

L'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi plurimi: rimedi inibitori, rimedi risarcitori, tecnica legislativa

BRUNO SPAGNA MUSSO, MASSIMO MANFREDONIA

1. Premessa – I lavori parlamentari

Il nuovo testo dell'art. 140 bis del Codice del consumo, di cui al decreto legislativo n. 206/2005, è entrato in vigore il 1° gennaio 2010 (ai sensi dell'art. 23 co. 16°, d.l. 1.7.2009 n.78).

Esso prospetta rispetto al precedente testo dell'azione collettiva risarcitoria, originariamente prevista dalla legge n. 244/2007, un evidente "abbassamento" di tutela degli interessi plurimi del nostro ordinamento.

I numerosi rinvii dell'entrata in vigore di quella che enfaticamente viene definita "azione di classe" testimoniano il sofferto *iter* legislativo di approvazione della legge e, con esso, l'evidente intenzione politica di non inserire nell'ordinamento un'efficace e generalizzata forma di tutela degli interessi iperindividuali.

E infatti:

- la legge 23 luglio 2009, n. 99 recante "disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" (G.U. Serie generale n. 176 del 31 luglio 2009, suppl. ord. n. 136 /L), con l'art. 49 ha modificato l'art. 140 bis (di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e alla legge 244/2007);
- l'art. 2 della legge del 4 dicembre 2007, n. 244, che ha aggiunto l'art. 140 bis al codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, introducendo nell'ordinamento italiano la tutela

collettiva risarcitoria, con il co. 447° ha previsto una *vacatio legis* di centottanta giorni;

- l'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 113, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, sotto la rubrica *class action* ha, inoltre, stabilito "anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, all'articolo 2, comma 447, della legge 4 dicembre 2007, n. 244, le parole 'decorso centottanta giorni' sono sostituite dalle seguenti 'decorso un anno'";
- l'art. 19 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 14, ha poi modificato detto ultimo termine, prevedendo che "le parole 'decorso un anno' sono sostituite dalle seguenti: 'decorso diciotto mesi'";
- ancora l'art. 23, co. 16°, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, ha sostituito le parole 'decorso diciotto mesi' con 'decorso ventiquattro mesi';
- ne è conseguito che l'entrata in vigore, prevista per luglio 2008, è stata differita a gennaio 2009, a luglio 2009, e, quindi, a gennaio 2010, mentre l'art. 4, l. 4 marzo 2009, n. 15, ha fissato i principi e i criteri direttivi della delega per l'introduzione della tutela collettiva nei confronti della pubblica amministrazione, con ciò statuendo un'incomprensibile duplicazione di tutela collettiva: una nei confronti delle imprese (appunto con l'art. 140 bis) e l'altra nei confronti della pubblica amministrazione.

2. La tutela inibitoria e la tutela risarcitoria nel nostro ordinamento: le relative figure in relazione ad interessi collettivi

Nel nostro ordinamento accanto alla tradizionale tutela di tipo risarcitorio (di cui all'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento contrattuale ed agli artt. 2043 e 2059 c.c. in tema di illeciti extracontrattuali, rispettivamente, per le lesioni di interessi patrimoniali e non patrimoniali) non può negarsi la configurazione di un'autonoma tutela del tipo inibitorio, avente ad oggetto la richiesta al giudice ordinario di disporre l'impedimento o la cessazione di un fatto lesivo, di ordine sia patrimoniale che non patrimoniale.

I dubbi e le incertezze in ordine alla configurabilità di una tutela inibitoria a carattere generale, a fronte di tassative e limitate ipotesi nei soli

casi previsti dalla legge, risultano oggi superabili ove si consideri che per rendere effettiva la protezione della persona, anche quale contraente debole, indipendentemente da mere asserzioni di principio, è indispensabile legittimare, in modo assoluto (e non solo in casi sporadici previsti esplicitamente dal legislatore), la tutela inibitoria quale finalizzata al contrasto di atti pregiudizievoli per l'umana personalità.

