

Class action all'italiana Un'imposta sui consumatori?

di Silvio Boccalatte

1. Premessa

Tra le eredità che il Novecento ha lasciato alla cultura giuridica occidentale vi è certamente il "titanico" sforzo di introdurre la "giustizia" nei rapporti contrattuali. Questo tentativo si basa sul presupposto logico-filosofico secondo il quale l'accordo si struttura solo formalmente attraverso il libero incontro di volontà: l'individuo, piuttosto, sarebbe sostanzialmente "costretto" ad accettare il volere di controparti economicamente più forti di lui.

Nel trasferire questi assiomi, che qui non vengono messi in discussione, nella realtà giuridica fino ad ora si è agito principalmente su profili sostanziali, attribuendo diritti in modo asimmetrico tra le parti al fine di eliminare ogni squilibrio "genetico".¹ Di recente,

però, si sta facendo avanti la possibilità di muoversi anche sul piano pro-

ma tutti i membri della stessa categoria, anche se - per ipotesi - fortemente contrari ai sindacati firmatari o alle stesse nuove condizioni contrattuali. Ma non solo: non si può certo dimenticare il poderoso tentativo di manipolare il mercato delle locazioni (soprattutto) ad uso abitativo attraverso l'imposizione di canoni stabiliti per legge e l'introduzione di clausole legali destinate ad operare automaticamente, rendendo inefficace ogni pattuizione contraria. Su impulso delle direttive e dei regolamenti comunitari, attualmente si può affermare di essere in un terzo periodo: quello dei diritti del consumatore. In questo caso i medesimi assiomi si declinano nella necessità di distinguere l'operatore professionale (che la legge presume essere la parte "forte") dal "consumatore" (categoria residuale che si presume come parte "debole"). In questo luogo basti solo ricordare le norme in materia di recesso per i contratti conclusi a distanza, (D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, recante «Attuazione della direttiva CEE n. 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali»), le clausole vessatorie (simili alle cause onerose, ma stipulate tra due soggetti che devono essere un operatore professionale e un "consumatore": artt. 1469-bis e seguenti, introdotti con la L. 6 febbraio 1996, n. 52, recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994») e l'abuso di dipendenza economica (L. 18 giugno 1998, n. 192, recante «Disciplina della subfornitura nelle attività produttive»). Tutte queste innovazioni normative vengono sempre giustificate in funzione di una pretesa esigenza di razionalizzazione del mercato e di un riequilibrio tra le asimmetriche posizioni di partenza dei contraenti.

1: Senza alcuna pretesa di completezza - e chiedendo perdono per la necessaria semplificazione - sembra possibile identificare tre distinti periodi ove questi principi si sono incarnati in disposizioni. Il primo è certamente riconducibile al momento della redazione del vigente codice civile, datato 1942: durante il fascismo si contesta duramente il dogma della volontà delle parti come unica disciplina dell'accordo e si inseriscono alcune norme per l'epoca assolutamente rivoluzionarie. Ci si riferisce, per rimanere ad alcuni esempi notissimi, alla possibilità di rescissione del contratto per lesione - in base alla quale, a determinate condizioni, una parte può chiedere di sciogliersi da un vincolo contrattuale a lei non favorevole (art. 1448 c.c.) - e, soprattutto, alle cosiddette clausole onerose, che operano in contratti predisposti da un solo soggetto e su cui la legge presume (senza possibilità di provare il contrario) che non si sia svolta alcuna "effettiva" contrattazione (artt. 1341 e 1342 c.c.). Il secondo momento di sviluppo del sistema civilistico nel senso appena descritto è riconducibile al periodo che intercorre tra la fine della Seconda Guerra Mondiale e gli anni Ottanta. Qui si interviene pesantemente nel diritto del lavoro, conferendo alle organizzazioni sindacali (di fatto, senza seguire il sistema legale previsto dall'art. 39 Cost.) il potere di concludere contratti tali da vincolare non solo i propri iscritti,

KEY FINDINGS

- Da più parti si sta proponendo di introdurre in Italia quel tipo di azione giuridica collettiva nota come *class action*
- Questo strumento giuridico presenta comunque sostanziali limiti teorici e pratici
- Oltre a ciò, la sua introduzione in Italia comporterebbe gravi questioni di ordine costituzionale
- L'effetto più probabile dell'introduzione di forme di *class action* in Italia sarebbe quello di aggravare i costi e i rischi per le imprese, che si ripercuoterebbero inevitabilmente sui consumatori
- La tutela dei consumatori potrebbe avvalersi di forme rivedute di istituti giuridici già esistenti

Silvio Boccalatte, giurista, è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni e dottorando di ricerca in "Metodi e tecniche della formazione e della valutazione delle leggi" presso l'Università di Genova. Per l'IBL ha pubblicato *La proprietà e la legge* (2004).

cedurale attraverso strumenti processuali completamente innovativi per il nostro sistema di procedura civile, ma già ben noti in esperienze straniere, prima tra tutti quella degli Stati Uniti d'America: le cosiddette "class actions".

Questo *paper* intende individuare alcuni punti di criticità relativi alle *class actions*, sia in teoria sia come delineate in alcune proposte di legge attualmente giacenti in Parlamento. Punti di criticità interenti profili schiettamente logici ed intrinseci, ma anche derivanti dall'impatto delle *class actions* con l'ordinamento italiano.

