

ANNA MARIA MANCALEONI

AZIONE DI CLASSE E MEDIAZIONE/CONCILIAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: i punti di contatto tra i due istituti. - 2. ADR e tutela collettiva inibitoria e risarcitoria nella politica comunitaria. - 3. L'azione di classe (art. 140 *bis* cod. cons.); 3.1. *Segue*. Principali differenze rispetto alla *class action* statunitense. - 4. Il campo di applicazione del D.lgs. 28/2010 e gli esiti della mediazione. - 5. Il raccordo tra mediazione e azione di classe. - 6. Valutazioni critiche d'insieme.

1. Premessa: i punti di contatto tra i due istituti. – L'art. 140 *bis* del codice del consumo (in vigore dal 1 gennaio 2010, per illeciti commessi a far data dal 16 agosto 2009), ha introdotto nell'ordinamento italiano l'"azione di classe".

In attuazione della delega di cui all'art. 60 della l. 69/2009, il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (in vigore dal 20 marzo 2011)¹, ha introdotto nell'ordinamento italiano la disciplina della mediazione/conciliazione.

In entrambi i casi si tratta di istituti di enorme impatto sotto il profilo teorico-sistematico, mentre più difficile è operare una valutazione in concreto, vista la novità dei fenomeni e la breve esperienza sinora maturata – per quanto riguarda la *class action*² – e l'assoluta assenza di riscontri per quanto riguarda la mediazione/conciliazione, non essendo la relativa disciplina ancora in vigore.

¹ "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". La data del 20 marzo 2010 riguarda soltanto la previsione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (art. 5, co. 1), ex art. 24 D.lgs. 28/2010; le rimanenti parti del D.lgs. sono entrate in vigore dopo l'ordinaria *vacatio legis* e salvo il rinvio ai successivi regolamenti attuativi.

² Due soltanto sono, allo stato, i provvedimenti emessi nel contesto di un'azione ex art. 140 *bis* cod. cons.: v. S. MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in www.judicium.it.

Entrambi gli istituti possono ricondursi a delle finalità comuni, di politica del diritto, perseguite dal legislatore italiano. In entrambi i casi, inoltre, l'intervento legislativo si pone, in certa misura, in linea con le indicazioni *de iure condendo* provenienti dall'ordinamento comunitario, anche se non siamo in presenza di provvedimenti attuativi di legislazione comunitaria (tranne per la disciplina sulla mediazione che, sia pure incidentalmente, è anche attuativa della direttiva CE 2008/52 del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale).

Dei nuovi istituti può darsi una lettura confinata alla loro rilevanza in ambito domestico o aperta alle implicazioni transnazionali: quest'ultima si presenta naturalmente più completa e corretta, visto il processo, in corso, di graduale instaurazione di uno spazio giuridico europeo e transnazionale che coinvolge sempre di più anche gli strumenti di tutela processuale ed extraprocessuale.

Al di là del (parzialmente) comune quadro generale di riferimento nel quale possono essere inquadrati, l'azione di classe e la mediazione-conciliazione presentano alcuni punti di contatto anche sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico. Il sovrapporsi della più recente disciplina della mediazione-conciliazione a quella della azione di classe ha determinato l'esigenza di un raccordo, operato dallo stesso D.lgs. 28/2010: è infatti emersa la necessità di stabilire se, ed a quali condizioni, la procedura di mediazione possa trovare spazio nel contesto dell'azione di classe. Inoltre e in assoluto – i.e. a prescindere dal raccordo con il D.lgs. 28/2010 – la conciliazione nel contesto dell'azione di classe solleva l'esigenza di tutela degli aderenti della classe, com'è emerso nella – sia pure molto diversa – esperienza statunitense.

2. ADR e tutela collettiva inibitoria e risarcitoria nella politica comunitaria. – È noto come si debba al diritto comunitario l'ingresso nell'ordinamento italiano della legislazione in materia di tutela dei consumatori, oggi in larga parte raccolta nel codice del consumo (il quale, del resto, si apre proprio con un esplicito riferimento all'ordinamento comunitario: v. art. 1).

L'art. 2 cod. cons. mette in primo piano il diritto dei consumatori alla tutela dei loro diritti ed interessi fondamentali: la relativa statuizione, nella sua genericità ed atecnicità, può essere intesa quale affermazione del diritto ad un rimedio, da individuarsi in

base alla disciplina di seguito dettata dallo stesso codice³. Al di là dei rimedi previsti dalle discipline di settore, il codice – nel libro V, dedicato alla risoluzione delle controversie – prevede specifici strumenti di tutela per i consumatori: le azioni collettive inibitorie, le azioni di classe (e precedentemente le “azioni collettive risarcitorie”), e le ADR.

A livello comunitario l’interesse per i profili rimediali e, più in generale, per i profili di accesso alla giustizia dei consumatori, è maturato – visto l’obiettivo di effettività della tutela sostanziale – in considerazione delle barriere che il consumatore incontra qualora voglia far valere i propri diritti (ostacoli psicologici, economici, asimmetrie informative, sproporzione fra valore della controversia e spese e durata della stessa), sia nel contesto del diritto interno, sia in quello transfrontaliero.

Per fronteggiare il problema l’intervento comunitario ha seguito due vie⁴.

Da una parte è stato incentivato il ricorso ai mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*; oppure ODR, *Online Dispute Resolution*, se in modalità *on line*); dall’altra, sono state introdotte le azioni collettive inibitorie e – nella fase attuale – è in esame l’introduzione delle azioni risarcitorie collettive (o seriali, di gruppo o *class actions*, nel senso che si chiarirà in seguito).

A) Le ADR

In materia di ADR l’intervento comunitario si è concretizzato in iniziative non vincolanti (ascrivibili al c.d. *soft law*), quali – in un primo momento – norme, inserite nel corpo di direttive settoriali, con cui gli Stati membri sono stati incentivati a prevedere forme di procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie

³ Cfr. G. VETTORI, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura dello stesso A., Padova, 2007, *sub* art. 1, anche alla luce dell’evoluzione comunitaria, su cui v. dello stesso A., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 53 ss.

⁴ V. “Libro verde sull’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”, COM (9) def. del 16 novembre 1993, poi sfociato nel “Piano d’azione sull’accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno” COM (96) 13 del 14 novembre 1996.

consumeristiche (e parallelamente è stata promossa l'adozione di codici di condotta da parte delle associazioni di categoria). Successivamente e con portata generale, sono state adottate due raccomandazioni: la raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 "riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" e la raccomandazione della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 "sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo". La seconda raccomandazione ha portata residuale, nel senso che riguarda gli organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che si limitano a far sì che le parti si incontrino per cercare una soluzione extragiudiziale della controversia pur senza proporre essi stessi una soluzione e che sono, in quanto, tali esclusi dal campo di applicazione della precedente raccomandazione. Utilizzando una terminologia di uso corrente in dottrina e mutuata dalla più matura esperienza di altri ordinamenti, potremmo dire che le due raccomandazioni coprono, rispettivamente, procedure aggiudicative e facilitative: nel primo caso il terzo propone una soluzione; nel secondo, il terzo si limita a far incontrare le parti e mediare affinché esse stesse trovino un accordo.

