

REPORT

CORTE DI CASSAZIONE
Ufficio dei Referenti
per la Formazione Decentrata

La TUTELA COLLETTIVA RISARCITORIA : IL MODELLO ITALIANO DI CLASS ACTION

Roma, 24 novembre 2010
Aula Magna della Corte di cassazione

Introduzione

Prof. Luigi Spaventa (*Direzione e coordinamento del convegno*)

L'argomento della *class action* presenta intersezioni con la ricerca economica americana ed inglese del *law and economics*, di più recente introduzione in Italia. In quei paesi, la *class action* è stata frequentemente utilizzata in relazione alla tutela degli investitori.

Nel confronto fra *common law* e *civil law*, la letteratura tradizionale assegna la preminenza alla prima, quanto all'offerta di istituzioni più favorevoli allo sviluppo dei mercati; sebbene, peraltro, si tratti di tesi da "prendere con le molle", specialmente dopo la recente crisi finanziaria, che ha reso la presunta superiorità dei sistemi di *common law* alquanto dubbia.

Fra *private enforcement* e *public enforcement* – iniziative private od istituzioni pubbliche che fanno rispettare le regole – si reputa che siano più importanti le prime per conseguire il recupero, da parte degli investitori, delle perdite subite.

La *class action* si situa nell'ambito del *private enforcement*: essa dovrebbe ridurre i costi, diretti ed indiretti, del ricorso alla tutela giurisdizionale per i piccoli investitori.

Ma hanno essi diritto di cittadinanza nel disposto dell'art. 140-*bis* del codice del consumo? La norma, infatti, parla solo di "consumatori" ed "utenti": forse la categoria degli investitori può ricondursi nell'ambito della seconda.

Le controversie per cui, inoltre, potrebbe utilizzarsi la *class action* sono quelle contro gli emittenti; più problematica l'azione per la violazione delle regole di comportamento degli intermediari, soprattutto dopo la Direttiva MiFID 2004/39/CE: è impossibile rinvenire un'identità di diritti e situazioni; in banca si firmano risme di moduli ed è difficile individuare una classe unitaria.

Negli Stati Uniti, la *class action* è stata uno strumento potente, anche per la sua funzione di deterrenza, tanto che il legislatore americano ne ha dovuto contenere la portata (dalla deterrenza al ricatto il passo può essere breve); ciò soprattutto grazie ai danni punitivi, di

cui la giustizia americana è stata molto generosa. Ivi si manifesta un'associazione fra la *class action* e la pratica della quota lite: gli avvocati si pubblicizzano offrendo i propri servizi, molti romanzi legali ce lo confermano. Se la pratica non viene controllata, si verifica una pericolosa crescita di incentivi asimmetrici: l'avvocato che promuove la causa non prende niente per il caso di soccombenza, e, però, causa danni se ha torto; se vince, prende notevoli somme.

Benvenuta comunque la nuova azione nel nostro ordinamento; sarà interessante vedere come riuscirà a crescere. Ma è difficile non convenire con Renato Rordorf che essa potrà contribuire ad un aumento del contenzioso. Come ha detto un eminente giudice, ogni aumento dell'offerta di giustizia da noi finisce per incrementare la domanda, specie in una situazione inadeguata dell'apparato giudiziario e con una legislazione di qualità scadente.

Intervento dei relatori

Prof. Giorgio Costantino

La presenza dell'economista oggi sta ad indicare l'importanza della tutela collettiva come strumento di controllo del mercato e mezzo per ristabilire la fiducia degli investitori; vedremo se davvero avrà queste funzioni.

L'attenzione prevalente è orientata sul meccanismo e sulle tecniche processuali della *class action*. Il processo più efficiente è quello che non fa parlare di sé, che permette di concentrare l'attenzione sul profilo sostanziale e non sulle tecniche processuali.

Vediamo come funziona il meccanismo che è stato predisposto all'art. 140-*bis* del codice del consumo.

Questi gli obiettivi della tutela collettiva: 1) ristabilire la fiducia del mercato, perché il consumatore possa sperare che, ove subisca un danno, abbia un'azione a tutela; 2) permettere alle imprese la determinazione dei danni, per conoscere qual è il rischio d'impresa; 3) contribuire alla deflazione del contenzioso; 4) far emergere una domanda di giustizia altrimenti inespressa, ossia far sì che i danni minimi non siano trascurati; 5) ristabilire la concorrenza fra gli ordinamenti, perché, rispetto ai danni ai consumatori, il paese con la tutela migliore attira il contenzioso (nel 1999, Lord Woolf disse, lanciando la riforma della giustizia civile inglese, che essa avrebbe attratto i mercati; dieci anni dopo hanno festeggiato: è stato così).

La nuova disciplina va valutata in relazione agli obiettivi.

La tutela collettiva può riguardare i casi in cui il provvedimento giudiziale è idoneo a soddisfare una pluralità di soggetti: è la tutela inibitoria, che tocca il tema della obbligazioni indivisibili; chi vince ottiene il risultato, tutti possono venire soddisfatti. La tutela inibitoria (molti gli esempi nel nostro sistema), però, non porta soldi: le numerose ipotesi, anche efficaci, nel sistema non attraggono la classe forense.

Del tutto diverso il discorso per la tutela risarcitoria. Questa si misura con situazioni individuali ed il danno è inevitabilmente diverso per ciascuno: occorre trovare dei meccanismi per conciliare la posizione individuale con l'esigenza di una tutela collettiva, come il ricorso ai danni punitivi o la condanna al danno prodotto, invece che subito. Una delle prime *class action* negli anni '60, negli Stati Uniti, fu promossa contro una casa farmaceutica, la quale aveva lucrato pochi centesimi su di un prodotto: fu condannata a restituire pochi soldi a chi aveva agito, ma, poi, a vendere il prodotto a quel prezzo inferiore per alcuni anni. Inoltre, c'è il meccanismo dei danni punitivi, che sono liquidati *a forfait*. Queste tecniche, anche negli Stati Uniti, sono peraltro residuali, anche se attraggono tanto la letteratura: nell'ambito della tutela risarcitoria si arriva al danno punitivo quando non vi sono altri rimedi.

Per conciliare tutela individuale e tutela collettiva, occorre inventare strumenti che permettano di prescindere dal nesso causale; oppure, come da noi ed in Europa, si prevede una struttura bifasica, nella quale prima ci si accerta del fondamento dell'azione, poi si liquida il danno.

L'art. 140-*bis* cod. cons. individua i profili dell'oggetto, la legittimazione, l'adesione, la transazione e le rinunce, i criteri di competenza, il preventivo giudizio di ammissibilità.

In ordine allo scopo dell'azione – tema dell'intervento – l'art. 140-*bis* prevede che il tribunale condanni, oppure determini il criterio omogeneo di calcolo: dunque, non può che trattarsi di una condanna (con gli usuali corollari: essa è titolo esecutivo, trasforma la prescrizione breve in decennale, è titolo per l'iscrizione di ipoteca). Non è l'accertamento di un danno futuro, ma di un danno attuale.