2. Le class actions: pro e contro dall'esperienza americana

Le *class actions* sono forme di azione processuale collettiva. Alcuni soggetti, oltre ad agire in conto proprio, intraprendono azioni legali anche nell'interesse di altri che sono nella loro stessa situazione. La particolarità sta nel fatto che questi "altri" non hanno conferito alcuna rappresentanza agli attori processuali. In parole semplici: a un soggetto che non ho mai conosciuto viene riconosciuto un titolo per agire anche nel mio interesse, perché io, lui, e altri innumerevoli individui siamo nella stessa condizione in relazione all'oggetto dell'azione.

Questo strumento trova il suo significato in una situazione tipica, sintetizzabile come segue. Immaginiamo che un'impresa abbia immesso sul mercato un prodotto che presenti un certo difetto. Tale prodotto è un normale oggetto di consumo, senza un valore particolarmente elevato. Gli acquirenti - solitamente tantissimi - si accorgono di questo difetto, che - poniamo - ha provocato loro un danno di lieve entità e si è risolto nella ridotta capacità (o nell'incapacità) del prodotto di svolgere il suo compito. Pur davanti a una situazione in cui il consumatore avrebbe diritto ad un risarcimento, raramente egli accetterà di sobbarcarsi una causa per ottenerlo: i costi legali (per avvocati e consulenti tecnici) sarebbero sproporzionati rispetto al limitato beneficio che si potrebbe - eventualmente

- ottenere. Peraltro, siccome ben pochi decidono di agire contro il produttore, quest'ultimo non ha nemmeno l'interesse a giungere a un qualche accordo col consumatore: per lui è più conveniente resistere nelle limitatissime controversie legali in cui viene chiamato a rispondere del suo operato.

Davanti a questa presunta sproporzione di forze, l'ordinamento americano ha reagito, nei decenni passati, architettando la tecnica della *class action*, la quale contraddice frontalmente il generale principio per cui può agire in giudizio solo chi difenda un diritto proprio o chi sia stato espressamente delegato a farlo dal soggetto titolare del diritto. Nel nostro esempio, tutti i danneggiati da quel prodotto potrebbero essere riconosciuti come "classe", con la conseguenza che il

risultato di un'azione "di classe" intentata solo da alcuni di loro (le cosiddette "*representative parties*") produrrebbe effetti nei confronti di tutti coloro che sono nella stessa situazione. Va notato, peraltro, che ciò non esclude la possibilità di agire individualmente, rifiutando (esplicitamente: cosiddetto *opting out*) di prendere parte alla *class action*.

Sulla scorta di ciò che accade ormai da molto tempo negli Stati Uniti, più voci si sono levate - sia nell'opinione pubblica sia nella dottrina - per sottolineare gli aspetti positivi delle *class actions*. Come già accennato, attraverso le azioni "di classe" i consumatori possono entrare in causa contro le imprese in ipotesi in cui normalmente non lo riterrebbero economicamente opportuno, ma, in particolare, è stato fatto notare come le *class actions* contribuiscano ad un generale decongestionamento del sistema giudiziario, impedendo la possibilità dell'iscrizione a ruolo di migliaia di cause pressoché identiche, in cui l'istruttoria è basata sulla stessa consulenza tecnica e, molto spesso, anche sulle medesime testimonianze. La concentrazione in un solo processo di numerosissime (potenziali) controversie legali, inoltre, impedisce che si sviluppino contrasti giurisprudenziali in rapporto a fattispecie identiche, e permette che tutti i danneggiati ricevano un risarcimento simile, se non uguale, tra loro.

Le class actions sono forme di azione processuale collettiva. Alcuni soggetti, oltre ad agire in conto proprio, intraprendono azioni legali anche nell'interesse di altri che sono nella loro stessa situazione

Sebbene nell'opinione comune le *class actions* siano abbinate a grandi battaglie contro i soprusi delle imprese e contro le ingiustizie del mondo moderno - costituiscano, cioè, una versione rivista e corretta del mito di Davide contro Golia -, la dottrina ha più volte avvertito che i risultati pratici non corrispondono all'immagine ideale: i limiti teorici e fattuali di questo strumento giuridico sono, almeno in gran parte, evidenti.

Generalmente, il ristoro per ogni singolo membro della "classe" è minimo. Spesso le transazioni (molto frequenti) tra imprese e soggetti promotori dell'azione collettiva riducono i risarcimenti a somme realmente irrisorie: talvolta si perviene alla concessione di semplici buoni per l'acquisto di un nuovo prodotto (cosiddette "transazioni a coupon"). Chi guadagna sempre e comunque, invece, sono i grandi avvocati che gestiscono la controversia: si tratta necessariamente di studi legali di ampia rilevanza, che in molti casi hanno sviluppato presioni ai limiti della correttezza per fare accettare transazioni non del tutto convenienti al solo scopo di "chiudere" più velocemente e intascare subito gli enormi onorari.

Non solo. È bene ricordare che le *class actions* non vanno confuse con le cause contro soggetti che hanno cagionato pesanti danni (tipicamente di salute) a svariate persone, ad esempio quelle intentate contro le industrie del tabacco o contro le imprese chimiche sospettate di aver inquinato le aree vicine ai propri stabilimenti. Questi casi - comunemente etichettati come "*mass actions*" - implicano sempre l'accertamento di elementi di fatto che sono diversi da individuo a individuo, con relative istruttorie separate e distinte (generalmente aventi ad oggetto il rapporto di causalità con l'ingenerarsi di patologie): qui è chiaro che le istruttorie unitarie, tipiche delle *class actions*, sono completamente inadeguate. In tali ipotesi, peraltro, l'entità del potenziale risarcimento (e del guadagno per gli avvocati) è talmente elevata da giustificare razionalmente una causa individuale, con tutte le relative spese.

