

Le novità in materia di azione risarcitoria collettiva

R. Donzelli
Università di Roma “La Sapienza”

Abstract

L'articolo 49 della legge sullo sviluppo segna un'ulteriore e significativa tappa del lungo e impervio percorso che l'azione collettiva risarcitoria ha segnato per entrare a far parte dell'ordinamento italiano, dettando una disciplina interamente sostitutiva dell'art. 140 *bis* c.cons. approvato – ma mai entrato in vigore – con la l. 24 dicembre 2007, n. 244. Tuttavia si incorre in un errore definitorio poiché si definisce «azione di classe» ciò che in realtà non lo è. L'Autore descrive le caratteristiche della disciplina introdotta con l'art. 49, che corrisponde a un'azione collettiva risarcitoria di *gruppo*

1. Cenni introduttivi

Il presente articolo segna un'ulteriore e significativa tappa del lungo ed impervio percorso che l'azione collettiva risarcitoria ha segnato per entrare a far parte dell'ordinamento italiano.

L'art. 49, infatti, al suo primo comma, detta una disciplina interamente sostitutiva dell'art. 140 *bis* c.cons. approvato – ma mai entrato in vigore – con la l. 24 dicembre 2007, n. 244.

Il nuovo art. 140 *bis* consta ora di ben 15 commi a dispetto dei 6 originari e la novellazione ha inciso sinanche sulla rubrica della disposizione che da «azione collettiva risarcitoria» diviene «azione di classe».

Va subito detto, però, che, se il nome di ciascuna cosa mira a definirne l'essenza, allora il nostro legislatore è incorso nell'errore di chiamare «azione di classe» ciò che in realtà non lo è. La questione è sostanziale e tutt'altro che nominalistica. L'azione risarcitoria *di classe* possiede profili funzionali e strutturali ben precisi. L'aspetto più vistoso è costituito dal fatto che in tale regime il giudizio risarcitorio è volto ad accertare e liquidare i danni subiti da un'intera categoria di soggetti indipendentemente dal loro attivarsi per aderire al giudizio. L'efficacia dell'accertamento investe, così, la classe intera, ferma restando, però, la possibilità del singolo appartenente alla classe di sottrarsi agli effetti del giudizio (*opt-out*).

L'art. 140 *bis* introduce, invece, un'azione collettiva risarcitoria *di gruppo*. Il che significa che la sentenza vincola ovviamente le parti e, oltre ad esse, anche i consumatori che volontariamente aderiscono al giudizio (*opt-in*).

Aver chiara questa distinzione è particolarmente importante, perché aver scelto un regime processuale del secondo tipo anziché del primo garantisce il raggiungimento di risultati sicuramente più modesti sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, ma anche in termini di effetto deflattivo del carico di giustizia e quindi di economia processuale. Inoltre rende più difficoltosa una soluzione transattiva della controversia.

L'ostacolo che probabilmente ha orientato il legislatore verso questa direzione è stata la presunta incompatibilità costituzionale di un giudicato in grado di investire l'intera categoria dei consumatori lesi dalla condotta imprenditoriale anche a prescindere dal loro consenso, ma la questione andava esaminata con attenzione e non mediante l'enunciazione di apodittici dogmi.

2. Legittimazione ad agire

Operando una svolta radicale rispetto alla tradizione normativa in materia, il nuovo art. 140 *bis* riconosce la legittimazione collettiva ad agire a titolo individuale, ovvero al singolo consumatore. L'azione non spetta, quindi, come in materia di azione collettiva inibitoria, alle associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 c.cons., né alle associazioni o ai comitati, che, secondo quanto disponeva l'originaria formulazione dell'art. 140 *bis*, fossero rappresentativi degli interessi fatti valere.

Il perno dell'azione collettiva ruota, almeno formalmente, attorno al singolo, il quale, però, può agire dando mandato ad associazioni, anche non riconosciute, o partecipando a comitati.

Ciò significa che le associazioni riconosciute perdono il loro primato e che la rappresentatività in astratto implicita nel riconoscimento governativo dovrà ricevere conferma in concreto da parte del giudice in riferimento alla specifica controversia.

Questo profilo della procedura richiederà, quindi, un'attenzione senz'altro maggiore che in precedenza.

In questa sede le osservazioni da proporre non possono che essere brevi.