Se, dunque, la tutela risarcitoria, nella prospettiva patrimonialistica del diritto civile, era giustamente da considerarsi come esclusiva o prevalente, la stessa non risulta più adeguata in relazione all'esigenza di far venir meno comportamenti che già in sé turbano il corretto sviluppo della personalità da danni economicamente valutabili.

Al primo nucleo di norme codicistiche direttamente configuranti detta ultima tutela di tipo preventivo o inibitorio (art. 7 c.c. in tema di tutela del nome e art. 844 c.c. riguardo alle immissioni), vanno sempre più aggiungendosi ulteriori previsioni come quelle di cui all'art. 1469 *sexies* c.c., di recente "inglobato" dalla normativa prevista dal Codice del consumo e di cui sopra, per l'inibizione dell'uso contrattuale delle clausole vessatorie e dell'art. 14 della l. n. 549 del 1993 avente ad oggetto misure a tutela dell'ozono atmosferico e dell'ambiente; a tale sempre più ampia disciplina sul piano sostanziale deve poi raccordarsi quella corrispondente rinvenibile in sede processuale, caratterizzata, in particolare modo, dall'art. 700 c.p.c. per l'emissione di provvedimenti provvisori ed urgenti, e dagli artt. 669 bis e seguenti c.p.c. riguardanti i sequestri definiti conservativi.

Dall'esame di tale quadro normativo si deduce che detto tipo di tutela inibitoria è riconducibile sia al singolo (art. 7 c.c.), sia ad organismi quali enti ad associazioni, quantomeno nei casi in cui vi è un'esplicita previsione normativa in proposito (art. 37 Codice del consumo); è evidente quindi l'ormai consolidato riconoscimento nel nostro sistema di diritto sostanziale del profilo collettivistico della legittimazione di agire in giudizio (non solo per azioni di tipo risarcitorio).

Si presenta dunque l'urgenza di novellare ulteriormente il vigente codice di procedura civile nel senso di affermare esplicitamente e in via generale, come del resto già prospettato nell'art. 90 del nuovo codice procedura penale, la costituzione in giudizio di organismi plurindividuali.

Deve comunque mettersi in evidenza che, mentre in virtù degli artt. 37, 139 e 140 del vigente Codice del consumo, legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, sono "diret-

tamente ed in proprio” le associazioni previste dal richiamato art. 137, la c.d. azione di classe in esame, di tipo risarcitorio, è (come si evidenzia in seguito) essenzialmente di tipo individuale (anche se con possibilità di adesione da parte di altri soggetti appartenenti alla classe).

3. L'esigenza di un'effettiva azionabilità, sul piano processuale, degli interessi plurimi; il modello statunitense

Il nostro sistema processuale civilistico, nonostante i continui e recenti interventi legislativi, non risulta “aggiornato” in relazione alla sempre più pressante esigenza di rendere azionabili in giudizio posizioni sostanziali plurime, riguardanti cioè più soggetti; da un lato, infatti, è ormai acquisito alla nostra cultura dottrina e giurisprudenziale il dato sociale anche riguardo alla tradizionale nozione di diritto soggettivo, come evidenziato dal sempre più accentuato rilievo dei diritti fondamentali (definiti anche sociali o collettivi) della persona, ma, dall'altro, ancora da mettere a punto è la tutela giurisdizionale a fronte dei cd. *mass torts*, vale a dire di condotte illecite (contrattuali o extra-contrattuali) plurioffensive (contemporaneamente lesive di più soggetti).