Spesso le transazioni tra imprese e soggetti promotori dell'azione collettiva riducono i risarcimenti a somme realmente irrisorie. Chi guadagna sempre e comunque sono i grandi studi legali

Pur non potendo qui approfondire ulteriormente questi profili, appare chiaro che l'introduzione della *class action* ha un effetto del tutto peculiare sul sistema della giustizia, effetto che ne rende palese il suo reale scopo: spostare sulle imprese ogni rischio di produzione, aumentandone di pari passo i costi. Senza la *class action*, infatti, determinati lievi difetti nei beni di largo consumo non sarebbero tali da giustificare economicamente un'azione legale (il che, peraltro, non escluderebbe che - per motivi di principio - alcuni singoli consumatori, anche organizzati in forme associative, potessero agire legalmente contro l'impresa). Con l'azione "di classe", invece, queste cause diventano economicamente convenienti. Apparentemente, tale effetto sembra in tutto e per tutto positivo. Ma

il mondo reale è qualcosa di più complesso di una costante riedizione della lotta tra Davide e Golia: il rischio di doversi difendere da cause con effetti potenzialmente pesantissimi comporterebbe per le imprese un aumento dei costi di produzione (sarebbero necessari più studi, più collaudi, più esami per ciascun prodotto). Buona parte di questi extra costi sarebbe traslata sui consumatori, col risultato di un possibile ge-

nerale incremento dei prezzi di tutti i beni di largo consumo. Al margine, dunque, potrebbe crescere in misura significativa il numero di persone che non possono permettersi l'acquisto dei beni in questione e, quindi, una sussistenza dignitosa: siamo disposti ad accettarlo per qualche "buono d'acquisto" di risarcimento?

3. L'introduzione della *class action* in Italia: profili teorico-costituzionali

Nonostante tutti i rilievi sopra riassunti,² da più voci si richiede l'introduzione delle *class actions* anche nell'ordinamento processuale civile italiano.

2: Per un'analisi complessiva della *class action* nell'esperienza statunitense, con particolare attenzione verso i numerosi punti di criticità, vedi in prima battuta R. EPSTEIN, *Class Action: The Need for a Hard Second Look*, in *Civil Justice Report*, n. 4, 2002, reperibile anche su internet alla pagina <http://www.manhattan->

Prima di analizzare alcune proposte attualmente depositate in Parlamento, sembra opportuno svolgere alcune precisazioni preliminari di carattere teorico-costituzionale.³ In primo luogo va immediatamente rilevato che lo strumento della *class action* è stato ideato, e ha avuto le sue principali applicazioni pratiche, nel sistema giuridico statunitense,⁴ che si basa sul principio del precedente vincolante (cosiddetto

institute.org/html/cjr_4.htm. Si noti che i problemi di abuso dello strumento della *class action* ha portato il Congresso ad approvare, nel 2005, una legge di riforma: *Class Action Fairness Act*, reperibile su internet alla pagina <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/clssactns/cafa05.pdf>.

3: Per un'analisi rivolta soprattutto ai profili di compatibilità con il sistema delineato dal codice di procedura civile attualmente vigente cfr. P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità del modello processuale della class action e i principi dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, pp. 2224-2228, reperibile anche su internet sul sito www.classaction.it/.

4: Per completezza, va rilevato che alcuni strumenti processuali simili alla *class action* sono presenti, oltre che in Gran Bretagna, anche nell'ordinamento austriaco e francese: in ambedue queste esperienze i risultati non sembrano convincenti, tanto che sono tutt'ora in discussione forme di modifica della normativa per migliorare la tutela dei consumatori. In Olanda e in Spagna, invece, esistono *class actions* piuttosto simili al prototipo statunitense (come prima informazione cfr., su internet, il sito www.classaction.it). È molto interessante notare che la relazione del Governo svizzero al Parlamento in occasione della presentazione del nuovo codice federale di procedura civile, pur prevedendo una forma di "azione collettiva" (art. 87) ha escluso l'introduzione della *class action* sostenendo che: «non sono stati recepiti istituti incompatibili con il nostro sistema giuridico. Tale è il caso dell'azione di gruppo o di categoria (*class action*) del diritto angloamericano, che crea - sia sotto il profilo processuale sia per quanto concerne il diritto materiale - più problemi di quanti ne risolve» (in *Foglio Federale*, n. 37, 19 settembre 2006, p. 6596, reperibile su internet alla pagina <http://www.admin.ch/ch/i/ff/2006/6593.pdf>). In altro punto della stessa relazione (*Foglio Federale*, cit., p. 6661), l'analisi della *class action* è lucidamente impietosa: «il fatto che qualcuno possa far valere in giudizio i diritti di un gran numero di persone senza esserne richiesto e senza che i titolari di tali diritti partecipino al processo in qualità di parte è infatti estraneo alla concezione giuridica europea. Gli strumenti classici del diritto processuale civile (litisconsorzio e congiunzione di cause) offrono sufficienti possibilità di riunire più azioni. L'istituto della *class action* è controverso persino nel Paese in cui è stato concepito (gli Stati Uniti d'America), poiché può comportare grandi problemi organizzativi. Già la cosiddetta procedura di ammissione è spesso molto complessa e può prolungarsi eccessivamente nel tempo. In particolare, la definizione dei gruppi per i quali è possibile esperire l'azione può suscitare controversie. Anche la ripartizione dei proventi della causa pone problemi. Inoltre, è praticamente inevitabile che seguano altri processi. Va poi rilevato che una *class action* non consente sempre di risolvere definitivamente una controversia, giacché i membri del gruppo interessato hanno la possibilità di autoescludersi dallo stesso (*opting out*). La *class action* può infine dar adito ad abusi. Nella maggior parte dei casi gli importi reclamati in giudizio sono infatti enormi. Se non intende trovarsi dall'oggi al domani in stato di insolvenza o in una situazione di sovraindebitamento, il convenuto è quindi costretto a fare concessioni (cosiddetto *legal blackmail*)».