Se, ad esempio, il consumatore agisce dando mandato alle associazioni riconosciute, il sindacato giurisprudenziale risulterà senz'altro più agevole in ragione dei requisiti *ex* art. 137 c.cons. già accertati col riconoscimento, nonché in ragione dell'attività che notoriamente svolgono detti organismi sociali all'interno del mercato. Le associazioni, d'altro canto, dovranno raccogliere il mandato da parte di più consumatori per evitare che la propria attività risulti legata alla volontà di un solo soggetto. Va però detto che, a parere di chi scrive, il mandato dato dal consumatore all'associazione deve essere qualificato come irrevocabile in quanto è conferito, come recita l'art. 1723 c.c. nell'interesse del mandatario (cioè dell'associazione come soggetto collettivo interessato alla tutela degli interessi dei consumatori) nonché anche nell'interesse di terzi (i consumatori stessi). Se, invece, il consumatore dà mandato ad associazioni non riconosciute potranno tornare utili taluni criteri previsti dall'art. 137 c.cons., come ad esempio la trasparenza, la democraticità e la competenza dell'organizzazione. Ancora in questo caso, ma ancor più nell'ipotesi dell'azione proposta mediante il comitato a cui il consumatore partecipa, occorrerà verificare che il consumatore si dimostri adeguatamente motivato, nonché capace di condurre il processo collettivo sino alla sua

conclusione ed in tale valutazione non potrà non tenersi conto dell'assistenza di un collegio difensivo particolarmente qualificato e dotato di appropriata esperienza nella conduzione di controversie collettive.

In ogni caso occorrerà verificare che il proponente abbia anche adeguati fondi per fronteggiare il giudizio in tutte le sue fasi. Va detto, peraltro, che la legge non si è occupata proprio di uno degli aspetti praticamente più incidenti sul piano dell'effettiva esperibilità del rimedio, ovvero il problema dei costi e del reperimento dei fondi adeguati per reperirli.

3. Oggetto del giudizio

Come già accaduto in riferimento alla previgente formulazione anche il nuovo art. 140 *bis* pone al centro della riflessione il tema dell'oggetto del giudizio, ovvero, da un lato, più genericamente, la natura del rimedio, dall'altro, più specificamente, l'ambito di applicazione dello stesso.

Riguardo al primo aspetto occorre segnalare che proprio la determinazione dell'esatta natura del giudizio era apparsa alla dottrina processualciviltistica l'operazione interpretativa più difficile e controversa. In particolare, taluni ritenevano che il giudizio fosse effettivamente in grado di addivenire a provvedimenti di condanna a favore dei singoli consumatori con la liquidazione definitiva o parziale del *quantum* dovuto da parte dell'imprenditore, altri negavano la possibilità di addivenire a tale risultato sulla base di diversi argomenti che nella sostanza rimarcavano l'assoluta inadeguatezza strutturale della procedura a consentire una liquidazione *ad hoc* per ogni diversa pretesa. Secondo questa lettura, quindi, il giudizio era limitato all'accertamento delle questioni comuni con rinvio a successivi processi individuali di completamento.

Questa duplice lettura offriva due diverse immagini dello stesso strumento che divergevano l'una dall'altra come il giorno dalla notte.

Ora la nuova formulazione dell'art. 140 *bis* è senz'altro orientata a far sì che la prima opzione, ovvero la condanna dell'autore dell'illecito sin dal giudizio collettivo, sia operazione processualmente possibile sebbene non necessaria (v. *infra*, § 9).

Ciò in primo luogo deriva dal filtro che il legislatore ha posto a monte del giudizio; quest'ultimo, infatti, è destinato a prestare tutela giurisdizionale collettiva solo ai «diritti individuali

omogenei» dei consumatori e degli utenti: diritti «identici», diritti che derivino da una «situazione identica», ecc.

Al di là della «ansiosa» tecnica redazionale, che sul piano lessicale va evidentemente ben oltre il segno, ciò significa che il giudizio è limitato alle controversie propriamente seriali, ovvero deve avere ad oggetto un contenzioso caratterizzato da un numero bassissimo di questioni differenziate, cioè personali. Spetterà senz'altro all'applicazione giurisprudenziale stabilire dei criteri di massima per determinare la sussistenza del requisito di omogeneità, che al momento si pone come il principale presupposto per avviare il giudizio collettivo.