Il comma 12 parla di “somme definitive”: ma deve ammettersi, accanto alla sentenza di condanna definitiva, anche la condanna generica e la provvisoria. Altrimenti, si avrebbe un vuoto normativo e sarebbe allora necessario rimettere la norma al giudizio della Corte Costituzionale, che, tuttavia, non è ammesso quando sia possibile un'interpretazione adeguatrice.

Vi è, poi, il profilo del danno. Nella recente ordinanza emessa dal Tribunale di Torino il 4 giugno 2010 (*Foro it.*, 2010, I, 2523), l'attore non aveva subito un danno. La norma ingenuamente stabilisce che i danni debbano essere identici, ma ciò non è possibile. Deve trattarsi, in verità, di danni omogenei: un unico fatto dannoso cagiona pregiudizio ad una serie di soggetti. Per la nozione di “danno tipico” vi è un'ottima decisione: è il caso statunitense dell'amianto, per il quale vi sono circa due milioni di cause negli Usa e dove le società produttrici di amianto hanno istituito fondi di indennizzo di milioni di dollari, per i malati o le famiglie delle vittime, puntualizzando le diverse patologie ed effettuando pubblicità per invitare i danneggiati a chiedere gli indennizzi. In quel caso, i fatti costitutivi del diritto al risarcimento erano diversi dall'uno all'altro: dunque, fu revocata l'*injunction* inizialmente concessa, perché non si trattava di una *class action*. Il giudice disse che vi sono momenti in cui esigenze sociali ed economiche confliggono con quelle dello Stato di diritto: compito dei giudici è tutelare queste ultime. In seguito, arrivò il caso del tabacco.

E da noi? Non si può trattare di danni non omogenei, essi devono poter dar luogo ad un unico accertamento di responsabilità: la bibliografia sulla *certification* negli Usa sarà utile.

Quanto al giudizio di ammissibilità, il legislatore italiano ha preso a modello il sistema americano, in cui il processo vero tecnicamente è il *trial*, che noi non abbiamo: è preceduto dalla *pretrial fasis*, dall'inizio del processo all'inizio del dibattimento; è essenziale il giudizio di ammissibilità per evitare di pervenire al *trial*, a fini deflativi.

Nel nostro sistema, la struttura della cognizione consiste nel fatto che, da un lato, l'attore indica i fatti posti a fondamento della domanda, e, dall'altro lato, il convenuto e il giudice possono verificarne l'idoneità a fondare il diritto affermato; in caso di inidoneità, la domanda può essere respinta. Il convenuto può contestare i fatti costitutivi o dedurre fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, di fronte ai quali la domanda può essere rigettata, esonerando l'attore dalla prova dei fatti costitutivi (si pensi alla domanda di revisione dei prezzi nell'appalto, ove il convenuto faccia valere il *forfait*; o qualora, a fronte di una domanda di danni, il convenuto eccepisca la prescrizione: in tal caso, il processo si può fermare). Gi strumenti quindi ce li abbiamo già, per fermare il processo. Ma il legislatore ha introdotto il giudizio di ammissibilità.

La trattazione è innanzi al collegio: l'udienza è pubblica o no (anche se grande differenza nella pratica non si vede) ?

Si compare davanti al collegio, che applicherà gli art. 140-*bis* c. cons. e 183 c.p.c. Il tribunale dunque deve, anzitutto, verificare la notifica, la costituzione, l'eventuale intenzione delle parti di conciliarsi, e così via, ossia tutto quanto previsto dall'art. 183 c.p.c.; e ciò, ancor prima di giudicare l'ammissibilità. L'udienza può finire con la definizione del *thema decidendum*, oppure con la concessione dei termini per le memorie di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c. Se le parti chiedono di poter definire il *thema decidendum*, quindi, è ragionevole pensare sia loro concesso.

All'esito di tutto ciò, il tribunale si riserva per decidere sull'ammissibilità dell'azione.

L'ordinanza equivale ad una sentenza non definitiva (come per la sentenza di divorzio): non è ammesso il deposito di comparse conclusionale e memorie, ma il tribunale, compiute le citate attività, si riserva, per provvedere con ordinanza.

Quanto al contenuto dell'ordinanza, essa potrebbe anzitutto dichiarare inammissibile l'azione, secondo le ipotesi previste dalla norma (vi è una bibliografia americana vastissima sulla nozione di danno tipico; nel menzionato caso deciso dal Trib. Torino del 4 giugno 2010, come risulta da pag. 51, l'attore non ne aveva subiti).

Se la domanda è ammissibile, l'ordinanza ha contenuto complesso: essa detta le regole per la prosecuzione del processo (come già avviene per il calendario del processo nel giudizio ordinario, innanzi al giudice singolo); stabilisce la pubblicità; ammette od esclude i mezzi di prova già richiesti dalle parti.

L'ordinanza è reclamabile solo per il profilo dell'ammissibilità, non per i restanti contenuti.

In esito al giudizio di ammissibilità, ove il tribunale dichiari l'azione inammissibile e la corte d'appello riformi: le parti perdono un grado, perché sarà la corte d'appello a dover istruire il giudizio.

Se il tribunale dichiara l'azione ammissibile e la corte d'appello riforma, è l'ordinanza impugnabile per cassazione? Si deve ritenere di sì, perché essa incide comunque sul diritto: sarà un diritto processuale, ma il provvedimento è definitivo. In tal caso, ove il provvedimento di riforma della corte d'appello cada in Cassazione, è da chiedersi se si debba ricominciare daccapo in tribunale e se trovi applicazione l'art. 336 c.p.c.

Non è possibile alcun cumulo con altre azioni, perché questa è un'azione speciale: non sono ammesse nel giudizio azioni diverse, perché sono diversi i criteri di competenza, la legittimazione, il rito, la trattazione. Ma quale associazione poi, nella pratica, cumulerebbe l'azione inibitoria (che ha molti più vantaggi: il giudice unico, la possibilità dell'istanza cautelare, ecc.) con quella risarcitoria? Quest'ultima non conviene (a Torino lo hanno fatto, con esiti non favorevoli).

L'intervento volontario è escluso dalla norma; vi chi (prof. Menchini) è di opinione contraria, ma la tecnica legislativa è inadeguata ed ogni interpretazione è legittima. Peraltro, non sembra possibile nemmeno ammettere l'intervento ai sensi degli art. 106 e 107 c.p.c.: è un processo che non tollera si discuta anche di altri temi. L'oggetto è soltanto la pronuncia di condanna.

Vari problemi pone l'adesione degli altri componenti della classe.

