

Prof. Avv. UGO RUFFOLO
Ordinario di Diritto Civile nell'Università di Bologna

Via A. Testoni, 5
Tel. (051) 23 74 40
(5 linee)
Fax 22 56 73
40123 BOLOGNA

C.so Vittorio Emanuele II, 308
Tel. (06) 68 30 88 43
(5 linee)
Fax 68 92 823
00186
ROMA

Via G. Compagnoni, 8
Tel. (02) 70 10 92 23
(3 linee)
Fax 70 10 90 30
20129 MILANO

CCIAA RAVENNA

CLASS ACTION

La tutela dei consumatori attraverso l'azione di classe

1 marzo 2010

Prof. Avv. Ugo Ruffolo

- NOTE -

Lo *status* di consumatore (o utente, laddove si ritenga - correttamente - che le due figure debbano avere la stessa estensione) offre una gamma ormai ampia e variegata di tutele: individuali e collettive, negoziali e aquiliane, preventive e successive, giudiziali e conciliative, inibitorie e risarcitorie in molteplici settori, i quali superano i confini del Codice del Consumo e spaziano dalle pratiche commerciali sleali, inclusa la pubblicità scorretta o ingannevole, alle clausole vessatorie, dal danno da prodotto difettoso alle responsabilità connesse alla vendita di pacchetti turistici, dal credito al consumo alla normativa antitrust.

È quindi opportuno parlare al plurale di "tutele" del consumatore e chiarire sin da ora che anche nel più limitato ambito della tutela collettiva prevista dal Codice del Consumo si riscontrano tre azioni diverse fra loro sotto più di un profilo. Con le prime due, **l'inibitoria di condizioni generali di contratto abusive** (art. 37 cod. cons.) e

l'inibitoria di atti lesivi degli interessi dei consumatori (art. 140 cod. cons.), trova conferma la centralità del rimedio inibitorio nel sistema di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, laddove la tutela inibitoria vive una stagione particolarmente felice in quanto, a differenza della inibitoria individuale tradizionalmente intesa come rimedio tipico e speciale, la inibitoria collettiva sembra assurgere a tutela atipica e generale per ogni ipotesi di lesione degli interessi collettivi dei consumatori. Con la terza, la **novella azione di classe**, già azione collettiva risarcitoria (quest'ultima maldestramente introdotta con la legge finanziaria 2008 e mai entrata in vigore), si dischiudono nuovi scenari in ordine alla tanto invocata tutela risarcitoria delle lesioni seriali, singolarmente bagatellari ma complessivamente di assoluta rilevanza, ed alla conseguentemente mutata natura del rimedio da azione esercitabile solo da enti esponenziali degli interessi collettivi dei consumatori a vera azione di classe a tutela di diritti individuali omogenei sul modello della celebre *class action* statunitense.

In ogni caso, l'introduzione della nuova azione di classe ci pare confermare che l'agire del singolo o dell'ente esponenziale mandatario del singolo, ed il conseguente provvedimento giudiziale, hanno una incontrovertibile vocazione "altruistica" nel senso che sono rivolti a - e coinvolgono - gli interessi dei singoli consumatori aderenti al giudizio, che non sono parti del giudizio ma beneficiano di esso ponendosi come terzi a favore dei quali l'azione è esperita ed il provvedimento è dato. Né il meccanismo della "adesione" all'azione, con cui si è inteso adottare un meccanismo di *opt-in* anziché di *opt-out* (come avviene, invece, negli USA), vale a rendere i singoli consumatori parti del giudizio.

La nuova azione di classe è per molti versi migliorativa rispetto alla azione collettiva risarcitoria introdotta con la legge finanziaria 2008 e (opportunamente) mai entrata in vigore ma per altri più restrittiva. Il lavoro degli interpreti e la prassi applicativa dei tribunali potranno auspicabilmente migliorarne ancora l'efficacia. Tuttavia non sembrano condivisibili gli allarmismi del mondo imprenditoriale in quanto le tutele giudiziali consumeristiche sono parte della cultura industriale più

moderna, sotto il profilo sia dei “diritti” che dei meccanismi di automoralizzazione del sistema; che, in una economia globalizzata, diventa così anche più competitivo. A fronte di un sistema che si automoralizza generando il mercato dei controlli, le imprese serie devono superare posizioni aprioristiche di chiusura e timori ingiustificati. Ovviamente, però, occorre garantire la "serietà" del meccanismo di autocontrollo. Come ho già detto in altre occasioni, la *class action* è un megafono che amplifica la voce del singolo. Non crea nuovi diritti, ma moltiplica l'efficienza delle tutele (individuali) esistenti.

1. L'AZIONE DI CLASSE DI CUI ALL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO.

□ **ART. 140-BIS COD. CONS. (Azione di classe):** “1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

a) i **diritti contrattuali** di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i **diritti identici** spettanti ai **consumatori finali di un determinato prodotto** nei confronti del relativo produttore, **anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;**

c) i **diritti identici** al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da **pratiche commerciali scorrette** o da **comportamenti anticoncorrenziali.**

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore.

L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). 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.

4. **La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.**

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

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con **ordinanza sull'ammissibilità** della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. **La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, 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 l'interesse della classe.**

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con **ordinanza in camera di consiglio** non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. **L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:**

a) **definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;**

b) **fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria.** Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. **È escluso l'intervento di terzi** ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. **Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo.** Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. **Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.** In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. **La sentenza diviene**

esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

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

14. **La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.**

15. **Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo."**

La nuova norma, prevista dalla legge 23 luglio 2009, n. 99 che ha integralmente sostituito la precedente versione dell'art. 140- bis cod. cons., da un canto recide alcuni rami della vecchia formulazione (e taluni davvero importanti per i consumatori), dall'altro canto introduce nuove tutele non poco incisive. Questo testo, pur tecnicamente non entusiasmante, è decisamente migliore dell'articolato precedente, ed avvicina finalmente al modello statunitense la nostra azione di classe. La razionalizzazione che ne consegue è un ulteriore non trascurabile vantaggio.

