

ASPETTI PROBLEMATICI DELLA NUOVA AZIONE DI CLASSE (ART. 140 BIS COD. CONS.): POSIZIONI GIURIDICHE TUTELATE E AMBITO DI APPLICAZIONE DEL RIMEDIO.

Di Serena Meucci

SOMMARIO: 1. - *La nuova azione di classe ex art. 140 bis.* – 2. - *Posizioni giuridiche tutelate. I diritti omogenei e identici.* 3. - *Ambito di applicazione oggettiva.* - 4. - *Ambito di applicazione soggettiva.*

1. La nuova azione di classe ex art. 140 bis.

L'art. 140 bis cod. cons. – rubricato “Azione di classe” che sostituisce la precedente versione “azione collettiva risarcitoria” – è stato radicalmente modificato dalla legge 23 luglio 2009 n. 99 la quale segna il definitivo esito della lunga e tortuosa vicenda della c.d. “class action all’italiana”¹. Il nuovo rimedio, ai sensi dell’art. 49, comma 2, della legge 99/2009, si applica agli illeciti compiuti successivamente al 16 agosto 2009.

Vediamo sin da subito le caratteristiche di fondo dell’azione di classe, le quali possono essere compendiate nei seguenti termini: a) oggetto di tutela sono i diritti individuali – risarcitori o restitutori – di più consumatori e utenti di carattere “omogeneo”

¹ Per un excursus al riguardo sia consentito rinviare a S. MEUCCI, *Ambito applicativo, situazioni giuridiche tutelate e legittimazione ad agire nell’azione collettiva (art. 140 bis cod. cons.)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 4, pp. 883 ss.

che rinvergono il proprio titolo nell’illecito plurioffensivo del convenuto²; b) il modello adottato è quello c.d. opt-in: la classe, cioè, è individuata dal proponente l’azione e dalla manifestazione di volontà di coloro che aderiscono (cfr. comma 3) sicchè la sentenza produce effetti soltanto nei confronti del promotore e degli aderenti stessi e non pregiudica i diritti dei soggetti che non vi hanno aderito; c) la legittimazione ad agire ha carattere individuale ed è attribuita “a ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui – il proponente stesso – dà mandato o comitati cui partecipa”; parte pro-

² “Se nel testo iniziale dell’art. 140 bis non era chiaro quale fosse l’oggetto del processo nell’azione risarcitoria (nell’alternativa tra i diritti individuali al risarcimento e il fascio di questioni comuni ai danneggiati), nella versione modificata la norma si muove nella sicura direzione dell’aggregazione *ab initio* delle pretese individuali” (I. PAGNI, *L’azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l’introduzione del giudizio e l’ammissibilità della domanda*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 355).





cessuale è esclusivamente colui che ha proposto la domanda e non l'aderente; d) struttura bifasica del procedimento che si articola in una prima fase di verifica dell'ammissibilità (con la funzione di valutare l'esistenza di una classe omogenea, di verificare l'idoneità del proponente a curare adeguatamente gli interessi della classe e stabilire la fondatezza della domanda a fronte dell'impatto che l'azione presenta a carico del convenuto) e in una seconda fase di trattazione nel merito; e) è espressamente sancito il divieto di proposizione di ulteriori domande di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa; f) il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, pronuncia condanna con la quale liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce criteri omogenei di calcolo per la liquidazione di dette somme.

Il modello predisposto è quello dell'*opt-in* sicché il soggetto che intenda prendere parte al procedimento e, dunque, soggiacere agli effetti dell'azione deve manifestare in modo espresso il proprio consenso attraverso lo strumento dell'adesione. La dottrina italiana si è da tempo interrogata in ordine al modello astrattamente preferibile, affiancata in questa riflessione dai progetti di legge che si sono succeduti. Ne sono emersi orientamenti differenziati: alcuni hanno segnalato il contrasto del sistema *opt-out* rispetto ai principi costituzionali a presidio del diritto di difesa³; altri hanno individuato le norme costituzionali incompatibili non tanto negli artt. 24 e 111 quanto negli artt. 41 e 42⁴; altri ancora hanno evidenziato la compatibilità e la desiderabilità del

modello statunitense dell'*opt-out* anche per il nostro ordinamento⁵.

Ciò rilevato, obiettivo del presente lavoro è quello di riflettere su alcuni degli aspetti più problematici che l'azione di classe pone al civilista: le posizioni giuridiche tutelate e l'ambito di applicazione.

Partiamo dal primo aspetto.

2. Posizioni giuridiche tutelate. I diritti omogenei e identici.

Per individuare correttamente i diritti tutelabili tramite l'azione di classe occorre leggere in combinato il primo e il secondo comma dell'art. 140 bis. Oggetto della domanda sono i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2. Tre sono le categorie di rapporti giuridici rilevanti:

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

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

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali⁶.

