.

In Germania dunque il risultato perseguito dalla azione di classe viene realizzato sospendendo i procedimenti aperti sulla base di un medesimo atto plurioffensivo, attendendo la decisione della Corte Regionale sulla questione unificante e dandovi poi applicazione una volta riassunti i procedimenti.

20. La disciplina della class action negli Stati Uniti - La breve ma significativa rassegna delle soluzioni seguite dalle legislazioni di alcuni paesi europei consente alcune di considerazioni. Anzitutto, deve osservarsi che non è una sola la via per giungere a soddisfare le esigenze perseguite da una azione di classe e che necessariamente essa deve avere ad oggetto i danni derivanti da qualunque fatto plurioffensivo. In secondo luogo, deve rilevarsi che nella individuazione di quella concretamente recepita occorre aver presenti i principi fondanti dell'ordinamento, in modo da scegliere quella che presenti, rispetto ad essi, il maggior tasso di compatibilità, nonché i minori rischi di creare effetti indesiderati, a cominciare da quelli che ricadono sulle imprese. Ciò peraltro senza dogmi aprioristici o rigidità eccessive, come la richiamata esperienza spagnola insegna.

Sempre in termini comparatistici, non può essere trascurato il rilievo come proprio nel paese, gli Stati Uniti, che l'ha creata, le ha dato il maggiore sviluppo e ha additato la propria disciplina come paradigma per molte altre (e si è visto come da queste suggestioni non siano indenni neppure molte delle proposte sopra esaminate), la *class action* sia di recente oggetto di severe censure e se ne auspichi una revisione profonda.

La critica più frequente alla *class action* pone in evidenza l'ormai profonda discrasia tra l'istituto come originariamente concepito e la sua incarnazione pratica, di strumento ad uso e consumo di una certa classe forense. La *class action* è del tutto "*lawyer-driven*", vale a dire gestita dagli avvocati, senza che il cliente - la classe rappresentata in giudizio - abbia veramente voce in capitolo circa la conduzione del giudizio. Lo strapotere del consulente legale ha ormai assunto proporzioni tali da venire configurato come vero e proprio conflitto di interessi *client/attorney*. La casistica rivela, infatti, che in molti casi la valutazione circa la proponibilità dell'azione non verrebbe condotta in base alle probabilità di successo della stessa in giudizio, ma piuttosto in relazione all'ammontare totale, anziché pro capite, del danno.

È qui che si manifesta con chiarezza la distanza tra l'ottica quantitativa dell'avvocato - che predilige cause contro convenuti solvibili ("*Deep Pocket Defendants*") per esorbitanti richieste di risarcimento danni e con classi numerosissime, anche se affette da una intrinseca debolezza delle argomentazioni disponibili, a fronte di cause con maggiori possibilità di successo in giudizio ma dal valore meno sostanzioso - e l'interesse del cliente ad ottenere la riparazione del danno effettivamente subito. Si instaura un vero e proprio conflitto di interessi nella tensione tra il cliente che persegue un risarcimento il più elevato possibile e l'avvocato che mira, invece, alla rapida transazione della causa - spesso senza neanche scendere nel vivo del processo - per aggiudicarsi la corresponsione degli onorari ed evitare al contempo di dover sostenere le ingenti spese legate alla fase istruttoria dell'azione.

Alle conseguenze negative nei confronti degli appartenenti alla classe, si affianca l'impatto negativo nei riguardi delle imprese che, di fronte alla possibilità di affrontare un costoso giudizio che potrebbe culminare in un risarcimento rovinoso per l'azienda, anche sotto il profilo della pubblicità negativa, preferiscono transigere prima dell'inizio del giudizio ogniquale volta l'analisi del merito della causa indichi che l'azione ha una percentuale, pur contenuta, di riuscita in giudizio. Che le imprese siano assoggettate ad una specie di terrorismo psicologico sembra essere stato tenuto in considerazione anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America che, in una pronuncia relativamente recente, ha posto un limite all'ammontare dei danni

punitivi al pagamento dei quali il convenuto può essere condannato, anche per arginare la frequenza con la quale vengono proposti casi “esemplari”.

