

**CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
DI ROMA**

~ Centro Studi ~

Commissione Procedura Civile

CLASS ACTION

Riflessioni giuridiche e procedurali

Roma, 28 ottobre 2008

ore 15.00-19.00

Aula Avvocati - Palazzo di Giustizia

Piazza Cavour - Roma

Intervento dell'avv. Luca Leone

La sentenza: natura ed effetti

1. Il contenuto della sentenza.
2. La ripartizione delle spese legali.
3. I c.d. danni punitivi (*punitive damages*).
4. L'efficacia soggettiva.
5. L'impugnazione della sentenza. cenni.
6. La fase di completamento. Cenni.
7. Conclusioni

1. Il contenuto della sentenza.

A differenza di quanto previsto dall'art. 140 del Codice del consumo in tema di azione collettiva inibitoria, dove è espressamente stabilito che le associazioni e il soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo possono dare vita a procedure conciliative stragiudiziali, l'art. 140 *bis* in tema di azioni collettive risarcitorie sembra prevedere la sentenza come unica modalità di definizione del giudizio, o meglio di quella fase dell'azione risarcitoria collettiva diretta ad accertare il diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti e a determinare i criteri in base ai quali liquidare

la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio.

Tuttavia, anche in assenza di una espressa previsione, non sembra ragionevole doversi escludere che i soggetti legittimati a promuovere l'azione collettiva risarcitoria e l'impresa possano promuovere, anche prima di iniziare il giudizio o nel corso di esso, sia in sede stragiudiziale che in ambito giudiziale, procedure conciliative dirette sia ad accertare il diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti, sia a determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti.

Venendo, ora, al provvedimento che definisce la seconda fase¹ giudiziale dell'azione risarcitoria collettiva, lo stesso riveste la forma di sentenza emessa dal Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa in composizione collegiale². Il giudice con la sentenza oltre, ovviamente, ad accertare o meno l'illiceità del comportamento denunciato, e la conseguente responsabilità dell'impresa, dichiara, in caso di accoglimento, il diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti, aderenti e intervenuti nel giudizio. Senza, tuttavia, stabilire quale sia, nello specifico, l'identità dei soggetti danneggiati né in quale misura gli stessi siano stati singolarmente lesi.

Dunque oggetto dell'accertamento della sentenza resa nel processo conseguente ad azione risarcitoria collettiva sono l'esistenza, o meno, del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti. L'attore formale (associazioni registrate, oppure ad associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi), difatti, non fa

¹ Nell'azione collettiva risarcitoria delineata dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo possono, difatti, individuarsi 3 fasi: la prima nella quale il tribunale si pronuncia sull'ammissibilità della domanda; la seconda finalizzata all'accertamento dell'illiceità del comportamento dell'impresa convenuta e alla conseguente dichiarazione del diritto al risarcimento e alla restituzione; la terza, c.d. fase di completamento, finalizzata alla quantificazione dei danni di ciascun singolo consumatore o utente.

² Il comma 448, dell'art. 2 della Legge 24 dicembre 2007, n.244 (c.d. Legge Finanziaria 2008) ha aggiunto dopo il numero 7) dell'articolo 50-*bis*, primo comma, del codice di procedura civile, il numero 7-bis) che stabilisce che il Tribunale giudica in composizione collegiale anche «nelle cause di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206».

valere in giudizio un diritto proprio ma quelli individuali dei singoli aderenti.

In caso di esito positivo, il Tribunale determina d'ufficio - e quindi a prescindere dall'istanza di parte - nel modo più preciso e circostanziato, i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Il giudice, dunque, è tenuto ad enunciare regole di condotta chiare e concrete che dovranno essere seguite nelle successive fasi di "completamento" a valle della prima fase.

Secondo la maggioranza dei commentatori³, la sentenza di accoglimento che definisce il giudizio collettivo è assimilabile ad una sentenza di condanna generica - e, quindi, secondo autorevole dottrina⁴, comunque di mero accertamento - seppur "qualificata" e "rafforzata" dall'enunciazione dei criteri di liquidazione. Tale enunciazione, difatti, non varrebbe ad attribuire al contenuto della sentenza profili ulteriori rispetto all'accertamento. La differenza di disciplina tra l'art. 278 c.p.c. e il comma 4 dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo, poi, non impedirebbe affatto di cogliere il fondamentale nucleo comune dei due, ossia il rinvio della liquidazione del quantum ad una fase successiva⁵.