In estrema sintesi si osserva quanto segue:

A) LE NOVITÀ CHE RIDUCONO

1) “IRRETROATTIVITÀ”

Dinanzi al silenzio del precedente testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. le opinioni erano divise ma appariva seriamente fondata - e preferibile - la tesi secondo la quale, trattandosi di norma processuale e non sostanziale, la nuova azione collettiva risarcitoria avrebbe potuto essere utilizzata anche per ottenere ristoro rispetto a fatti lesivi accaduti prima dell'entrata in vigore della nuova norma. Ora la legge lo esclude chiaramente, disponendo solo per il futuro: “**Le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge**” ossia dopo il **16 agosto 2009** (comma 2 dell'art. 49 l. n. 99/2009).

Poiché i diritti individuali omogenei oggetto di tutela (anche) attraverso l'azione di classe sono diritti preesistenti alla nuova disciplina, la limitazione dell'efficacia temporale della stessa appare incongrua, trovando la sua ragion d'essere in (discutibili) motivazioni di ordine politico.

2) ELIMINAZIONE DEL RIFERIMENTO AGLI “ATTI ILLECITI EXTRACONTRATTUALI”

La norma contenuta nella legge finanziaria 2008 contemplava genericamente gli “*atti illeciti extraccontrattuali*” fra le ipotesi applicative dell'azione collettiva risarcitoria. L'espressione non era certo felice né chiara perché secondo taluni interpreti consentiva il ricorso alla nuova azione collettiva solo ove il fatto illecito si fosse verificato comunque nell'ambito di un sottostante rapporto contrattuale “di consumo” (così escludendo settori importantissimi quali, ad esempio, il danno da prodotto ed il danno causato da imprese inquinanti agli abitanti del territorio limitrofo). Tuttavia la locuzione in questione, ove

correttamente interpretata, avrebbe consentito di agire ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons. sia in ipotesi di danno da prodotto, come ora esplicitamente previsto dal nuovo testo, sia in qualsivoglia altro caso di danno da fatto illecito cagionato ai consumatori e utenti.

Oggi invece l'ambito di applicazione della nuova azione appare limitato alle lesioni seriali nascenti da contratti dei consumatori, alle lesioni da prodotto difettoso (anche in difetto di rapporto contrattuale diretto col produttore), alle lesioni da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali, con esclusione di un'ampia serie di illeciti meritevoli di tutela in forma collettiva. Peraltro non può negarsi che siffatta limitazione appaia coerente con la scelta compiuta a monte dal legislatore allorché ha inteso circoscrivere l'ambito di applicazione del nuovo strumento processuale collettivo al settore dei consumi ed alla figura del consumatore anziché estenderlo a tutte le ipotesi di lesione di interessi collettivi o di diritti individuali isomorfi a prescindere dalla qualità dei soggetti coinvolti come accade invece all'estero. Evidentemente la malcelata diffidenza nei confronti di un rimedio processuale (di indubbia efficacia ma) proprio di altre culture giuridiche ha indotto ad una forse eccessiva prudenza nel mutuarne il meccanismo nel nostro ordinamento al punto da renderlo fruibile solo da una cerchia ben delimitata di soggetti la cui posizione di debolezza rispetto alla controparte appaia incontestabile.

A) LE NOVITÀ CHE AMPLIANO

1) RIFORMULAZIONE IN MATERIA CONTRATTUALE E ART. 1341 C.C.

In risposta alle critiche mosse dagli interpreti, il riferimento all'art. 1342 c.c. è stato integrato con il richiamo dell'art. 1341 c.c., in quanto i contratti per adesione, ossia unilateralmente

predisposti dal contraente forte, non sono solo quelli recepiti in moduli o formulari di cui al primo articolo, potendo ben assumere forme diverse (basti pensare ai contratti via telefono o internet); inoltre la formulazione del nuovo testo è meno ambigua e più ampia di quella precedente.

2) DANNO DA PRODOTTO

Grazie a quanto previsto al comma 2 lett. *b* dell'art. 140-*bis* cod. cons. è ora incontestabile ciò che prima appariva dubbio, ossia la possibilità di utilizzare l'azione di classe in caso di danno da prodotto difettoso. La modifica è di estrema rilevanza perché garantisce ai consumatori un'effettiva tutela proprio nei casi più comuni di lesioni seriali che altrimenti, secondo il precedente testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., sarebbero con tutta probabilità rimasti esclusi per la mancanza di un diretto rapporto contrattuale fra consumatore finale e produttore (che è ovviamente la regola nelle moderne economie).

3) UNA VERA CONDANNA AL RISARCIMENTO

La nuova legge fa finalmente chiarezza su un punto fondamentale: la sentenza che accoglie la domanda proposta con l'azione di classe è una sentenza di condanna – e non di mero accertamento – e contiene (di regola) la liquidazione delle somme dovute ai consumatori danneggiati che abbiano aderito all'azione. Si è così eliminata la inutile duplicazione di procedimenti, quello collettivo e quello transattivo in sede di camera di conciliazione, che creava un meccanismo farraginoso più funzionale al protagonismo di certe associazioni di consumatori che agli interessi dei consumatori stessi. Tuttavia, come emerge anche dai lavori preparatori della l. n. 99/2009, non è chiaro che cosa accada nell'eventualità che la sentenza di condanna si limiti a stabilire il "*criterio omogeneo per la liquidazione*" delle somme dovute ai consumatori: sarebbe auspicabile che, nei 180 giorni di "*vacatio*" della sentenza (che diviene esecutiva appunto decorsi 180 gg. dalla pubblicazione),

la vicenda trovasse comunque una soluzione transattiva sulla base del criterio di calcolo fissato dal tribunale ma è probabile che invece sia comunque necessario un giudizio individuale del singolo consumatore per vedersi liquidato il proprio danno.