L'azione di classe ha ad oggetto diritti individuali omogenei, ovvero pretese individuali, con ca-

³ V., in particolare, P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. It.*, 2000, p. 2228, ad avviso del quale l'eventuale trasposizione del sistema statunitense della class action violerebbe gli artt. 24 e 111 Cost. In particolare il contrasto è rilevato nella estensione della decisione a soggetti che non hanno partecipato al procedimento. Manifesta dubbi di compatibilità anche S. MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisprudenziale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *www.judicium.it*, con particolare riferimento ai principi dell'ordine pubblico processuale.

⁴ C. CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una giusta efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, 5, pp. 565 ss. L'Autore segnala come le *class actions* non si concretizzano nell'estensione dei limiti soggettivi del giudicato, violando così i principi costituzionali a tutela del diritto di difesa e del contraddittorio. Il meccanismo della *certification* giudiziale nonché l'individuazione di un *class representative* fa della classe una nuova entità, un soggetto a sé stante: la sentenza, dunque, è resa nei confronti di tale soggetto. Di contro, come accennato nel testo, si ravvisa una incompatibilità con gli artt. 41 e 42 Cost. stante la costrizione del singolo all'esercizio del proprio diritto all'interno della classe, seppur attenuata dall'*opt-out right*.

Favorevole all'introduzione di un meccanismo di *out-put*, V. VIGORITI, *Impossibile la class action in Italia?*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 38.

⁵ A. GIUSSANI, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 4, p. 1257 ad avviso del quale «la possibilità di includere anche i componenti passivi del gruppo non appare incompatibile ... né con lo stesso art. 24 Cost. (a meno di ritenere incostituzionali anche le varie ipotesi di sostituzione processuale già ora previste dalla legge), né con l'art. 41 Cost. (a meno di ritenere incostituzionali le procedure concorsuali), né con l'art. 101 Cost. (a meno di ritenere incostituzionale il vincolo conformativo del giudicato), finché essi siano comunque in limine litis individuati o almeno descritti in guisa tale da risultare individuabili, giusta la previsione del già vigente art. 150 c.p.c.; sembra quindi ovvio dedurre che il sistema dell'*opt-out* sia complessivamente preferibile». Dello stesso Autore, v. altresì, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465 ss.

⁶ La precedente formulazione dell'art. 140 bis individuava quattro categorie di rapporti giuridici rilevanti: quelli relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 c.c., quelli conseguenti ad «atti illeciti extracontrattuali», a pratiche commerciali scorrette o a comportamenti anticoncorrenziali. Elenco definito «ridondante» a al contempo «ingeneroso» giacché circoscrive l'area dei rapporti contrattuali solo a quei contratti conclusi ai sensi dell'art. 1342 c.c. (F. AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *AGE*, 2008, 1, p. 40).

ratteristiche diverse dalla natura dell'interesse collettivo. Si superano così facendo le perplessità lasciate aperte dalla precedente azione collettiva risarcitoria in merito alla qualificazione delle situazioni giuridiche protette. Come è noto, il "vecchio" art. 140-bis da un lato poneva quale oggetto di tutela gli «interessi collettivi» del consumatore (commi 1 e 2), dall'altro, richiamava il «diritto al risarcimento del danno ed alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori», evocando così posizioni soggettive individuali. L'ambiguità normativa ha dato vita a orientamenti diversificati: chi riconduceva l'oggetto del giudizio all'accertamento della questione a rilevanza superindividuale della illiceità della condotta, chi individuava l'oggetto della tutela nei diritti individuali dei consumatori e utenti, chi ancora agli interessi collettivi fatti valere dall'ente⁷. L'orientamento più convincente reperiva l'oggetto dell'azione collettiva nel diritto soggettivo individuale dei consumatori aderenti. Non si trattava né di interesse collettivo (assimilato o meno ad un diritto soggettivo), né di accertamento delle questioni comuni (il verificarsi dell'illecito plurioffensivo e la sua imputabilità al convenuto), quanto di interessi individuali ancorché omogenei: singoli crediti risarcitori e restitutori la cui tutela in giudizio può avvenire sia in forma individuale – nelle forme ordinarie – che collettiva attraverso il meccanismo di cui all'art. 140-bis⁸.

L'attuale formulazione dell'azione di classe, come accennato, risolve tali incertezze giacché attribuisce tutela collettiva ai diritti individuali di più soggetti, tutela che si concretizza in una domanda di accertamento della responsabilità del convenuto e di condanna al risarcimento e/o restituzione. Più precisamente, la tutela può tradursi in una sentenza definitiva di condanna che determina nel loro preciso ammontare le pretese dei promotori e degli aderenti, ovvero in un provvedimento che, accertata l'esistenza dei diritti individuali omogenei fatti valere, stabilisca criteri omogenei per la liquidazione, rimessa – quest'ultima – a successivi ed autonomi procedimenti individuali.

⁷ Così, tra gli altri, P. FIORIO, *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, *Giur. Merito*, 2009, 5, p. 1445 ss.