In entrambi i casi, difatti, si è in presenza di una sentenza di condanna che non potrà fondare un'esecuzione forzata fino a quando non sarà integrata con un'altra condanna (o, nell'azione collettiva risarcitoria, di un procedimento di "completamento") concernente il *quantum* che renda il diritto certo, liquido ed esigibile.

Al pari, dunque, della sentenza emessa ai sensi dell'art. 278, c.p.c., anche la sentenza prevista dal 4° comma, dell'art 140 *bis* del Codice del consumo viene ritenuto titolo idoneo, ai sensi dell'art. 2818 c.c., per l'iscrizione di ipoteca giudiziale nonché a far decorrere, dal giorno in cui la

³ Claudio Consolo, *I contenuti decisori del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, 216; Remo Caponi, *Litisconsorzio "aggregato", L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Judicium*, 2008.

⁴ Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 343

⁵ Così Remo Caponi, cit.

stessa diviene irrevocabile, l'ordinario termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2953 c.c., rompendo il collegamento con la precedente ragione di credito (c.d. *actio iudicati*).

Esiste poi la possibilità di un terzo capo della sentenza meramente eventuale. Il giudice, difatti, unicamente nell'ipotesi in cui risulti possibile allo stato degli atti, con la stessa sentenza che chiude la fase di accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione, determina - sembrerebbe anche qui d'ufficio, non essendo espressamente richiesta un'istanza di parte⁶ - la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. In tale caso la sentenza, analogamente a quanto ritenuto per la provvisoria di cui al comma 2 dell'art. 278 c.p.c., avrebbe natura di provvedimento di condanna vero e proprio.

Sennonché, come giustamente osservato da autorevole dottrina, nel caso della provvisoria di cui all'art. 278, comma 2, la condanna presuppone il raggiungimento di una prova piena (e non dunque di semplice verosimiglianza) su una certa quantità del danno. Poiché, tuttavia, come si è già visto la sentenza ex art. 140 *bis* Codice del consumo non stabilisce, e non può, stabilire, quali siano nello specifico l'identità dei soggetti lesi né la misura della lesione, è evidente che la sentenza che determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente non potrà che stabilire una somma minima uguale per tutti.

In proposito chi scrive ritiene di condividere quella autorevole dottrina⁷ che ritiene che la sentenza di condanna provvisoria pronunciata a seguito di azione collettiva risarcitoria sia una pronuncia di condanna vera, ma con riserva delle eccezioni di merito personali e individuali che potranno essere fatte valere dall'impresa convenuta negli eventuali giudizi individuali di completamento o con l'opposizione di merito ex art. 615 c.p.c..

⁶ Nel senso invece della necessità di una richiesta *ad hoc* nella domanda introduttiva Paolo Buzzetti, *L'esito finale: la transazione, la conciliazione ovvero il giudizio individuale di completamento*, in Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Cit., 225;

⁷ Claudio Consolo, *I contenuti decisori del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Cit., 216;

Trattandosi nella specie di provvedimento di condanna vero e proprio, il relativo capo della sentenza dovrebbe poi costituire titolo esecutivo.

Ugualmente titolo esecutivo dovrebbero costituire capi relativi ai diritti di coloro che abbiano svolto intervento e abbiano già la liquidazione individuale del danno.

2. La ripartizione delle spese legali.

L'art. 140 *bis* del Codice del consumo nulla dice in ordine alla ripartizione delle spese legali. Applicando in modo rigoroso e restrittivo le norme del codice di procedura civile, secondo le quali il giudice può pronunciarsi sulle spese di lite solo ove ciò sia espressamente stabilito⁸, si dovrebbe ritenere che nell'ipotesi in cui il Giudice dovesse dichiarare - con ordinanza reclamabile davanti alla corte d'appello, che pronuncia in camera di consiglio - inammissibile la domanda per manifesta infondatezza, sussistenza di un conflitto di interessi, ovvero insussistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela, la relativa ordinanza non potrebbe comportare, nel silenzio della legge, la conseguente condanna dell'associazione, o degli altri soggetti di cui al comma 2 dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo, al pagamento delle spese di lite.