Le due raccomandazioni, ciascuna nel rispettivo ambito di applicazione, dettano i principi ai quali gli organi di gestione delle ADR dovrebbero uniformarsi, tra i quali, in particolare: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza.

Parallelamente e parimenti in forma non autoritativa, è stata istituita una rete extragiudiziale per la risoluzione delle controversie consumeristiche ("Rete comunitaria per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (REE)"⁵). La Rete è formata dagli organismi ADR accreditati presso gli Stati membri; ai fini dell'accREDITamento, tali organismi e relative procedure devono essere conformi ai principi stabiliti nelle due raccomandazioni sopra citate. La Rete fa perno sui c.d. *Centri di compensazione*, uno per ogni Stato membro, ciascuno dei quali dovrebbe costituire in ogni Stato membro il punto di riferimento

⁵ Risoluzione del Consiglio 25 maggio 2000, in GUCE C 155/1 del 6 giugno 2000.

per i consumatori che vogliono ottenere informazioni circa i meccanismi nazionali di risoluzione delle controversie e, nel caso di controversie transfrontaliere, consentire anche un accesso rapido e semplice ad un canale giuridico per la risoluzione extragiudiziale delle controversie nel paese del fornitore. La Rete si affianca ed integra con la preesistente *Rete europea per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi finanziari* (FIN-NET), già operante e istituita dalla Direzione Generale Mercato Interno e facente perno sugli organi nazionali già deputati alla risoluzione delle controversie in materia bancaria e assicurativa.

Alle due raccomandazioni comunitarie in materia di ADR sopra citate il legislatore italiano ha riconosciuto un ruolo significativo quale parametro di riferimento nel giudizio di vessatorietà delle clausole ADR nell'art. 141, cod. cons., co. 4.

Le potenzialità delle ADR sono state prese in considerazione in ambito comunitario anche al di fuori del diritto dei consumatori: il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*⁶ ha lanciato un dibattito relativo all'opportunità di estendere il ricorso alla ADR a tutti gli ambiti, incluso diritto del lavoro e diritto di famiglia, e fatta eccezione per i diritti indisponibili; il documento fa riferimento sia alle ADR extraprocessuali, sia a quelle endoprocessuali, siano esse di esito vincolante o meno; si esclude dal novero delle ADR soltanto l'arbitrato, in quanto il lodo è considerato sostitutivo della decisione giudiziale e, pertanto, è assimilato ai procedimenti giurisdizionali ordinari.

La considerazione – da parte comunitaria – delle ADR come strumento utile per la risoluzione di pressoché tutte le controversie, dimostra come le motivazioni a favore – quali la maggiore celerità e minore onerosità rispetto alla giurisdizione ordinaria – possano essere invocate a prescindere dalla qualità delle parti⁷.

⁶ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM (2002) 196 del 19 aprile 2002 (da qui in avanti Libro verde sulle ADR).

⁷ L'incertezza, alla quale non sempre il diritto internazionale privato riesce ad ovviare, ed i problemi di conoscibilità della legge straniera o comunque i limiti di conoscenza dell'organo giudicante, possono essere fattori che ostacolano il commercio internazionale. Pertanto, l'Unidroit (Istituto Internazio-

Da ultimo è stata adottata la direttiva CE 2008/52 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale impone agli Stati membri l'introduzione di procedure di mediazione per le controversie transfrontaliere.

B) Le azioni collettive inibitorie

La seconda strada seguita a livello comunitario, lungo le linee proposte dal Libro verde sull'accesso alla giustizia sopra citato, consiste nell'introduzione in tutti gli Stati membri delle azioni collettive inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. In tal caso, diversamente dalle ADR, sono state adottate norme vincolanti: l'azione collettiva inibitoria è stata dapprima prevista in alcune direttive settoriali, e quindi in via generale, per le violazioni della normativa consumeristica (direttiva CE 98/27 sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, successivamente modificata ed ora ricodificata nella direttiva CE 2009/22). Qui, diversamente dalle ADR, l'iniziativa processuale non può essere assunta dal singolo consumatore leso, ma dalle associazioni di categoria o da enti preposti istituzionalmente alla tutela dei consumatori; inoltre, la domanda, se è accolta, sfocia in un mero provvedimento inibitorio, che giova all'intera categoria e non ai singoli, in quanto fa divieto al professionista di porre in essere per il futuro analoghi comportamenti illeciti. Si tratta, dunque, di un'azione general-preventiva, alla quale è del tutto estranea la finalità risarcitoria.

Nell'ordinamento italiano la relativa disciplina è negli artt. 37 (clausole vessatorie; la disposizione corrisponde all'abr. art. 1469 *sexies* c.c.) e 137 ss. del cod. cons., nei quali è stata trasposta

nale per l'Unificazione del diritto privato) si è fatto promotore della redazione di un codice di regole e principi destinati principalmente all'applicazione negli arbitrati commerciali internazionali (i Principi Unidroit per il commercio internazionale); anche i Principi di diritto europeo dei contratti, redatti dalla Commissione Lando con il supporto della Commissione europea, ed applicabili, diversamente dai Principi Unidroit, anche nelle controversie tra commercianti e consumatori, si propongono, tra l'altro, come strumento per gli arbitri. V. tra i tanti M.J. BONELL, *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. commercio int.*, 2004, 535 ss.; G. ALPA, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.

l'abrogata disciplina di cui alla l. 281/1998 sui diritti dei consumatori e degli utenti. La direttiva CE 98/27, e di conseguenza il diritto interno, ha previsto anche la possibilità per gli enti legittimati di proporre azione inibitoria presso le giurisdizioni di altri Stati membri nei quali sia localizzato il professionista responsabile della lesione dei diritti dei consumatori (azione inibitoria transfrontaliera)⁸.

C) Le azioni risarcitorie

A livello comunitario, l'interesse per le c.d. *class actions* è maturato dapprima nel contesto del diritto *antitrust*. Nell'ottica di promozione del c.d. *private enforcement* – politica volta a valorizzare il ruolo dei privati quali attori che operano accanto alle autorità *antitrust* nazionali e comunitarie per garantire l'effettività del diritto comunitario della concorrenza – è stata discussa l'opportunità di introdurre un'azione collettiva – da definire nei suoi più specifici connotati – volta – diversamente dall'azione inibitoria – al risarcimento del danno subito dai consumatori finali in conseguenza delle violazioni del diritto *antitrust*⁹.