⁸ In questo senso, S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc.* 2008, p. 41; ID., *Il provvedimento finale: oggetto, contenuto, effetti*, in *AGE*, 2008, 1, p. 167 ss. R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819 ss.; ID., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 5, p. 1205 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, *Foro it.*, 2009, V, 388 ss.; v. inoltre A. RICCIO, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 500 ss.

Preliminare all'analisi dei singoli ambiti oggettivi di applicazione è il riferimento legislativo alla *omogeneità* e *identità* dei diritti, requisiti ai quali viene subordinata l'aggregazione delle situazioni sostanziali in un unico processo^{9,10}.

In dottrina si è rilevato come tali espressioni debbano essere interpretate in modo unitario e congiunto¹¹: il requisito dell'identità non si colora di caratteristiche qualitativamente diverse o più intense della omogeneità. D'altra parte, nella realtà giuridica è di fatto sconosciuta la dimensione dell'identità – in senso rigido – tra posizioni soggettive¹², circostanza della quale occorre tenere conto nell'interpretare in modo ragionevole il requisito de quo. Del ché "il rischio di una lettura eccessivamente restrittiva dell'espressione utilizzata dal legislatore, sembra potersi escludere alla luce di un'interpretazione teleologica, legata alla natura ed alle caratteristiche dei diritti individuali omogenei"¹³.

La tutela cumulativa dei diritti individuali, dunque, è possibile solo nei casi in cui "la decisione del giudice possa basarsi esclusivamente su valutazioni

⁹ Esempi di diritti individuali omogenei sono indicati da R. CAPONI, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, Op. cit. e precisamente: il caso del prodotto dannoso fonte di responsabilità del produttore nei confronti di più soggetti, la clausola vessatoria inserita in contratti stipulati da più consumatori o utenti mediante moduli e formulari, la pratica commerciale ingannevole o aggressiva che ha condotto parimenti alla conclusione di contratti da parte di più consumatori.

¹⁰ Al riguardo, v. G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 379 ss., specie 382 ss.

Nel senso di una limitazione applicativa del nuovo strumento processuale in caso di rigida e letterale interpretazione dell'aggettivo, si veda G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, *Foro It.*, V, p. 390.

¹¹ "Come se si trattasse di un'endiadi", così S. MENCHINI, *Art. 140-bis, par. 2* in A. MOTTO-S. MENCHINI, *Art. 140-bis*, attualmente su www.judicium.it, e di prossima pubblicazione in *Le nuove leggi civili commentate*.

¹² S. MENCHINI, *op. ult. cit.*: "A stretto rigore, le situazioni sostanziali risarcitorie o restitutorie, in quanto nella titolarità di soggetti differenti, per definizione, non possono essere identiche; esse presentano, inevitabilmente, elementi, concernenti o la fattispecie costitutiva o la quantificazione del danno e degli importi da ripetere o le eccezioni, che sono riferibili in modo esclusivo a ciascun interessato e che, per questo motivo, si dicono personali. Le questioni e i fatti esclusivi possono essere pochi o tanti, possono essere prevalenti o meno, sotto l'aspetto o quantitativo o qualitativo, rispetto a quelli comuni, però sono sempre presenti ed impediscono che possa individuarsi una relazione di identità in senso tecnico tra i diritti di credito spettanti ai vari consumatori".

¹³ 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, p. 13. V. altresì, *Commento sub art. 140 bis*, in *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di) E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 771.





di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali¹⁴: sono omogenee e identiche le pretese seriali che possono essere definite con una decisione unica e non richiedano accertamenti individualizzati. Più precisamente, debbono essere identiche le situazioni lese dalla condotta illecita (ovvero la posizione sostanziale di fondo) e la vicenda sostanziale dei consumatori “deve presentare caratteristiche uguali”, consentendo la formazione di un gruppo unitario con particolare riferimento al nesso eziologico e alla determinazione del danno: una classe unitaria può essere composta soltanto da coloro che presentano “posizioni identiche ai fini dell’accertamento del nesso di causalità e della quantificazione del pregiudizio che deve essere ristorato”.

A ciò si aggiunge l’aspetto della identità delle difese sollevate dal professionista nei confronti degli aderenti: “se il convenuto ha dedotto fatti impeditivi, modificativi o estintivi (ad esempio, prescrizione, decadenza) che riguardano in modo esclusivo una parte dei creditori e se tali elementi richiedono accertamenti complessi o di lunga indagine, è inevitabile l’esclusione di queste posizioni dalla classe, in quanto lo svolgimento del processo sarebbe appesantito e rallentato dalla trattazione di questioni riferibili ad alcuni soggetti soltanto”¹⁵.

