

## CLASS ACTION

### “La normativa di riferimento”

Intervento dell'Avv. Gianfrancesco Vecchio al Convegno del 28 ottobre 2008 organizzato dalla Commissione di Studio per la Procedura Civile dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

Il mio intervento, ha un titolo che, per certi versi, potrebbe rivelarsi problematico. Esso mi richiede di parlare della “normativa di riferimento” del complesso argomento di cui al titolo e ciò, in un'ottica un po' ristretta, sembrerebbe imporre di concentrarsi velocemente, dato anche il ruolo riassuntivo dello stesso, su un testo di legge, l'art. 140 bis del Codice del Consumo, la cui efficacia è al momento sospesa in attesa di modifiche che, tra l'altro, non è ben chiaro quali saranno.

Peraltro, mi pare che sia possibile affrontare il mio compito in maniera diversa che mi auguro risponda all'esigenza di condensare in poche pagine un approccio, contemporaneamente critico e propositivo, in una materia che ha trovato e troverà in altre sedi una più completa lettura ricostruttiva.

Dunque, proprio a questi fini, inizierei con il dire che oggi in Italia, se ci possiamo ritenere in attesa di una normativa sulla “Class action” che forse arriverà, dovremmo potere anche affermare che una “Class action” è probabilmente già presente nelle disposizioni di legge in vigore.

Sgombro da subito il campo, almeno con riguardo al mio intervento, dal dibattito semantico che sta affollando le numerose pagine che si stanno accatastando sul tema.

Anche questo convegno, del resto, si intitola “Class action” non certo perché si sia voluto sostenere un'ingenua assimilazione dell'istituto americano a quello in essere o in facendo nel nostro ordinamento.

Non mi pare cioè il caso di riconoscere, sul tema, alcun diritto di esclusiva di denominazione, con riguardo alla possibilità che una serie individuata o comunque limitata di soggetti possa agire giudizialmente a tutela di un pluralità tendenzialmente indeterminata di situazioni giuridiche soggettive attive (che si tratti di diritti, interessi, aspettative si vedrà).

In termini così ampi, nella assoluta consapevolezza che la tematica è già da tempo oggetto di molteplici e differenziate regolamentazioni di Stati nazionali <sup>1</sup>, pare del tutto lecito utilizzare

---

<sup>1</sup> Per tutti Frata, “Class actions” e azioni collettive risarcitorie: un primo confronto, in *Danno e resp.*, 2008, 493.

l'espressione ormai ampiamente diffusa a livello internazionale ("Class action", appunto), senza il rischio di vedersi incasellati in questo o in quel modello tipizzato.

Certo, poi, in questa sede, non potremo che occuparci principalmente della "Class Action Italiana". Al riguardo, allora, venendo a parlare della Class Action che forse sarà, occorre necessariamente riportarsi ai diciassette commi dell'art. 140 bis del Codice del consumo, come detto, in attesa di restyling e per ora sospeso sino a gennaio 2009.

Ai fini, spero, della migliore comprensione di questo intervento, questa norma può essere divisa in tre blocchi:

- 1) quello regolante la stessa possibilità di un'azione collettiva attraverso l'individuazione dell'ambito di operatività, della legittimazione attiva e della competenza;
- 2) quello regolante il cosiddetto giudizio di filtro, attraverso cui si vorrebbe porre un freno ad un fiorire incontrollato di tali tipo di azioni, con una valutazione di ammissibilità delle stesse;
- 3) quello regolante le modalità con cui realizzare effettivamente la tutela-invocata, una volta che il giudizio si sia concluso favorevolmente per il suo/suoi promotore/i.

Confido e spero di non meritare l'accusa di eccessiva sintesi, soprattutto in considerazione dell'approfondimento dei singoli aspetti problematici contenuti nei blocchi appena indicati, che è effettuato in molti altri lavori cui ove possibile rinvierò specificamente e di cui, fin d'ora, mi dichiaro attento lettore .

Per tale ragione mi limito a segnalare, quanto al primo blocco, che l'ambito di operatività riguarda, testualmente, i contratti conclusi per moduli e formulari, gli illeciti extracontrattuali, le pratiche commerciali scorrette ed i comportamenti anticoncorrenziali quando siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

In merito, è stato già osservato, nell'enorme messe di interventi che negli ultimi mesi c'è stata in materia, sia che la previsione è troppo ampia sia che è in qualche modo limitata. Da un lato, perché verrebbero coinvolte questioni di competenza di Autorità indipendenti, l'Antitrust su tutte. Dall'altro lato, perché "non si estende fino a ricoprire l'intera gamma degli atti e dei comportamenti posti in essere dai professionisti e suscettibili di ledere gli interessi dei consumatori e degli utenti"<sup>2</sup>. Al riguardo, ferma rimanendo la banale considerazione che il diritto, come tutte le attività umane, è perfezionabile, non mi sento di rilevare nella formulazione anzidetta uno dei punti più critici della materia.

---

<sup>2</sup> Così A. Palmieri, *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 186. In tal senso anche G. Finocchiaro, *Class action: una chance per i consumatori*, in *Guida dir.*, 2008, 5, Speciale Finanziaria 2008, XXIII.