⁸ Quindi, al fine di superare i residui problemi derivanti dalle controversie transfrontaliere, il reg. 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, relativo alla cooperazione tra le autorità nazionali incaricate di garantire l'applicazione della normativa in materia di protezione dei consumatori ("regolamento relativo alla cooperazione in materia di protezione dei consumatori"), ha introdotto un meccanismo di cooperazione fra autorità competenti nei vari Stati membri, con obblighi di assistenza reciproca e di intervento, eventualmente tramite esperimento dell'azione inibitoria nello Stato membro in cui è localizzato il professionista che pone in essere una condotta lesiva degli interessi di consumatori di altro Stato membro: v. art. 144 *bis* cod. cons.

⁹ V. Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 2 aprile 2008 COM(2008) 165 def.; Libro verde Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie del 19 dicembre 2005 COM(2005) 672 def. Si ricorda che la differenza tra Libro verde e Libro bianco è nel fatto che, se entrambi invitano le parti interessate a dare le proprie risposte ed osservazioni sui quesiti posti, il primo si limita ad aprire un dibattito su una data materia di interesse, il secondo (che segue spesso il dibattito aperto dal primo) propone l'intervento comunitario e ne illustra i possibili contenuti. A seguito del dibattito avviato sul *private enforcement*, è stato predisposto un disegno di direttiva, rimasto per ora privo di seguito: v. le Osservazioni di Confindustria 30 settembre 2009 sulla

Allo stato, l'introduzione di un'azione seriale è in fase di valutazione con riferimento a tutte le controversie consumeristiche: il Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori del 27 novembre 2008¹⁰ ha proposto, tra le possibili alternative alla soluzione dei problemi di effettività dei diritti dei consumatori nel caso di violazioni che colpiscono la massa nel contesto transfrontaliero¹¹, quella consistente nell'introduzione di una procedura giudiziaria di ricorso collettivo. In tal caso l'aspetto più controverso, anche visto il carattere transfrontaliero delle controversie, risulta quello inerente alla scelta tra *opt-in* e *opt-out*¹².

Proposta di direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle norme *antitrust* comunitarie; il disegno prevedeva sia azioni di gruppo con meccanismo *opt-in*, sia azioni rappresentative promosse da soggetti legittimati con modalità *opt-out*.

¹⁰ COM (2008) 794 def.

¹¹ Le altre alternative proposte sono le seguenti: nessun intervento, misure di cooperazione tra Stati membri (consentire l'accesso alle procedure collettive risarcitorie disponibili in uno Stato membro anche a consumatori o a gruppi o enti esponenziali di altri Stati membri), associazione di strumenti diversi, vincolanti e non (potenziamento delle ADR e della cooperazione tra Stati membri, ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento CE n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, c.d. regolamento *small claims*, adottato anch'esso in un'ottica di semplificazione delle controversie transfrontaliere).

¹² V. Libro verde: "56. Le soluzioni *opt-out* potrebbero ridurre alcune delle difficoltà dei sistemi *opt-in*. Spesso tuttavia sono considerate in maniera negativa in Europa, a causa del rischio percepito di favorire un eccesso di vertenze, come si verifica in alcuni paesi non europei. Qualsiasi sistema di ricorso collettivo dovrebbe essere progettato in modo da evitare questo rischio. Ad ogni modo resta problematica la diffusione delle informazioni attraverso le frontiere. La mancanza di informazioni potrebbe determinare una situazione nella quale i consumatori si troverebbero vincolati da una sentenza senza essere a conoscenza o senza essere stati in grado di contestare la gestione della causa. Inoltre, nelle procedure *opt-out* le organizzazioni dei consumatori potrebbero trovarsi di fronte all'onere di dovere identificare le vittime e distribuire il risarcimento.

57. In una soluzione *opt-in* i problemi citati potrebbero essere risolti se il tribunale distribuisse il risarcimento, permettesse ai consumatori di aderire ad un'azione di massa dopo che è stata pronunciata la sentenza in un "test case" e rendendo la sentenza applicabile a tutte le vittime. Ogni consumatore dovrebbe tuttavia seguire una procedura giudiziaria specifica per poter godere dei vantaggi della sentenza".

3. *L'azione di classe (art. 140 bis cod. cons.)*. – In Italia, l'esigenza di introdurre una forma di tutela risarcitoria seriale è stata avvertita a seguito degli scandali finanziari Cirio-Parmalat¹³; il problema è emerso anche in seguito alla vicenda giudiziaria relativa al risarcimento del danno *antitrust* a favore dei consumatori, lesi – sia pure per importi esigui – da un cartello posto in essere tra diverse case assicuratrici¹⁴. Può menzionarsi come anche in Germania l'esigenza di regolamentazione è arrivata dal contenzioso relativo ad illeciti sul mercato finanziario, da cui sono scaturite circa 13.000 azioni; da ciò una legge volta a fronteggiare tale carico giudiziario (e con vigenza limitata: la legge era destinata a cessare di vigore il 1° novembre 2010)¹⁵.

L'art. 140 *bis* ha una storia travagliata. È stato introdotto nel cod. cons. dall'art. 2, co. 445-449 l. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008) ed era destinato ad entrare in vigore il 30 giugno 2008; tale termine è stato differito due volte. Alla base dei rinvii si è posta l'esigenza di sciogliere alcuni nodi: in particolare, valutare l'introduzione dell'azione collettiva nei confronti della p.a.¹⁶. A seguito di numerose proposte e disegni di legge, l'art. 49 l. 23 lu-

¹³ L'irretroattività della disciplina non consente l'utilizzo dell'azione di classe per i casi *de quibus*; inoltre, dubbia è l'utilizzabilità dell'istituto negli illeciti finanziari: v. sul punto A. FRIGNANI-P. VIRANO, *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in www.judicium.it, 14-16, distinguendo a seconda delle fattispecie.

¹⁴ V. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. La sentenza ha consacrato il principio per cui i consumatori possono chiedere il risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza; si applica, in tal caso la l. *antitrust* n. 287/1990.

¹⁵ V.R. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, Relazione al Convegno *Le azioni seriali*, Pisa, 4-5 maggio 2007, testo provvisorio.

¹⁶ A ciò si è provveduto con il D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici; facendo rinvio al testo di legge, ci si limita qui ad evidenziare che non si tratta peraltro di un'azione mirante al risarcimento del danno. Inoltre, il co. 12 dell'attuale art. 140 *bis* prevede che "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 emanati".

glio 2009, n. 99, c.d. legge sviluppo, ha introdotto una disciplina nuova, in vigore dal 1° gennaio 2010, per gli illeciti successivi al 15 agosto 2009.