“*stare decisis*”). Negli USA i giudici non sono tenuti a rispettare solo il diritto scritto - tipicamente le leggi - ma anche l'interpretazione fornita dai colleghi, specificamente dalle Corti superiori. Questa metodologia di ragionamento giuridico si esplica in un punto fondamentale: l'accertamento del fatto e del diritto compiuto da un giudice ha un valore legale (non solo persuasivo, come è nella natura delle cose) per ogni altro tribunale. Se la decisione giudiziale non fa stato solo tra le parti ma ha sempre una portata più vasta, allora non è strettamente necessario che tutti i soggetti interessati dalla sentenza siano anche stati parti nel giudizio.

Con questi presupposti può essere accettabile che un soggetto possa avere (subire o ottenere) conseguenze da un processo di cui ha appena sentito parlare, ma nel quale è implicitamente coinvolto come membro di una “classe”.

Una simile impostazione collide con la stessa Costituzione italiana. Nell'art. 101, infatti, si dice esplicitamente che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»: ne consegue che in Italia non esiste una gerarchia di giudici (e infatti nell'art. 107/3 Cost. si specifica che «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni») e che, quindi, qualunque decisione non ha alcun effetto vincolante nei confronti di altri tribunali. Ogni singolo magistrato ha il diritto costituzionalmente garantito di interpretare liberamente i fatti, e rapportarli al testo della legge, senza subire alcuna influenza dai colleghi.

La *class action*, invece, implica che gli accertamenti in fatto e in diritto compiuti da un giudice abbiano un effetto vincolante per ogni altro tribunale chiamato ad esaminare la stessa situazione. Ciò sia in relazione a ogni ulteriore domanda di *class action* avente il medesimo oggetto sia in rapporto a ogni richiesta di un membro della “classe” che, in forza della sentenza sull'azione collettiva, chiedi la liquidazione del danno a lui specificamente spettante. Argomentare dai cosiddetti «effetti indiretti del giudicato» - in virtù dei quali, con determinati presupposti, alcune enunciazioni obiettive di fatti e verità contenute in una sentenza sono opponibili anche a chi non ha partecipato al processo - non può bastare a superare le fortissime perplessità di legittimità costituzionale insite nell'eventuale tentativo di introdurre la *class ac-*

tion nell'ordinamento italiano: rimarrebbe comunque l'esclusione della possibilità del giudice di qualificare giuridicamente il fatto in modo diverso rispetto al precedente, il che viola certamente l'art. 101 Cost.

Peraltro è solo il caso di notare che quello scaturente da una *class action* sarebbe un processo tra parti anche "formali", in plausibile violazione del dettato del primo periodo del comma 2 dell'art. 111 Cost. («ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale ...»).

Ma questi non sono i più macroscopici difetti di costituzionalità che deriverebbero dalla previsione legislativa di una *class action* all'italiana: siamo piuttosto davanti a un groviglio di limiti che rendono questo strumento costituzionalmente impraticabile.

Nelle azioni "di classe" è plausibile che un membro della "classe" rimanga completamente all'oscuro dell'esistenza di un processo che lo coinvolga: nonostante i pressanti obblighi di notificazione previsti dalla normativa federale americana, ciò è assolutamente fisiologico. In tal caso egli non può esercitare il suo diritto di stare al di fuori dell'azione collettiva (cioè di effettuare l'*opting out*), ma gli viene anche preclusa la possibilità di agire autonomamente: dovrà accettare quanto è emerso dal giudizio intervenuto a seguito dell'azione collettiva (anche se scaturita in una transazione). Questo meccanismo è chiaramente connaturato alla struttura stessa della *class action*: permettere a ogni membro che non ha espressamente aderito all'iniziativa legale di sviluppare una causa singola sarebbe una contraddizione in termini che vanificherebbe il senso stesso di questo strumento processuale.

Nell'art. 24 della Costituzione italiana, però, si prevede che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»: ne consegue che sarebbe costituzionalmente illegittimo negare il diritto di azione a ogni soggetto che non abbia manifestato la volontà di aderire all'azione "di classe".

D'altra parte non sembra nemmeno concepibile una manifestazione "implicita" di volontà: ognuno avrebbe il diritto costituzionale di provare di non aver avuto conoscenza del processo, producendo una vera e propria proliferazione di cause facilmente vincibili da ogni individuo attraverso i consueti mezzi probatori (a meno di non elaborare forme di prove legali, le quali, a loro volta violerebbero l'art. 101 Cost., perché limiterebbero indebitamente la libertà interpretativa del giudice).

Non solo. L'impossibilità di proporre una azione individuale indipendentemente da quella collettiva, configurerebbe una forma di associazione (e rappresentazione) necessaria tra il membro della classe e il "rappresentante", quest'ultimo formalmente parte

L'introduzione della class action in Italia avrebbe un effetto del tutto peculiare, che ne rende palese il suo reale scopo: spostare sulle imprese ogni rischio di produzione, aumentandone di pari passo i costi

processuale nella *class action*. Ciò violerebbe palesemente l'art. 18, comma 1, Cost., secondo il quale «i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale»:⁵ dunque, nell'ordinamento italiano non sono ammissibili associazioni su base non volontaria, quindi ogni individuo ha anche il diritto di non associarsi. Il

contrasto con questa norma viene (inopinatamente) escluso per gli ordini professionali, ma solo perché ad essi è riconosciuta una natura di diritto pubblico, e in funzione della (pretesa) tutela dei valori costituzionali della correttezza e della dignità della professione intellettuale.