Riporto comunque uno dei quesiti che, in tema, è stato sollevato da un'illustre processualista, lo stesso si è chiesto se il campo di applicazione possa (o debba) essere esteso ai rapporti contrattuali disciplinati da condizioni generali di contratto <sup>3</sup>.

Per quanto riguarda, poi, la legittimazione attiva essa sembra ruotare intorno ad un doppio momento: quello iniziale della proposizione della domanda e quello o quelli successivi in cui ulteriori soggetti interessati, che siano consumatori o utenti, possano intervenire con la cosiddetta "adesione all'azione collettiva".

Nel primo caso, oltre alla pacifica previsione della legittimazione delle Associazioni dei consumatori che potremmo definire "registrate" presso il Ministero dello Sviluppo Economico, abbiamo la ben più problematica definizione rappresentata dalle "..associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere".

Su quest'ultimo punto la dottrina è già copiosamente intervenuta <sup>4</sup>, ma a me spetta, direi, il compito di osservare che l'individuazione della presenza dei richiesti requisiti di adeguata rappresentatività, potrebbe richiedere un accertamento ragionevolmente sommario, con riguardo al quale non si possa/debba pretendere un'attività eccessivamente penetrante quanto, piuttosto, la richiesta e verifica di una documentazione atta almeno a dimostrare in negativo la non episodicità della formazione che chiede di potere agire.

Sarei in particolare dell'idea che, sul punto, l'alternativa posta al legislatore sia quella o di lasciare la norma come è, o di concentrare la legittimazione sulle sole associazioni dei consumatori "registrate" (soluzione quest'ultima che considero estrema).

Dico questo perché temo, in particolare, gli eccessi di un'analitica indicazione dei requisiti e poi, dopo tutto, resta sempre il diritto dei singoli consumatori ed utenti di agire individualmente per la tutela della propria posizione.

Anche con riguardo alla citata adesione del consumatore "in corso di giudizio", mi limito ad una notazione. Osservo, in particolare, che non mi sembrano emergere quei profili di ferraginosità ed arretratezza che, pure, sono stati segnalati in molta dottrina <sup>5</sup>.

Ciò, soprattutto, con riguardo alle difficoltà che si paleserebbero per permettere a tutti i soggetti potenzialmente interessati di essere informati circa l'esistenza dell'azione.

---

<sup>3</sup> Quesito proposto da R. Caponi, *Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro it.* 2008, V, c. 185.

<sup>4</sup> Ancora A. Palmieri, cit., c. 189; nonché, solo a fini esemplificativi: R. Caponi, *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it); G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis cod. consumo*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milano, 2008, 443.

<sup>5</sup> Non è questa la sede per dilungarsi per profili critici sollevati con stretta attinenza alla configurabilità processuale dell'azione per cui rinvio a D. Dalfino, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 196-197.

Insomma, le associazioni dei consumatori in Italia hanno ampiamente superato la fase pionieristica, le stesse possono oggi vantare migliaia se non decine di migliaia di iscritti e sono quotidianamente ospitate sui giornali, in radio ed in televisione, per non parlare di internet.

La possibilità di rendere nota l'esistenza di una class action mi appare adeguatamente garantita e, direi, deve anche coniugarsi con la presenza di un minimo di autotutela che ognuno di noi, in veste di consumatore o utente, deve manifestare per proteggere i propri interessi dedicando quel po' di attenzione necessaria ad informarsi in materia.

Vengo quindi a trattare del profilo indicato nel secondo blocco sopra indicato, e cioè del giudizio di filtro che la normativa richiederebbe onde evitare azioni pretestuose ed infondate.

I problemi sono vari, si va dal rischio, paventato da alcuni <sup>6</sup>, che un esame troppo approfondito possa di fatto costituire un pre-giudizio determinante sul prosieguo dell'azione; mentre, da parte di altri, ci si chiede quale sia l'efficacia preclusiva di altre analoghe domande nel caso che il giudizio sia negativo venendo emesso con l'Ordinanza indicata dalla norma; fino all'ulteriore problema del differimento di questa fase, nel caso in cui venga verificata la presenza di un'istruttoria aperta in materia davanti ad un'autorità indipendente.

Indubbiamente, in sede di aggiustamento della norma, qualche cosa potrebbe farsi proprio con riferimento ad alcune precisazioni in merito all'efficacia processuale dell'eventuale decisione negativa, mentre vedrei con timore interventi che pretendano di chiarire meglio quando si dovrebbe ammettere e quando respingere l'azione collettiva.

Infine, due parole in relazione al terzo blocco in cui ho proposto di dividere l'articolato al momento non ancora in vigore. Quello che riguarda il profilo dell'esecuzione della sentenza favorevole.

Qui, effettivamente, in ben 3 commi, di cui l'ultimo particolarmente elaborato, sembra apparire tutta la preoccupazione, se non vogliamo usare la parola timore, che dovrebbe aver attanagliato il legislatore mentre scriveva questa disposizione.