Determinate le modalità di svolgimento del processo e dopo il perfezionamento delle adesioni, il convenuto potrebbe, invero, dedurre circa l'assenza di requisiti del singolo aderente (non avere egli comprato azioni, ad esempio) ed, in tal caso, il tribunale potrebbe integrare l'ordinanza di ammissibilità.

Gli aderenti potrebbero avere interesse ad intervenire.

Essi non sono parti del processo, non sono costituiti (basti pensare, in caso contrario, a quanti problemi per i casi di interruzione!). L'aderente è come il successore a titolo particolare nel diritto controverso: è parte sostanziale, ma non processuale.

Secondo alcuni (prof. Ruffini), potrebbe darsi tutela agli aderenti, ragionando nel senso che l'art. 140-*bis*, 10° comma, vieta l'intervento dei terzi e che l'aderente è una "parte sostanziale", non un "terzo". Tuttavia, occorre considerare la complessità del processo, ove vi siano migliaia di aderenti.

Funzionerà lo strumento?

All'indomani della Rivoluzione francese, nel dibattito parlamentare, in merito alla legge sul divorzio, si rilevò che lo scioglimento del matrimonio è un dato di libertà e la Rivoluzione non poteva negarla, ma, nel contempo, doveva essere difesa la famiglia. Come conciliare? Si pensò di predisporre un processo così scomodo e complicato, che le parti dovessero preferire restare sposate...

È quello che il legislatore ha fatto, probabilmente, con il processo di cui ci stiamo occupando.

Avv. Ferdinando Emanuele

Il tema della relazione è l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della norma, in particolare con riguardo alle controversie in materia di mercati finanziari. Negli Usa, la *class action* ha prodotto sia risultati positivi e sia abusi, perché si inserisce in un sistema che conosce i danni punitivi, ampi patti di quota lite, la giuria popolare e, soprattutto, la *discovery*, che permette di accertare il fatto, ben oltre lo strumento dell'art. 210 c.p.c. e gli altri mezzi istruttori previsti dal nostro ordinamento.

La norma, quanto all'ambito soggettivo, prevede che possa agire ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Agisce, quindi, la persona fisica: si è scartato il modello dell'azione rappresentativa e si è preferito modello dell'azione individuale, che può far conto sulla forza propulsiva del singolo consumatore leso; le associazioni hanno solo legittimazione processuale, non sostanziale. Non si tratta della tutela di beni collettivi, come l'ambiente; sono diritti seriali, o, come dice la legge, di contenuto omogeneo o identico.

L'impresa convenuta, quindi, può eccepire il difetto di legittimazione attiva ove l'attore non sia un consumatore, secondo la nozione dell'art. 3 c. cons. Con la sentenza del 20 gennaio 2005, n. 464/01 (*Foro it.*, 2005, IV, 124), la Corte di giustizia CE ha ritenuto che la nozione di consumatore sia integrata, purché il contratto sia stato concluso per soddisfare in misura solo trascurabile esigenze attinenti all'attività professionale del soggetto.

Inoltre, la parte convenuta può eccepire il difetto di legittimazione attiva, ove l'associazione agisca in proprio, come fanno oggi molte associazioni, in cui si affermano danneggiate.

Legittimazione passiva: si parla di "*impresa*" (2°, 4°, 14° comma). È la nozione dell'art. 2082 c.c.: non, quindi, il professionista, che, invece, è la controparte tipica del consumatore nel codice del consumo (dunque, ingegneri od avvocati per errori professionali non potranno essere convenuti con l'azione di classe).

In ordine all'ambito oggettivo, devono essere diritti *omogenei*: ma restano diritti che spettano individualmente a più persone, le quali possano proporre omogenee domande risarcitorie o restitutorie. I diritti, dunque, devono avere un fondamento comune, ossia avere in comune alcuni elementi costitutivi.

Nella lett. a) del 2° comma, si affianca il concetto di *identità*. Le due nozioni non sono sovrapponibili; la giurisprudenza ci dirà come interpretare questa discrasia. Ma entrambe le nozioni si riferiscono alla condotta imprenditoriale lesiva, alla norma violata ed alla tipologia dei diritti lesi; fermo restando che le conseguenze della lesione possono ben differire nel *petitum*.

In fondo, però, la norma dà criteri utili ai giudici per la soluzione dei problemi, che già si sono posti nei giudizi plurisoggettivi promossi da centinaia di investitori.

Nelle cause promosse nell'ultimo decennio per i *bonds* argentini, il problema era che l'Argentina era, bensì, l'unico soggetto emittente ma, negli anni precedenti il *default*, aveva effettuato decine e decine di emissioni obbligazionarie, con tassi, rendimenti, banche collocatrici, prospetti diversi.

Il Tribunale di Milano ha emesso un'ordinanza circa venti giorni fa, in un giudizio plurisoggettivo (non di *class action*) concernente la responsabilità delle agenzie di *rating*; altri due giudizi sono pendenti a Roma. Presso il Tribunale di Milano sono convenute le società Standard & Poor e Moody, per le valutazioni rese con riguardo alla Lehman Brothers: gli attori imputano loro di avere attribuito alla banca in questione alti *rating*, e di averli mantenuti sino al 2001, che hanno indotto ad investire o a non disinvestire. Il tribunale ha ritenuto nullo l'atto di citazione, perché non era stato indicato lo specifico titolo oggetto dell'investimento, ravvisando una carenza di allegazione quanto ai suoi caratteri, al giudizio di *rating* assegnato a ciascun titolo o società emittente. Sono rilievi fondati: tali elementi erano essenziali per individuare la *causa petendi*, la fattispecie costitutiva della responsabilità contrattuale o da contatto sociale. Ne è derivata la declaratoria di nullità della citazione e l'ordine di integrazione *ex art. 163, n. 4, c.p.c.*

Rileva qualsiasi tipo di contratto, anche orale o concluso mediante comportamento concludente, *on line*, nei grandi magazzini o con i distributori automatici.

Sono diritti identici o diversi i diritti dei consumatori che hanno tutti stipulato contratti a tariffe diverse, ma per il resto uguali? O, in materia bancaria, più clienti che lamentino la violazione dell'art. 118 t.u.f., per avere la banca unilateralmente modificato le condizioni contrattuali al di fuori della legge, sono titolari di diritti diversi o no?

La lettera *b)* dell'art. 140-*bis*, 2° comma, menziona i diritti che spettano a più consumatori finali di uno stesso prodotto, indipendentemente da un diretto rapporto contrattuale. La norma si presta ad un'ampia applicabilità, perché la nozione di prodotto è vasta. Ciò che conta è la relazione di consumo, non il contratto: chiunque abbia subito un danno, anche senza contratto (come avviene per la stragrande maggioranza dei beni di massa), potrà esperire l'azione.