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la soluzione adottata dal nostro legislatore (sulla base del modello europeo cd. *Verbandsklage*) è quella che possiamo definire della “collettivizzazione” degli interessi diffusi, vale a dire della costituzione in giudizio di una pluralità di soggetti mediante un ente esponenziale e rappresentativo degli stessi, preindividuato dal legislatore; palesi esempi normativi in proposito sono l'art. 18 della l.n. 349/86, che, in tema di tutela ambientale, prevede la costituzione in giudizio, nelle forme dell'intervento *ad adiuvandum*, di determinati enti (quali portatori degli interessi della collettività al corretto sviluppo del territorio), l'art. 136 del Codice del consumo (unitamente al già richiamato art. 37 del Codice del consumo) e l'art. 3 della l.n. 281/98, norme che riconoscono, per la tutela dei consumatori, la relativa legittimazione ad agire alle “associazioni dei consumatori e degli utenti” (inserite nell'elenco di cui all'art. 5 a tutela degli interessi collettivi).

Sarebbe auspicabile un tipo di azione collettiva a tutela dei consumatori, non solo ispirata ma “modellata” sulla *class action* statunitense, vale a dire un'azione, accessibile a tutti e senza costi, iniziata da un soggetto

che chiede al tribunale di essere autorizzato ad agire per sé e per altri che si trovano nella medesima situazione; si tratta quindi di uno strumento processuale funzionale all'interesse di quanti, avendo subito un identico danno, possano avvalersi dell'attività processuale condotta da un soggetto (named representative) anche nel loro interesse.

Attualmente siamo molto "lontani" da detto modello statunitense.

Appare evidente che negli Stati Uniti il sistema della *class action*, riguardante intere categorie di soggetti, più correttamente individuabili nella nozione giuridica di *status*, risulta più immediato e diretto in quanto non richiede il tramite di un ente esponenziale; occorre, però, superare il punto, allo stato non compatibile con il nostro sistema processuale, dell'unico soggetto che, agendo in giudizio senza esplicito conferimento di un potere in tal senso da parte di altri, estende la tutela giurisdizionale anche a quest'ultimi.

Il modello di azione di classe statunitense, infatti, a differenza di quello recentemente entrato in vigore in Italia, risulta più efficace ai fini della tutela risarcitoria di una pluralità di soggetti (costituenti appunto una classe) per i torti subiti da imprese; delle quattro fasi che lo contraddistinguono (*precertification*, *certification*, *trial* o dibattimento, sentenza), particolare rilievo assumono le prime due rispetto alla disciplina procedurale dell'art. 140 bis in esame.

Nella fase della *precertification*, se più soggetti che intendono rappresentare la classe si candidano ad agire, è la Corte competente a selezionare "il più idoneo", in virtù di determinati criteri, e comunque chi agisce entro venti giorni dal deposito dei relativi atti (c.d. *complaint*) ha l'onere di render nota (attraverso ad esempio l'annuncio sui giornali maggiormente diffusi) la richiesta di *certification* e di nomina a rappresentante degli altri componenti la classe; la fase poi di *certification*, caratterizzata da una particolare attività di notifica svolta dalla Corte per informare tutti i potenziali membri della classe dell'inizio di un'azione collettiva, determina alcuni rilevanti effetti procedurali, tra cui la sospensione dei termini di prescrizione e, soprattutto, l'automatica estensione degli effetti della sentenza a tutti i soggetti che rientrano nella classe, tranne la facoltà di esercizio del c.d. *opt-out*, che impedisce il formarsi del giudicato nei suoi confronti.

È evidente a tal punto che mentre nell'azione di classe italiana è il soggetto componente la classe a doversi rendere partecipe per far sì che gli effetti della sentenza si realizzino anche nei suoi confronti (mediante

la c.d. adesione – *opt in*), negli Stati Uniti avviene esattamente l'opposto, in quanto il danneggiato, nell'ambito della classe, si avvarrà "automaticamente" degli effetti della sentenza, salva la possibilità di esercitare appunto il c.d. *opt-out* (cioè la richiesta di essere escluso dal giudicato).