Insomma: sotto nessun punto di vista sembra costituzionalmente sostenibile l'ammissibilità della *class action* nel nostro ordinamento. E non si vede nemmeno con quale *escamotage* pratico si possano eludere le problematiche poc'anzi sinteticamente evidenziate.

5 Infatti cfr. C. cost., sent. 18 luglio 1996, n. 309.

4. Le proposte di legge in materia di class action attualmente presenti in Parlamento

Nonostante quanto appena illustrato, attualmente sono presenti in Parlamento più testi finalizzati ad introdurre in Italia la *class action*.

4.1. Il disegno di legge governativo

Il testo più importante è di origine governativa,⁶ e punta ad inserire un articolo (il 140-*bis*) nel cosiddetto "codice del consumo".⁷ Questo disegno di legge riesce nel difficile risultato di non risolvere i problemi di costituzionalità e, contemporaneamente, di far compiere una svolta in senso statalista all'intera procedura civile.

Infatti, i legittimati ad agire non sono singoli soggetti che un giudice riconosca quali membri di una classe,⁸ ma le "associazioni" maggiormente rappresentative di "consumatori e utenti", debitamente iscritte in un elenco tenuto presso il Ministero delle attività produttive.⁹ Possono proporre la neonata "azione risar-

Il disegno di legge proposto dal governo riesce nel difficile risultato di non risolvere i problemi di costituzionalità e di far compiere una svolta in senso statalista all'intera procedura civile

6: La proposta è stata presentata il 17 luglio 2006 dai ministri Bersani, Mastella e Padoa Schioppa, ed è indicata con il numero 1495/AC. Il testo del disegno di legge è reperibile su internet alla pagina <http://www.giurdanella.it/mainprint.php?id=7572>. Su questo disegno di legge si veda l'intervento di Giampaolo Galli nel seminario "Class action: minaccia per le imprese o opportunità per i consumatori?", Roma, 13 novembre 2006, reperibile su internet alla pagina <http://www.ania.it/home/CLASS%20ACTION.pdf>.

7: Va precisato che è invece completamente diversa la struttura della tutela predisposta dall'art. 140 del codice del consumo, la cui analisi esula dagli obiettivi del presente studio. Di un certo interesse anche Cass. SS.UU. 28/3/2006 n. 7036, in *Corriere giuridico*, n. 6, 2006, pp. 784 ss., e Cons St., Sez. VI, ord n. 3408/2006 in F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, R. GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile 2006*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 521.

8: Ciò è chiaramente tratto dal codice federale di procedura civile degli Stati Uniti d'America, ove si prevede che si apra una specifica fase istruttoria, incidentale, in cui la Corte deve valutare se sia effettivamente davanti ad una "classe" e se gli attori formali ne possano essere considerati esponenti rappresentanti. Per compiere questo accertamento la legge prevede che il giudice abbia il dovere di verificare un'ampia gamma di requisiti specificamente indicati: cfr. FRCP, 23(c).

9: Cfr. artt. 139 e 137 D.Lgs 6 settembre 2005, n. 206. Nel comma 2 dell'art. 137 si indicano, con estrema dovizia di particolari, i requisiti che devono essere posseduti da tali associazioni per poter entrare nell'elenco appena menzionato.

catoria collettiva" anche associazioni di professionisti e camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Il significato è chiaro: è lo Stato, attraverso i funzionari di un ministero, a dire se un certo "gruppo" sia rappresentativo di una "classe". Tutto è già pre-costituito, senza alcuna possibilità di accertamento e di verifica da parte del giudice: oltre che assurdamente statalista, ciò rischia di violare già in sé l'art. 101 Cost.

L'oggetto e la finalità dell'azione sono poi precisati nei seguenti termini: «la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori o utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti, di atti illeciti

extracontrattuali, di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.» A parte l'evidente ampiezza della descrizione, spicca il requisito della lesione dei «diritti di una pluralità di consumatori o di utenti». Ciò contrasta frontalmente sia con il buon senso sia con lo stesso prototipo di *class action*. Infatti

nelle *Federal Rules of Civil Procedure* si specifica che l'azione "di classe" è possibile solo se il giudice accerti che «*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*»,¹⁰ e sempre che «*the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy*»: il che è un po' diverso rispetto alla semplice menzione di diritti appartenenti ad una pluralità di soggetti.

10: FRCP, 23(a). Peraltro la stessa disposizione è molto dettagliata, in quanto richiede la congiunta presenza di quattro condizioni, tutte sottoposte al concreto accertamento da parte del giudice: «*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*»

L'idea che sta alla base del testo normativo è chiaramente quella di distinguere il processo risarcitorio in due sezioni distinte: in una prima fase il giudice adito dalle associazioni determina l'esistenza del diritto "collettivo" (e può anche stabilire i criteri che dovranno essere seguiti nella liquidazione della somma a titolo di risarcimento, o magari prevedere una somma minima che dovrà comunque essere riconosciuta al danneggiato). È possibile che non si giunga a sentenza, ma che venga sottoscritta una transazione, tra gli esponenti della "classe" e l'impresa, nella forma di conciliazione giudiziale. A valle di questa fase di accertamento (con efficacia vincolante per tutti i membri della "classe"), ogni singolo soggetto che ritiene di possedere la qualifica di danneggiato può chiedere (tramite un'ulteriore fase conciliativa, o, nel caso di un fallimento della conciliazione, attraverso una causa) che venga accertata la sua qualità di creditore e venga lui riconosciuto un adeguato risarcimento.