Non ci soffermiamo qui sulle caratteristiche della vecchia disciplina, mai entrata in vigore¹⁷. Ci limitiamo a rimarcare come essa attribuisse legittimazione ad agire esclusivamente alle associazioni dei consumatori iscritte all'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. ed alle associazioni ed ai comitati ritenuti comunque rappresentativi della categoria, ad esclusione di singoli consumatori aggregati in una "classe"; il procedimento ivi previsto era inoltre particolarmente farraginoso e complesso (in particolare per quanto riguarda le modalità attraverso le quali i singoli consumatori potevano addivenire alla liquidazione del danno) e non coerente con la *ratio* di economia processuale alla base dell'istituto.

L'attuale disciplina si articola in diverse fasi e tocca aspetti di diritto processuale più che di diritto sostanziale; rispetto alla complessità dell'istituto, il testo è sintetico, soprattutto per i profili processuali; per chiarire le incertezze e segnare i limiti agli ampi poteri discrezionali attribuiti al giudice, occorrerà attendere gli esiti giurisprudenziali. Facendo rinvio al dibattito dottrinale¹⁸, ci si limita qui ad evidenziare i punti di maggior rilievo, anche ai fini del successivo accostamento alla disciplina della mediazione/conciliazione.

Legittimazione e campo di applicazione

Il testo attuale dell'art. 140 *bis* amplia la legittimazione ad agire e consente ai singoli consumatori di esperire l'azione risar-

¹⁷ Tra i tanti v. P.F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, 2008; G. D'ALFONSO, *La tutela risarcitoria delle pretese seriali tra "azioni di classe" ed "azioni collettive": il nuovo art. 140-bis del codice del consumo (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2008, 523 ss.; C. MOREO, *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 190 ss.; C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'"opt in" anziché quella danese dell'"opt-out" e il filtro ("L'inutil precuazione")*, in *Corriere giuridico*, 2008, 5 ss.

¹⁸ Per una trattazione generale dei vari aspetti della disciplina, alla luce del diritto comunitario e delle esperienze straniere v. G. D'ALFONSO, *sub art. 140 bis cod. cons.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, 938 ss.

citoria: "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" (art. 140 *bis*, co. 1); a sottolineare la modifica, si parla ora di "azione di classe" e non più di "azione collettiva risarcitoria".

Diversamente da quanto si verifica in altri ordinamenti, il campo di applicazione dell'istituto è limitato sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo.

L'azione di classe è infatti esperibile solo da "consumatori" (o "utenti"), da individuarsi in base alla definizione di cui all'art. 3, lett. a) cod. cons. (è "consumatore" o "utente" "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"). Il Tribunale di Torino, con il primo provvedimento emanato a seguito dell'entrata in vigore della disciplina, ha escluso che l'art. 140 *bis* possa essere applicato estensivamente, a tutela di tutti coloro che, anche se non "consumatori" in senso stretto, si trovino in condizioni di debolezza rispetto alla controparte imprenditoriale (così non accogliendo le indicazioni di quella dottrina che propendeva per la soluzione più ampia)¹⁹.

Guardando al lato passivo, è dubbio se il termine "impresa" debba essere interpretato in senso stretto e nell'accezione di diritto interno, o in senso più ampio, ad includere anche il professionista (considerando che proprio nel codice del consumo la controparte del consumatore è il "professionista", categoria che peraltro include – per effetto del diritto comunitario – anche l'"imprenditore")²⁰.

Sotto il profilo oggettivo, l'azione di classe è data a tutela di "diritti individuali omogenei" dei consumatori od utenti esclusivamente nei tre ambiti delineati dall'art. 140 *bis*, co. 1: diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi

¹⁹ Trib. Torino, ordinanza 27 maggio 2010, reperibile sul sito www.judicium.it.

²⁰ Per l'accezione meno ampia FRIGNANI-VIRANO, *op. cit.*, 5, per quella più estesa F. SANTANGELI-P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in www.judicium.it, 22.

i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. (lett. a); responsabilità del produttore verso il consumatore finale per danno da prodotto difettoso (lett. b; v. art. 114 ss. cod. cons.); diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette (v. art. 18 ss. cod. cons.) o comportamenti anticoncorrenziali (lett. c).

Opt-in ed efficacia della sentenza

L'azione di classe si basa sul meccanismo dell'*opt-in*: il provvedimento finale ha effetto soltanto nei confronti dei consumatori che abbiano aderito all'azione (co. 3). In tal modo il legislatore ha reso il meccanismo di tutela seriale coerente con il principio dell'efficacia soggettiva del giudicato (art. 2909 c.c.) e con i principi costituzionali che sanciscono i diritti alla difesa e al contraddittorio, chiamati in causa contro l'*opt-out* (artt. 24 e 111, co. 2 Cost. in particolare): "La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva" (co. 14).

L'adesione implica la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria fondata sul medesimo titolo (salvo quanto previsto in riferimento al caso di rinuncia o transazione, su cui si dirà *infra*). Specularmente, non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa; quelle proposte sono riunite d'ufficio (davanti al primo giudice, se proposte dinanzi ad altro giudice).

Ammissibilità della domanda; contenuti dell'ordinanza

All'esito della prima udienza il tribunale (del capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, in composizione collegiale) decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda; la domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe (co. 6)²¹.

²¹ Il tribunale 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 (co. 6). L'ordinanza che decide

Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice decide sulle spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente (co. 8). Si noti che la condanna alle spese riguarda il solo rappresentante e non gli aderenti (per la cui adesione, oltre tutto, non è necessaria assistenza legale).

Qualora l'azione venga ammessa, il tribunale fissa termini e modalità della pubblicità, al fine di consentire l'adesione da parte degli interessati. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda (co. 9).

Segue. Definizione della classe e pubblicità

Con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, il tribunale definisce anche 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; 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 sono depositati in cancelleria; copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico, che provvede a dare ulteriore pubblicità, eventualmente anche tramite il sito.

Segue. Regole del procedimento

La disciplina assegna al giudice ampio potere discrezionale, in modo da consentire che il procedimento si svolga con tempi e modalità proporzionate alle circostanze concrete. Con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, il tribunale "determina altresì la procedura assicurando nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile e revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; assegna alle parti l'onere della pubblicità ritenuta ne-

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

cessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio" (co. 11).

Sentenza di condanna

Con la sentenza di condanna il tribunale liquida in via equitativa le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di tali somme. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione (co. 12).

3.1. *Segue. Principali differenze rispetto alla class action statunitense.* – Per quanto le modifiche apportate alla versione originaria dell'art. 140 *bis*, legittimando all'azione anche i singoli consumatori e non le sole associazioni rappresentative, abbia "avvicinato" l'azione di classe italiana e la *class action* americana, la distanza tra i due istituti rimane incolmabile: alcune differenze sono "irriducibili", nel senso che dipendono da caratteristiche generali del sistema statunitense esterne all'istituto della *class action*, ma tali da condizionare l'esito e l'impatto di quest'ultima, che non sono "trapiantabili" nel nostro ordinamento.