4. L'attuale disciplina dell'"azione di classe" (in sostituzione dell'azione collettiva risarcitoria): analogie e tratti differenziatori con la precedente formulazione del testo dell'art. 140 bis

Deve premettersi che la nuova disciplina di detto art. 140 bis, rispetto al testo di cui alla legge 244 del 2007 (mai entrato in vigore per quanto già esposto), è paradossalmente più che un'azione collettiva un'azione di tipo individuale, con l'ulteriore caratteristica di prospettare una serie di disincentivi alla proponibilità dell'azione stessa.

Infatti, il primo comma statuisce che "i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe... a tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitato cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni".

Si rileva, in proposito, che, nonostante il titolo della norma in esame sia ora quello di "azione di classe" (in sostituzione della precedente più corretta intestazione "azione collettiva risarcitoria"), la norma stessa disciplina in primo luogo "diritti individuali" da far valere mediante un'azione che non è, in realtà, collettiva in senso tipico perché proposta da un ente (associazione o comitato) su delega, in una sorta di sostituzione processuale, tra l'altro poco o per nulla ricorrente nel nostro sistema.

In relazione al secondo comma, l'azione ha ad oggetto "diritti contrattuali in relazione a fattispecie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c."; non meglio specificati "diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto"; "diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali".

"Titoli", quindi, per agire in giudizio sono i contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c. ovvero atti illeciti extracontrattuali, pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali, sul presupposto che siano lesi i diritti di una pluralità di utenti.

In proposito, occorre osservare che il riferimento all'art. 1342 c.c. non può interpretarsi in modo strettamente letterale sia perché è l'art. 1341 c.c. ("condizioni generali di contratto") che ha ad oggetto la previsione di clausole predisposte unilateralmente da una delle parti (generalmente un imprenditore) per regolamentare uniformemente una serie indefinita di rapporti, sia perché l'art. 1342 c.c. si riferisce alla particolare disciplina del solo fenomeno dei contratti per adesione (conclusi mediante formulari); con la conseguenza che la disciplina delle due norme può anche integrarsi in relazione a ipotesi contrattuali in cui le condizioni generali del contratto sono unilateralmente predisposte mediante formulari, come anche va applicata all'ipotesi in cui le imprese, quali quelle di trasporto, non utilizzino detti moduli.

Se l'art. 140 bis indica specificamente i legittimati attivi, non indica invece in modo esplicito chi sono i legittimati passivi: vertendosi in tema di contratti di consumo, l'azione in questione deve ritenersi esperibile nei confronti di imprenditori e produttori di beni commerciali, con esclusione della pubblica amministrazione.

La circostanza, inoltre, che proprio perché l'art. 140 bis, a differenza dell'art. 37 Codice del consumo in tema di azione collettiva inibitoria avente ad oggetto le clausole abusive, non pone limiti in ordine ai legittimati passivi, rende plausibile la tesi che l'azione collettiva risarcitoria sia proponibile anche nei confronti di soggetti (pubblici e privati) non rientranti nelle dette qualifiche ma che comunque ledono, con i loro atti e comportamenti, le posizioni dei consumatori e degli utenti. Tale orientamento risulta in linea sia con la *ratio* della legge in questione, di prevalenza degli interessi del consumatore e delle figure ad esso assimilate, sia con quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 4630/2007), secondo cui la legge n. 287/1990, in materia di antitrust, "non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere".

Al comma 3 è disciplinata la complessa e non certo agevole procedura di adesione all'azione di classe da parte di consumatori che "intendono avvalersi della procedura di cui al presente articolo"; infatti l'adesione deve essere fatta valere "con la relativa documentazione probatoria... anche tramite l'attore".

È di tutta evidenza che quella che inizialmente, come detto in precedenza, si prospetta come azione individuale (anche se su delega ad un ente) e che dovrebbe, con la previsione in esame di cui al terzo comma, "recuperare" la natura di azione collettiva, "rimane" azione proposta dal singolo, con un'improbabile adesione di altri consumatori stante la complessità dell'iniziativa soprattutto sul piano probatorio.