4) INCENTIVO AL RISARCIMENTO CELERE

Ottenere il risarcimento per i singoli consumatori è divenuto più semplice (anche in quanto la liquidazione è affidata al giudice e non rimessa alla buona volontà delle parti in sede di conciliazione) e più veloce anche grazie alla esecutività differita della sentenza di condanna; si tratta, infatti, di un saggio incentivo alle imprese a pagare entro i 180 gg. per beneficiare del "blocco" degli importi dovuti cui, in tale periodo, non si applicano diritti, interessi ed accessori di legge.

5) VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ E VALUTAZIONE DI ADEGUATEZZA

Come avevo suggerito anche in sede di audizione in Commissione alla Camera dei Deputati nel 2007, uno strumento importante e potenzialmente pericoloso (per le imprese) come l'azione di classe deve soggiacere ad un vaglio giudiziale preliminare volto a verificare, tra l'altro, che il *class member* che propone l'azione, e soprattutto i suoi legali, siano all'altezza dell'arduo compito.

L'ordinanza in punto alla ammissibilità dell'azione di classe, così come riscritta nel nuovo art. 140-*bis* cod. cons., è (o almeno dovrebbe essere) più simile al provvedimento della c.d. *certification* della *class action* da parte del giudice statunitense, in quanto **prevede anche che il giudice valuti se il proponente sia in grado di "curare adeguatamente l'interesse della classe"**. Ciò che significa, in concreto, verificare non solo che la posizione del proponente sia davvero rappresentativa della lesione seriale comune a tutta la classe ma ancor più che il legale incaricato della difesa tecnica abbia la preparazione,

l'esperienza e le risorse organizzative e finanziarie necessarie per un'adeguata gestione dell'azione di classe.

Come emerge da questa "telegrafica" ricognizione degli aspetti salienti della nuova norma, l'azione di classe delineata dall'attuale governo è tecnicamente migliore della precedente azione collettiva risarcitoria ed ha molti meriti, tra cui quello di aver fatto finalmente chiarezza su tanti aspetti problematici a cominciare dalla natura degli interessi coinvolti (diritti individuali omogenei e non interessi collettivi), dalla natura dell'azione (di classe e non collettiva e dunque diversa dalle azioni collettive a noi note e disciplinate dal codice del consumo agli artt. 37 e 140) e dalla tipologia di sentenza (di condanna e non di solo accertamento). Vediamone alcuni aspetti salienti.

➤ **LA NATURA DELL'AZIONE. LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA.**

Dunque nel nostro ordinamento è stata introdotta una « azione di classe » anziché come originariamente previsto una « azione collettiva risarcitoria ». Non si tratta di mera questione terminologica bensì di una modifica coerente con la diversa natura dello strumento processuale di cui al nuovo art. 140-*bis* cod. cons. che si avvicina sensibilmente al modello della *class action* statunitense in quanto, anzitutto, contempla quale soggetto legittimato attivo "*ciascun componente della classe*" e ha ad oggetto "*i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti*". In maniera alquanto inaspettata - ed aspramente avversata dal mondo dell'associazionismo consumeristico italiano - scompare ogni riferimento agli interessi collettivi dei consumatori e viene drasticamente ridimensionato il ruolo degli enti esponenziali di questi ultimi i quali non sono più gli unici legittimati a proporre l'azione di classe ma la possono intraprendere solo quali mandatarie di un membro della classe.

D'un tratto sparisce altresì ogni (pur legittimo) scrupolo in ordine alla rappresentatività delle associazioni consumeristiche venendo a mancare ogni riferimento all'elenco ministeriale e alla adeguata rappresentatività di associazioni e comitati che non siano

iscritti in tale elenco (ciò che solleva dubbi di legittimità e coerenza circa una legittimazione attiva così diversa fra le tre azioni *lato sensu* collettive disciplinate nel codice del consumo).

Va però segnalata quella che appare come una svista del legislatore ma che può essere foriera di non pochi problemi interpretativi. Contrariamente a quanto stabilito nella precedente versione dell'art. 140-*bis* cod. cons., laddove risultavano legittimati attivi soltanto le associazioni di consumatori e utenti inserite nell'elenco ministeriale e le associazioni ed i comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi azionati, l'attuale testo normativo si limita ad **una generica menzione di « associazioni » e « comitati » tout court. Dunque quali sono le associazioni cui il class member può conferire il mandato?** Si tratta delle associazioni di cui all'art. 139 1° comma cod. cons. o di qualsiasi associazione consumeristica purché rappresentativa o persino di qualsiasi associazione, a prescindere dalla circostanza che essa annoveri fra i propri scopi statutari la tutela dei consumatori? Ove si accedesse a tale ultima interpretazione si dovrebbe ritenere possibile finanche un'azione di classe a tutela di consumatori promossa e gestita da un'associazione di imprese o *rectius* di professionisti, ipotesi "ardita" ma non necessariamente irrealistica. Tuttavia è facile prevedere che interpreti e giudici tenderanno a "integrare" il (lacunoso) dettato normativo in modo da annoverare quali possibili mandatarie di un *class member* solo le associazioni di consumatori e utenti. Difatti è vero che sia nel primo comma sia nel resto dell'art. 140-*bis* cod. cons. ci si dimentica di specificare che si sta parlando delle associazioni dei consumatori e degli utenti (mentre lo si specifica sempre negli artt. 37, 137, 139, 140 cod. cons.) ma è altrettanto vero che, in un'ottica di interpretazione sistematica, si può attribuire rilievo alla *sedes materiae* ossia al fatto che la norma sulla azione di classe è collocata nel codice del consumo, nella parte V rubricata « Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia » e nel titolo dedicato all'accesso alla giustizia laddove viene disciplinata anche l'azione inibitoria generale di cui all'art. 140 cod. cons.