I diritti individuali omogenei dei consumatori devono comunque avere natura risarcitoria o restitutoria ed in quanto tali devono derivare: *a)* da rapporti contrattuali, anche relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.; *b)* dal consumo di prodotti, anche a prescindere dalla sussistenza di un diretto rapporto contrattuale; *c)* dal pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

4. Domanda e competenza

Come auspicato dalla prevalente dottrina il giudizio collettivo risarcitorio necessitava di un unico rito processuale adeguato alla natura della controversia. In questo senso vanno intese le prescrizioni assai più dettagliate che il nuovo art. 140 *bis* invia agli operatori, disegnando uno specifico rito processuale a cognizione piena denotato dalla particolare elasticità della procedura.

La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

La particolare complessità delle controversie collettive ha indotto il legislatore a prevedere regole di competenza ispirate ad esigenze di particolare concentrazione sulla falsa riga di quanto già previsto in materia di proprietà industriale e intellettuale (d.legisl. 27 giugno 2003, n. 168). La domanda deve, infatti, essere proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è

competente il tribunale di Napoli. La trattazione della controversia avviene in composizione collegiale.

5. Giudizio di ammissibilità e ordinanza di ammissione-programmazione

All'interno del procedimento assume un ruolo assolutamente centrale la prima udienza nella quale con ordinanza si decide sull'ammissibilità della domanda e, se tale vaglio ha esito positivo, si provvede alla programmazione dell'intera controversia.

Il giudice dichiara inammissibile la domanda se: *a)* appare manifestamente infondata; *b)* sussiste un conflitto di interessi; *c)* i diritti fatti valere non rispondono ai requisiti richiesti dalla legge in particolare riferimento al requisito di omogeneità; *d)* il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Il tribunale decide dell'ammissibilità della domanda con ordinanza reclamabile davanti alla Corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore. Se è proposto l'appello, la Corte decide in camera di consiglio entro il termine di quaranta giorni. Il reclamo avverso l'ordinanza di ammissione non sospende il procedimento collettivo davanti al tribunale.

Diversamente dalla disciplina previgente, che sul punto nulla diceva, il nuovo comma 8 prevede che, se l'ordinanza dichiara inammissibile la domanda, il giudice «regola le spese anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.», ovvero, plausibilmente, ai sensi del suo primo comma, laddove è prevista la condanna al risarcimento del danno se la parte ha agito con colpa grave o in mala fede. Inoltre il giudice ordina la più opportuna pubblicità del provvedimento di inammissibilità a cura e spese del proponente; pubblicazione che, se da un lato ha una funzione risarcitoria, nel rendere pubbliche le ragioni di inammissibilità, ha anche la funzione di avvertimento e deterrenza per coloro che successivamente volessero intraprendere un nuovo giudizio collettivo riguardo agli stessi fatti o a fatti simili (v. *infra*, § 10).

Come già accennato, peraltro, l'ordinanza non ha solo il compito di sciogliere il nodo relativo all'ammissibilità, ma, se di esito positivo, contiene tutto il programma del successivo giudizio: *a)* determina la classe; *b)* disciplina i tempi e i modi della pubblicità dell'ordinanza; *c)* regola i tempi dell'adesione; *d)* determina l'ulteriore corso della procedura; *e)* sospende eventualmente il processo

quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente o al giudice amministrativo.

6. L'adesione

Come detto in avvio il rimedio ora disciplinato dall'art. 140 *bis* rappresenta un giudizio collettivo risarcitorio di gruppo, ovvero volto alla liquidazione delle somme di denaro dovute dai consumatori che spontaneamente aderiscono al giudizio.

In questo modello di giudizio è quindi essenziale un'adeguata regolamentazione del regime di *opt-in* e a tal proposito attenzioni ben maggiori sono state dedicate alla disciplina dell'adesione.

Per quel che riguarda gli effetti dell'adesione, come precisa il comma 3 dell'articolo, questa consente di «avvalersi della tutela collettiva», il che significa avvantaggiarsi degli effetti di accertamento che appartengono alla pronuncia di merito (cfr. *infra*, § 10) e, se tale sentenza è di condanna, anche degli effetti esecutivi, nonché degli effetti sulla prescrizione previsti dagli artt. 2943 e 2945 c.c. secondo le modalità che tra breve vedremo.