Si è da altri rilevato che l’omogeneità è data non con riguardo al contenuto intrinseco, bensì al rapporto che emerge con il fatto produttivo del diritto¹⁶: punto chiave è così reperito non tanto nell’identità del contenuto ma dell’interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta, dunque nel rapporto tra danneggiante e danneggiato. Omogeneità dei diritti, nel senso di “similitudine degli elementi caratterizzanti la pretesa, a partire – oltre che dalla tipologia illecito- dalla presenza di rapporti giuridici sostanziali che legano la parte attiva e passiva dell’illecito”. Oggetto di valutazione sono le diverse tipologie di danni (danno alla salute, danno biologico, danno patrimoniale, danno da perdita di chance etc..) che l’illecito seriale ha prodotto rispetto ai consumatori ed utenti e non l’identità tout court del danno.

Il *proprium* del requisito della identità viene da altri individuato non tanto nella liquidazione standardizzata del danno, quanto nella “dipendenza del

diritto dalla stessa azione od omissione o condotta abituale di un medesimo convenuto”¹⁷. Ciò che è richiesto ex lege è, in altri termini, la “standardizzabilità dell’accertamento della responsabilità e non necessariamente anche quella della liquidazione del danno”. Ne risulta la deducibilità nel rimedio, ad avviso dell’orientamento in parola, anche di situazioni soggettive che danno vita a danni non liquidabili sulla base di criteri omogenei (si procederà in tali casi a sentenze di condanna generica).

Vero è, comunque, che tali considerazioni non possono che trovare concretezza con riguardo alla singola fattispecie ed alle specificità del giudizio: è bene avere presente che, al di là delle definizioni che possono darsi di omogeneità e di identità, il ricorso al rimedio è utile allorché il nesso eziologico non richieda indagini di carattere soggettivo ed il credito possa essere liquidato in modo forfetizzato. Ed è proprio questo uno degli indici sui quali si misura la fortuna dell’azione di classe: la liquidazione delle pretese in modo agevole e generalizzato per gli interessati. Di ciò pare esserne consapevole anche il legislatore nel momento in cui (comma 12) consente la liquidazione equitativa del danno quale regola generale alla quale il giudice può fare ricorso, ben al di là del presupposto applicativo codificato all’art. 1226 c.c.

3. Ambito di applicazione oggettiva

L’art. 140 bis individua, quanto ai diritti tutelabili, tre categorie di rapporti giuridici rilevanti. Partiamo dalla prima: i diritti *contrattuali* di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile.

Le novità dell’attuale formulazione rispetto alla azione collettiva risarcitoria sono consistenti. Si abbandona il riferimento ai soli contratti stipulati ex art. 1342 c.c. e si estende il risarcimento di natura contrattuale anche ai contratti che contengono “condizioni generali di contratto” (art. 1341 c.c.). Sicché i diritti risarcitori e restitutori di natura contrattuale non sono più limitati ai rapporti giuridici relativi a contratti stipulati mediante moduli o formulari ex art. 1342 c.c. e l’azione di classe è esperibile a prescindere dalle modalità di conclusione del contratto.

Del resto, la dottrina aveva già manifestato perplessità con riguardo alla irragionevole limitazione dell’applicazione del rimedio de quo ai soli contratti

¹⁴ S. MENCHINI, *op. ult. cit.* Del medesimo Autore le citazioni successive.

¹⁵ S. MENCHINI, *op. ult. cit.* L’Autore rileva pertanto come il rimedio dell’azione collettiva sia ipotizzabile soprattutto per il danno di carattere patrimoniale, considerata la molteplicità delle variabili individuali che caratterizzano la liquidazione del danno non patrimoniale.

¹⁶ 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., cit., par. 2.*

¹⁷ A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis., Riv. dir. proc., 2010, 3, p. 595 ss.*

predisposti mediante moduli o formulari¹⁸ ed i tentativi per giustificare un'interpretazione estensiva sono stati autorevoli e convincenti¹⁹.

Per quanto concerne i fatti illeciti, l'azione di classe si caratterizza per una formulazione più ristretta rispetto a quella precedente, la quale si limitava a richiamare la fonte della responsabilità (atti illeciti extracontrattuali) così ricomprendendo la lesione di ogni tipologia di interesse giuridicamente rilevante, quali che fossero i criteri di imputazione ed il danno risarcibile²⁰. Tale circostanza aveva condotto parte della dottrina, al fine di superare le menzionate restrizioni disposte dall'art. 140-bis nell'ambito della responsabilità contrattuale (e la totale assenza di attenzione per quella precontrattuale), a dare preferenza alla natura aquiliana di singole figure di responsabilità ovvero ricorrere, se possibile in ragione della condotta, al cumulo di responsabilità²¹.

E' ragionevole ritenere che la formulazione definitiva dell'art. 140 bis conduca all'esito interpretativo opposto a quello sopra prospettato per l'azione collettiva risarcitoria. Ed è chiaro il perché. Il significativo ridimensionamento della responsabilità aquiliana in favore di quella contrattuale può presumibilmente condurre a dare preferenza alla qualificazione in termini contrattuali dei profili di responsabilità, ciò al fine di estendere l'ambito applicativo del rimedio in parola e in coerenza con il

più recente ed accreditato orientamento giurisprudenziale e dottrinale²².