Tutti i problemi di costituzionalità segnalati nelle pagine precedenti non vengono certo risolti attraverso questo (audace) tentativo di ingegneria normativa. Non solo: non viene previsto alcun sistema di notificazione dell'esistenza dell'azione collettiva rivolto ai potenziali membri della classe, che, dunque, potrebbero tranquillamente restare all'oscuro di tutto. Nella normativa americana, invece, il Tribunale ha la possibilità di inviare un'informativa, nel modo ritenuto migliore alla luce delle concrete circostanze, per far sì che la maggior parte dei membri della "classe" vengano a sapere dell'esistenza del processo¹¹ e delle sue

Nel disegno di legge non si nega mai la possibilità per ogni singolo di presentare ex novo una separata azione risarcitoria di tipo individuale, togliendo ogni significato all'esistenza stessa della class action

più importanti vicende, quali la stipula di un accordo transattivo.¹² Senza alcuna possibilità straordinaria di notifica a vantaggio di ogni singolo che possa essere interessato, la violazione dell'art. 24 Cost. è ancora più evidente. Peraltro sarebbe anche facile immaginare la difficoltà pratica che incontrerebbe una simile notifica collettiva, la quale dovrebbe svolgersi anche, e soprattutto, attraverso mezzi di informazione di massa.

Ma gli effetti più paradossali sarebbero altri.

Il disegno di legge cerca disperatamente di eludere la problematica dell'efficacia *erga omnes*, poiché evita sempre di parlarne in modo esplicito: ciò ha due distinte implicazioni. In primo luogo non si nega mai la possibilità per ogni singolo di presentare *ex novo* una separata azione risarcitoria di tipo individuale: quindi, sotto questo profilo, si salvaguarda formalmente il rispetto dell'art. 24 della Costituzione. Ovviamente, però, una simile possibilità toglie ogni significato all'esistenza stessa della *class action*, che si basa su una logica di gestione collettiva di miriadi di potenziali cause individuali. Contemporaneamente, però, ogni giudice investito del compito di quantificare e liquidare il risarcimento al singolo membro della "classe" non potrebbe più contestare l'accertamento previamente compiuto da un suo collega, in chiara violazione dell'art. 101 Cost.

Il disegno di legge prevede inoltre questa particolarissima efficacia (che non è *erga omnes* ma non è nemmeno solo *inter partes*, piuttosto sembrerebbe più corretto parlare di efficacia "esterna") solo per le sentenze di condanna dei convenuti o per gli accordi

11: FRCP, 23(c)(2)(A) e (B). Va anche notato che la legge indica dettagliatamente tutti gli elementi che devono essere presenti nella notifica: «For any class certified under Rule 23(b)(1) or (2), the court may direct appropriate notice to the class. (B) For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language: the nature of the action, the definition of the class certified, the class claims, issues, or defenses, that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires, that the court will exclude from the class any member who requests exclusion,

stating when and how members may elect to be excluded, and the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3)».

12: Infatti vi è l'obbligo di informare i membri della classe, nel modo più opportuno possibile, che è stata raggiunta un'intesa e che essa sarà vincolante per tutti i membri della classe che non decidano esplicitamente di starne fuori: FRCP, 23(e)(1)(B).

transattivi:¹³ che ne è delle sentenze favorevoli alle imprese? Nulla, semplicemente nulla. In quel caso l'efficacia è sempre la stessa prevista per ogni altro provvedimento giudiziale ai sensi del codice di procedura civile vigente: *inter partes*.

La conseguenza sarebbe la seguente: altre associazioni tra quelle previamente indicate che non abbiano avuto la qualità formale di parte nel processo, potrebbero agire nuovamente.¹⁴ Tutti i soggetti abilitati (ai sensi degli articoli 137 e 139 del codice del consumo, e debitamente inseriti negli elenchi ministeriali) potrebbero agire, uno alla volta, sino a trovare un giudice compiacente che condannasse l'impresa. A quel punto scatterebbe la mannaia dell'efficacia "esterna", cui potrebbero rifarsi tutti gli individui membri della "classe".

Questa asimmetria costituisce un'irragionevole disparità di trattamento in palese violazione del principio di eguaglianza scolpito dall'art. 3 della Costituzione.

Complessivamente, insomma, il disegno di legge governativo ha talmente tanti difetti - tecnici e di costituzionalità - da essere del tutto inaccettabile: è difficile immaginare come le commissioni affari costituzionali di Camera e Senato possano esprimere un parere favorevole.

4.2. Gli altri progetti normativi

Una seconda proposta, presentata dal senatore Giorgio Benvenuto,¹⁵ è una riedizione - in chiave lievemente

13: Incidentalmente non si può non notare che, nel sistema delineato dalla normativa americana, il giudice ha il compito di valutare il contenuto dell'eventuale accordo transattivo, verificando che esso sia «giusto, ragionevole ed adeguato» FRCP, 23(e)(1)(C). Questa disposizione ha senso perché i "rappresentanti" della "classe" o i loro legali potrebbero decidere di cedere davanti a considerevoli vantaggi personali, in pieno conflitto di interesse con i membri della classe, che sarebbero vincolati da una transazione sostanzialmente iniqua. Tutta questa problematica sembra essere completamente ignota nel disegno di legge governativo.

14: Per questioni di spazio non è possibile parlare, in questo breve studio, del diritto di appello, che la normativa americana riduce a casi tutto sommato residuali: cfr. FRCP, 23(f).