D'altro canto, dice ancora il comma 3, «l'adesione comporta la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria fondata sul medesimo titolo», il che più precisamente significa che saranno inammissibili le domande con cui l'aderente farà valere in via autonoma il proprio diritto e saranno improcedibili le domande proposte prima dell'adesione, ma sempre in riferimento agli stessi diritti fatti valere con la speciale forma dell'adesione. Il riferimento della legge al «medesimo titolo» va inteso in senso improprio e piuttosto occorrerà valutare la sussistenza di un rapporto di identità secondo le tradizionali regole di individuazione delle azioni.

Sul piano più procedurale il legislatore richiede in primo luogo al giudice di determinare nell'ordinanza i caratteri distintivi della classe, ovvero i requisiti dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere in via di adesione nel giudizio.

Successivamente questi verranno resi noti al popolo dei consumatori mediante l'opportuna pubblicità dell'ordinanza, che seguirà i tempi e i modi indicati dal giudice nel provvedimento stesso a pena di improcedibilità della domanda collettiva.

Copia dell'ordinanza verrà, peraltro, trasmessa a cura della cancelleria al Ministero dello sviluppo economico che ne darà ulteriore pubblicità anche mediante pubblicazione sul suo sito *internet*.

Uno dei profili di maggior irragionevolezza della previgente disciplina era rappresentato dal termine ultimo entro cui era possibile aderire, ovvero il momento della precisazione delle conclusioni in appello. Ora l'adesione può avvenire solo entro il termine fissato dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità; termine che non deve essere superiore a centoventi giorni dal termine ultimo entro il quale la pubblicità deve essere eseguita.

Le modalità sono quelle del deposito in cancelleria, anche tramite il proponente, dell'atto di adesione. Con l'adesione il consumatore si avvantaggia della tutela collettiva e non assume la qualità di parte; è comprensibile quindi che, da un lato, non occorra il ministero del difensore e che, dall'altro, possa essere anche il singolo consumatore a redigere l'atto e a depositarlo in cancelleria. Tuttavia è verosimile attendersi che il proponente stesso organizzi un'attività di raccolta, anche preventiva, in grado di predisporre adesioni rispondenti ai requisiti temporali e di forma che la legge richiede.

Ciò è confermato dal fatto che il comma 3 dell'art. 140 *bis* nel disciplinare gli effetti di cui agli artt. 2943 e 2945 c.c. prevede che questi si producano dal giorno della notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

Va precisato che nella stessa ordinanza di ammissibilità il giudice «definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio», sicché le adesioni dovranno avvenire sulla base di tali prescrizioni, indicando, come vuole il comma 3 dell'articolo, non solo l'elezione del domicilio, ma anche gli elementi costitutivi del diritto fatto valere (*personae, petitum, causa petendi*), nonché anche la relativa «documentazione probatoria» da depositarsi in cancelleria negli stessi termini e con le stesse modalità dell'atto di adesione.

Sulla base del raffronto tra gli elementi identificativi del diritto dell'aderente e i caratteri dei diritti individuali omogenei fissati nell'ordinanza il giudice valuterà la sussistenza dei requisiti di appartenenza di ciascun consumatore alla classe.

Sotto questo profilo occorre chiedersi se il giudice decida sempre sull'appartenenza alla classe di ciascun consumatore o se ciò dipenda dal contenuto della decisione finale. Se il giudice, seguendo il comma 11, accoglie la domanda e condanna liquidando la somma *ex art. 1226 c.c.* a favore di coloro che hanno aderito, dovrà senz'altro decidere pregiudizialmente se, sulla base della

prospettazione contenuta nell'atto di adesione, il consumatore appartiene o no alla classe. Se invece il giudice, accoglie la domanda, ma – ancora seguendo il comma 11 – non condanna e si limita a stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme, non sembra opportuno gravare il giudice del processo collettivo di una pronuncia che, concernendo la situazione personale di ciascun soggetto, potrebbe comportare un carico di lavoro superfluo.

Nell'ipotesi in cui il giudice debba decidere sull'adesione in via pregiudiziale occorre poi domandarsi con quale forma e quali siano gli eventuali rimedi.