L'azione di classe è limitata ai "diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale": si tratta della responsabilità per danno da prodotti difettosi, ipotesi di responsabilità aquiliana contemplata nel codice del consumo (artt. 114-127). Legittimato passivo, ai sensi dell'art. 140 bis, è il produttore, del quale, come è noto, non viene fornita una definizione, a differenza di quanto previsto dall'abrogato D.P.R. n. 224/1988. Si è rilevato in dottrina che con tale indicazione ci si riferisca non soltanto al produttore originario ma anche ai soggetti che si inseriscono nei "passaggi" intermedi della catena commerciale²³. Il che estende la legittimazione passiva ai fini dell'art. 140 bis e determina l'applicazione dell'azione di regresso tra obbligati di cui all'art. 121 comma 2 cod. cons.

Infine, il riferimento è alle pratiche commerciali scorrette (artt. 18 -27 quater del Codice del Consumo)²⁴ ed alle condotte anticoncorrenziali (artt. 81 e 82 del Trattato CE e legge 287/1990)²⁵, fattispecie per le quali l'ordinamento prevede accanto ai mezzi ordinari di tutela di tipo giurisdizionale, un sistema di repressione affidato all'Autorità Garante della

¹⁸ V. G. ALPA, *Class Action: note sull'art. 140-bis c. 1 del Codice del consumo*, in www.altalex.com; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit. il quale auspica che i giudici «estendano il campo di applicazione *sic et simpliciter* ai contratti dei consumatori», anche per superare problemi di compatibilità con i principi costituzionali.

¹⁹ Nel senso della ingiustificata restrizione, v. A. PALMIERI, *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e controllo preliminare sull'ammissibilità*, in *Foro. it.*, 2008, V, col. 185 il quale propone l'estensione della norma al di là del riferimento letterale; P.F. GIUGGIOLI, *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 433. Cfr. altresì P. BUZZELLI e M. BONA, in C. CONSOLO - P. BUZZELLI - M. BONA, *Obiiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 77 ss., i quali, pur esprimendo perplessità al riguardo, accolgono un'interpretazione letterale della norma.

²⁰ «Venuto meno il richiamo generale all'illecito extracontrattuale, contenuto nella versione precedente della norma, l'art. 140 bis si caratterizza per una delimitazione puntuale del proprio ambito applicativo», così I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, p. 350 ss.

²¹ Così, F. AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *AGE*, 2008, 1, p. 43; A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, p. 33.

²² In tema, per tutti, G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. cont.*, 2007, 10, p. 785; Id., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, p. 104 ss. e in www.personaemercato.it; v. altresì G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 119 ss.

²³ F. BUSONI, *Commento sub artt. 114 ss., Codice del Consumo. Commentario* (a cura di) G. Vettori, Padova, 2009; STANZIONE, MUSIO, *La tutela del consumatore, Trattato dir. civ.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2009, vol. XXX, p. 623 ss.

²⁴ Al riguardo, v. F. LUCCHESI, G. TADDEI ELMI, *Commento sub artt. 18 ss.*, in *Codice del Consumo Commentario* (a cura di) G. Vettori, Padova, 2009.

V. altresì M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, *Dir. industriale*, 2009, 4, 341 ss.

²⁵ In tema, cfr. il volume a cura di G. VETTORI, *Concorrenza e mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005.

È noto come la giurisprudenza (Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, col. 1014) abbia affermato la legittimazione del singolo consumatore a chiedere il risarcimento del danno ingiusto scaturente dall'aver contrattato con una controparte imprenditoriale che ha preso parte ad un'intesa restrittiva. Anche la giurisprudenza della CGCE (già dal 2001 nel noto caso *Courage*, C-453/99, in *Racc.* 2001, p. I-6297; cfr. altresì il caso *Manfredi* del 2006, Cause Riunite C-295 - 298/04, *Manfredi*, in *Racc.* 2006, p. I-6619) ha stabilito in più occasioni che tutti i cittadini e le imprese che subiscono un danno a seguito di un'infrazione delle norme antitrust comunitarie (artt. 81 e 82 del Trattato CE) hanno diritto al risarcimento, diritto garantito dall'ordine comunitario.





concorrenza e del mercato. E' ragionevole ritenere che le azioni di classe relative agli ambiti in oggetto saranno avviate dopo l'adozione da parte dell'Autorità di un provvedimento di accertamento della violazione di disposizioni (c.d. azioni *follow-on*)²⁶. In altri termini, le valutazioni effettuate dall'Autorità, sebbene prive di carattere vincolante, sono tali da esercitare un'influenza non secondaria sul convincimento del giudice, presentando altresì rilevanza probatoria. In questo senso, si è recentemente espressa la Corte di Cassazione precisando come la decisione dell'Autorità garante costituisca "prova privilegiata" dell'esistenza della violazione antitrust²⁷, agevolando così l'onere probatorio dell'attore.