Il che vorrebbe dire che il modello di azione collettiva risarcitoria delineata dall'art. 2, commi 444-449 della Legge Finanziaria 2008 non ha previsto alcun elemento dissuasivo alla proposizione di eventuali azioni collettive risarcitorie totalmente strumentali, futili se non, addirittura, temerarie. Aderendo all'interpretazione rigorosa dell'art. 91 c.p.c., difatti, l'azione collettiva risarcitoria dichiarata con ordinanza palesemente inammissibile alla conclusione della prima fase⁹ non potrebbe subire alcuna forma di sanzione punitiva, neanche quella minima della condanna al pagamento delle spese di lite né, tantomeno, quella relativa alla responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c.

⁸ Art. 91 c.p.c.

⁹ Vedi nota ¹.

Sennonché, in linea con quell'orientamento della Suprema Corte¹⁰ - secondo il quale la statuizione sul riparto delle spese deve essere adottata in ogni pronuncia con cui il giudice, decidendo su posizioni contrapposte, conclude il procedimento o una fase del procedimento innanzi a lui, indipendentemente dalla forma del provvedimento (sentenza, ordinanza oppure decreto) e dalla attitudine di esso a costituire cosa giudicata in senso formale o sostanziale - ad avviso di scrive l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria, nonostante il silenzio della legge, dovrebbe poter recare condanna alle spese di lite.

Diverso è il caso della sentenza emessa alla fine del processo.

In caso di rigetto dell'azione collettiva risarcitoria il giudice dovrà sempre pronunciarsi in ordine alle spese del processo e, ove ritualmente richiesto, anche in merito alla responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Nell'ipotesi di condanna dell'associazione e/o del comitato istante al pagamento spese di lite - o, addirittura, dei danni per responsabilità aggravata (ex art. 96 c.p.c) - si ritiene che della relativa obbligazione debba rispondere non solo l'ente stesso, con il suo fondo comune, ma anche, in solido tra loro, le singole persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, o i componenti del comitato¹¹.

Più difficile la posizione dei singoli aderenti.

Se li si considera come soggetti rappresentati dal proponente l'azione collettiva risarcitoria, allora non vi è dubbio che anche per loro sussiste la possibilità di essere condannati alle spese di lite. Se invece, come a chi scrive sembra più corretto, si considera l'associazione o il comitato proponente alla stregua di un sostituto processuale (in senso tecnico) *sui generis*, ossia come soggetto che, pur non essendo titolare del diritto azionato, è tuttavia legittimato a farlo valere in giudizio in nome proprio, in quanto, portatore di un interesse di natura pubblicistica, allora gli aderenti sono dei "sostituiti

¹⁰ cfr. Cass. civ. Sez. Unite 28.04.1989 n. 2021, in Giust. Civ., 1989, I, 1814; Cass. civ. Sez. I 04.11.1992 n. 11961, in Foro It., 1993, I, 2903; Cass. civ. Sez. I 16.03.1995 n. 3066, in Mass. Giur. It., 1995; Cass. civ. Sez. III 01.10.2002 n. 14075, in Mass. Giur. It., 2002, Arch. Civ., 2003, 846, Gius, 2003, 3, 355.

¹¹ Ex art. 38. cod. civ.

processuali”, formalmente estranei ai giudizio collettivo e, dunque, non soggetti alla condanna alle spese di lite del giudizio collettivo medesimo¹².

Per altro gli aderenti non sono litisconsorti necessari e, ad avviso di chi scrive, non posso intervenire nel processo ad alcun titolo se non previa revoca dell’adesione.

Quanto agli eventuali soggetti intervenuti, posto che l’interveniente è ad ogni effetto parte processuale, gli stessi dovrebbero subire la condanna alle spese.