In altri termini, deve considerarsi un uso distorto dello strumento processuale la tendenza, da una parte, a proporre e, dall'altra, dei giudici (soprattutto a livello statale) ad accettare, *class action* che finiscono per incarnare una forma di difesa privata di interessi di natura pubblica in senso lato, che l'ordinamento non riuscirebbe altrimenti a tutelare. La conseguenza negativa è nei confronti del sistema della giustizia in generale e dei beneficiari in particolare, le cui pretese possono essere strumentalizzate per fini ultronei rispetto a quelli dei componenti della classe. Tali pericoli sono ancor maggiori in ordine al contenzioso relativo a titoli quotati in borsa (*Private Securities Litigation*), dove le maglie di ammissibilità di azioni di massa sono più ampie che in altri comparti.

Tutti questi elementi di criticità hanno inciso negativamente sullo sviluppo dei mercati finanziari statunitensi, con effetti di dislocazione delle transazioni a vantaggio di piazze estere, in particolare quella londinese.

21. Le indicazioni sul piano comunitario – Nell'analisi da compiere, occorrerà altresì tenere attentamente conto del vivace dibattito che si sta svolgendo in materia anche in ambito comunitario.

Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo profilo, si ricorda che la Commissione europea sta affrontando la questione e ha in programma di pervenire alla definizione di un sistema di “collective redress” a favore dei consumatori, in linea con i risultati del Libro verde del 2005 sulle azioni di risarcimento per violazione delle norme comunitarie *antitrust*. Al riguardo, anche alla luce delle perplessità manifestate sul tema da coloro che hanno partecipato alla relativa procedura di consultazione, sono in corso in sede UE ulteriori approfondimenti, volti a verificare la percorribilità di questa ed altre soluzioni al fine di assicurare ai consumatori adeguati strumenti di ristoro.

Inoltre, dalle dichiarazioni del Commissario per la protezione dei consumatori, signora Kuneva (intervista al *Financial Times* del 4 marzo u.s.) e del Commissario per la concorrenza, signora Kroes (*Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy*, Bruxelles, 7 marzo 2007), risulta comunque che il progetto europeo si dovrà differenziare decisamente dal sistema della *class action* statunitense, per evitarne i difetti ed abusi e, in ogni caso, non dovrà “importare” aprioristicamente modelli e soluzioni presenti in particolari ordinamenti..

22. Conclusioni - Dal percorso argomentativo fin qui tracciato emerge un quadro complesso, in cui le ombre sembrano prevalere sulle luci; una disciplina normativa diversificata da paese a paese e oggetto, nel tempo, di aggiornamenti e profonde modifiche; una pluralità di soluzioni, che, pur convergenti verso le medesime finalità, seguono strade diverse.

Di fronte a questa variegata realtà giuridica ed effettuale, non può che procedersi con prudenza, disegnando gli snodi fondamentali della disciplina che il Parlamento intende varare, raccomandando ad esso particolare attenzione sia ai risvolti operativo-economici delle norme sia all'esigenza di un'ampia consultazione con i soggetti che dal nuovo istituto possono essere coinvolti.

IV. Contenuti necessari per un'adeguata regolamentazione della materia

22. La disciplina dell'azione collettiva de iure condendo: gli auspici dell'industria bancaria - Con l'intento di procedere per punti qualificanti, si espongono di seguito, anche per raccogliere le fila del discorso fin qui condotto, gli snodi legislativi che si ritengono fondamentali e il pensiero, in proposito, dell'industria bancaria.

Si avverte subito che tali indicazioni non sposano né l'una né l'altra della due alternative (modello "continentale" – che potremmo definire "bifasico" - o modello statunitense): seppure, infatti, entrambe le impostazioni presentino profili condivisibili, come si avrà modo di evidenziare, in entrambe riscontriamo elementi di criticità che appaiono, allo stato, prevalenti .