In ogni caso è assai probabile che un'azione di classe eventualmente proposta da un'associazione non consumeristica non supererebbe il vaglio giudiziale di ammissibilità poiché si potrebbero ravvisare gli estremi del « conflitto di interessi » o della inadeguatezza del proponente a « curare adeguatamente l'interesse della classe ».

L'art. 140-*bis* cod. cons. qualifica il rapporto fra il componente della classe e l'associazione (o il comitato) in termini di « mandato » ma vi è da chiedersi se si tratti di un mandato con o senza rappresentanza o invece di un caso di sostituzione processuale. Come emerge dai primi commenti alla novella, la tesi preferibile sembra essere quella della rappresentanza, ancorché eccezionalmente disgiunta dal potere di rappresentanza sostanziale.

Quanto poi al profilo della **legittimazione passiva**, anziché fare correttamente riferimento alla figura del professionista si continua a parlare di impresa e di produttore. È stato però esplicitato, chiarendo un profilo rimasto nebuloso nella precedente versione dell'art. 140-*bis* cod. cons., che l'azione di classe è proponibile anche nei confronti di "*gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità*".

Non è ammissibile l'azione in cui la classe riguardi i convenuti anziché gli attori (c.d. *defendant class action* esistente negli USA).

➤ **I DIRITTI TUTELATI.**

La locuzione "*diritti identici*" solleva qualche perplessità in quanto, a rigore, le posizioni soggettive dei singoli, ancorché pregiudicate dal medesimo illecito contrattuale o extracontrattuale, non saranno mai tutte perfettamente coincidenti, e dunque sarebbe stato più corretto continuare ad esprimersi in termini di "*diritti individuali omogenei*" come si fa nel primo comma; in ogni caso, pare che il requisito dell'identità dei diritti fatti valere con la nuova azione di classe non possa che essere interpretato come mera omogeneità delle situazioni soggettive lese in capo ad una pluralità di consumatori e utenti.

➤ **L'ADESIONE DEI SINGOLI.**

Nonostante gli auspici espressi da autorevoli commentatori, il nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. non si spinge sino all'introduzione del meccanismo dell'*opt-out* - effettivamente ai confini del costituzionalmente legittimo (v. art. 24 Cost.) - bensì continua a prevedere, pur con sensibili aggiustamenti, che l'adesione dei singoli consumatori sia la condizione necessaria e sufficiente affinché la sentenza che definisce il giudizio faccia stato anche nei loro confronti. **Gli aderenti non assumono la veste di parti nel giudizio** ma l'adesione comporta rinuncia ad ogni azione individuale, risarcitoria o restitutoria, fondata sul medesimo titolo.

È stato correttamente anticipato il termine entro il quale aderire (non più l'udienza di precisazione delle conclusioni anche in appello, termine foriero di non poche complicazioni procedurali, bensì al massimo 120 gg. dal termine per l'esecuzione della pubblicità dell'azione secondo quanto stabilito dal tribunale e solo in primo grado). È di certo positivo che sia previsto un termine "breve" per le adesioni ma, stante la discrezionalità del giudice, piena circa il termine per l'esecuzione della pubblicità ed entro i 120 giorni per il successivo termine per le adesioni, sarebbe stato più opportuno prevedere un termine massimo maggiore. Inoltre si è opportunamente chiarito che l'adesione va depositata in cancelleria.

In ogni caso, resta il rischio di una scarsa adesione all'azione di classe e di una conseguente minore efficacia della stessa; rischio forse evitabile ove si fosse consentita l'adesione anche successivamente alla eventuale sentenza di condanna seppur entro un congruo termine.

È invece escluso l'intervento volontario del terzo, dovendo intendersi per terzo, a quanto pare, anche il consumatore che non abbia aderito. La scelta di non consentire l'intervento volontario del terzo risolve indubbiamente una serie di problemi tecnici derivanti dalla potenziale proliferazione di protagonisti e di strategie difensive in uno scenario giudiziario già di per sé complesso. Tuttavia si tratta di una vistosa deroga ai principi generali del diritto processuale civile che

contemplano il diritto di intervento del terzo ove ne sussistano i presupposti di legge e come tale non manca di sollevare perplessità.

➤ **IL PROCEDIMENTO. IL GIUDICATO.**

Altra deroga ai principi generali attiene al profilo della **competenza territoriale**. La domanda deve essere proposta dinanzi al tribunale ordinario del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa ma con l'esclusione di alcune regioni per le quali è previsto un inedito accorpamento ad altre stante la condivisibile preoccupazione di evitare di investire di cause di tipo nuovo e particolarmente complesso tribunali che potrebbero non avere le risorse necessarie per gestirle adeguatamente ⁽¹⁾. È stata introdotta la facoltà di intervento del P.M. limitatamente al vaglio di ammissibilità. Il tribunale ha ora molti più poteri di direzione del processo.

Si è previsto "l'esaurimento" dell'azione di classe secondo il criterio meramente temporale (*prior in tempore, potior in iure*) nel senso che, decorso il termine per l'adesione fissato dal giudice, non si possono più proporre altre azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa, ciò che creerà un mercato della *class action* e si farà a gara per essere i primi a proporre azione a discapito di altri soggetti forse meno tempestivi ma più affidabili e seri (le azioni di classe proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice).