Per quanto riguarda la sentenza di accoglimento dell’azione collettiva risarcitoria, benché, come abbiamo visto, la stessa sia assimilabile alla sentenza non definitiva contenente una statuizione di condanna generica, di cui all’art. 278 c. p. c. – nella quale il giudice non può pronunciare condanna alle spese processuali¹³ in quanto con tale sentenza non definisce la causa e non chiude il processo, provvedendo con l’emissione di contestuale ordinanza per la sua prosecuzione – si ritiene che trattandosi di sentenza che chiude la fase processuale davanti al tribunale dovrebbe contenere, proprio in virtù dell’art. 91, 1° comma, c.p.c. anche la condanna della parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell’associazione e/o del comitato.

3. I c.d. danni punitivi (*punitive damages*).

In coerenza con i principi dell’ordinamento italiano, che assegna alla responsabilità civile funzioni esclusivamente compensative, il modello di Class Action introdotto con la Legge Finanziaria 2008 non ha previsto la possibilità di ottenere la condanna del convenuto al risarcimento dei c.d. danni punitivi (*punitive damages*, nell’esperienza nordamericana di norma di importo consistente e, addirittura, nel caso di *small claims*, a volte molto più elevato della somma dei singoli pregiudizi) che invece costituisce una caratteristica fondamentale della Class Action statunitense.

¹² Decisamente contrario Remo Capoini, *ibidem*, 25, secondo il quale l’associazione (o il comitato) agisce come rappresentante processuale, in nome e per conto dei consumatori che aderiscono all’iniziativa. Si tratterebbe di rappresentanza processuale di nuovo genere, ovvero mista.

¹³ Ex art. 91 c.p.c.

Nel vigente ordinamento, difatti, l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. La funzione sanzionatoria e punitiva propria del risarcimento dei *punitive damages* contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno che assegna alla responsabilità civile funzioni esclusivamente compensative che precludono al danneggiato di lucrare somme eccedenti il danno effettivamente subito.

Nel caso dei *punitive damages* non c'è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito mentre nel nostro sistema alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, occorre la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi "*in re ipsa*"¹⁴.

4. L'efficacia soggettiva.

Secondo quanto disposto dal comma 5 dell'art. 140 *bis del* Codice del consumo «*la sentenza che definisce il giudizio*» - e quindi, quale che sia il contenuto, favorevole o sfavorevole - «*promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. E' fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1*».

Si tratterebbe, in buona sostanza di previsioni di natura ricognitiva o reiterativa di regole del processo civile¹⁵.

¹⁴ Cass. civ., Sez. III, 19/01/2007, n.1183 in Resp. civ. on line, 2007, in Mass. Giur. It., 2007, in CED Cassazione, 2007, in Arch. Giur. Circolaz., 2008, 1, 77. Cfr. anche Cass. n. 10024/1997, n. 12767/1998, n. 1633/2000 ivi citate.

¹⁵ Davide Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in www.judicium.it

Vertendosi in tema di sostituto processuale (in senso tecnico e seppure *sui generis*), difatti, la sentenza ottenuta dal sostituto ha effetti direttamente sulle situazioni dei consumatori o utenti sostituiti¹⁶ in virtù proprio del rapporto di sostituzione. Non si tratterebbe quindi di estensione *ultra partes* della sentenza, in quanto i consumatori o gli utenti sono stati parte (in senso sostanziale) del giudizio, sia pure come sostituiti dall'associazione rappresentativa.

Dunque, siamo in presenza della logica conseguenza della scelta fatta dal legislatore riguardo al cosiddetto sistema di *opt-in*, in contrapposizione al sistema nordamericano dell' *opt-out*; ossia il criterio discrezionale in base al quale una determinata regola (o conseguenza) si applica soltanto se la parte interessata esprime la sua adesione (*opt-in*) ovvero non si applica soltanto se la parte interessata esprime la sua opposizione (*opt-out*).

Nel sistema di *opt-in*, quindi, sul quale è stata delineata l'azione collettiva risarcitoria introdotta dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo, l'efficacia soggettiva della pronuncia che conclude il giudizio si estende obbligatoriamente e automaticamente a tutti coloro i quali hanno espresso la propria adesione.