- 1) Nel considerare la *class action*, non si può omettere di rilevare che negli Stati Uniti la giuria – istituto anomalo dal punto di vista del nostro ordinamento²², soprattutto nelle controversie civilistiche – ha un ruolo determinante. I giurati, per provenienza (comuni cittadini) e formazione (non tecnico-giuridica) più facilmente tendono a "simpatizzare" con il danneggiato ed a considerarlo una vittima dell'impresa.
- 2) Inoltre, esiste la categoria dei *punitive damages*: si tratta di danni ulteriori rispetto a quelli *compensatory*, consistendo in una somma di denaro che il convenuto è chiamato a pagare al di là del pregiudizio effettivamente sofferto dal danneggiato; vengono giustificati in funzione di *punishment* e *deterrence*. La quantificazione dei *punitive damages* non è ancorata a

²² Il diritto al processo con giuria è previsto a livello costituzionale (V emendamento); la partecipazione dei cittadini al processo è considerata manifestazione di democrazia.

criteri rigidi: la disciplina è dettata perlopiù dalla giurisprudenza, che ha cercato di fissare un tetto massimo al *quantum*, in rapporto ai danni *compensatory*. In Italia, e in generale negli ordinamenti di *civil law*, tale voce di danno non è riconosciuta, ed è anzi considerata contrastante con i fondamenti della responsabilità civile. La Cassazione a sezioni unite, in sede di delibazione di una sentenza statunitense di condanna ai danni punitivi, ha escluso la compatibilità di tali danni con l'ordine pubblico²³: "Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato"²⁴.

- 3) I compensi degli avvocati seguono un regime diverso da quello italiano. Non si applica la regola della soccombenza e ciascuna parte sobbarca i propri costi (salvo rilevare che le

²³ Cass., sez. III, 19-1-2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, 497-505, con commento adesivo di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco* e in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota critica di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*; A. DE PAULI, *L'irriconscibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni "punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2100. V. App. Venezia, 15 ottobre 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 765, con nota di G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*; Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna ai punitive damages*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 977-990.

²⁴ In senso critico per la perentorietà delle affermazioni con cui è stata proclamata l'estraneità alla responsabilità civile della funzione punitiva e sanzionatoria v. PONZANELLI, *op. cit.*, 1463-1464: secondo l'A. la motivazione avrebbe dovuto porre maggiormente l'accento sulla impossibilità di individuare, nella somma globalmente liquidata a titolo di risarcimento, la proporzione dovuta a titolo di *compensation* da quella punitiva; ha inoltre assegnato alla responsabilità civile funzione esclusivamente riparatoria, ignorando il dibattito in materia e quanto emerge dai più recenti interventi normativi (nel settore della privativa industriale, delle illegali intercettazioni telefoniche, dei danni da diffamazione ...), nei quali si guarda anche alla posizione del danneggiante in funzione di special prevenzione.

spese legali sono implicitamente prese in considerazione in sede di quantificazione del danno); il ricorso a pattuizioni che vincolano il compenso all'esito della lite è normale (*contingency fees*). Peraltro, dietro la proposizione della *class action* non vi è necessariamente un patto di quota lite tra l'avvocato ed il *class representative*: tale eventualità è secondaria sotto il profilo degli incentivi all'azione, dal momento che l'avvocato ha in ogni caso diritto al compenso anche per l'opera svolta in favore dei componenti passivi del gruppo, con i quali – trattandosi di modello che contempla l'*opt-out* – non ha alcun patto²⁵.

Pertanto gli avvocati americani – le *law firms* specializzate proprio nelle *class actions* – hanno maggiori incentivi all'azione. Nel nostro ordinamento, le novità introdotte dalla riforma Bersani (l. 248/2006) per quanto riguarda i compensi professionali (derogabilità al di sotto del minimo tariffario, abolizione del divieto di patto di quota lite) non sono in grado di determinare un allineamento rilevante, sotto questo profilo, al diritto statunitense²⁶.

Per quanto invece riguarda le particolarità specifiche della *class action* – di cui qui non può che offrirsi una panoramica estremamente sintetica e generale, tenuto conto che la materia è disciplinata sia a livello federale, sia a livello statale e la relativa disciplina è in parte giurisprudenziale – è da evidenziare, innanzi tutto, che l'ordinamento statunitense ammette il meccanismo dell'*opt-out*. Da ciò le maggiori potenzialità della *class action* americana in termini di "numerosità" dei membri della *class* e la maggiore efficacia deterrente (anche per l'impossibilità, da parte dell'impresa convenuta, di stimare preventivamente con precisione l'impatto economico dell'eventuale condanna).

Inoltre, il campo di applicazione della *class action* è generale, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo.

Il cumularsi delle caratteristiche sopra menzionate fa sì che – vista anche l'ampiezza del mercato statunitense ed il maggior numero di potenziali vittime di condotte lesive – la *class action*

²⁵ A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 132-138.

²⁶ V.A. BERLINGUER, *La professione forense*, Torino, 2008, 23-31 (sulla disciplina italiana), 212-219 (sulla disciplina statunitense).

statunitense abbia un impatto significativo sia sotto il profilo quantitativo dei soggetti danneggiati coinvolti, sia sotto il profilo, parimenti quantitativo, degli importi liquidati a titolo di risarcimento²⁷.

Nel 2005 il legislatore federale è intervenuto per arginare i fenomeni di *forum shopping*. Posto, infatti, che la *class action* è disciplinata sia a livello statale sia a livello federale (23 Federal Rules of Civil Procedure)²⁸, in caso di controversie in cui risultano coinvolte parti di diversi Stati (*diversity of citizenship*), la parte attrice ha la possibilità di scegliere una giurisdizione statale piuttosto che un'altra, ai fini del radicamento della causa; da ciò la tendenza a scegliere, in presenza di più alternative, giurisdizioni particolarmente favorevoli (essendo i giudici statali, diversamente da quelli federali e a seconda delle specificità della disciplina statale di volta in volta in considerazione, di nomina popolare, a tempo e rieleggibili, e dunque non *super partes*); la competenza delle corti federali era prevista sulla base di requisiti restrittivi. Per contrastare gli abusi derivanti dalla possibilità di rivolgersi ad un giudice "amico", il Class Action Fairness Act del 2005 è intervenuto sui criteri di ripartizione della giurisdizione tra corti statali e federali, in modo da consentire che la causa venga più agevolmente radicata dinanzi alla giurisdizione federale, la quale dà maggiori garanzie di imparzialità²⁹. La stessa riforma si è inoltre preoccupata di tutelare i membri della *class* contro la possibilità che, in sede di conciliazione-transazione, il risarcimento del danno venga ad essi attribuito in forma di *coupons*, mentre l'avvocato percepisce il compenso in denaro e per una somma sproporzionata rispetto al valore dei *coupons*.