15: Si tratta dell'atto S.679, presentato il 6 luglio 2006, il cui testo è reperibile su internet alla pagina http://www.consumerlaw.it/didattica/class_action.html. Del tutto simili anche la proposta

te corretta in forma peggiorativa - del disegno di legge governativo. In particolare si esplicita il fatto che permane il diritto di agire individualmente per tutti coloro che non si vogliono avvalere dell'esito della *class action* (ma ciò non elimina i già descritti problemi di costituzionalità relativi proprio alla posizione di chi se voglia avvalere), e si riduce l'ambito di applicabilità di questo nuovo strumento processuale alle sole controversie sorte sulla base di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari (art. 1342 c.c.): il che introduce un ulteriore ingiustificabile (e incostituzionale) elemento di discriminazione.

La proposta¹⁶ presentata dagli onorevoli Donatella Poretti e Daniele Capezzone è invece certamente molto più raffinata¹⁷ sotto ogni aspetto, e punta a risolvere i problemi di legittimità costituzionale.

La proposta presentata dagli onorevoli Poretti e Capezzone non introduce in Italia la class action. La proposta è complessivamente più simile alla disciplina americana

Va sottolineato però un punto: tale proposta non introduce in Italia la *class action*.¹⁸ La struttura della proposta è complessivamente più simile alla disciplina americana, eliminando l'inaccettabile deriva statalista che permea il disegno di legge governativo: gli attori

formali sono membri della "classe"¹⁹ che devono chiedere (e provare) al giudice che la loro "classe" esiste per davvero. A seguito dell'istanza, il giudice emana

Buemi e altri, 1662/AC, e la proposta Maran e altri, 1289/AC, la quale ha anche la pessima peculiarità di utilizzare, come tecnica legislativa, l'introduzione di ulteriori commi nell'art. 140 del codice del consumo.

16: Reperibile su internet alla pagina web <http://www.aduc.it/dyn/parlamento/arti.php?id=149901>. Del tutto simile anche la proposta Fabris e altri, 1330/AC.

17: Ciò sia sotto il profilo della tecnica legislativa sia dell'analisi e dell'approfondimento dei vari problemi che si rapportano con la questione della azione collettiva. Pur senza avere modo di parlarne in questo studio per motivi di spazio, vanno notate le norme sull'introduzione del danno punitivo (art. 12, di portata effettivamente notevole), sulla repressione della pubblicità ingannevole (art. 13), sulle spese (art. 15) e sulla deroga al tariffario forense (art. 16).

18: Va notato, in effetti, che nella relazione di accompagnamento si precisa che si vuole trarre spunto dall'esperienza di *common law*, rendendo «lo strumento compatibile con i principi del nostro ordinamento giuridico».

19: Possono anche essere attori associazioni e comitati, che però (con una disposizione quanto mai opportuna) si prevede debbano necessariamente essere insieme con almeno un soggetto avente interesse personale (cioè un danneggiato): art. 3.

un decreto con cui (eventualmente) certifica l'esistenza della "classe", la definisce, ammette l'azione e - altro elemento fondamentale tratto dall'esperienza americana - nomina un "curatore amministrativo". Al che, ogni soggetto che ritenga di essere parte della classe può aderire (in modo esplicito) all'azione collettiva, ad esito della quale - se vittorioso - gli verrà riconosciuto un risarcimento per il danno subito.

La figura del curatore amministrativo è decisamente la chiave di volta di tutta l'architettura: a lui viene attribuito un compito, tra gli altri, che lo distingue nettamente dalla corrispondente figura statunitense del *counsel*: si tratta dell'onere di tenere un elenco informatico di tutti coloro che aderiscono all'azione.

Il punto è cruciale: in questo modo la sentenza non ha mai una efficacia "esterna", ma sempre e solo nei confronti di soggetti specificamente identificati, i quali hanno espressamente aderito all'azione collettiva. Con tale meccanismo si evita di violare gli articoli 18, 24 e 101 Cost. Emergono, però, altre perplessità:

- 1) Tutti coloro che intendono aderire all'azione collettiva devono farne apposita istanza scritta al curatore amministrativo, ma il termine entro il quale si può optare per partecipare (di fatto si tratta di un vero e proprio *opting in*) è del tutto particolare. Dopo la sentenza (o la transazione) e prima del decreto di quantificazione e liquidazione del danno, infatti, ogni soggetto interessato ha sei mesi per proporre istanza di ammissione all'albo dei partecipanti: di fatto si dà la possibilità di saltare sul carro del vincitore ad un numero potenzialmente immane di soggetti, i quali potrebbero anche aver iniziato cause individuali, eventualmente da abbandonarsi al momento giusto per azzannare meglio in branco la stessa carcassa. Formalmente, ciò non è possibile soltanto nell'ipotesi di condanna dei convenuti, ma è evidente che accadrebbe esclusivamente in tal caso.
- 2) Chi controlla che il curatore amministrativo faccia iscrivere all'albo dei partecipanti solo i

soggetti che abbiano proprio i requisiti richiesti per essere considerati membri della "classe"? Il progetto di legge è conscio di questa criticità, infatti autorizza il Ministero della Giustizia ad emanare un regolamento integrativo-attuativo con il quale si definiscano i soggetti che possono essere nominati curatori amministrativi, nonché i relativi requisiti di onorabilità e professionalità necessari. Sempre con lo stesso decreto verrebbero anche stabilite le modalità attraverso le quali i curatori amministrativi dovrebbero svolgere le loro funzioni con particolare riferimento alle modalità di tenuta dell'elenco dei soggetti appartenenti alla classe e alle procedure per la verifica dell'ammissibilità della domanda di

iscrizione alla classe. Questa soluzione è comprensibile, ma non convince del tutto: da un lato non sembra adeguato lasciare ad un semplice atto secondario la definizione di elementi così rilevanti, dall'altro è il trampolino di lancio per la possibilità di istituire un nuovo albo di professionisti;