La risposta va ricercata nel comma 11 della legge laddove sono previsti i poteri di gestione processuale del giudice; in particolare nella parte in cui è scritto che il tribunale con l'ordinanza di ammissibilità o con altra successiva, modificabile e revocabile in ogni tempo, «disciplina ogni altra questione di rito».

Qualora, quindi, in ragione della particolare natura della controversia, il tribunale decida di risolvere in corso di causa la questione relativa all'appartenenza degli aderenti alla classe e non preferisca accantonare la questione sino alla decisione finale, la risolverà con ordinanza.

Spetterà ovviamente all'attore collettivo far uso degli ordinari rimedi previsti dagli artt. 176 ss. per contestare la decisione assunta. Certo è che nulla potranno i consumatori aderenti, che, non essendo parti del giudizio, hanno le mani legate.

Sul punto però occorre prestare attenzione ancora all'art. 11 che «onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti». Quanto ora riportato, infatti, impone all'attore collettivo di informare i consumatori aderenti della loro esclusione. Ciò anche allo scopo di consentir loro di esercitare il proprio diritto in via autonoma.

Rispetto alla disciplina previgente ci si chiedeva se l'adesione potesse essere soggetta a revoca. Nulla dice il nuovo articolo, ma esigenze pubblicistiche di efficienza processuale depongono per la soluzione contraria in quanto le adesioni allargano e restringono l'oggetto del giudizio. Semmai, ma sul piano pratico sembra aver poco rilievo, potrebbe ritenersi possibile la revoca entro il termine stesso entro cui l'atto di adesione deve essere depositato.

7. L'intervento

Accogliendo le opportune indicazioni provenienti da parte della dottrina, il legislatore ha escluso la possibilità di spiegare intervento volontario nel giudizio da parte dei singoli consumatori (comma 10). La *ratio* della norma è evidentemente quella di ridurre il giudizio al *one-to-one scheme*, ovvero evitare che la conduzione del processo risulti più difficoltosa di quanto di per sé già non lo sia in ragione della necessità di coordinamento tra le attività processuali poste in essere da diverse parti.

I consumatori, quindi, potranno decidere se avvalersi della tutela collettiva o non avvelersene allo scopo di esercitare autonomamente la loro azione individuale e tale scelta risulterà agevolata dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità, leggendo la quale i consumatori potranno procedere ad un calcolo costi-benefici dell'adesione, valutando se, per quanto possibile, conformarsi alla pretesa collettiva risultante dal provvedimento, o aprire un giudizio individuale sicuramente meglio ritagliato attorno alla propria e specifica esigenza di tutela.

8. Trattazione, istruzione e decisione

Come già accennato il nuovo art. 140 *bis* risponde all'esigenza dai più avvertita di disciplinare un procedimento giurisdizionale adeguato alla trattazione delle controversie collettive ed in quanto tale sufficientemente elastico. Il comma 11 del nuovo articolo dispone che «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo» ed inoltre, «con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

Al giudice sono quindi attribuiti penetranti poteri di gestione processuale. Il tribunale potrebbe ad esempio fissare specifiche udienze di programmazione della successiva attività processuale, oppure decidere se destinare un'udienza alla decisione circa la sussistenza o meno dei

requisiti di appartenenza di ciascun consumatore aderente alla classe al fine di determinare in concreto la dimensione oggettiva e soggettiva del gruppo, ecc.

Particolare importanza assumono questi poteri allorché siano riunite o riassunte più cause collettive proposte da diversi proponenti come previsto dal comma 14. La legge, ad esempio, non si pronuncia su due problemi assai delicati: l'azione collettiva che scaturisce dal confluire di più azioni collettive proseguite sotto la conduzione di più proponenti o occorre nuovamente determinare il soggetto che risulta, più degli altri, in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe? Ed inoltre: non può essere che dalla riunione emerga una migliore prospettazione degli esatti termini della controversia o che questa risulti più estesa con la conseguente opportunità di determinare nuovamente la classe e i criteri di valutazione delle adesioni? È vero che la legge richiede che le diverse cause riunite o riassunte siano riferite ai «medesimi fatti», ma questa semplice locuzione non priva in alcun modo di rilievo i profili problematici ora indicati.

A parere di chi scrive non è escluso che il giudice, dopo la riunione o a riassunzione avvenuta, debba fissare una nuova prima udienza ed emettere una nuova ordinanza di ammissibilità, sostitutiva della prima, con la quale risolvere i problemi qui rapidamente accennati.