C'è da segnalare, in proposito, una probabile svista del legislatore che nulla dice circa gli effetti della sentenza riguardo ai consumatori o utenti intervenuti in giudizio. Non può che trattarsi, tuttavia, di una semplice dimenticanza visto che nel caso contrario di non assoggettabilità alla sentenza degli intervenuti, non sarebbero chiare le ragioni e gli effetti dell'intervento stesso nel giudizio, anche in considerazione della simmetrica salvezza fatta dalla norma per "l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1"¹⁷. Senza contare che l'intervenuto è parte processuale e

¹⁶ Davide Amadei, *ibidem*.

¹⁷ Secondo Claudio Consolo *ibidem*, 212, tale previsione delimiterebbe nettamente le azioni esperibili a valle della definizione del giudizio collettivo conclusosi con sentenza nel senso che rimarrebbero implicitamente escluse nuove azioni collettive. Nuove vicende processuali sarebbero possibili, per lo stesso illecito, solo in stretta osservanza delle garanzie costituzionali accordate solo alle azioni individuali di cui al comma 1 dell'art. 24, che non coprirebbe le azioni collettive.

sostanziale e quindi automaticamente soggetto alla regola dell'art. 2909 del cod. civ.

La sentenza, dunque, non può produrre alcun effetto – né favorevole né sfavorevole – nei confronti di associazioni e/o singoli consumatori che non hanno partecipato al processo e, quindi, non potrà essere utilizzata *in utilibus* dal singolo consumatore – che non abbia aderito o non sia intervenuto nel processo – nel suo giudizio individuale.

Non vi è, difatti, alcun supporto normativo per poter estendere i limiti soggettivi di efficacia della decisione resa al termine del processo collettivo introdotto dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo oltre i limiti previsti dall'art. 2909 del cod. civ.. Ossia, anche in tale caso, l'accertamento contenuto nella sentenza, passata in giudicato, fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. Ciò che, difatti, una sentenza non può fare è pregiudicare chi non abbia partecipato al giudizio¹⁸.

Per quanto riguarda la portata oggettiva della sentenza collettiva essa vincola i singoli consumatori, aderenti o intervenuti, sull'esistenza o sull'inesistenza del loro diritto di credito al risarcimento (ossia sull'*an debeat*), che pertanto non potrà essere nuovamente messa in discussione dagli stessi soggetti in un'azione individuale o in un'altra azione collettiva. Così come non potranno più essere messi in discussione dai singoli consumatori o utenti, aderenti o intervenuti, i criteri fissati dal tribunale per la liquidazione individuale del danno.

Di contro, l'impresa convenuta soccombente, se da un lato non potrà contestare l'esistenza dei diritti di coloro i quali, consumatori e/o utenti, abbiano aderito o siano intervenuti, ben potrà eccepire in fase di liquidazione, conciliativa o giudiziale, i fatti impeditivi, modificativi o estintivi personali e relativi al singolo individuo, la non appartenenza alla classe o, infine, l'inesistenza, invalidità o l'intempestività della comunicazione dell'adesione o dell'intervento.

¹⁸ Pietro Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, 2224-2228).

Il modello delineato dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo e, in particolare, la scelta fatta dal legislatore del criterio dell' *opt-in*, conducono a ritenere legittimamente esperibili, sia in caso di sentenza di accoglimento che di rigetto, ulteriori azioni collettive risarcitorie promosse dalla medesima o, a maggior ragione, da altra associazione, per gli stessi fatti, ma a tutela dei diritti, diversi e autonomi, di consumatori e utenti che non hanno aderito o non sono intervenuti nel primo giudizio¹⁹.

L'effetto preclusivo del giudicato, difatti, riguarda unicamente l'esistenza, o l'inesistenza, dei diritti dei soggetti che hanno aderito o che sono intervenuti e la cui somma costituisce l'oggetto del giudicato.