Come detto, infatti, sul punto il sistema americano appare più "snello", oltre che meglio finalizzato alla "regola" della generale estensione degli effetti della sentenza nei confronti dei componenti della classe, rappresentati in giudizio, salva l'esplicita richiesta di esclusione da parte del soggetto interessato.

Tale adesione appare riconducibile esclusivamente al piano processuale e non sostanziale, nel senso che determina la partecipazione al processo dell'aderente, mediante il deposito del relativo atto in cancelleria, entro il termine fissato dal giudice ai sensi del nono comma lett. b) dell'art. 140 bis in esame e sulla base dell'adempimento di un autonomo onere probatorio a carico dello stesso aderente.

Questa valenza tipicamente processualistica differenzia, tra l'altro, in modo netto la figura dell'adesione in questione dall'estensione nei confronti del subconduttore degli effetti della nullità o risoluzione del contratto di locazione di cui all'art. 1595, terzo comma c.p.c.: gli effetti della sentenza di detta nullità o risoluzione del contratto di locazione, a seguito della relativa azione proposta dal locatore nei confronti del conduttore, si estendono infatti al subconduttore in virtù di un "titolo" sostanziale (il rapporto di sublocazione) e non di un istituto operante comunque nel processo, quale l'adesione in esame.

Rilevante è, poi, il filtro di ammissibilità sulla domanda da parte del tribunale competente che dichiara, di conseguenza, la domanda inammissibile allorché risulti "manifestamente infondata" o "quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2 nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe": si tratta di parametri di valutazione ai fini dell'ammissibilità estremamente generici e dal contenuto incerto, con particolare riferimento all'ultimo di quelli elencati.

Tale previsione manifesta la chiara intenzione del legislatore di rendere l'azione di classe in questione, dal punto di vista della disciplina processuale, una specie di "corsa ad ostacoli", anche in considerazione

della circostanza che, in caso di inammissibilità, chi ha promosso l'azione di classe potrà essere condannato al pagamento delle spese del procedimento ed a risarcire i danni da lite temeraria.

Detta azione, in caso di accoglimento della domanda, si conclude con una decisione mediante la quale il tribunale "pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme"; risulta pertanto che la sentenza può essere sia di condanna che di accertamento, il che non appare in linea con quanto enunciato al primo comma in materia di "restituzione", lasciando nel vago i poteri decisori in ordine ai provvedimenti adottabili.

Ancora, la norma prevede che "la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti", con ciò inserendo nel nostro sistema processuale figure nuove quali quelle dell'aderente e della sentenza che fa stato nei confronti dello stesso. Non è dato comprendere gli esatti termini entro i quali l'aderente, non essendo parte del giudizio e non venendo tipicamente definito quale interventore, diventi destinatario degli effetti della pronuncia in questione (come già sopra rilevato).

In definitiva, ne emerge un quadro disciplinare assolutamente non di tutela del consumatore, dal punto di vista di salvaguardia del suo *status* configurante una collettività, e che non prende in considerazione l'esigenza sempre più avvertita di rendere effettiva, sulla base del dato costituzionale dello stato sociale, l'azionabilità degli interessi plurimi.

Evidenti sono le differenze, purtroppo *in peius*, rispetto al precedente testo di cui alla già richiamata legge n. 244 del 2007:

- a) dal punto di vista della legittimazione, risulta evidente che le associazioni non hanno più una legittimazione diretta in quanto possono essere solo delegate dal singolo e non rileva più la loro rappresentatività in tema di interessi collettivi;
- b) scompaiono quasi del tutto le nozioni di "collettività" e di "interesse collettivo" e compaiono atipiche figure di "classe" e di "pluralità di consumatori e utenti", tranne uno sporadico riferimento al comma 14 ove si afferma che "è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva";
- c) cambia il sistema di individuazione della competenza, specificamente riguardo ad alcuni tribunali;

- d) l'adesione di altri consumatori (dapprima alle associazioni e comitati e oggi all'iniziativa del singolo utente o consumatore) si effettua sul piano non più sostanziale bensì tipicamente processuale e deve essere supportata da prove documentali non previste nella "vecchia" disciplina;
- e) è escluso in modo tassativo dal comma 10 l'intervento di terzi ex art. 105 c.p.c., mentre in precedenza era previsto l'intervento litisconsortile del consumatore;
- f) in caso di accoglimento della domanda, la pronuncia non è, come in precedenza, essenzialmente di accertamento in ordine ai criteri liquidatori ma può essere anche di condanna.