La lettera *c)* dell'art. 140-*bis*, 2° comma, per le pratiche commerciali scorrette rinvia all'art. 20 c. cons.; per i comportamenti anticoncorrenziali, rilevano gli art. 101 e 102 del Trattato CE, gli art. 1 e 3 della legge n. 287 del 1990. È il sistema della doppia tutela: civilistica ed innanzi alle autorità indipendenti. Ciò rende presumibili le azioni *following*, che seguono ai provvedimenti amministrativi. La sentenza della Cassazione del 13 febbraio 2009, n. 3640 (*Foro it.*, 2010, I, 1901) ha precisato che il provvedimento dell'autorità è prova privilegiata nel giudizio risarcitorio; e già Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (*id.*, 2005, I, 1014), superando la sentenza Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475 (*id.*, 2003, I, 1121), aveva precisato come il diritto *antitrust* non è solo degli imprenditori, ma è il diritto di chiunque sia interessato al livello di concorrenza e possa dimostrare il danno patito per il comportamento dell'impresa che abbia escluso o limitato la concorrenza.

Nei giudizi aventi ad oggetto questi due tipi di condotte, dovrebbe applicarsi frequentemente il comma 7°: la sospensione, qualora penda istruttoria innanzi all'autorità amministrativa od un giudizio amministrativo. La norma ha espressamente introdotto ciò che prevedeva già l'art. 16 del Regolamento CE n. 1/2003.

Si applica l'art. 140-*bis* alla materia dell'intermediazione finanziaria?

Dovrebbe darsi alla domanda risposta affermativa.

In primo luogo, sin dagli iniziali disegni di legge (cfr. la legge finanziaria per il 2008, art. 2, comma 445°), l'azione di classe era presentata come azione generale a tutela dei consumatori e non era limitata solo alle materie oggi indicate; in secondo luogo, l'investitore rientra nella nozione di consumatore ove investa denari, ai sensi dell'art. 3 c. cons. (ed il codice del consumo contiene la disciplina dei contratti a distanza, ove ci dice che vi sono prodotti o servizi finanziari), mentre alla nozione di impresa possono ricondursi gli emittenti ed i soggetti abilitati di cui all'art. 1 del t.u.f. (s.i.m., s.i.c.a.v., s.g.r.), e l'emittente di un prodotto finanziario, secondo alcuni, è addirittura un produttore, perchè emette un titolo obbligazionario o azionario, che viene venduto da altri sul mercato; in terzo luogo, si applicano già le forme di tutela giudiziale e stragiudiziale del codice del consumo, quali l'art. 32-*bis* t.u.f., con la legittimazione attiva delle associazioni ministeriali e l'art. 137 c. cons., da parte delle associazioni, per la tutela interessi collettivi degli investitori connessi ai servizi di investimento.

Il rapporto investitore-banca può rientrare nel rapporto contrattuale, ove vi sia il contratto, *ex art. 23 t.u.f.* Secondo la Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (*Foro it.*, 2008, I, 784), la violazione degli obblighi di comportamento può comportare una responsabilità precontrattuale o contrattuale, a seconda del momento della violazione, e può esservi responsabilità anche per un contratto valido, ove siano stati violati gli obblighi precontrattuali.

Prof. Luigi Spaventa

Negli Usa, le società di *rating* si sono sempre difese con successo, allegando la libertà di espressione, salvo il dolo. Il problema riguarda i fondi di investimento, che non svolgono essi stessi le analisi, ma hanno ogni interesse a mantenere in vita le società di *rating*; inoltre, si pone ancora quando organismi pubblici, come il Comitato di Basilea, diminuiscano i requisiti patrimoniali di riserva delle banche, laddove le agenzie di *rating*, incaricate di valutare il rischio derivante dai rapporti di credito assunti, assegnino un "AAA".

Pres. Luciano Panzani

Si pone la questione se l'udienza innanzi al tribunale debba essere pubblica.

L'art. 84 att. c.p.c. prevede, come è noto, che l'udienza di trattazione non sia pubblica: dunque questo sarebbe il principio, ove si seguano le norme sul giudizio ordinario di cognizione.

Ma vi è l'art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che dice il contrario; e la Cassazione ha detto che il giudizio può non essere pubblico, in quanto si chiuda comunque con un'udienza pubblica.

Qui, invece, ove l'udienza non sia pubblica, ove il giudizio di inammissibilità si conclude in senso negativo finisce per non esservi più un momento pubblico. Nel caso esaminato dal Tribunale di Torino con l'ordinanza dello scorso giugno, il problema non si era posto, perché tutte le parti avevano chiesto l'udienza pubblica.

Ma si deve ritenere, comunque, che la trattazione si debba svolgere in udienza pubblica.

Il processo si svolge secondo le norme del giudizio ordinario del codice di rito?

Vi sono dubbi, perché l'ordinanza di ammissibilità deve indicare le norme sullo svolgimento del procedimento: dunque, potrebbe anche prevedere un rito sommario, o un misto tra sommario ed ordinario. Sembra assurdo, allora, pensare ad un giudizio che nella fase di cognizione sommaria di ammissibilità debba svolgersi secondo la cadenza del rito ordinario, per definizione troppo "pesante" (il legislatore, infatti, ha creato il rito sommario agli art. 702-*bis* ss.), per poi, nel merito, poter seguire il rito sommario, appena il tribunale lo ritenga opportuno.

Dunque, occorre rimeditare se il procedimento debba davvero svolgersi nelle forme necessarie degli art. 183 ss. c.p.c.

Le questioni dell'identità dei diritti e della modalità delle adesioni sono i due temi, su cui si gioca la funzionalità dell'azione nel nostro ordinamento o il probabile destino di rimanere inapplicata.

Posto che la sentenza può anche solo stabilire i criteri per la determinazione del danno, deve ritenersi che si tratti non di identità, ma piuttosto di omogeneità. È certo, però, che, se si allarga troppo l'ambito di applicazione della disposizione, si rischia di eliminare ogni effetto utile, perché ne potrebbero seguire una quantità insostenibile di giudizi.

Nel caso trattato dal Tribunale di Torino, se i calcoli del Codacons erano giusti, le clausole censurate dall'attore sembrano essere applicate da Banca Intesa a sei milioni di correntisti: dunque, era attendibile la stima di 100.000 adesioni. Il Tribunale di Torino sta celebrando il processo penale Eternit sui danni da amianto ed omissione dolosa di cautele, art. 437 c.p.: alla prima udienza, vi sono state 6200 istanze di costituzione di parte civile. La gestione della prima udienza ha richiesto quattro aule, collegate in circuito chiuso in TV, l'aula magna con 600 posti e l'Auditorium di un palazzo della Provincia, l'utilizzo di 70 persone (su 350 funzionari). La macchina ordinaria della giustizia si è fermata per un giorno, dopo una lunga serie di riunioni con forza pubblica, vigili urbani, vigili del gioco, per organizzare il servizio di ambulanze e postazioni di ristoro... Tutto ciò per circa 6000 parti civili. Immaginiamo 100.000 adesioni: esiste un tribunale in Italia che possa gestire tanti atti di adesione, con quei contenuti? Il giudice, poi, dovrà comunque esaminarli tutti. È vero che gli aderenti non si costituiscono in giudizio, però le adesioni sono lì, e sono oggetto di dibattito processuale.