Riguardo all'istruzione, i profili delicati sono diversi e ci limitiamo ad indicarne alcuni.

In primo luogo va ricordato che il giudice può sospendere il processo quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente o al giudice amministrativo.

In secondo luogo il tribunale «prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti».

Il giudizio collettivo risarcitorio risponde a diverse finalità reciprocamente interconnesse tra loro: effettività, deflazione, economicità, ecc.

Per rispondere a queste esigenze è opportuno che il giudizio collettivo tenda il più possibile ad astrarsi dalle specificità delle diverse pretese per confrontarsi con l'illecito e con il danno prodotto in una dimensione complessiva. Per il raggiungimento di questo scopo il legislatore ha limitato l'applicabilità del rimedio ai diritti soggettivi risarcitori o restitutori omogenei, o, come detto da alcuni, isomorfi e ha dato la possibilità al giudice di determinare la classe fissando i criteri in base ai quali gli aderenti saranno o no inclusi nel gruppo. I consumatori decideranno se aderire perdendo magari «qualcosa di personale» o procedere individualmente.

Il potere di programmazione dell'istruzione probatoria va letto in questa medesima ottica funzionale.

C'è peraltro da chiedersi se l'intento semplificatorio escluda in assoluto un'istruzione probatoria non esclusivamente documentale. A tal proposito significativo potrebbe apparire quanto scritto al comma 3 e cioè che il consumatore deposita «la relativa *documentazione* probatoria» assieme all'atto di adesione.

Ma questa disposizione non è in grado di confermare un assunto di tal fatta, in quanto è evidente che in riferimento all'accertamento della condotta o più in generale dell'illecito non possono escludersi prove di ogni tipo, anche testimoniali e ovviamente anche di lunga indagine. Lo conferma il potere sospensivo poc'anzi ricordato in riferimento alle istruttorie che si svolgono davanti a un'autorità indipendente o al giudice amministrativo.

La formulazione del comma 3 va allora semplicemente spiegata con il fatto che l'aderente, non essendo parte, non ha comunque il potere di chiedere l'assunzione di mezzi di prova. Allo scopo, se del caso, provvederà il proponente.

Va però aggiunto e precisato che la necessità di procedere a istruttorie non documentali particolarmente complesse in riferimento alla determinazione del contenuto del diritto dedotto in giudizio potrà avere il suo rilievo – unicamente mediato – in riferimento alla natura «omogenea» che i diritti soggettivi dei consumatori devono avere per poter ricevere una tutela con le forme qui stabilite; sicché c'è da dubitare seriamente che diritti soggettivi il cui accertamento richiede in riferimento al *quantum* istruttorie articolate e differenziate possano dar luogo a processi collettivi *ex art. 140 bis*.

9. Il contenuto della decisione

Il comma 12 del nuovo articolo detta una regola di giudizio fondamentale: «se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Ciò significa che il tribunale, se ritiene responsabile la parte imprenditoriale, ha davanti a sé una duplice alternativa: o la condanna al pagamento, se è possibile liquidare in via equitativa le

somme dovute a ciascun consumatore, o si limita ad accertare le questioni comuni alle diverse pretese dettando in via generale i criteri di calcolo per la liquidazione delle somme.

Sotto questo punto di vista la disgiuntiva «condanna ... o stabilisce» sembra dettare un regime alternativo eccessivamente semplicistico. Meglio sarebbe stata una formula più elastica diretta ad imporre al giudice la liquidazione della somma eccezion fatta per l'ipotesi in cui tale operazione comportasse un serio aggravamento del processo.

Comunque, se la strada concretamente seguita è quella della sola determinazione dei criteri omogenei, il provvedimento che chiude il giudizio collettivo è di accertamento mero. Con la conseguenza che i consumatori aderenti dovranno avviare autonomamente successivi giudizi individuali di completamento nei quali ottenere la condanna al pagamento.

A tal proposito, peraltro, il legislatore né ha disciplinato – come sarebbe stato opportuno – forme semplificate per il giudizio di completamento, né ha mantenuto in vita – in tal caso condivisibilmente – le procedure conciliative previamente previste dall'art. 140 *bis* prima formulazione.