23. (segue) Soggetti legittimati ad agire – Non si condividono le scelte effettuate da alcuni ddl, ivi compreso quello di fonte governativa, ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati ad agire. Si è contrari a conferire legittimazione alle camere di commercio, perché, per la loro stessa natura e composizione (che vede presenti al loro interno sia imprese che consumatori), si troverebbero in un evidente conflitto di interessi, così come si è contrari ad attribuirle alle associazioni di professionisti, terminologia ambigua, che rischierebbe di attribuire la legittimazione a promuovere un'azione di classe agli avvocati strutturati in associazioni professionali, con i connessi menzionati rischi di una procedura *lawyer-driven*.

Si condivide, invece, la soluzione di individuare i legittimati nelle associazioni dei consumatori.

Ciò richiede una revisione in senso più rigoroso dei requisiti attualmente vigenti, per dotare di garanzie sempre più stringenti di professionalità e di serietà chi promuove, assumendosene tutte le responsabilità, azioni in grado di influenzare profondamente il mercato e le imprese. Senza pretesa di esaustività, necessari presupposti per l'attribuzione della legittimazione ad agire sono, almeno, una più attenta individuazione, e la correlata verifica concreta, dei criteri di rappresentatività delle associazioni iscritte nell'elenco ministeriale; delle loro caratteristiche strutturali (*governance*, controlli interni e così via), della loro solidità economico-finanziaria (o delle garanzie che la assicurano).

24. (segue): L'ambito oggettivo dell'azione – Non si considerano giustificati i limiti presenti in alcuni progetti di legge in relazione all'ambito oggettivo dell'azione che, se ritenuti accettabili, comporterebbero una discriminazione tra consumatori e tra imprese. In particolare, il fatto plurioffensivo che fa scaturire l'azione deve riguardare comportamenti e atti posti in essere in contesto sia contrattuale sia extracontrattuale, cioè in presenza o in assenza di quei contratti redatti su moduli e formulari evocati da qualche disegno di legge in discussione.

25. (segue): I passaggi procedurali dell'azione – Siamo contrari all'introduzione di meccanismi di azione di classe che non rispondano ad obiettivi reali di snellimento del carico del contenzioso presso le sedi giudiziarie. Occorre, pertanto, evitare l'iterazione delle azioni per danni a fronte di un'azione di classe, sia a livello collettivo, cioè attraverso la proposizione di ulteriori azioni di classe, che a livello individuale.

A fronte dell'accertamento di un fatto plurioffensivo, tutti i danneggiati debbono potersene giovare richiedendo il risarcimento, senza però che siano possibili ulteriori azioni della specie per il medesimo fatto. In altri termini, a fronte di un comportamento ritenuto dannoso per la classe, l'azione collettiva deve essere una soltanto, per evitare lo stillicidio di iniziative giudiziarie fino a quando una di esse non abbia successo.

Per far ciò, appaiono necessari due presupposti: che la classe sia precisamente circoscritta dal giudice e che dell'azione sia data idonea pubblicità, per consentire a chi voglia di approfittarne. Sotto il primo aspetto, i criteri che la connotano e la delimitano debbono essere previamente individuati dal giudice che provvede poi (ed

è il secondo aspetto), su impulso e a spese dell'associazione istante, a renderli pubblici nel modo più pervasivo ed efficace possibile.

Inoltre, per dare certezza alle imprese che siano chiamate al risarcimento nei casi in cui non sia possibile adottare il meccanismo ora indicato, è necessario indicare un tempo dalla data di deposito della sentenza generica di condanna, scaduto il quale il consumatore non può più intervenire per ottenere la quantificazione del danno. Va valutata la percorribilità in Italia della soluzione adottata dall'ordinamento spagnolo, che, in presenza di una azione di classe, ritiene improponibile l'azione individuale.