Se vogliamo che l'azione possa avere qualche speranza di funzionare, occorre interpretare, allora, le norme in senso restrittivo, con la consapevolezza che una percentuale di diritti ne resterà esclusa. Ma è una scelta già operata dal legislatore, laddove ha limitato l'azione al consumatore persona fisica (in materia di concorrenza, la *class action* che immagina la Commissione europea non si limita alla persona del consumatore).

Si deve partire, dunque, da qui: dalla riflessione su come la nuova azione possa funzionare.

L'identità va interpretata con riguardo alla *causa petendi*, o fatti costitutivi in senso lato: ma il danno deve essere individuato con riguardo ad un multiplo, sempre della stessa natura (si pensi, ad esempio, alla vicenda di Sarno per la caduta della valanga: il fatto costitutivo è sempre lo stesso, ma i danni sarebbero comunque troppo diversi).

E' vero che la giurisprudenza americana, nel caso prima menzionato, ha ritenuto che i fatti costitutivi fossero diversi e che non potesse esperirsi la *class action*: ma i giudici americani reagivano all'uso alternativo dell'azione da parte delle grandi società, che la utilizzavano all'opposto; per evitare risultati devastanti, vi sono state allora interpretazioni difensive da parte della giurisprudenza.

Ecco, occorre riflettere anche da noi: per tutelare tutto finiremmo per tutelare molto poco.

Circa l'adesione, il nostro legislatore ha scelto il meccanismo dell'*opt-in*.

L'art. 140-*bis*, 14° comma, afferma che l'adesione implica rinuncia. È un meccanismo simile al trasferimento dell'azione civile in sede penale, di cui all'art. 75, co. 1, c.p.p., una sorta di rinuncia agli atti; ma non è obbligatoria.

Si discute se l'aderente sia parte o no. Il meccanismo di legge prevede che l'aderente non ha poteri d'impugnazione (sebbene la sentenza fa stato anche nei suoi confronti), non può costituirsi in giudizio, non necessita del ministero di un difensore, mentre la rinuncia o transazione non hanno effetto per lui se l'aderente non vi aderisce espressamente: tutti elementi che palesano come egli non acquisti la qualità di parte. È uno strumento anomalo.

È stata sollevata in un'azione di classe pendente innanzi al Tribunale di Torino questione di costituzionalità per contrasto con gli art. art. 3 e 24 Cost.: ma non pare fondata, perché la *class action* è uno strumento in più; il diritto di difesa è garantito dall'azione individuale; qui si sa bene che si "sale su un carro" secondo regole determinate dall'attore, non certo dall'aderente.

Il meccanismo con cui si sale sul carro non è rigorosamente predeterminato. Nel momento in cui viene pronunciata l'ordinanza di ammissibilità, l'attore e l'associazione si faranno promotori, in quanto essi raccolgono le adesioni e poi le depositano; ma nulla vieta le adesioni siano depositate direttamente in giudizio.

Se il convenuto contesta il fatto costitutivo della domanda, ad esempio che un determinato soggetto abbia i requisiti dell'appartenenza alla classe, o che abbia patito un danno, ci si chiede chi debba contraddire: l'attore che ha promosso l'azione (in virtù di un rapporto di mandato aderente-attore), oppure è questione che esula dalla *class action*, perché la valutazione della posizione del singolo aderente dovrà svolgersi nel giudizio individuale? Si è detto che, se le contestazioni sui requisiti degli aderenti sono numerose, allora il giudice dovrà farsene carico, ove sia posta in dubbio l'esistenza stessa della classe; altrimenti, la questione è di fatto, da verificare nel caso specifico ed esula dalla *class action*.

A Londra, anni fa, è capitato di sentire i membri di un'associazione di consumatori narrare della *class action* intrapresa per la commercializzazione magliette del Manchester United, dove, all'esito del giudizio, la corte inglese aveva stabilito il diritto degli acquirenti di essere risarciti, presentando lo scontrino di acquisto della maglietta. Si comprende la difficoltà di conservarlo, dopo anni. Ma, in ogni caso, il giudice inglese non si era occupato della prova d'acquisto; solo in seguito occorreva darne la prova, nello specifico caso concreto. L'associazione riferiva del suo grande impegno per intraprendere quella *class action*, senza risultati ed affermava che, in futuro, non l'avrebbe più esercitata, in quanto non ne era valsa la pena.

La transazione non ha effetto per l'aderente. Ma, allora, l'attore deve proseguire il giudizio nell'interesse dell'aderente? Sarebbe risultato assurdo. Pertanto, l'aderente sembra un soggetto che sale su un carro e va avanti, finché dura: se si la lite arriva a transazione, la *class action* finisce lì.

È un mandato, o altro? È un rapporto di adesione, figura *sui generis*, che non esisteva prima e dalle caratteristiche peculiari, mentre avvicinarlo ai vari istituti preesistenti porta a risultati distorsivi: la *class action* ha caratteristiche proprie.

Non si ammette un'adesione parziale, ad esempio solo sull'accertamento e non sulla quantificazione del danno.

L'aderente è figura a metà, si è detto, fra parte sostanziale e parte processuale. Dunque, se non è terzo, ma parte sostanziale, ci si chiede se egli potrebbe intervenire in giudizio? Deve ritenersi di no, perché ciò contrasta con la *ratio* della disciplina, secondo cui delle singole posizioni non si deve discutere, altrimenti si arriva alla paralisi.

La valutazione di ammissibilità in appello determina la perdita di un grado? La conclusione non convince, perché non è un'azione individuale. Nel caso dell'opposizione alla dichiarazione di fallimento, non può essere la corte d'appello a pronunciare il fallimento, perché il giudizio deve svolgersi innanzi al tribunale; quindi, non vale la regola che si perde un grado. Nel nostro caso, ci si chiede se una valutazione di ammissibilità, intesa anche come non manifesta infondatezza e, quindi, una delibazione di serietà, possa far perdere un grado di giudizio (con il rischio che l'azione venga abbandonata, per ricominciare un nuovo giudizio in tribunale)? È più razionale, pertanto, valorizzare la specialità di questa azione e ritenere che la causa debba essere rimessa innanzi al Tribunale.

Se alla rimessione non provvederanno le corti d'appello, suppliranno le parti ricominciando l'azione, per non perdere un grado di giudizio.

È l'ordinanza di ammissibilità o inammissibilità ricorribile in cassazione?

Proprio perché l'azione può essere riproposta, non sussiste un provvedimento definitivo ricorribile in cassazione. La Cassazione ha sempre avuto una tendenza ad espandere la propria cognizione, l'argomento è goloso, ma non sarebbe una strategia felice.