BRUNO SPAGNA MUSSO

Consigliere della Corte di cassazione

* * *

1. L'art. 49 della L. 23 luglio 2009 n. 99, entrato in vigore il 1° gennaio 2010, apporta all'azione di classe significative modifiche rispetto al testo dell'art. 140-bis del Codice del consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005 n. 206. Se queste siano, o meno, da condividere lo diranno le prime applicazioni pratiche dell'istituto, ma è possibile evidenziare fin da ora alcuni rilievi sulla tecnica di formulazione dell'enunciato normativo, che appare in più di un punto carente quanto a qualità terminologica ed a coerenza sistematica e lessicale.

2. Appare anzitutto paradossale che l'art. 140-bis n. 2 a) rechi l'inciso "... *inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile...*", quasi a voler evitare la pretermissione di una tipologia contrattuale che sarebbe stata altrimenti esclusa dall'ambito di applicabilità della norma, quando i fenomeni economici cui l'azione di classe si rivolge attengono proprio, ed esclusivamente, a contratti che, in quanto di massa, non possono conoscere altra regolamentazione di quella di cui agli art. 1341 e 1342 c.c. Sarebbe stato quindi sufficiente il richiamo alla natura contrattuale dei diritti degli appartenenti alla classe, mentre una volta richiamato l'art. 1342 c.c. non si poteva non richiamare anche l'art. 1341 c.c. per non rischiare di escludere i diritti nascenti da

contratti verbali, o comunque da contratti non formalizzati attraverso la sottoscrizione di moduli o formulari ed ai quali non si dubita che la norma abbia inteso anche riferirsi.

3. L'art. 140-bis n. 2 b) identifica il soggetto passivo dell'azione di classe nel produttore. Ciò però implica che ove non si ritenga di poter superare la tipicità del richiamo ritenendo implicito il riferimento agli artt. 114 – 127 del Codice del consumo, se ne dovrebbe dedurre l'esclusione della *legitimatio ad causam* del fornitore e dell'importatore, e ciò pur nei casi in cui questi sarebbero, per il Codice del consumo, tenuti a rispondere. Probabilmente non era questa l'intenzione del legislatore della L. 99/2009.

4. L'adesione dell'appartenente alla classe è disciplinata dall'art. 140-bis n. 3 – che ragioni di coerenza sistematica avrebbero consigliato di inserire dopo il n. 9 per non accreditare l'idea di una possibile adesione anteriore alla conclusione della fase di ammissibilità dell'azione – che dispone che l'atto di adesione sia depositato in cancelleria "... *anche tramite l'attore*", così evidentemente permettendosi all'aderente di provvedere direttamente al deposito di quell'atto indipendentemente dalla, ed anche contro la, volontà dei promotori.

Ciò rappresenta, però, un evidente rischio per la complessiva funzionalità dell'azione di classe.

Questa è disciplinata, quanto al giudizio di 1° grado, in due fasi, la prima, necessaria, introdotta dalla notifica dell'atto di citazione e definita con il deposito dell'ordinanza che si pronuncia sull'ammissibilità dell'azione; la seconda, eventuale, che dà avvio al formarsi della classe secondo i caratteri distintivi fissati nell'ordinanza ammissiva, e, quindi, allo svolgimento dell'istruttoria ed al giudizio.