Quanto al problema dell'estensione degli effetti del giudicato, pare tramontata la tesi dell'estensione solo *secundum eventum litis* e si può invece evidenziare che **ora, per espressa previsione di legge, una**

¹ (*) La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della Regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il Tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il Tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il Tribunale di Napoli.

sentenza di condanna fa stato anche per soggetti che non sono parti del giudizio ossia gli aderenti. Si tratta quindi di una estensione del giudicato *ultra partes* ma non *erga omnes* come invece avviene nel diritto USA (salvo il diritto di *opt-out*).

Si potrebbe quindi sostenere che se una pronuncia di merito, anche di rigetto, inerente ai diritti soggettivi dei singoli produce effetto nei confronti di soggetti che hanno sì volontariamente aderito all'azione ma non ne sono diventati parti (e non hanno pertanto potuto esercitare le proprie difese) a fortiori una pronuncia meramente inibitoria, ottenuta dagli enti esponenziali a tutela di un interesse collettivo, può fare stato anche *ultra partes* e, trattandosi di inibitoria, senza che occorra alcuna adesione.

Il problema della relatività del giudizio o del contratto transattivo, e la estensione di alcuni suoi effetti ai consumatori terzi, avrebbe potuto essere risolto da una previsione normativa espressa che qualificasse la domanda esperibile in *class action*, ed il conseguente provvedimento giudiziale, come **“a favore del terzo”**.

Invero, sembra già interpretativamente possibile concepire le azioni collettive consumeristiche, sia in materia di clausole vessatorie, sia in materia della più ampia azione *ex art. 140 cod. cons.*, come azioni esperite dalle associazioni **“a favore del terzo”**, intendendosi per terzi i singoli consumatori interessati. Con la conseguenza che i provvedimenti giudiziali inibitori di accoglimento di quella domanda potrebbero conseguentemente considerarsi in quel senso **“a favore del terzo”**. **Al terzo consumatore sarebbe, così, non esteso il giudicato di un giudizio del quale non era parte** (cosa impedita dalla relatività del processo) **bensì attribuita la facoltà di diventare creditore, quale terzo, in una obbligazione avente fonte giudiziale ma nascente “a favore del terzo”**. In altri termini, **così come esistono i contratti “a favore del terzo” (art. 1411 ss. c.c.), nei quali il terzo può beneficiare delle obbligazioni nascenti da contratto, ancorché di esso non sia stato parte, alla stessa maniera un provvedimento giudiziale “a favore del terzo” potrebbe vedere il medesimo creditore di**

prestazioni relative ad obbligazioni, o comunque beneficiario di statuizioni, nascenti dall'esito di un procedimento giudiziale del quale egli non era parte. Né le omologie fra contratto a favore del terzo e provvedimento giudiziale a favore del terzo sembrano arrischiate; basti pensare che la seconda figura è già presente nel nostro ordinamento nel caso dell'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a favore del terzo rimasto inadempito mediante sentenza costitutiva che sia fonte di effetti omologhi (art. 2932 c.c.).

Prevedendo, dunque, la possibilità, per le associazioni (ora anche per il singolo class representative), di stipulare negozi transattivi o di proporre domande giudiziali "a favore dei terzi" appartenenti alle class, si consentirebbe a questi ultimi di appropriarsi degli effetti positivi della transazione o del provvedimento giudiziale, senza che si pongano problemi di relatività del contratto o del giudicato, né di diritti di difesa del professionista (questioni tutte che invece nascerebbero dall'estensione del giudicato solo *in bonam partem*).

Inoltre, **la norma non risponde adeguatamente all'esigenza, pur fondamentale per tutte le parti coinvolte, di una "soluzione tombale" della vicenda** in quanto tutti coloro che non abbiano aderito sono liberi di proporre azioni individuali.

E' evidente che negare tale diritto sarebbe stato incostituzionale (art. 24 Cost.), tuttavia, si sarebbe potuto prevedere **un sistema che, a fronte: (a) di una azione in class action seriamente rappresentativa e sufficientemente approfondita e diligente, e (b) di una effettivamente efficace pubblicizzazione d'essa, che possa quasi considerarsi una sorta di pubblicazione per pubblici proclami, consentisse di prevedere termini di decadenza o una drastica riduzione dei termini di prescrizione delle azioni individualmente esperibili dai singoli appartenenti alle class ovvero di condizionare l'efficacia del provvedimento giudiziale o del negozio transattivo al decorso di un certo termine, coincidente con lo spirare di detti termini abbreviati.**

2. L'AZIONE INIBITORIA IN MATERIA DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO ABUSIVE (GIÀ ART. 1469 SEXIES C.C.).

□ **ART. 37 COD. CONS.** - *"1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo.*

- 1. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.*
- 2. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.*
- 3. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140."*

Rispetto all'art. 1469 *sexies* c.c., l'art. 37 cod. cons. prevede un'importante modifica in fatto di legittimazione attiva degli enti esponenziali dei consumatori. **Originariamente qualsivoglia associazione di consumatori purché "rappresentativa" era legittimata ad esperire l'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie.** La giurisprudenza aveva all'uopo elaborato degli **indici di rappresentatività:** in particolare, secondo il Tribunale di Roma (ord. 21 gennaio 2000), la legittimazione ad agire delle associazioni doveva essere affermata con riguardo: *"alle previsioni statutarie (...), non potendosi attribuire rilievo negativo alla concomitanza con quello consumeristico di altri scopi, strettamente connessi con quelli tradizionali di tutela del consumo, funzionali alla tutela dei diritti di cittadinanza in senso lato e di libertà (anche economica) del cittadino; alla partecipazione ad organismi pubblici (...); al riconoscimento ottenuto da autorità pubbliche; alla serietà, dimostrata anche dall'organizzazione di convegni sui temi in questione, dell'attività di monitoraggio e controllo svolta dal*

movimento a tutela degli utenti in vari settori (...); alla capillarità dell'organizzazione, al radicamento su gran parte del territorio nazionale e, seppur non vi sia prova del numero degli iscritti, al numero consistente dei simpatizzanti" (in senso conforme, App. Roma, 24 settembre 2002; Trib. Palermo, 2 giugno 1998).