Cumulo di domande: in linea di principio, non vi è motivo di ammetterlo. Ma vi è un caso: quando si tratti della inibitoria *ex* art. 140 del codice, promossa da quella stessa associazione che può agire anche come delegata per l'art. 140-*bis*, forse vi possono essere motivi di opportunità di ammettere il *simultaneus processus*, almeno nei casi in cui non vi siano elementi per la sussistenza di una competenza diversa.

Interventi

Cons. Renato Rordorf

Vi è il problema della ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. per l'ordinanza della corte d'appello. Punto di partenza è la considerazione che il ricorso all'azione di classe è solo uno dei possibili modi di esercizio del diritto, quindi non incide sicuramente sul diritto sostanziale. Secondo l'impostazione tradizionale, dunque, l'ordinanza non sarebbe ricorribile, perché non decide in modo definitivo o non decide sul diritto.

Ma il prof. Costantino ipotizzava il ricorso per cassazione a tutela del diritto processuale fatto valere, ovvero il diritto del danneggiato a far valere il suo diritto in quella particolare forma processuale dell'azione di classe.

Occorre vedere come la cassazione affronterà il problema. La tendenza degli ultimi anni è negare che vi sia spazio per la mera tutela del diritto processuale (casi di appello nella volontaria giurisdizione societaria). Il problema, più generale, è valutare se vi sia spazio per la ricorribilità in Cassazione solo per la tutela di un diritto processuale.

Occorre considerare l'interagire della *class action* con il nostro sistema ordinamentale e se il nostro ambiente processuale la recepirà o possa addirittura esserne modificato, specie in presenza di un istituto importato da un altro ordinamento, dalle tradizioni molto diverse; si dimostra, come in altri settori, la tendenza inarrestabile al superamento confini nazionali.

Il comma 11 dell'art. 140-*bis* dà al tribunale è dato il potere di determinare il corso della procedura, sia pure assicurando “*l'equa, efficace e sollecita gestione del processo*”. È il giudice che traccia le regole da seguire nel processo. Ciò ha sollevato perplessità, che si legano al modo in cui la norma sia conciliabile con l'art. 111 cost. e con il processo “*regolato dalla legge*” perché sia giusto. La norma testimonia la tendenza alla deformalizzazione del processo civile italiano, che lo avvicina a modelli anglosassoni: la *class action* è un banco di prova di questo meccanismo di deformalizzazione, proprio per l'origine dell'azione, per i problemi giganteschi di organizzazione e di numeri in questo tipo di processo. Tale spinta alla deformalizzazione, per ridurre in Italia i tempi del giudizio, è avvertita fortemente dalla giurisprudenza, anche di Cassazione, che tende a fare un uso ampio (secondo alcuni troppo) del canone della ragionevole durata del processo per intervenire con interpretazioni al limite delle norme processuali in termini di deformalizzazione (sino a spingere quattro processualisti sul Foro italiano ad usare parole molto forti: si è detto che non può la ragionevole durata costituire “*principio per arbitrariamente riscrivere il codice di procedura civile*”). È la preoccupazione di gran parte della dottrina. Ma vi è un inevitabile tensione fra ragionevole durata e processo regolato dalla legge; tra i due poli oscilla anche il legislatore, che con la *class action* sembra più incline a privilegiare esigenze di accelerazione e ragionevole durata, anche a scapito di altri valori costituzionali. Non è scandaloso che il giudice sia influenzato da questo clima e privilegi le scelte che, con misura, discernimento e senza pericolosi soggettivismi, vada in questa direzione, da parte di una giurisprudenza consapevole del proprio ruolo.

Il comma 12 fa riferimento all'art. 1226 c.c.: la norma esiste già, perché dunque viene richiamata? Forse – ed è un'interpretazione che magari sopravvaluta il richiamo, ma forse no – potrebbe anche significare che, mentre, in genere, deve essere dimostrata la difficoltà o l'estrema difficoltà di prova, qui il legislatore autorizza a presumere che

senz'altro tale difficoltà sussiste, onde non richiede all'attore di fare uno sforzo per dimostrare che la prova è impossibile o troppo difficoltosa: il legislatore vuole che il giudice semplifichi e si avvalga senz'altro di questo potere. Se ciò è vero, ne esce molto rafforzata la sensazione che, con questo istituto, si sia voluto non solo fornire al privato uno strumento ulteriore e più agile per chiedere il risarcimento del danno, ma anche introdurre uno strumento (gli inglesi parlerebbero di *private enforcement*) che costituisca un deterrente perché i soggetti forti, i produttori e le imprese si comportino secondo la legge. Può dirsi, dunque, che vi è un forte elemento di deterrenza nella *class action*, confermato dal fatto che non occorre la prova specifica del danno; non basta provare il comportamento, ma ci manca poco.

L'azione potrebbe diventare meno uno strumento ripristinatorio ed accostarsi ad una forma di danno punitivo, danno-sanzione, che tende soprattutto ad ottenere una conformità di comportamenti da parte dei destinatari dei precetti. È una tendenza che trae spunto proprio dagli altri ordinamenti ed ha vari indizi nel nostro: si pensi ad ordinamenti settoriali, come l'art. 187-*undecies* t.u.f., il quale consente alla Consob di costituirsi parte civile contro chi ha violato le norme penali che vietano il *market abuse* (l'azione non mira al risarcimento del danno subito dalla Consob, ma del pregiudizio arrecato al mercato, è un danno generale, quindi sostanzialmente punitivo) ed anche alla norma generale dell'art. 96 c.p.c., la quale generalizza la condanna del soccombente anche senza che la parte vittoriosa privi il danno ed assolve una funzione soprattutto di deterrenza contro le liti temerarie, dunque sanzionatoria più che non propriamente risarcitoria, in una linea di tendenza che, lontana alle nostre tradizioni, va però facendo capolino qui e lì.

Occorre portare attenzione a questi profili sistematici nell'applicazione della nuova normativa, con la coscienza che non basta innestare istituti alieni, se non si ha la consapevolezza di come le norme agiscano nel sistema in cui si inseriscono e dei rischi di rigetto da evitare.

Dibattito e Repliche

Prof. Giorgio Costantino

Con l'ordinanza di ammissibilità, il giudice esercita una serie di opzioni (anche circa il deposito di documenti, il giudizio della loro autenticità, la necessità di custodia, ecc.) e l'interpretazione più formalistica e corretta è di tenere fermo il riferimento al rito ordinario.