I singoli appartenenti alla classe, tuttavia, non dovrebbero poter intervenire prima del deposito dell'ordinanza ammissiva. Ai fini della buona riuscita dell'istituto, infatti, è essenziale garantire ai promotori il rispetto, da parte degli aderenti, dei termini del mandato che questi ultimi, parti del giudizio solo in senso sostanziale ed in quanto tali privi di alcun potere processuale di impulso, dovrebbero necessariamente conferire ai primi, parti in senso anche processuale, ed in quanto tali esposti ai costi ed alle spese del giudizio; mandato del quale dovrebbe darsi notizia al pubblico, anche quanto agli aspetti economici dell'adesione,

attraverso le forme di pubblicità autorizzate dal Tribunale con l'ordinanza ammissiva, previa delibazione del suo contenuto permessa dal n. 6 dell'art. 140-bis (laddove si prevede che il giudizio di inammissibilità possa discendere anche dalla ritenuta inidoneità del proponente a curare adeguatamente l'interesse della classe a motivo, ad esempio, della non meritevolezza, anche per i termini economici proposti, dell'iniziativa presentata nella proposta di mandato).

Più in particolare, l'atto di citazione dei promotori dovrebbe contenere anche una parte negoziale esprimente la loro proposta di mandato da formularsi sotto forma di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. ed alla quale dare efficacia attraverso la pubblicità disposta dall'ordinanza ammissiva, ritenutane la conformità agli interessi della classe. Tale offerta al pubblico dovrebbe anche contenere l'enunciazione delle obbligazioni che, tanto i promotori, quanto i mandanti-aderenti, andrebbero vicendevolmente ad assumere, i quali ultimi verrebbero presumibilmente richiesti di farsi carico di una frazione predeterminata di costi, oltre che dell'obbligo di presentare l'adesione nei modi e nei termini precisati nell'offerta.

È solo interpretando in questo modo il rapporto tra i promotori e gli aderenti, invero, anche tenendo conto del controllo di legalità svolto dal Tribunale e di cui sarebbe espressione l'ordinanza ammissiva, che si può pensare che i promotori possano sentirsi indotti ad assumere i rischi, potenzialmente assai rilevanti, di un'azione che non solo li espone all'anticipazione di costi massicci, ma che ben potrebbe concludersi con una condanna alle spese per importi straordinari persino prescindendo da una loro condanna per responsabilità aggravata (v. art. 96 III° co. c.p.c.).

Poiché l'art. 140-bis n. 3, nell'inciso sopra riportato, non sembra interpretabile nel senso che si possa precludere all'aderente l'iniziativa individuale di deposito dell'adesione indipendentemente dall'instaurazione di alcun rapporto giuridico di natura contrattuale con i promotori, la norma appare sul punto mal concepita, con possibili gravi ricadute sul complessivo funzionamento dell'azione.

5. Sempre l'art. 140-bis n. 3 dispone che *"...Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione..."*.

Il legislatore ha qui dato prova di opinabile tecnica legislativa perché la sua preoccupazione era evidentemente solo quella di dover equiparare l'atto di adesione alla domanda giudiziale ai fini di far acquisire all'aderente l'effetto interruttivo permanente del termine prescrizione (come più congruamente espresso dal n. 2 dell'art. 140-bis nella versione di cui al D. lgs. 206/2005), effetto che l'aderente, parte solo in senso sostanziale, non avrebbe acquisito – con la necessità quindi di dover reiterare nel tempo gli atti interruttivi – se fosse mancata una specifica previsione normativa di attribuzione di quell'effetto.

Ma a tal fine sarebbe evidentemente bastato disporre che agli effetti dell'art. 2945 c.c. l'atto di adesione è equiparato alla domanda giudiziale. Ed invece il legislatore della L. 99/2009 ha inutilmente complicato le cose, non essendovi, da un verso, alcun bisogno di reiterare quanto l'art. 2945 c.c. (interruzione permanente) già disponeva, e, dall'altro verso, determinando – con il richiamo anche all'art. 2943 c.c., operato al fine di disporre che gli effetti ivi previsti decorrano dalla domanda giudiziale e quindi non da altri atti – l'abrogazione, per i crediti deducibili nell'azione di classe, del IV° comma dell'art. 2943 c.c. che attribuisce valenza interruttiva anche agli atti stragiudiziali.