Non va escluso, peraltro, che il giudice condanni in via provvisoria l'imprenditore liquidando in via equitativa una parte della somma complessiva dovuta, stabilendo, poi, per il residuo, i criteri di liquidazione che dovranno essere seguiti negli eventuali e successivi giudizi di completamento.

Ad esempio: il gruppo di consumatori A, B, C, ecc., hanno subito un danno personale di X euro ciascuno; per l'eventuale ed ulteriore danno da provarsi in separata sede varranno i criteri di liquidazione α , β , ecc.

Un ostacolo a questa soluzione potrebbe rinvenirsi nella formulazione letterale della legge laddove è previsto che il giudice condanna al pagamento delle «somme *definitive*», senonché tale specifica locuzione dovrebbe essere intesa solo per contrapporre la possibilità di emettere un provvedimento di condanna direttamente spendibile sul piano esecutivo in contrapposizione con la diversa ipotesi costituita da un mero accertamento dell'illecito.

Non va, infine, nemmeno esclusa la possibilità che il giudice emetta una condanna a favore di una parte del gruppo dei consumatori e si limiti al mero accertamento accompagnato dai criteri di liquidazione per la parte restante.

Al di là di queste ipotesi, se la sentenza è di condanna, questa diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale

periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

Il comma successivo prevede poi che la corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

Rimane un problema aperto. Se la sentenza, come visto poc'anzi, non è di condanna, ma di mero accertamento, i consumatori dovranno attendere il passaggio in giudicato della stessa per potersi giovare dell'accertamento stesso o potranno far valere nel giudizio individuale la sentenza di primo grado relativamente all'accertamento delle questioni comuni? Se si seguisse l'orientamento maggioritario in punto di provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado occorrerebbe propendere per la prima soluzione, tuttavia la *ratio* dell'art. 140 *bis* e le ragioni di effettività della tutela giurisdizionale collettiva impongono di muoversi in senso opposto.

Sotto il primo profilo, infatti, il legislatore fa chiaramente intendere che i giudizi di completamento sono una sorta di prosecuzione (in senso atecnico) del giudizio collettivo e ciò si evince dal fatto che i consumatori aderenti non solo si avvantaggiano dell'accertamento delle questioni comuni, ma vedono i giudizi individuali soggiacere all'ulteriore regolamentazione giudiziale rappresentata dai criteri omogenei di calcolo stabiliti all'interno del giudizio collettivo-madre. In altri termini, tra giudizio collettivo di mero accertamento e giudizi individuali di completamento sussiste un solido nesso funzionale che ha rilievo anche sul piano strutturale.

Sotto il secondo profilo, invece, occorre rimarcare che, se si ritenesse corretto costringere i consumatori ad attendere il passaggio in giudicato della sentenza, la mancata condanna dell'imprenditore in primo grado, giustificata da ragioni di economia processuale e non di merito, non solo imporrebbe ai consumatori un secondo giudizio da intraprendere autonomamente, ma li priverebbe di tutela per tutto il tempo occorrente ad ottenere il passaggio in giudicato della sentenza collettiva. Ciò è ancor più grave se si ritiene che il giudice, nel medesimo giudizio, possa emettere condanna a favore di alcuni consumatori e non di altri.

Sembra quindi costituzionalmente corretto interpretare il comma 13 come se si riferisse non solo all'efficacia puramente esecutiva, ma anche a quella di accertamento.

10. Effetti della decisione e coordinamento tra diverse iniziative

Come previsto dal precedente art. 140 *bis* la sentenza che definisce il giudizio «fa stato anche nei confronti degli aderenti» ed è «fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva». Sulla questione abbiamo già svolto diverse riflessioni (cfr. *retro*, § 6).

In dottrina si era posto il problema degli effetti del giudizio rispetto agli altri soggetti legittimati ad agire in via collettiva.

Il legislatore ha pensato di risolvere il problema prevedendo che «non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9» e «quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice».

Se, invece, la sentenza collettiva definisce nel merito la controversia, da un lato, si forma il giudicato sostanziale relativamente ai diritti dei consumatori aderenti (o nei limiti delle questioni comuni accertate, nonché dei criteri omogenei di liquidazione) e, dall'altro, si consuma il potere di azione spettante agli altri soggetti legittimati.