Con l'avvento del Codice del Consumo, il rinvio esplicito all'art. 137 cod. cons. implica un'indubbia limitazione del novero delle associazioni legittimate che sono solo quelle inserite nell'apposito elenco ministeriale ossia quelle riconosciute come rappresentative a livello nazionale in quanto possiedono determinati requisiti (formali) stabiliti dalla legge.

È significativo che, prima del codice del consumo, la giurisprudenza si fosse pronunciata contro una interpretazione sistematica dell'art. 1469 *sexies* c.c. e della l. 281/1998 volta appunto a limitare alle sole associazioni inserite nell'elenco il diritto di agire ai sensi dell'art. 1469 *sexies* c.c.; in tal senso, il giudice capitolino affermava che *"la legittimazione a domandare i provvedimenti di inibitoria previsti dall'art. 1469 sexies c.c., in tema di clausole abusive nei contratti del consumatore, va riconosciuta a tutte le associazioni di consumatori, e non soltanto a quelle iscritte nell'elenco di cui all'art. 5 l. 281 del 1998"* (Trib. Roma, 21 gennaio 2000) e che *"una diversa interpretazione ... finirebbe per frustrare lo spirito della riforma introdotta dalla legge n. 52 del 1996 che è di tutelare il consumatore rispetto alle pratiche negoziali illecite, obiettivo al quale può ben contribuire l'azione di associazioni non iscritte in quell'elenco, e porrebbe dubbi di costituzionalità (in riferimento agli art. 3 e 24 Cost.) in quanto finirebbe per incidere sfavorevolmente su situazioni giuridiche soggettive preesistenti, quali sono quelle degli enti esponenziali che, pur essendo rappresentativi, verrebbero ad essere privati della tutela giurisdizionale, con ripercussioni sull'interesse dei singoli associati (...). Inoltre, si può aggiungere che, nel nostro ordinamento, il riconoscimento della legittimazione ad agire consegue direttamente alla titolarità di un interesse giuridico in*

capo al soggetto che intende impugnare l'atto di cui trattasi" (Trib. Roma, cit.).

Quanto al contenuto dell'azione *ex art. 37* cod. cons. si rileva che è **consentito al giudice "di vietare l'uso delle clausole per le quali è stata accertata l'abusività, ma non di ordinare la rettifica delle condizioni generali di contratto, in quanto ciò comporterebbe un'inammissibile interferenza del giudice nella sfera dell'autonomia negoziale" (Trib. Roma, 21 gennaio 2000, cit.) e che *"nei contratti tra consumatore e professionista la tutela inibitoria collettiva esercitata dalle associazioni di consumatori e la tutela individuale accordata al singolo consumatore operano su piani parzialmente diversi. (Nella specie, il Giudice ha ritenuto che l'accoglimento dell'azione inibitoria non determina la nullità assoluta delle clausole ritenute abusive in questa sede; infatti, a seconda delle circostanze del caso concreto, le clausole ritenute abusive in sede di tutela collettiva potranno essere inserite nel singolo contratto tra consumatore e professionista purché siano state oggetto di trattativa individuale e, quindi, non vengano automaticamente inserite a titolo di condizioni generali)"* (App. Roma, 24.09.2002).**

Ancora, *"stante la natura general - preventiva e quindi astratta dell'azione ex art. 1469 sexies c.c. non risultano compatibili con la stessa quei criteri di valutazione che presuppongono la già avvenuta stipulazione di un singolo contratto e che tendono ad accertare l'invalidità di una specifica pattuizione sulla base di un accertamento "ex post" delle circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo"* (Trib. Torino, 22 settembre 2000); *"l'azione inibitoria di cui all'art. 1469 sexies c.c. è un rimedio di tipo generale preventivo, diretto a colpire la potenziale diffusione di clausole abusive che compromettano l'equilibrio tra le parti. Tale rimedio, quindi, è proteso ad incidere proprio sui formulari contrattuali considerati in modo generale ed astratto, indipendentemente dal loro impiego concreto, ..., impedendone la diffusione ... ove ne sia accertata l'abusività, per garantire ai*

consumatori proprio la libertà di contrarre” (Trib. Palermo, 11 luglio 2000).

Ora, anche in materia di condizioni generali di contratto abusive, si applica l'art. 140 cod. cons. e dunque il giudice dispone, per il caso di inadempimento alla inibitoria, il pagamento di una somma di denaro per ogni inadempimento o per ogni giorno di ritardo (sorta di *astreinte*).

3. L'AZIONE INIBITORIA GENERALE A TUTELA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI DI CONSUMATORI E UTENTI (ART. 140 COD. CONS.).

□ **ART. 140 COD. CONS.** - *"1. I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale:*

- a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;*
- b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;*
- c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.*

2. Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.

3. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, è

depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

4. Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

5. In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

6. Il soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo ai sensi del comma 5, o che sia stato chiamato in giudizio ai sensi del comma 1, può attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o già avviata. La favorevole conclusione, anche nella fase esecutiva, del procedimento di conciliazione viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

7. Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro.

Tali somme di denaro sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.

8. Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli da 669-bis a 669-quaterdecies del codice di procedura civile.

9. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

10. Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'articolo 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.

11. Resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

12. Restano salve le procedure conciliative di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249."

- Come per l'azione inibitoria collettiva ex art. 37 cod. cons., si tratta anche qui di **"un'azione di carattere generale preventivo, il cui scopo è quello di contrastare o la diffusione di clausole abusive o di comportamenti illeciti, potenzialmente dannosi per i consumatori, prima che essi siano inseriti in contratti individuali, essendo rivolta a colpire condotte ancora più a monte. ... Possono quindi formare oggetto della tutela non solo condotte prodromiche alla conclusione di contratti, ma anche di atti successivi alla conclusione di rapporti negoziali, afferenti alle modalità concrete di erogazione delle prestazioni. La tutela offerta è quindi più ampia di quella apprestata dall'art. 1469 sexies c.c., inidonea ad influire infatti sulle clausole di contenuto economico o sull'abusività di contratti già conclusi dal professionista anteriormente alla pronuncia di inibitoria"** (Trib. Roma, 11 agosto 2003).
- Con l'azione inibitoria generale, si sono ottenuti importanti successi a favore dei consumatori e utenti. Basti ricordare **la prima applicazione giurisprudenziale della legge n. 281/98 con riguardo alla materia pubblicitaria**, laddove il Tribunale di Roma (ordinanza del 30/1/2004), adito in via d'urgenza da associazioni consumeristiche, inibiva, ai sensi della indicata

normativa, messaggi pubblicitari di cui veniva rilevata la decettività e ambiguità **anche sul piano omissivo, tra l'altro in relazione alla mancata evidenziazione di informazioni ritenute rilevanti per il consumatore come quelle relative ai limiti del servizio pubblicizzato (in quel caso, i limiti di "copertura territoriale" di servizio di telefonia mobile)**. Tale pronuncia, dalla quale sembra emergere una sorta di dovere, anche pubblicitario, di "informazione" in favore del consumatore la cui mancata osservanza determina violazione dei "diritti", anche collettivamente azionabili, individuati dalla legge n. 281/98, si segnala anche sotto ulteriori profili. In primo luogo, essa costituisce caso emblematico di parallele azioni - da parte di ente superindividuale - nelle diverse sedi in cui l'illecito pubblicitario può essere censurato; nonché delle diverse "competenze" dei differenti "Giudici pubblicitari" (Giurì, Garante, Giudice ordinario).

Quei messaggi pubblicitari, infatti, erano stati dapprima oggetto di segnalazione al Comitato di Controllo dell'Autodisciplina Pubblicitaria (sotto i medesimi profili poi vagliati anche dal Giudice ordinario, ma con applicazione di norme diverse), il quale emanava ingiunzione di desistenza per violazione dell'art. 2 C.A.P. (Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria ora Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale) (per ingannevolezza realizzata sia mediante affermazioni che mediante omissioni, anche in relazione alla mancata indicazione della copertura territoriale del servizio). Essi venivano poi sottoposti, dagli stessi soggetti collettivi, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato affinché quei medesimi profili di ingannevolezza venissero valutati alla luce degli artt. 1, 2, 3, del d. lgs n. 74/92 (e l'Autorità Garante disponeva la sospensione provvisoria della campagna). Il Giudice ordinario, infine, adito in via d'urgenza ai sensi della legge n. 281/98, faceva propria, siccome pienamente condivisa, la decisione del Comitato di Controllo, giungendo (in virtù delle norme statuali cui era chiamato a dare applicazione) alla positiva valutazione circa la sussistenza dei

presupposti di accoglimento del ricorso con conseguente inibitoria alla ulteriore diffusione dei comunicati. Sotto ulteriore profilo, poi, la menzionata decisione **evidenzia in modo significativo il raccordo esistente tra valutazione del difetto di trasparenza “comunicazionale” (i.e.: inganno pubblicitario) e “difetto di trasparenza” del regolamento contrattuale cui la comunicazione è relativa** (erano, infatti, state inserite, in detto regolamento, clausole abusive, le quali venivano inibite dal Giudice di quella decisione), **affermandosi la necessità di vaglio congiunto dei due aspetti**.

- **CONTENUTO DELLA PRONUNCIA EX ART. 140 COD. CONS.** - Come evidenziato in dottrina, l'azione avrebbe grandi potenzialità che non sono state adeguatamente valorizzate in giurisprudenza in quanto l'accertamento dell'illecito compiuto in sede di inibitoria collettiva fa stato anche nei confronti dei singoli (ad es. il singolo non dovrà più provare il difetto del prodotto bensì solo il nesso causale e il danno).

In passato la giurisprudenza, in un caso di azione inibitoria relativa a condizioni generali bancarie recanti la previsione dell'anatocismo, ha affermato che *"sono nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari passivi per i correntisti. La violazione sistematica da parte delle banche dei divieti di anatocismo comporta la sussistenza di un interesse alla cessazione di tale violazione riconducibile alla generalità della categoria degli utenti del servizio bancario. È pertanto accoglibile la domanda promossa dal Codacons diretta all'accertamento dell'illegittimità del rifiuto della banca al riconoscimento del diritto dei clienti al rimborso, considerata l'esistenza dell'interesse collettivo degli utenti del servizio bancario e la funzione dell'associazione attrice di tutela di tale interesse. Non sono invece accoglibili, in quanto proposte dal Codacons, l'istanza diretta alla inibizione della prosecuzione del rifiuto di rimborso e quella volta ad ordinare alla banca convenuta di procedere al ricalcolo degli interessi debitori con conseguente storno e/o rimborso delle maggiori somme*

addebitate o percepite per effetto degli interessi anatocistici nei confronti di tutti i clienti, in quanto entrambe le richieste si risolvono in domande generiche, prive di concreto "petitum" e volte ad ottenere il risarcimento del danno o il rimborso che, ai sensi della legge n. 281 del 1998, possono essere oggetto solo di un diritto personale dei singoli utenti." (Trib. Torino, 17.12.2002).