Si parla di deformalizzazione, di contenitore neutro: noi siamo abituati, come con il procedimento camerale, che, si dice, può servire sempre, mentre le regole del gioco vengono stabilite volta per volta (con buona pace dell'art. 111 cost.). Il legislatore – si pensi alla materia del fallimento o dell'amministratore di sostegno – è intervenuto ad arricchire il contenitore di nuovi contenuti; non essendo scritte preventive regole, occorre applicare i principi generali, concretizzati dalla Cassazione (quanto al modo di assunzione delle prove ed altro). Ma il nuovo procedimento sommario, di cui agli art. 702-*bis* ss. c.p.c., ha visto a Milano introdurre soltanto circa 600 procedimenti in un anno.

Pres. Luciano Panzani

Il motivo per cui il procedimento sommario di cui agli art. 702-*bis* ss. c.p.c. non funziona è un altro: si deve prevedere una corsia preferenziale che guadagni sui tempi, altrimenti, se il procedimento viene fissato per la trattazione insieme agli altri, non conviene più; non è che gli avvocati siano diffidenti, ma è un problema di opportunità della scelta.

Prof. Giorgio Costantino

Non è il processo ordinario la causa del malfunzionamento della giustizia. L'art. 183 c.p.c., come ha precisato la Corte di cassazione, non prevede un percorso obbligato. Distinguere il contenzioso a seconda degli oneri probatori è da tempo un *modus procedendi* sperimentato.

Circa la valutazione delle posizioni degli aderenti: se il tribunale liquida una somma, ciascuno degli aderenti dispone del titolo esecutivo. Per tale motivo, la sentenza dovrà contenere nomi e cognomi, con i codici fiscali degli aderenti. Il problema è serio, sembra come avere importato la verifica dello stato passivo dentro un giudizio di cognizione: e se gli aderenti sono milioni? Anche se il giudice si limita stabilire il criterio, ciascun aderente può intraprendere poi un giudizio ordinario, od anche il giudizio sommario, per ottenere la liquidazione del danno. Ma, intanto, la qualità di aderente viene determinata dalla sentenza.

Pres. Luciano Panzani

Su questo si gioca il futuro della *class action*. Prima di seguire automatismi pericolosi, ci si chiede se sia possibile affermare che si tratti di mera situazione processuale: la sentenza fa stato sulla circostanza che vi è un fatto, il quale ha avuto conseguenze pregiudizievoli. Se l'aderente sia titolare effettivo del diritto, si vedrà altrove; altrimenti, vi è il concreto rischio di paralisi.

Prof. Giorgio Costantino

La norma, però, non dice questo, anche se sarebbe ottimo poter rinviare quell'aspetto ad un momento successivo e diverso. Escludere l'accertamento della qualità di aderente dal giudizio di cognizione, sarebbe ottima cosa: ma non pare esservi un aggancio normativo in tal senso.

Quanto alla menzione dell'art. 1226 c.c., l'interpretazione di Renato Rordorf trova un ostacolo formale, perché la norma dice "*ai sensi dell'art. 1226*": dunque riporta la natura residuale della liquidazione equitativa. La parte può impugnare, fino al giudizio di Cassazione, quando non venga adeguatamente motivato che il danno non poteva essere dimostrato o liquidato esattamente.

Quanto al caso in cui la corte d'appello riformi stabilendo l'ammissibilità dell'azione, mentre la legge n. 117 del 1988 espressamente prevede la rimessione degli atti ad altra sezione del tribunale, analoga disposizione manca nell'art. 140-*bis* c. cons. Siccome, nel

nostro sistema, non vi è la garanzia del doppio grado, sembra che si debba lasciare la causa in appello, perché si è fuori dei casi tassativi di rimessione di cui agli art. 353 e 354 c.p.c.

È probabile che le associazioni agiranno con l'inibitoria di cui all'art. 140-*bis* a fini risarcitori; oppure, otterranno il mandato per esercitare l'azione ordinaria.

Dr.ssa Maria Acierno

La norma dell'art. 140 c. cons. è stata modificata ed ampliata con il riferimento agli “*effetti dannosi delle violazioni*”. Essa ha una funzione propulsiva, dato che possono essere corretti i comportamenti e non soltanto le clausole; si passa dalla fase contrattuale alla fase anche successiva all'estinzione, ad esempio al recupero crediti.

Milano, Roma, Palermo, Torino: nelle cause pilota in materia di interessi anatocistici, si sono avuti provvedimenti conformativi; il giudice non poteva condannare al risarcimento, ma ha affermato che il comportamento della banca, la quale non restituiva gli interessi anatocistici capitalizzati (non adeguandosi all'orientamento della Cassazione), era illecito, ed ha imposto di correggerlo e di restituire tutto ciò che si era capitalizzato sino al 2000, altrimenti la banca avrebbe tenuto una condotta lesiva della buona fede contrattuale.

Qualcosa di analogo ha detto anche il Tribunale di Roma sul caso Sky, ove la società inviava una rivista più patinata, esigendo nel contempo un prezzo maggiore: il giudice romano ha prescritto all'impresa di inviare la lettera di restituzione del denaro e non pretenderne più il pagamento, accompagnando il provvedimento con le *astreintes*.

Dunque, ci sarà ancora questo spazio per l'inibitoria, che, pur non avendo valore di sentenza di condanna, valeva però come prova scritta per i giudizi risarcitori e restitutori? L'art. 140 c. cons. era arrivato alle porte della tutela risarcitoria. Oggi vi sono ancora questi spazi?

Dr. Paolo Cassinis (*Antitrust*)

Anche se l'art. 140-*bis* sta nel codice del consumo, si tratta di uno strumento generale.

L'appartenenza alla classe andrà verificata non solo laddove ci siano rapporti diretti consumatore-produttore, ma in tutti i rapporti sui beni di largo consumo, ad esempio presso la grande distribuzione, dove vi è il problema di provare l'appartenenza alla classe. Lo spettro delle magliette del Manchester si ripresenta: se si scopre un cartello, chi ha acquistato il bene come può dimostrare l'acquisto, se non portando gli scontrini di anni ed anni addietro? Il problema riguarderà la stessa ammissibilità dello strumento, perché esso tutela diritti seriali. Il problema va risolto: l'indicazione di Renato Rordorf è il richiamo all'art. 1226 c.c., che alleggerisce l'onere prova ed ha funzione di deterrenza.

Per determinare l'appartenenza alla classe, o si escludono i rapporti di consumo nei quali manchi un contratto con il produttore, o si devono trovare strumenti presuntivi (si immagini un cartello sulla benzina che gonfi il prezzo) con riguardo all'appartenenza alla medesima, forse con metodi statistici (così: si può presumere che il cittadino medio consumi una data quantità di benzina per ogni anno; vi sono date quote di mercato dei singoli produttori di benzina). Altrimenti, il problema di appartenenza alla classe è serio.