26. (segue): La necessità di evitare azioni pretestuose - Riconoscere la funzione "deterrente" della semplice proposizione di una *class action* vuol dire prendere atto del significativo pregiudizio che l'attivazione di un'azione della specie può produrre all'impresa quando non fosse assistita da fondati presupposti. Proprio perché foriera di pregiudizi, occorre allora aver presente che un avvio pretestuoso dell'azione in esame può condurre a un risarcimento del danno in capo all'associazione istante, il che dà ulteriore sostanza e ragione alla necessità che delle associazioni istanti sia assicurata solidità economico-finanziaria.

27. (segue): Il necessario favor per una risoluzione non giudiziale della azione di classe - Favorire soluzioni alternative alla sentenza che concludano in tempi brevi e con risparmio di costi la controversia a livello di classe, vuol dire porsi il problema di una razionalizzazione in questo settore. In tempi recenti il legislatore ha affrontato, sia pure episodicamente e senza l'adeguato coordinamento, il tema delle *alternative dispute resolution*, secondo parametri, modelli e metodi assai diversificati. L'ultimo esempio è costituito dalla legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio, nel cui tormentato *iter* è emersa anche un'ipotesi di disciplina della *class action* e nel cui testo finale si prefigurano rimedi per la conciliazione di controversie.

In particolare, l'art. 27 delega il Governo ad adottare un decreto per istituire, «in materia di servizi di investimento», procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio dinanzi alla Consob, per le controversie insorte fra intermediari e investitori non professionali «circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela»; l'art. 29, introducendo l'art. 128-*bis* nel testo unico bancario, dispone che il CICR debba prevedere sistemi di soluzione stragiudiziale delle controversie insorte fra consumatori e banche, cui queste ultime debbono aderire. Sia pure

nell'ottica di una non condivisibile invadenza di spazi lasciati all'autoregolamentazione, si è già avuto modo di manifestare la contrarietà dell'industria bancaria a simili interventi dirigistici.

Ribadita questa opposizione di principio, è evidente la connessione che questi due interventi presentano con il tema della *class action*, la quale viene sovente prefigurata come strumento risolutivo di controversie di massa proprio in campo bancario e finanziario. Ma non è certo questo l'unico ambito applicativo, sicché chiarezza legislativa vuole che le procedure alternative richiamate dai ddl sulla *class action* siano fra esse omogenee e coordinate.

Occorre dunque eliminare - o, almeno, rivederlo sostanzialmente, sostituendolo con disposizioni di coordinamento e di affinamento della conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 3 del 2005 - il disposto degli articoli contenuti nella legge sul risparmio, che si presenta come norma "speciale" riferita solo a talune fattispecie e che invece deve essere ristrutturata in un contesto generale, in cui si disegnino procedure alternative efficienti, poco costose, secondo modalità che evitino l'intervento delle autorità di settore nella loro gestione e che siano fruibili dai clienti che agiscono singolarmente o quali componenti di una classe. A questo fine, spunti utili possono essere tratti dalle procedure interbancarie di cui si è detto.

28. (segue) La necessità di una disciplina transitoria – Se, per un verso - e ad una lettura semplicistica - si potrebbe sostenere la natura meramente processualistica della modifica legislativa, che si limita a introdurre nell'ordinamento un nuovo mezzo di tutela di un diritto sostanziale tradizionale (il risarcimento del danno), per altro verso, deve osservarsi come la portata dello strumento della *class action* non abbia riflessi squisitamente processuale, dal momento che, in seguito alla sua emanazione, essa importerà un nuovo e diverso modo di atteggiarsi del diritto sostanziale.

In conseguenza di quanto osservato si ritiene ragionevole, e opportuno, che il legislatore preveda norme transitorie in guisa che lo strumento dell'azione collettiva – così fortemente innovativo e inevitabilmente connotato da un elevato rischio di abusi, specie nella fase iniziale di utilizzo – sia applicabile a controversie relative a fatti plurioffensivi posti in essere successivamente alla sua entrata in vigore, al fine di evitare azioni, scaturite da fatti pregressi.