La stessa potrebbe apparire un vero capolavoro di tartufismo ovvero di tentativo di dire alle imprese, che ragionevolmente saranno le controparti dei consumatori e utenti, che, una volta che il giudice abbia riconosciuto le istanze di questi ultimi, ci sarà tempo e modo di mettersi d'accordo attraverso tutta una serie di andirivieni di proposte e controproposte la cui effettiva operatività potrà poi essere legata a Camere di conciliazione nominate dal Presidente del Tribunale e a quant'altro.

---

<sup>6</sup> Sul punto ancora A. Palmieri, *op. cit.*, c. 190-191; D. Dalfino, *op. cit.*, c. 198; critico M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più moderne*, in *Guida dir.*, 2008, 4, 12; Consolo, *E' legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("l'inutil precauzione)*, in *Corr. giur.* 2008, 5.

Sul punto, segnalo che mi trovo d'accordo con chi auspica che proprio questa parte meriti la revisione maggiore <sup>7</sup> al fine di trovare una necessaria chiarezza circa, soprattutto, l'effettiva natura della sentenza di accoglimento e le sue conseguenze più concrete, che sono poi quelle che interessano di più a noi professionisti.

Non intendo dilungarmi oltre sul punto, da un lato per la natura stessa della lettura volutamente "per punti" che sto conducendo sulla materia, dall'altro lato, avrei proprio piacere di partire da questo problema, cioè quello dell'effettività della tutela, per concludere il mio intervento trattando, brevemente, della "Class Action" che forse già esiste nel nostro ordinamento.

Come tutti noi sappiamo, in effetti, il Codice del Consumo già prevede come operativa, all'art. 140, un'azione inibitoria che ha delle caratteristiche più penetranti di quella originariamente introdotta nell'ormai non più esistente art. 1469-sexies del codice civile.

Mi riferisco, in particolare, ad un inciso contenuto nella nuova norma che prevede che possa essere chiesto al tribunale: "di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate".

Ora, ricordo brevemente che tale azione può essere esperita esclusivamente dalle associazioni dei consumatori e non posso diffondermi sulle modalità procedurali, non avendone in questa sede il tempo.

Quello che mi interessa invece segnalare sono due provvedimenti dell'autorità giudiziaria romana (Tribunale di Roma, Ordinanze 30 aprile e 23 maggio 2008, che sono pubblicate sul fascicolo Anticipazioni e novità del mese di giugno 2008 del Foro Italiano), in cui sembra, per la prima volta se non sbaglio, che si faccia applicazione della possibilità anzidetta.

In breve. Nell'ipotesi temporalmente più vicina l'Adiconsum lamenta che le tessere Mediaset Premium, quelle che consentono di assistere alle partite di calcio previo il pagamento anticipato di una serie futura di acquisti di partite, non permettevano per un dato periodo che l'utente acquirente potesse riavere il credito residuo sulla tessera stessa una volta che fosse spirato il termine di utilizzo.

In sostanza, la somma non utilizzata per vedere le partite, ma pagata a tale titolo dall'utente, finiva per essere incamerata dalla società emittente.

La pronuncia citata ha ordinato alla società di restituire le somme incamerate a tale titolo a tutti gli acquirenti delle carte pre-pagate, attraverso una comunicazione capillare agli stessi della possibilità di riavere quanto ritenevano di aver perso.

---

<sup>7</sup> Richiamo, ad esempio, le osservazioni critiche del Centro giuridico Adiconsum in *Consumi & Diritti*, 2, 2008, 7-9; come i dubbi sollevati da A. D. De Santis, *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, in *Foro it.*, V, c. 209 ss.

Nella seconda vicenda è l'Unione Consumatori a promuovere un'azione ex art. 140 del Codice del Consumo nei confronti di Sky Italia.

La questione riguarda, in sintesi, le modalità con cui la società ha, di fatto, unilateralmente imposto ai suoi abbonati di acquistare una rivista di informazione sui programmi televisivi inserita nell'abbonamento con un aggravio di spesa automatico.

Solo se l'abbonato avesse voluto, certo dopo essersi reso conto del meccanismo, avrebbe potuto comunicare l'intenzione di non ricevere più la rivista.

Orbene, anche in questo caso il Tribunale Romano ha preso un provvedimento di tipo "positivo", ordinando il riaccredito delle somme pagate in un determinato periodo di tempo a favore di tutti gli abbonati che avevano subito questo incremento dei costi del proprio contratto attraverso un meccanismo che viene giudicato illecito.

Conclusivamente, direi che, per mantenere un approccio doverosamente operativo ad un incontro che non può e non vuole caratterizzarsi solo per profili teorici, occorre sfruttare molte delle cose che si diranno oggi, in attesa della prossima o remota entrata in vigore della "class action", anche per studiare e confrontarsi su ciò che già da tempo costituisce, in materia, diritto pienamente vigente.

Quell'azione inibitoria di cui all'art. 140 del Codice del Consumo di cui, come visto, anche assai recentemente la giurisprudenza ha dimostrato di saper e poter dare un'interpretazione particolarmente utile alla tutela delle posizioni di una grande pluralità di soggetti.