Le potenzialità della azione di classe nelle ipotesi di danno per violazione delle norme antitrust sono ben comprese anche a livello comunitario²⁸. Il che risulta dal Libro Bianco adottato dalla Commissione il 2 aprile 2008 (COM [2008] 165 definitivo) e, ancor prima, dal Libro verde del 2005 ove già si era segnalata l'inadeguatezza degli strumenti di tutela a fronte degli ostacoli giuridici e procedurali frapposti dalle norme statuali. Tale consapevolezza non è affatto venuta meno, dal momento che l'obiettivo primario del Libro bianco è ravvisato nel «migliorare i termini giuridici in base ai quali le vittime possono esercitare il diritto, loro garantito dal Trattato, al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza della violazione delle norme comunitarie antitrust. Il risarcimento completo è dunque il primo e più importante principio guida». Ai fini che qui interessano, la Commissione segnala molto chiaramente l'emergere di un bisogno insoddisfatto di tutela connesso alla diffusa inerzia dei danneggiati (siano essi singoli consumatori o piccole imprese) nell'intentare azioni individuali per il risarcimento di danni di valore relativamente basso, a causa dei costi e delle incertezze che ne derivano. Di qui l'esigenza di potenziare strumenti che consentano l'aggregazione delle singole istanze. Allo scopo di affrontare in modo razionale tali inefficienze, si propone di combinare due meccanismi complementari di azione collettiva: «le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni

commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili»²⁹; ed azioni collettive con modalità *opt-in*.

4. Ambito di applicazione soggettiva

A livello soggettivo, il riferimento è, da un lato, ai «consumatori ed utenti», e, dall'altro, all'«impresa»³⁰, indici la cui analisi deve essere effettuata nel contesto delle previsioni contenute nel codice del consumo ove si colloca il 140 bis³¹.

Per quanto riguarda la nozione di consumatore o utente, punto di riferimento è l'art. 3 del codice. Si tratta infatti della «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»³², norma poi modifi-

²⁹ Si tratta di soggetti designati ufficialmente in anticipo, ovvero abilitati *ad hoc* da uno Stato membro, «in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust, per intentare un'azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri».

³⁰ Ne consegue che la tutela non potrà essere applicata ai rapporti tra professionisti. Lo rileva in senso critico, F. AROSSA, *op. cit.*, p. 30 ss.: «la tutela collettiva risarcitoria andrà solo a vantaggio di quei consumatori-persone fisiche che si siano rifornite di beni o servizi a scopi personali, così di fatto comprendendo (asimmetricamente) l'agilità di accesso al *private enforcement*».

³¹ In dottrina si è evidenziato come la collocazione dell'azione di classe nell'ambito del codice del consumo sancisca in modo indubbio la scelta italiana nel senso di strumento a tutela del consumatore, differenziandosi dal modello statunitense. Così, 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 i quali osservano come nei sistemi di *common law*, la tutela collettiva risarcitoria non si caratterizzi per alcuna limitazione oggettiva derivante dai potenziali soggetti danneggiati dal momento che vengono predisposte norme processuali applicabili erga omnes. Così la *class action* americana dettata dall'art. 23 della *Federal Rules of Civil procedure*, le *class proceedings* canadesi dallo *Uniform Class Proceeding Act* 1996, le *class actions* australiane dalla *Federal Court of Australia Amendment Act* 1991, no. 181, § 3, e dal *Supreme Court Rules* 1999, ch. 1, am. 11, nonché la disciplina che ha dato la luce alla *Group Litigation*, introdotta in Inghilterra e Galles nel maggio del 2000 e subentrata alla Rule 19.6 del *Civil Procedure Rules*. I medesimi autori rilevano come i sistemi giuridici di *civil law*, (tra i quali – oltre all'Italia – la Francia che con l. 60 del 1992 ha introdotto, nel *Code de la Consommation*, la *Action en Représentation Conjointe* ad eccezione della Spagna e della Germania la quale ha adottato una disciplina settoriale e specifica per gli illeciti finanziari con la *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren* del 2005 a tutela degli investitori), si sono dotati di discipline processuali connesse alla categoria dei consumatori.

³² La limitazione alle sole persone fisiche è stata oggetto di critiche dal momento che l'esigenza di protezione – corrispondente a una situazione di debolezza – si pone anche per enti che contrattano con i professionisti (così in particolare L. GATTI, *sub art. 1469-bis comma 2*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis c.c.: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

²⁶ In tema da ultimo I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, *cit.*, p. 350 ss.

²⁷ Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640. In tema, v. M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, *Dir. industriale*, 2009, 4, 341 ss.