²⁷ Una corrente di pensiero statunitense ritiene la *class action* responsabile (insieme, in particolare, con i *punitive damages*) della esplosione del contenzioso (*litigation explosion*) e della crisi della responsabilità civile (*tort crisis*), da cui deriverebbero effetti negativi per l'intera società, a causa dei macroscopici ed imprevedibili risarcimenti e del conseguente fallimento delle imprese di assicurazione.

²⁸ Sulle particolarità della disciplina della *class action* nelle controversie relative ad illeciti finanziari v. E. BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.*, 2005, 817 ss.

²⁹ L. FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, *Danno e resp.*, 2006, 13 ss.

4. *Il campo di applicazione del D.lgs. 28/2010 e gli esiti della mediazione.* – Così come per l'azione di classe di cui all'art. 140 bis cod. cons., ci limitiamo qui a richiamare le caratteristiche essenziali della mediazione/conciliazione di cui al D.lgs. 28/2010.

Per "mediazione" si intende "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti *sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*" (lett. a, art. 1) e per conciliazione (lett. c) "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione").

Per quanto il nostro ordinamento abbia avviato soltanto recentemente una politica di incentivazione di tali strumenti e lo abbia fatto non in via generalizzata, ma per singoli settori, i termini "mediazione" e "conciliazione" non sono nuovi nel linguaggio giuridico italiano. Tuttavia, quando si parla della mediazione/conciliazione di cui al D.lgs. 28/2010, le regole da seguire sono quelle dettate dallo stesso provvedimento; le altre forme di conciliazione o mediazione eventualmente previste nell'ordinamento, normalmente facoltative (quali quelle gestite dalla Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da organismi di categoria, su base volontaria, perchè previste da codici di condotta o regolamenti interni) seguiranno le rispettive regole.

Prescindendosi da quanto previsto sulla qualificazione dei soggetti mediatori e sui loro compensi³⁰, rileva qui individuare, in particolare, quali siano i casi in cui la procedura di mediazione è prescritta a pena di procedibilità, quali possano essere gli

³⁰ Ricordiamo che il D.lgs. 28/2010 ha abrogato la disciplina della conciliazione di cui agli artt. 38-40 D.lgs. 5/2003, specificando che i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni dello stesso D.lgs. 28/2010 (art. 23). È rimasto però in piedi, transitoriamente sino all'adozione di nuovi regolamenti, il registro dei conciliatori di cui al DM 222/2004, istituito in attuazione dell'ora abrogato D.lgs. 5/2003 (art. 16); la disciplina è stata quindi dettata dal regolamento 18 ottobre 2010, n. 180 recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010.

esiti della procedura e quali le conseguenze derivanti dalla mancata conciliazione nel successivo giudizio.

Campo di applicazione: mediazione facoltativa e mediazione a pena di procedibilità

La mediazione deve essere esperita a pena di procedibilità nelle seguenti materie (art. 5, co. 1): condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza, o rilevata dal giudice d'ufficio, non oltre la prima udienza (art. 5 co. 1, seconda parte).

La mediazione facoltativa può essere attivata dalle parti per la conciliazione di qualsiasi controversia in materia civile e commerciale che verta su diritti disponibili (art. 2). Le parti possono cioè avvalersi della procedura di cui al D.lgs. 28/2010 anche al di fuori dei casi in cui la mediazione è prevista a pena di procedibilità. Come sopra rilevato, dalla possibilità di usufruire della disciplina del D.lgs. 28/2010 non dovrebbe tuttavia desumersi l'obbligatorietà di far riferimento ad essa in tutte le ipotesi in cui si voglia ricercare una soluzione extragiudiziale della controversia: resta ferma la possibilità per le parti di utilizzare altri modelli di mediazione/conciliazione a loro disposizione. In tal senso depone anche il co. 2 dello stesso art. 2 là dove recita che "il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e partitetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi".

Altra ipotesi di mediazione/conciliazione, che può definirsi eventuale in quanto spetta al giudice facoltativamente indirizzare le parti in tal senso, è prevista dall'art. 5, co. 2: il giudice, anche in sede d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o prima della discussione della causa quando tale udienza non è prevista, *può* invitare le parti a procedere alla mediazione. La norma può essere intesa con riferimento sia ai casi in cui nel precedente grado di giudizio le parti

abbiano infruttuosamente esperito la mediazione, sia ai casi in cui la mediazione non sia stata esperita e né il convenuto né il giudice abbiano, rispettivamente, eccepito e rilevato l'improcedibilità della domanda.

Esiti della mediazione

La mediazione può concludersi con un accordo raggiunto dalle stesse parti con l'assistenza del mediatore; oppure concludersi semplicemente con il mancato raggiungimento dell'accordo; oppure ancora il mediatore *può* formulare una proposta; *deve* formulare una proposta qualora le parti ne facciano concorde richiesta in qualunque fase del procedimento.

L'eventuale proposta del mediatore non è vincolante. La mancata accettazione produce tuttavia delle conseguenze nel successivo giudizio in termini di spese processuali: la parte vittoriosa ad esito del giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria, qualora il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta non accettata, *perde il diritto alla ripetizione delle spese sostenute riferibili al periodo successivo alla formulazione della proposta ed è condannata al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente nello stesso periodo, nonché al versamento allo stato di una ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto* (art. 13). La parte vittoriosa che abbia rifiutato la proposta del mediatore è tenuta anche al *pagamento dell'indennità al mediatore e all'esperto* eventualmente nominato in corso di procedura. Qualora il provvedimento del giudice che definisce il giudizio non corrisponda interamente al contenuto della proposta, il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'eventuale esperto nominato qualora ricorrano gravi ed eccezionali ragioni; con motivazione.

Sono applicabili gli artt. 92 e 96 c.p.c., come modificati dalla l. 69/2009.

Dunque, per quanto sembra importante evidenziare, la proposta del mediatore non è vincolante e il rifiuto della proposta non rileva nel merito del successivo giudizio instaurato dinanzi al giudice ordinario; rileva ai fini delle spese processuali. Inoltre l'art. 20 del D.lgs. prevede un regime di agevolazione fiscale per

coloro che abbiano corrisposto l'indennità al mediatore in caso di successo della mediazione (art. 20, co. 1).

5. *Il raccordo tra mediazione e azione di classe.* – Quando la mediazione deve o può svolgersi all'interno dell'azione di classe³¹?

L'art. 5 del D.lgs. 28/2010, co. 1, ult. periodo, esclude l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione nel contesto delle azioni inibitorie (art. 37: clausole vessatorie; 140 cod. cons.: tutti gli altri casi di lesione dei diritti dei consumatori di cui all'art. 2 cod. cons.) e delle azioni di classe (art. 140 *bis*). La relazione governativa al D.lgs. 28/2010 spiega che "Nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità³² o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni".