Di recente, però, lo stesso Tribunale si è dimostrato più aperto in un caso in cui un operatore di telefonia aveva pubblicizzato un servizio che avrebbe permesso agli utenti di abbandonare il gestore "istituzionale" senza più pagare i relativi costi fissi e canoni di abbonamento. Ebbene, **a fronte di una campagna pubblicitaria giudicata ingannevole** dall'Autorità Garante in quanto il servizio promesso non era stato attivato ed i cittadini avevano dovuto continuare a pagare i suddetti costi, **il Tribunale di Torino ha, tra l'altro, condannato l'operatore di telefonia a restituire ai clienti che avevano sottoscritto il contratto pubblicizzato tutti i canoni pagati all'altra società dal momento della sottoscrizione del menzionato contratto** (previa domanda ed accertamento della sussistenza dei requisiti) (Trib. Torino, 20.11.2006).

4. L'AZIONE DI CLASSE E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 4 della l. 4 marzo 2009, n. 15 volta a *"consentire ad ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici"* in caso di lesione di interessi *"giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori"*. Il risultato, purtroppo, non è all'altezza delle aspettative. Le norme della legge che interessano in questa sede sono le seguenti: **Art. 1. Presupposti dell'azione e legittimazione ad agire**

1. Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente

decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150.

1-bis. Nel giudizio di sussistenza della lesione di cui al comma 1 il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimati.

1-ter. Sono escluse dall'applicazione del presente decreto le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

2. Del ricorso è data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati; il ricorso è altresì comunicato al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

3. I soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso che viene fissata d'ufficio, in una data compresa tra il novantesimo ed il centovesimo giorno dal deposito del ricorso.

4. Ricorrendo i presupposti di cui al comma 1, il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1.

5. Il ricorso è proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1. Gli enti intimati informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio. Il giudice, nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio.

6. Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari.

7. Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.

Art. 2 Rapporti con le competenze di regolazione e controllo e con i giudizi instaurati ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206

1. Il ricorso di cui all'articolo 1 non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione di cui all'articolo 1, né se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

2. Nell'ipotesi in cui il procedimento di cui al comma 1 o un giudizio instaurato ai sensi degli articoli 139 e 140 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono

iniziati dopo la proposizione del ricorso di cui all'articolo 1, il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei predetti procedimenti o giudizi. **A seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso di cui all'articolo 1 diviene improcedibile.** In ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi giorni dalla definizione del procedimento di cui al comma 1, ovvero dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento.

3. Il soggetto contro cui è stato proposto il ricorso giurisdizionale di cui all'articolo 1 comunica immediatamente al giudice l'eventuale pendenza o la successiva instaurazione del procedimento di cui ai commi 1 e 2, ovvero di alcuno dei giudizi ivi indicati, per l'adozione dei conseguenti provvedimenti rispettivamente previsti dagli stessi commi 1 e 2.

Art. 3 Procedimento

1. **Il ricorrente notifica preventivamente una diffida all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati.** La diffida è notificata all'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario, che assume senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento di cui all'articolo 1, comma 1, e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause. Tutte le iniziative assunte sono comunicate all'autore della diffida. Le pubbliche amministrazioni determinano, per ciascun settore di propria competenza, il procedimento da seguire a seguito di una diffida notificata ai sensi del presente comma. L'amministrazione o il concessionario destinatari della diffida, se ritengono che la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invitano il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi.

2. **Il ricorso è proponibile se, decorso il termine di cui al primo periodo del comma 1, l'amministrazione o il concessionario non ha provveduto, o ha provveduto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata.** Il ricorso può essere proposto entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine di cui al primo periodo del comma 1. Il ricorrente ha l'onere di comprovare la notifica della diffida di cui al comma 1 e la scadenza del termine assegnato per provvedere, nonché di dichiarare nel ricorso la persistenza, totale o parziale, della situazione denunciata.

3. **In luogo della diffida di cui al comma 1, il ricorrente, se ne ricorrono i presupposti, può promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in tal caso, se non si raggiunge la conciliazione delle parti, il ricorso è proponibile entro un anno dall'esito di tali procedure.**

Art. 4 Sentenza

1. **Il giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.**

2. Della sentenza che definisce il giudizio è data notizia con le stesse modalità previste per il ricorso dall'articolo 1, comma 2.

3. La sentenza che accoglie la domanda nei confronti di una pubblica amministrazione è comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei

dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza.

4. La sentenza che accoglie la domanda nei confronti di un concessionario di pubblici servizi è comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina.

5. L'amministrazione individua i soggetti che hanno concorso a cagionare le situazioni di cui all'articolo 1, comma 1, e adotta i conseguenti provvedimenti di propria competenza.

6. Le misure adottate in ottemperanza alla sentenza sono pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario soccombente in giudizio.

(omissis) "

Come si vede, la nuova azione ha ben poco di davvero innovativo ed utile giacché si risolve in un giudizio amministrativo né breve né efficace in quanto non prevede il risarcimento dei danni patiti dagli utenti e postula che le pubbliche amministrazioni o i concessionari giudicati responsabili riescano a porre (rapidamente) rimedio alle violazioni riscontrate nei limiti delle proprie risorse e rigorosamente *"senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"*. Ciò che appare quantomeno ottimistico.

Tuttavia, per quanto riguarda i concessionari di servizi pubblici, il risarcimento dei danni subiti dagli utenti può essere ottenuto tramite l'azione di classe *ex art. 140-bis* cod. cons., come si deduce sia dalla lettera del comma 12 di tale articolo (*"in caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate"*) sia dal disposto del d. lgs. n. 198/2009 che espressamente rinvia ai rimedi ordinari risarcitori, tra cui

rientra anche la novella azione di classe, e disciplina l'ipotesi che le medesime condotte possano essere oggetto tanto di ricorso avanti il giudice amministrativo ai sensi del d. lgs. n. 198/2009 quanto di azioni *ex artt. 140 e 140-bis* del codice del consumo.