Tale previsione avrebbe forse potuto aver un senso nell'impostazione "collettivistica" recepita nella precedente versione dell'art. 140-bis – che, parlando di interessi collettivi, ed attribuendone la legittimazione alla tutela esclusiva di enti esponenziali, prescindeva in realtà dalla natura di diritto soggettivo della situazione giuridica soggettiva deducibile in giudizio –, ma non nell'impostazione "individualistica" recepita dall'attuale versione del medesimo articolo, che richiama la nozione di diritto soggettivo individuale, l'interruzione della cui prescrizione non si vede perché non possa più continuare ad avvenire anche con atti stragiudiziali.

6. Non attiene tanto alla tecnica legislativa, quanto alla coerenza del sistema, l'esclusione dell'intervento del P.M. nella fase del giudizio successiva al deposito dell'ordinanza dichiarativa dell'ammissibilità dell'azione prevista dall'art. 140-bis n. 5. Se chiare e condivisibili sono le ragioni sottostanti al divieto di intervento di parti private ex art. 105 c.p.c., per il P.M. si sarebbe dovuto considerare che se il codice di rito gli attribuisce il potere di intervenire in "ogni altra causa" in cui ravvisi un pubblico interesse, a maggior ragione tale facoltà – una volta ammes-

sone l'intervento nella fase di ammissibilità – avrebbe dovuto essergli riconosciuto nella fase di merito dell'azione di classe, dove il pubblico interesse è più evidente.

7. Ai sensi dell'art. 140-bis co. 12 e 13, la Corte di appello, nel decidere sulla inibitoria di una sentenza che acquista efficacia esecutiva decorsi sei mesi dalla sua pubblicazione, deve tener conto di tutta una serie di fatti ai fini dell'equo contemperamento degli interessi dell'appellante e dei consumatori appellati.

Non è chiaro tuttavia come la Corte possa sospendere in prima udienza, ed in accoglimento di un'istanza che va proposta con l'atto di appello, l'efficacia esecutiva di una sentenza che ne sia ancora priva, a meno di non ritenere che l'udienza sull'inibitoria, ove fissata per una data anteriore all'acquisto dell'efficacia esecutiva da parte della sentenza, debba svincolarsi da quella di comparizione, che ben potrebbe occorrere prima del decorso dei sei mesi previsto dalla norma, e tenersi solo in data successiva a quell'acquisto.

8. Dispone il co. 12 dell'art. 140-bis che il Tribunale, se accoglie la domanda, liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione, fra i quali tuttavia non si possono annoverare i componenti della classe che hanno proposto la domanda giudiziale perché questi non sono "aderenti" ma "promotori".

Per dare un senso alla norma – comunque mal scritta perché se la liquidazione deve avvenire ai sensi dell'art. 1226 c.c. il ricorso all'equità richiede pur sempre la prova della rilevante difficoltà di provare il danno nel suo preciso ammontare, mentre è chiaro che l'intendimento del legislatore era quello di voler consentire comunque, ed anzi imporre, la liquidazione equitativa –, si dovrebbe ritenere che l'uso della locuzione "*... a coloro che hanno aderito all'azione...*" sia inesatto perché il riferimento dovrebbe intendersi esteso anche ai promotori, ovvero ritenere che a questi ultimi si applichino gli oneri di prova ordinari e che quindi il danno, nel loro caso, possa essere liquidato nell'esatto ammontare dimostrato in giudizio, presumibilmente più alto di quello liquidabile in via equitativa.

MASSIMO MANFREDONIA
Avvocato del Foro di Roma