Rimangono, però, aperti diversi interrogativi: la dichiarazione di inammissibilità ottenuta ai sensi del comma 6 ha portata preclusiva?

Essendo il giudizio di ammissibilità un giudizio «sull'azione» non sembra che possa condurre ad un effetto preclusivo e piuttosto sembra che il legislatore abbia voluto usare come correttivo volto ad evitare la riproposizione di domande azzardate o pretestuose la condanna al risarcimento del danno e la pubblicazione dell'ordinanza di inammissibilità.

L'altro interrogativo è il seguente: se il giudizio si chiude per altre ragioni di rito e non viene definito nel merito altri legittimati possono agire in via collettiva?

La soluzione preferibile appare quella già proposta in riferimento alla declaratoria di inammissibilità, ma bisogna tener conto dell'ultima parte del comma 15 del nuovo art. 140 *bis*, il quale prevede che «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito» ed aggiunge poi che i loro diritti «sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

Nulla è detto in riferimento ad un nuovo e successivo esercizio dell'azione collettiva.

Sembra quindi che il legislatore, nel dettare una regola espressa, abbia voluto salvaguardare i singoli e, nel rimanere silenzioso rispetto alle sorti dell'azione collettiva, abbia voluto onerare eventuali altri legittimati di attivarsi per proporre una domanda collettiva entro il termine dell'adesione.

In altri termini, una volta che il treno dell'azione collettiva è partito, cioè la domanda collettiva è dichiarata ammissibile, allora sarà questo l'unico treno che il nostro ordinamento offre ai consumatori per usufruire di una tutela collettiva risarcitoria.

Tuttavia questo problema merita un'attenta riflessione che vada ben oltre un commento a prima lettura.

In primo luogo occorrerebbe verificare se il sistema si presenta adeguatamente disciplinato per evitare un utilizzo fraudolento dello strumento transattivo. Infatti, sebbene la transazione non possa pregiudicare coloro che non vi aderiscono, in quanto riapre la possibilità di esercizio delle azioni individuali, tuttavia potrebbe privare i consumatori del rimedio collettivo. È evidente che in questo caso sarebbe stato opportuno disciplinare l'efficacia delle rinunce e delle transazioni in maniera meno semplicistica, magari prevedendo un sindacato giudiziale di meritevolezza tale da garantire accordi conciliativi in grado di chiudere per sempre il contenzioso riguardo agli aderenti e tale da evitare indebite strumentalizzazioni del rimedio.

Detto questo però, se si può accettare che gli accordi «negoziali» collettivi abbiano l'effetto consumativo dell'azione collettiva, sembra contrario ai principi ritenere che pari effetto abbiano le pronunce di rito che chiudono anticipatamente il processo.

11. Entrata in vigore

Il secondo comma dell'art. 49 della legge sullo sviluppo prevede che «le disposizioni dell'articolo 140 *bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge».

Con tale previsione si introduce quel che impropriamente è stata definita l'irretroattività dell'art. 140 *bis*. In altri termini viene introdotta una deroga alla regola generale secondo cui,

indipendentemente da specifiche regole di diritto intertemporale relative ai processi in corso, la legge processuale – come è naturale – si applica a tutti i processi avviati dopo l'entrata in vigore della legge.

L'art. 140 *bis*, invece, si applicherà ai processi introdotti dopo la sua entrata in vigore ma anche e solo in riferimento ad illeciti posti in essere dopo detta entrata in vigore.

La l. 24 dicembre 2007, n. 244, nell'introdurre l'art. 140 *bis*, prevedeva una *vacatio legis* di centottanta giorni. Poi, l'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, ha stabilito che «anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, all'articolo 2, comma 447, della l. 4 dicembre 2007, n. 244, le parole 'decorsi centottanta giorni' sono sostituiti dalle seguenti: 'decorso un anno'». L'art. 19 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in l. 27 febbraio 2009, n. 14, ha poi nuovamente sostituito tali parole con «decorsi diciotto mesi». L'art. 23, comma 16, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, è intervenuto nuovamente sostituendo le parole «decorsi diciotto mesi» con «decorsi ventiquattro mesi».

Da ciò se ne deduce che l'entrata in vigore è stata differita al 1° gennaio 2010, ma va anche tenuto conto della delega conferita al Governo con l'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15 per l'introduzione della tutela collettiva nei confronti della p.a..