Come è stato autorevolmente osservato²⁰, siamo in presenza di una nuova forma di tutela di interessi già tutelati individualmente nell'ordinamento, affidata ad un sistema collettivo. Si tratta di azioni collettive alle quali possono accedere, per ottenere giustizia, quanti si rivolgono ad associazioni registrate, oppure ad associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi; i singoli possono intervenire, aderire, accedere alla procedura conciliativa, ma anche promuovere azioni individuali. E associazioni e comitati, non solo diversi da quelli che hanno già promosso l'azione ma anche gli stessi, possono promuovere nei confronti della medesima controparte un'altra azione collettiva, contemporaneamente o successivamente sia alla sua proposizione sia all'esito della procedura. L'associazione o il comitato, difatti, con l'azione collettiva risarcitoria non ha fatto valere qualcosa di proprio ma ha richiesto l'accertamento di diritti altrui.

L'art. 2909 segna i limiti soggettivi e oggettivi del giudicato, e con essi un principio irrinunciabile di natura sostanziale e non solo processuale,

¹⁹ In senso decisamente contrario Claudio Consolo, *ibidem*, 211, secondo il quale si deve parlare di una "definitiva consumazione del diritto ad agire in forma collettiva dei singoli, il cui rifiuto di aderire all'azione risarcitoria è paragonabile ad una rinuncia all'opzione per la tutela attraverso il giudizio collettivo, adeguatamente ed ufficialmente pubblicizzato dal momento di superamento del filtro di ammissibilità, proprio per rendere edotta la classe tutta della pendenza dell'azione e della possibilità, data solo in relazione ad essa, di esercitare il loro diritto in quella particolare forma". Nello stesso senso Remo Caponi, *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva*, *ibidem*, 33.

²⁰ Guido Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*. in *Contratti* 6, 2008, 547

come dimostra la sua collocazione all'interno del codice civile²¹, che limita l'estensione oggettiva e soggettiva del giudicato a quanto richiesto dalle parti, emerso e dichiarato in quel procedimento e limitatamente a quei soggetti che ad esso hanno preso parte e nel quale hanno potuto difendersi e contraddire alle pretese avversarie.

Ai consumatori e agli utenti che hanno aderito o che sono intervenuti, ovviamente, è preclusa la possibilità di aderire, in caso di rigetto della domanda collettiva risarcitoria, a nuove azioni promosse da altre associazioni per gli stessi fatti.

Logica conseguenza di tale assunto è che deve escludersi che possa configurarsi litispendenza tra più azioni promosse da diverse associazioni per gli stessi fatti in quanto mancherebbe nella fattispecie il requisito dell'identità di cause, e in particolare dell'identità dei soggetti, trattandosi di diritti di consumatori e utenti diversi e autonomi. Tutt'al più, nel caso di cause proposte da diverse associazioni o comitati per la medesima fattispecie lesiva, si potrà procedere alla riunione per connessione ex art. 40 c.p.c.

Non può non rilevarsi, tuttavia, che un modello così delineato non potrà che favorire il proliferare di accertamenti contraddittori tra più azioni collettive promosse autonomamente da diverse associazioni per le stesse fattispecie lesive e tra queste e le varie sentenze individuali rese nei giudizi avviati da singoli consumatori e/o utenti.

Senza contare che la stessa impresa, per la medesima fattispecie lesiva, sarà esposta, salva, ovviamente, l'intervenuta prescrizione, ad una serie infinita di azioni collettive e individuali senza che l'eventuale esito favorevole in un giudizio (collettivo o individuale che sia) possa essere mai utilizzato a proprio favore.

Si è, infine, giustamente notato²² che non è necessario che l'azione collettiva risarcitoria sia promossa dai soggetti legittimati (associazioni registrate, oppure da associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi) dopo che questi abbiano raccolto le adesioni. L'azione può essere promossa

²¹ Pietro Rescigno, *ibidem*.

²² Pier Filippo Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Milano, 2008, 112.

anche senza alcuna adesione preventiva e può essere portata a termine anche senza adesioni (perché mai rese o perché revocate) o interventi individuali. Ci si chiede allora quale possa essere l'utilità pratica (al di là di gravare sul bilancio assai misero della Giustizia) di una sentenza resa in un caso del genere se non quella di mero precedente utilizzabile (!) in altre azioni collettive risarcitorie o individuali.