Cons. Giovanni Giacalone

Occorre fare degli sforzi per alleggerire il gravoso problema dell'accertamento dell'appartenenza alla classe. Il Tribunale di Milano, che ha dichiarato nulla la citazione nel giudizio sulla responsabilità delle società di *rating*, sembra avere operato analogamente alla "struttura" della Corte di cassazione, allorché valuta la specificità delle allegazioni e delle produzioni. Occorre, però, alleggerire il problema: noi viviamo in un mondo in cui siamo identificati in ogni momento (si pensi alla carta di credito, ai gestori telefonici, e così via). Su chi deve ricadere allora l'onere di dimostrare l'appartenenza alla classe? È possibile invertirlo?

Se il rapporto è diretto, la valutazione è più facile: la banca o Sky sanno bene se io sono iscritto nei loro registri contabili obbligatori. Pertanto, io affermo di appartenere ad una certa classe ed il contraente diretto non deve poterlo smentire.

La deterrenza sta proprio nel fatto che il contraente forte sa chi sono i suoi contraenti deboli, le sue controparti. Esercitata l'azione, il contraente che fornisce servizi di massa sa che conseguenze essa potrebbe avere sul proprio bilancio. Se, in passato, parlavamo dei contratti massa, oggi abbiamo l'azione di massa: ma occorre pensare anche a strumenti probatori di massa ed alle conseguenze sui relativi oneri.

Si pensi, inoltre, al rapporto indiretto: io non so che titoli siano stati acquistati dagli investitori; ma anche qui si possono trovare dei metodi, come nel caso inglese della maglietta, quali gli scontrini o, nel caso di pagamento con carta di credito, le relative scritture. I contenziosi devono adeguarsi alla materia. Se ho venduto magliette difettose, mi farò portare la maglietta, così ne rimborserò, fra l'altro, una sola; non mi serve il titolo di pagamento, mi può bastare il bene difettoso. Occorre adeguare le prove ammesse, le legittimazioni al tipo di contenzioso, utilizzare ogni tipo di documentazione disponibile, non far ricadere l'intero onere sull'aderente, e, semmai, prevedere adeguate sanzioni, qualora poi risulti che egli non era appartenente alla classe. Altrimenti si svuota l'istituto e si perde la sua forza di deterrenza.

Avv. Claudio Belli (*Giusconsumeristi italiani*)

Norma inutile, ma anche pericolosa. È prevista infatti la consumazione dell'azione di classe. Sembrerebbe una scelta saggia, per evitare i contrasti di giudicato e le recriminazioni fra i potenziali promotori dell'azione. Ma la previsione rischia di avere effetti aberranti: si possono, così, preconstituire giudicati favorevoli, promuovendo azioni di classe mal gestite; inoltre, la consumazione dell'azione può avere un senso, ove abbia efficacia *ultra vires*, mentre qui essa ha effetto solo per gli aderenti, e, quindi, sembra irragionevole precludere ad un secondo gruppo, che per i più vari motivi non abbia aderito, di promuovere una seconda azione di classe.

È un passo indietro rispetto all'art. 140 del codice del consumo, perché la sentenza ha effetto solo per gli aderenti, mentre gli altri non possono farla valere in alcun modo: laddove la vessatorietà di una clausola o la difettosità del prodotto erano accertamenti *ultra vires* caratteristici dell'azione collettiva.

In questi anni, vi è stata una letteratura ripetitiva sugli strumenti collettivi, spesso sull'art. 1469-*sexies* c.c.; la riflessione dottrinale ha portato all'idea che vi sia autonomia tra rimedio inibitorio e tutela dei diritti individuali, un'ontologica contrapposizione fra tutela collettiva e tutela individuale. L'assunto è che la prima fornisca tutela contro il danno collettivo indifferenziato. L'idea va riconsiderata dalla legge 30 luglio 1998, n. 281 in poi, avendo essa inserito la lettera *b*): l'inibitoria non è più solo per la cessazione di condotte antigiuridiche, ma guarda al passato per reintegrare i patrimoni dei consumatori. Le due norme potrebbero essere utilizzate in modo combinato, a tutela dei consumatori.

Avv. Ferdinando Emanuele

L'ordinanza Sky del 13.5.2008 dimostra l'esigenza di un raccordo fra giudizio civile e provvedimenti dell'autorità amministrativa: lì il doppio binario ha funzionato male, perché una condotta è stata inibita dal Tribunale di Roma ed era espressamente autorizzata dall'Antitrust. Va ripensato il sistema, che si è evoluto per le nuove e penetranti regolamentazioni introdotte. È essenziale il raccordo fra l'autorità amministrativa, il giudice ordinario ed il giudice amministrativo.

Si è evocata la necessità di ampliare il concetto di classe: va distinta nettamente la posizione del primo attore e degli aderenti.

Cosa consiglierai al consumatore che viene da me? Mai consiglierai l'azione collettiva, quanto, piuttosto, quella individuale. Ma, attenzione: presupposto di ogni riflessione è la coscienza che l'azione collettiva è un ulteriore strumento di tutela rispetto al giudizio ordinario individuale. Quindi, chi accetta di proporre il giudizio collettivo ne prenderà tutti i limiti, anzitutto la rigorosa delimitazione della classe. Non solo in materia finanziaria: se non si delimita veramente la classe con rigore, come negli Usa, i problemi organizzativi saranno ingestibili. È necessario, anche ai fini del giudicato, capire chi veramente fa parte della classe. Non vi è violazione dell'art. 24 o di altre norme della Costituzione: si accettano i limiti dell'azione proposta (non si può chiedere una c.t.u. od una prova testimoniale, e così via, se si è solo un aderente).

Pres. Luciano Panzani

L'alternativa è una: o riusciamo a dare all'azione un'interpretazione compatibile con l'organizzazione dei nostri uffici giudiziari, oppure essa non sarà utilizzata. Le prime azioni esperite, per segnare il punto da parte delle associazioni, sono state seguite da grande cautela e timore. Perciò sono giustificate le interpretazioni restrittive.

Inibitoria e *class action*: non si sa se il cumulo possa essere felice, tecnicamente certo no. Comunque sono due strumenti, di cui uno ha ottenuto dei risultati e funziona, l'altro è abbastanza dubbio ad oggi, e proprio in certi casi (prodotti finanziari) vi è un'estrema varietà di fattispecie concrete. Ad esempio, per i titoli argentini, dove pure sembra che la posizione del consumatore sia più semplice da tutelare, se si deve valutare l'adeguatezza dell'informazione si riscontrano differenze enormi (dal pensionato che acquista 10.000 euro ed investe tutti i suoi risparmi, a chi acquista due milioni di euro e molti altri titoli, con cognizioni diverse). Come si fa a mettere tutto insieme?

Quanto diceva il prof. Costantino sull'art. 1226 c.c. convince solo in parte: nella norma non è detto "*anche*", perché, se fosse così, significherebbe in effetti il richiamo ai principi ordinari, mentre nell'art. 140-*bis* il richiamo è secco, quindi può proprio voler disporre che il giudice si avvalga dello strumento equitativo, perché l'azione funzioni.