²⁸ Oltre ai documenti citati, v. la Comunicazione della Commissione, del 13 marzo 2007, [COM (2007) 99 def.], in tema di «Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013» e la connessa Risoluzione del Consiglio del 31 maggio 2007, in G.U.C.E. C 162 del 14 luglio 2007.

cata dal D.lgs. 23 ottobre 2007 n. 221, per effetto del quale il citato art. 3 al comma 1 precisa ora che le definizioni valgono «ove non diversamente previsto». Tale lettura deve poi integrarsi con l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³³, con orientamento conforme – peraltro criticato da parte della dottrina³⁴ – della Corte costituzionale³⁵ e della Corte di Cassazione³⁶, la quale, come è noto, nega la qualifica di consumatore alla persona fisica che agisca per scopi «misti» o istituisca rapporti anche solo in vista di un'attività professionale futura o per fini accessori all'attività professionale. Del ché devono ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto, in accordo con l'indirizzo giurisprudenziale sopra riportato, gli enti non-profit, le cooperative di acquisto, i consorzi e in generale i piccoli imprenditori³⁷.

La scelta del legislatore italiano, che conferma quella già adottata nella precedente versione dell'azione collettiva e che circoscrive l'ambito di applicazione del rimedio ai «consumatori», è stata criticata da alcuni interpreti avuto riguardo sia ad altre esperienze straniere (in primis, la class action statunitense), sia all'irriducibilità del rimedio ai rapporti di consumo. Siffatta circostanza infatti ne

Ad ogni modo, la scelta legislativa è conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (da ultimo, CGCE, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99) e della Corte costituzionale (v. C. cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Rass. Dir. civ.*, 2003, 4, p. 967 ss., con nota di P. VIOLANTE, *L'interpretazione conforme della nozione di consumatore*).

In tema, per tutti, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 21; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1163.

³³ Cfr. in particolare le decisioni n. 45 del 17 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, IV, col. 129; n. 541 del 22 novembre 2001, in *Foro it.*, 2001, IV, col. 501 e n. 464 del 20 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, IV, col. 124.

³⁴ Oltre agli Autori già citati, v., L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469bis*, in *Commentario al capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, 85; BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. civ.*, 1995, 1 ss.; CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm.*, a cura di F. Galgano, Padova, 2005, 76 ss.; BIN, *Clausole vessatorie, una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1996, 437.

³⁵ Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, con note di PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, ivi, 337 e di PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, ivi, 340.

³⁶ Cass., 8 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 996; Cass. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, 225; Id., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, 543 con nota di FIORIO, *Professionista e consumatore un discrimine formalista?*.

³⁷ In senso critico, v. F. AROSSA, *op. ult. cit.* il quale rileva come tali soggetti non sono affatto meno bisognosi di tutela e caratterizzati dalla stessa asimmetria economico-informativa delle singole «persone fisiche».

impedisce l'applicazione ad ambiti di particolare rilevanza anche sociale, si pensi ai danni ambientali ovvero agli illeciti posti in essere nei confronti dei lavoratori³⁸.

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, il 140-bis si esprime in termini di «impresa» e non di «professionista», quest'ultimo definito nell'art. 3 lett. b) Cod. cons. come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» (così modificato dal D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221). Tale differenza terminologica ha condotto parte della dottrina, già in sede di analisi dell'azione collettiva risarcitoria, a ricostruire l'impresa (e dunque l'imprenditore) quale sottoinsieme della più ampia categoria di «professionista», legittimando così l'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 140-bis delle condotte dei non imprenditori, in primis gli esercenti le professioni liberali e le pubbliche amministrazioni che agiscono al di fuori dell'attività imprenditoriale³⁹.

Anche ove si accogliesse questa lettura, è appena il caso di precisare che il requisito *de quo* debba essere interpretato nel senso oggettivo di attività economica e non di ente strutturalmente deputato al relativo esercizio. Si pensi, per esempio, agli enti non lucrativi – con o senza personalità giuridica – che esercitano attività di impresa in via accessoria⁴⁰.

Altra parte della dottrina ha rilevato come il rinvio all'impresa debba intendersi nel senso più ampio di professionista in conformità all'art. 3 Cod. cons.⁴¹. Sicché tra i potenziali legittimati passivi rientrano tutti i soggetti che esercitano attività

³⁸ Così, P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., par. 4. V. inoltre, G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, *Foro it.*, 2007, V, 140 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva*, cit., p. 14.

³⁹ A. PALMIERI, *op. loc. cit.*; A. FRIGNANI, P. VIRANO, *L'Azione di Classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti, ti*, in www.judicium.it.

⁴⁰ Sempre attuali le pagine di P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 840 ss.; G. CAMPOBASSO, *Associazione e attività di impresa*, in *Studi in onore di Gaetano Cottino*, Milano, 1997, p. 83.

⁴¹ R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato»*. *L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., il quale auspica che i giudici «estendano il campo di applicazione *sic et simpliciter* ai contratti dei consumatori», anche per superare problemi di compatibilità con i principi costituzionali. In senso analogo D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, 4, p. 940 ss.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *op. ult. cit.*

Così anche, di recente, la Circolare n. 19244 del 16 ottobre 2009 di Confindustria.



commerciale, artigianale ed altresì professionale, compresi i professionisti intellettuali⁴².