5. L'impugnazione della sentenza. cenni.

Si deve escludere che gli aderenti siano legittimati ad impugnare autonomamente l'eventuale sentenza sfavorevole. Chi aderisce, difatti, ha il solo scopo di rendersi destinatario degli effetti della sentenza ma non partecipa al processo di cui, pertanto, non è parte. Diverso è il caso dell'intervenuto il quale assume, a tutti gli effetti, la qualità di parte con i relativi poteri processuali ivi compresa la possibilità di impugnare la sentenza sfavorevole.

Non vi è dubbio che il promotore dell'azione collettiva risarcitoria (associazioni registrate, oppure da associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi) sia pienamente legittimato all'impugnazione della sentenza che abbia disconosciuto il diritto dei consumatori o utenti al risarcimento del danno e alla restituzione di somme di denaro.

Altro problema riguarda la sospensione ex art. 295 c.p.c dei singoli giudizi individuali di completamento (anche di quelli in sede conciliativa) in pendenza del giudizio di appello avverso la sentenza che ha definito il giudizio collettivo risarcitorio. Si concorda con la posizione di coloro i quali, per ragioni di opportunità ²³ ritengo che almeno in questo peculiare contesto si sia in presenza di una ipotesi di sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c..

6. La fase di completamento. Cenni

Da ultimo appare utile rilevare che sebbene siano stati previsti due procedimenti conciliativi per quanto riguarda la fase di "completamento",

²³ Paolo Buzzetti, *L'esito finale: la transazione, la conciliazione ovvero il giudizio individuale di completamento*, in Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Cit., 245;

non sembra che dall'esegesi della norma possa ritenersi esclusa per il consumatore o per l'utente la strada del ricorso ad azioni individuale in sede giudiziaria per la determinazione del *quantum*, in linea con il precetto dell'art. 24 Cost. che sancisce l'inviolabilità del diritto di azione.

E' appena il caso di osservare che la norma in commento non prevede alcun termine entro il quale i procedimenti conciliativi devono essere conclusi, e non prevede alcuna improcedibilità della domanda giudiziale proposta senza avere avviato il tentativo di conciliazione.

Sicché sembra si possa concludere che i due procedimenti conciliativi disciplinati nell'art. 140 *bis* possano essere considerati non obbligatori, bensì alternativi ad eventuali azioni giudiziali individuali di determinazione del quantum.

7. Conclusioni.

Il Legislatore, ritenendo evidentemente di poter applicare al diritto la formula aritmetica per cui cambiando l'ordine degli addendi il prodotto non cambia, ha collocato la sentenza nel bel mezzo dell'azione collettiva risarcitoria, non ha previsto alcuna procedura preventiva di definizione della lite e ha introdotto due procedimenti conciliativi di c.d. completamento a valle della sentenza. Ma siccome il diritto, a mio sommesso avviso, non gode della proprietà commutativa, il prodotto che ne esce fuori è affatto diverso dal processo civile cui siamo abituati, pur nelle multiformi tipologie di riti "speciali" proliferate negli ultimi anni.

Dunque, nell'azione collettiva risarcitoria introdotta dalla Legge Finanziaria 2008 la sentenza non chiude il processo - se si escludono i rarissimi casi di sentenze *self executive* - ma, al contrario, apre la porta ad un fase di c.d. completamento che potrà attuarsi con molteplici modalità, sia in via conciliativa che giudiziale, portando con se il rischio di innumerevoli giudicati contrastanti, ma dove il consumatore o l'utente smette di essere "classe" e viene abbandonato al suo destino di singolo in balia di un'impresa che il più delle volte sarà, per calcolo, poco diligente nell'attivare le procedure conciliative e più propensa a confidare nell'effetto dissuasivo che

l'analisi costi benefici avrà sul singolo soggetto leso il quale, il più delle volte, preso dallo sconforto, rimarrà con in tasca una sentenza di condanna generica *inutiliter data* o, nella migliore delle ipotesi, si porterà a casa una transazione indecorosa.

Cosicché quello che era il principale cavallo di battaglia dell'azione risarcitoria collettiva - ossia negli *small claims* l'unione fa la forza - viene "azzoppato" nel bel mezzo della corsa e la truppa, ormai in ordine sparso, si avvia ad affrontare il corpo a corpo con armi spuntate.