- 3) Un processo civile collettivo delineato come nella proposta Poretti-Capezone è certamente molto complesso e necessiterebbe di una flessibilità nelle regole di procedura che non è assolutamente garantita. Il testo, infatti, prevede solamente un generico rinvio al nuovo rito societario, mentre la disciplina statunitense, molto più opportunamente, concede espressamente al Tribunale un'ampia possibilità di plasmare le ordinarie regole processuali adattandole alle esigenze emergenti dal caso concreto.²⁰
- 4) Tra gli importantissimi compiti attribuiti al curatore amministrativo ve ne è uno che si esplica in un modo probabilmente contrario al dettato costituzionale. Nel caso vi sia un accordo transattivo, esso acquista valore solamente se approvato da una determinata maggioranza qualificata dei partecipanti all'azione collettiva regolarmente iscritti nell'elenco: la votazione viene promossa dal curatore amministrativo.

Non sarebbe meglio rimeditare profondamente istituti ben noti e consolidati del nostro diritto processuale civile, quali il litisconsorzio e la connessione?

Una volta ottenuto il voto favorevole, però, la transazione è efficace nei confronti anche dei partecipanti che, per ipotesi, l'abbiano completamente aversata. Ora, siccome questi soggetti non hanno più il diritto di proporre azioni individuali perché hanno aderito a quella collettiva, dovrebbe essere loro riconosciuta la facoltà di essere cancellati dall'elenco, a pena di violare l'art. 24 Cost., poiché la transazione impedisce agli interessati di far valere in giudizio il proprio diritto. Il progetto di legge, però, non sembra prevedere questa possibilità: non ne parla l'art. 11 dedicato alle transazioni in corso di causa, e l'art. 9 («Elenco dei partecipanti all'azione collettiva») la ammette solo entro sei mesi dalla «pubblicazione della sentenza», senza menzionare l'ipotesi di una transazione.

Ma la perplessità più importante in relazione a questo progetto di legge è un'altra: *cui prodest?* Una simile legge non istituisce in Italia un sistema di *class action*: i soggetti nei confronti dei quali la sentenza è efficace sono sempre, in qualche modo, espressamente partecipanti nel processo (cioè "parti", sebbene in forma tutto sommato nominale). Al contempo, però, questo documento normativo andrebbe ad aumentare ulteriormente il non invidiabile patrimonio di leggi presenti nel nostro ipertrofico ordinamento. Sorge spontaneamente, allora, una domanda: non sarebbe meglio rimeditare profondamente istituti ben noti e consolidati del nostro diritto processuale civile, quali il litisconsorzio e la connessione? Non si riesce ad evitare di pensare che la disinvoltura con cui ogni soggetto può iscriversi all'elenco dei partecipanti all'azione collettiva (anche dopo l'esito della sua prima fase), in combinato con l'assenza del principio del precedente vincolante, sia una strategia il cui quasi unico effetto sia di terrorizzare le imprese attraverso un irrazionale incentivo alla proposizione di un numero potenzialmente indefinito di cause da parte dei consumatori.

Esistono possibilità logiche e costituzionalmente ammissibili di aumentare la tutela dei consumatori e degli utenti senza risolversi in irragionevoli incentivi alla proliferazione delle cause e senza trasformarsi in forme di minacce ai danni delle imprese

5. Brevi conclusioni propositive

È necessario prendere atto che non vi sono modi razionali per evitare di confrontarsi con il dettato costituzionale nell'introduzione della *class action*: in Italia una sentenza non può avere un'efficacia che non sia *inter partes* (tranne le sentenze di accoglimento emesse dalla Corte Costituzionale, ma questa è tutta un'altra storia). Non è nemmeno possibile immaginare forme di rappresentanza necessaria da parte di una associazione, o tecniche di limitazione del diritto posseduto da ogni essere umano (si noti che la Costituzione dice "tutti" e non "i cittadini") ad agire in giudizio per tutelare i propri diritti.

La proposta Poretti-Capezzone, per quanto tecnicamente elaborata, non riesce a fare altro se non a introdurre un rito alternativo a quello previsto dal codice di procedura civile. Sebbene con una tecnica legislativa e in termini diversi, forse potrebbe essere utile battere questa strada.

Nulla impedirebbe di immaginare - ad esempio - la possibilità da parte di libere associazioni di agire come rappresentanti automatici dei propri iscritti (e solo degli iscritti), magari facendo loro approvare, nel momento stesso dell'adesione all'organizzazione, una specifica

clausola di mandato generale ad agire in giudizio per tutte le cause che avessero un oggetto suscumbibile nell'oggetto statutario. Si potrebbe anche riconoscere la legittimazione ad agire alle stesse associazioni, in proprio (e solo in proprio), quando vi siano fatti che ne coinvolgano l'obiettivo statutario in modo tale da cagionare loro un danno non patrimoniale (magari predeterminando normativamente una specifica nuova posta di danno riconducibile all'art. 2059 c.c.).

Esistono, dunque, possibilità logiche e costituzionalmente ammissibili di aumentare la tutela dei consumatori e degli utenti senza risolversi in irragionevoli incentivi alla proliferazione delle cause e senza trasformarsi in forme di minacce - nemmeno tanto velate - ai danni delle imprese. Certamente, però, le strade

che potranno essere imboccate non dovranno ricalcare l'esperienza delle *class actions*: è giuridicamente impossibile, e non sarebbe nemmeno conveniente. Per nessuno.



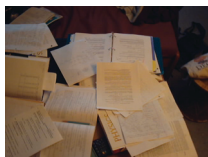
CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.



COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.



I BRIEFING PAPERS

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.