Guardando all'elencazione di cui all'art. 5 del decreto, le controversie riguardanti normalmente "consumatori" sono quelle relative a contratti assicurativi, bancari e finanziari; tali controversie potrebbero ricadere anche nell'ambito di applicazione dell'azione di classe, in particolare nella previsione di cui alla

³¹ F. SANTAGADA, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumi*, in www.judicium.it, con riferimento a quanto previsto dall'art. 140 *bis* nell'originaria formulazione. L'abrogata disciplina dell'azione collettiva risarcitoria prevedeva una procedura di conciliazione successiva (di "completamento") alla sentenza, ai fini della quantificazione del risarcimento spettante ai singoli consumatori, in alternativa alle azioni individuali da questi proponibili allo stesso fine; mancava invece in quel testo la previsione di un conciliazione preventiva (rispetto alla stessa proposizione della domanda ed alla sentenza); nell'attuale disciplina il tentativo di conciliazione di "completamento" non è più previsto: il giudice determina direttamente il *quantum* spettante ai singoli o i relativi criteri di quantificazione.

³² L'art. 140 cod. cons., co. 5, subordina la proposizione dell'azione collettiva inibitoria al previo invio di lettera raccomandata con a.r. da parte dell'associazione al professionista con cui si richiede a quest'ultimo la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori; l'azione può essere proposta decorsi quindici giorni da tale invio.

lett. a) del co. 1 dell'art. 140 *bis* cod. cons. (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 artt. 1341 e 1342 c.c.); potrebbero ricorrere, in ipotesi, anche le fattispecie di cui alla lett. c) (ri-storo del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali). Stante l'espressa esclusione legislativa di obbligatorietà nel caso di azioni di classe, la mediazione potrà comunque essere utilizzata, secondo la regola generale, per scelta delle parti (mediazione facoltativa) in qualunque controversia inerente a diritti disponibili (ferma restando la possibilità di privilegiare le "negoziazioni volontarie e paritetiche" e le "procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi") (art. 2 D.lgs. 28/2010) ed anche, in tal caso, nel contesto dell'azione di classe.

Ciò premesso, l'art. 15 del D.lgs. 28/2010, rubricato "Mediazione nell'azione di classe", precisa che la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione all'azione di classe ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente aderito (e non soltanto nei confronti del "rappresentante" o dei "rappresentanti" della classe). La disposizione può leggersi specularmente al co. 15 dell'art. 140 *bis*, che esclude che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti abbiano effetto nei confronti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito: in entrambi i casi si afferma che, in assenza di specifico assenso, l'adesione all'azione di classe comporti soggezione alla conciliazione intervenuta in corso di causa (e consumazione del diritto del singolo ad agire individualmente o in un'altra azione di classe); coerentemente, il co. 3 dell'art. 140 *bis*, nella parte in cui dispone che l'adesione all'azione di classe preclude all'aderente l'esercizio individuale dell'azione fondata sul medesimo titolo, fa salvo quanto disposto dal co. 15³³.

³³ In verità l'art. 15 D.lgs. 28/2010, nella sinteticità della formulazione e nel fare riferimento temporale al termine previsto per le adesioni nell'azione di classe, solleva diversi problemi, da risolvere in via interpretativa. In particolare ci si è chiesti se la disposizione abbia o meno portata precettiva autonoma e più ampia rispetto all'art. 140 *bis*, co. 15, cod.cons. e se sia consentita la conciliazione prima della scadenza del termine per le adesioni: v. M. ZULBERTI, Commento all'art. 15 D.lgs. 28/2010, in *La mediazione nelle controversie*

Dunque si valorizza la conciliazione tra il rappresentante e il convenuto, in coerenza con la *ratio* di economia processuale, ma si tutelano adeguatamente i diritti dei singoli aderenti, i quali, presa visione del contenuto della proposta di conciliazione (o di transazione) potrebbero scegliere di riservarsi la possibilità di esperire azione individuale.

Nient'altro si dice sulle modalità della conciliazione nell'azione di classe. Vi è chi non ritiene coerente con la *ratio* dell'istituto che il giudice che voglia percorrere la strada della conciliazione delegata debba rivolgere l'invito a tutti gli aderenti. Si può allora ipotizzare che, espletata la mediazione, il consenso degli aderenti debba essere acquisito prima della firma della conciliazione; tuttavia, è stato osservato che tale soluzione non presenta vantaggi e non risponde a necessità: in ogni caso, se l'attore transige, l'azione di classe sarebbe destinata a cadere; si tratterebbe, allora, di verificare quanti singoli consumatori saranno coinvolti e quanti invece manterranno la possibilità di far valere in altro processo i loro diritti³⁴. Può peraltro rilevarsi che, ai fini dei contenuti o finanche dell'*an* della stessa transazione o conciliazione, per il convenuto può essere rilevante, se non determinante, sapere quanti aderiranno.

Diversa la disciplina della conciliazione negli Stati Uniti: qui non è richiesta l'adesione alla conciliazione da parte dei singoli aderenti, che, nel modello *opt-out* neppure risultano necessariamente individuati; è il giudice a valutare l'idoneità della conciliazione a soddisfare gli interessi dei componenti della classe, eventualmente negando l'omologazione (gravando su di lui una difficile valutazione sull'equità della conciliazione rispetto alle prospettive di accoglimento della domanda nel merito, da farsi in un momento in cui il giudizio sul merito non si è ancora svolto)³⁵.

sie civili e commerciali, Commentario al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010, 228 ss.

³⁴ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it, 20-21.

³⁵ GIUSSANI, *op. cit.*, 91: la conciliazione è circondata da una serie di garanzie procedurali: si richiede apposita udienza; i componenti passivi del gruppo devono essere previamente informati dei termini dell'accordo e possono contestare la proposta conciliativa; lo stesso è previsto per la pronuncia

6. *Valutazioni critiche d'insieme.* – La disciplina dell'azione di classe è stata criticata soprattutto per la lacunosità; come si è detto, la disciplina processuale è scarna e dovrà essere costruita dalla dottrina e dai giudici³⁶. Un'autorevole dottrina³⁷ ha criticato anche la scelta in favore dell'*opt-in*: l'*opt-out* sarebbe più efficiente, soprattutto quando il danno individuale è esiguo, cosicché l'alternativa all'azione di classe è "nessuna azione"³⁸.

Condivise e severissime sono le critiche alla disciplina della mediazione/conciliazione: diversamente dalla azione di classe, qui, oltre tutto, il nuovo istituto è destinato a trovare applicazione – obbligatoriamente – in un maggior numero di casi e ad incidere sull'attività professionale di tutti gli avvocati.

La critica più comune concerne proprio l'obbligatorietà della mediazione (non richiesta, tra l'altro, dalla legge delega): il successo delle ADR, nelle più mature esperienze di altri ordinamenti, dipenderebbe proprio dalla facoltatività della procedura; il

di liquidazione del compenso dell'avvocato, anche se in tal caso l'udienza è facoltativa; può essere concesso un nuovo termine per l'*opt-out*; non possono omologarsi conciliazioni discriminatorie nei confronti dei componenti passivi del gruppo geograficamente più lontani; ulteriori strategie: affiancare al difensore del gruppo un ausiliare del giudice; retribuire il campione rappresentativo affinché vigili sull'operato dell'avvocato (e vietare che il campione sia retribuito proprio da quest'ultimo); selezionare come campione rappresentativo il soggetto la cui pretesa sia di maggior valore.

³⁶ Secondo SANTANGELI-PARISI, *op. cit.*, le lacune sarebbero "tali da rendere difficile prevedere una piena e fruttuosa applicazione della nuova disciplina".

Uno dei primi provvedimenti casi di azione di classe, è un decreto del Tribunale di Napoli relativamente alla chiamata di terzo, non disciplinata nell'art. 140 *bis*: v. S. MENCHINI, *op. cit.*

³⁷ GIUSSANI, *op. cit.*, 45-52.

³⁸ Critico rispetto agli indirizzi comunitari, in quanto contrastanti con i dati ricavabili dalla stessa esperienza europea, v. R. GAUDET, *Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class action overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience*, in *European Competition LR* 2009, 107 ss. (in ambito europeo, la Norvegia ha scelto l'*opt-out* per le controversie di modesto ammontare, la Danimarca ha affiancato al modello *opt-in* un modello *opt-out* per le controversie di modesto ammontare qualora l'azione venga intrapresa di una pubblica autorità; l'Olanda prevede dei meccanismi *opt-out* per gli accordi transattivi, sotto la supervisione del giudice; in presenza di un meccanismo *opt-out*, vi è dunque la tendenza ad adottare cautele a tutela degli interessi di tutti i membri della classe).

meccanismo sanzionatorio previsto in caso di rifiuto della proposta è eccessivamente severo; il fatto che le parti non possano sapere all'inizio del procedimento se il mediatore, una volta che l'accordo non venga raggiunto, formulerà o meno un proposta, con le conseguenze che ne derivano in caso di rifiuto, fa sì che esse siano meno inclini a scoprire le proprie carte³⁹.

Considerando altro profilo, come premesso l'azione di classe e la mediazione possono essere considerate congiuntamente quali strumenti per il perseguimento di analoghe finalità di politica del diritto; ciò vale nell'ottica di diritto interno come nell'ottica sovranazionale.

In verità, a livello di diritto interno ciò che sembra avere maggiormente di mira il legislatore è il conseguimento di economie processuali, con minor aggravio della macchina giudiziaria e risparmio di costi.

A livello comunitario, in primo piano sembra collocarsi l'esigenza di effettività del diritto sostanziale come armonizzato dallo stesso legislatore comunitario; l'esito in termini di economia processuale sembra costituire una conseguenza della finalità di effettività perseguita, e non una finalità a sé stante.

In entrambi i casi, la materia deve essere considerata nei suoi risvolti sovranazionali, in un'ottica di concorrenza tra ordinamenti e di progressiva instaurazione di uno spazio di risoluzione delle controversie, in via giudiziale ed extragiudiziale, comune.

Al di là della necessità di predisporre uno strumento di tutela risarcitoria seriale fruibile nell'ordinamento interno, una ragione forte per l'introduzione dell'istituto viene ravvisata nella necessità di impedire che la giurisdizione americana – o altre giurisdizioni – sottraggano alla giurisdizione italiana controversie che coinvolgo-

³⁹ In senso critico all'obbligatorietà della conciliazione v. per tutti M. BOVE, *op cit.*; F.P. LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it; quest'ultimo A., con formula efficace, in senso critico alla disciplina delle spese processuali prevista in riferimento al caso in cui la parte vittoriosa nel processo rifiuti una proposta conciliativa analoga alla sentenza: "Si tratta di una vittoria che, dal punto di vista della condanna alle spese, è trattata peggio di una soccombenza integrale".

no cittadini italiani, come convenuti o come titolari dei diritti lesi⁴⁰; la mancanza di un meccanismo di tutela risarcitoria seriale rende più difficilmente accoglibile presso la giurisdizione americana l'eccezione *forum non conveniens*⁴¹ qualora un'impresa italiana venga ivi convenuta: il giudice adito tenderà a privilegiare gli interessi delle vittime locali piuttosto che quelli dell'impresa straniera⁴².

Per quanto riguarda la conciliazione e le ADR in genere, può pensarsi ad una loro circolazione quali titoli esecutivi europei. In prospettiva si può pensare ad un meccanismo generalizzato, simile a quello introdotto dal regolamento CE 805/04 del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati: tale regolamento stabilisce che le "transazioni aventi ad oggetto crediti ..., approvate dal giudice o concluse nel corso di un procedimento giudiziario ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro in cui sono state approvate o concluse " possono essere certificate come titoli esecutivi europei dallo stesso giudice dinanzi al quale sono state concluse" (là dove la disposizione ha copertura maggiore dell'art. 58 reg. CE 44/2001⁴³, che riconosce efficacia esecutiva in altro Stato membro alle sole conciliazioni giudiziali in sede contenziosa)⁴⁴.

⁴⁰ GIUSSANI, *op. cit.*, 72 ss.

⁴¹ Si tratta, com'è noto, della dottrina di *common law* secondo cui una corte può rifiutare la propria giurisdizione quando la controversia può essere più adeguatamente trattata da altra giurisdizione.

⁴² GIUSSANI, *op. cit.*, 74-76 e nt. 9 in particolare (sull'invocabilità del limite dell'ordine pubblico), 142-143; J. HARRIS, *The recognition and Enforcement of US Class Action Judgments in England*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2006, 617 ss.; M. MATOUSEKOVA, *Would French Courts Enforce U.S. Class Action Judgments?*, *ivi*, 651 ss.; P. MANKOWSKI, *Crossing the Rhine – On the Enforceability of U.S. Class Action Judgments and Settlements in Germany*, *ivi*, 2007, 613 ss.

⁴³ Art. 58 reg. 44/2001 CE: "Le transazioni concluse davanti al giudice nel corso di un processo ed aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine hanno efficacia esecutiva nello Stato membro richiesto alle stesse condizioni previste per gli atti pubblici. Il giudice o l'autorità competente di uno Stato membro presso cui è stata conclusa una transazione rilascia, su richiesta di qualsiasi parte interessata, un attestato, utilizzando il formulario riportato nell'allegato V del presente regolamento".

⁴⁴ V.F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 151.