Ed è questa l'interpretazione preferibile, sebbene la formulazione normativa sembri avere fatto consapevolmente riferimento all'impresa in senso tecnico, come risulta dalla competenza territoriale per la quale si richiama il concetto di «sede»⁴³.

Accolta una lettura ampia del requisito sancito al comma 1 dell'art. 140-bis si è ipotizzata l'estensione della tutela anche avverso amministratori (e sindaci) di società, in corrispondenza dell'azione di responsabilità *ex art.* 2395 c.c. in caso di danno causato a più soggetti - per esempio risparmiatori - in caso di inesatte informazioni o false comunicazioni sociali⁴⁴.

Perplessità più consistenti si sono manifestate con riguardo alla legittimazione passiva della Pubblica Amministrazione e degli altri soggetti di diritto pubblico.

La dottrina, con riferimento già all'azione collettiva, distingue due diverse situazioni. Nel caso in cui la P.A. eserciti attività imprenditoriale, nessun ostacolo impedisce l'esercizio dell'azione in parola, fermo restando la sussistenza dei requisiti oggettivi⁴⁵. Sicché l'effettività della tutela prescinde dalla natura (pubblica o privata) del soggetto imprenditore nei cui confronti l'azione è esperita. Più discusso è l'esito interpretativo con riguardo a quei comportamenti e funzioni connessi all'esercizio di poteri pubblicistici (amministrazione della giustizia, pubblica sicurezza) non rientranti nell'attività imprenditoriale. Si è esclusa in tali casi la legittimazione passiva della P.A. giacché una diversa con-

clusione «richiederebbe un ampliamento interpretativo tanto della definizione di professionista quanto della nozione dei rapporti di utenza o fruizione di servizi» (46).

D'altra parte, l'art. 140 bis si esprime in termini di consumatore e di utente e l'art. 2 comma 1 lettera g) individua tra i diritti fondamentali di tali soggetti quello alla "erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza". Non solo. Il comma 12 dell'art. 140 bis prevede la possibilità di avviare un'azione di classe nei confronti dei "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità", circostanza che consente l'esperibilità del rimedio per i servizi pubblici dati in appalto, ma che lascia aperto il profilo relativo ai servizi gestiti direttamente dalla pubblica amministrazione.

Nel senso della non estensione del rimedio sembra muoversi anche il recente orientamento della Corte di Cassazione la quale ha avuto modo di pronunciarsi proprio sulla applicabilità all'utente del servizio pubblico delle tutele apprestate per il consumatore, precisando che detta estensione debba essere effettuata caso per caso con riguardo alla ratio della singola norma⁴⁷. La Suprema Corte è giunta ad escludere l'applicazione delle norme sulle clausole abusive al rapporto tra servizio sanitario nazionale e utente, segnatamente tra paziente e struttura ospedaliera, e ciò perché, tra l'altro, non si è in presenza di un contratto trattandosi dell'adempimento di un dovere di prestazione discendente *ex lege* e perché l'azienda sanitaria non è qualificabile come professionista essendo svincolata dal principio di economicità.

I dubbi formulati in ordine alla legittimazione passiva della P.A. si rafforzano alla luce delle previsioni di cui al Decreto Legislativo 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", in Gazzetta Ufficiale del 31 dicembre 2009, n. 303) con il quale si è data attuazione alle disposizioni contenute nella legge delega 4 marzo 2009 n. 15 (art. 4 comma 2 lett. 1) apprestando un mezzo di tutela giurisdizionale attivabile nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato. Si tratta di quella

⁴² Cfr. P. LUCANTONI, *Un ruolo «trainante» per gli studi legali?*, in AGE, 2008, 1, p. 107 ss.

⁴³ D'altra parte, il riferimento normativo può giustificarsi alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, essendo più frequente e probabile che la condotta lesiva sia posta in essere nell'esercizio dell'attività di impresa. Ad ogni modo, la formulazione dell'art. 140 bis implica che l'impresa convenuta abbia sede in Italia. Per quanto riguarda le problematiche inerenti la giurisdizione, v. A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, p. 33.

⁴⁴ Al riguardo, v. C. AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario*, in Riv. soc., 2005, p. 1336; F. AROSSA, *op. cit.*, p. 37 il quale si interroga sulla possibilità di qualificare l'amministratore (o il sindaco) di una società emittente titoli diffusi presso il pubblico dei risparmiatori quale parte di un rapporto di acquisto e fruizione di beni con un consumatore. La risposta è in termini positivi dal momento che su tali soggetti gravano precisi doveri informativi nei confronti degli investitori e dei soci. Ulteriore argomento a favore è desunto dal cumulo di responsabilità tra la società e gli amministratori.

⁴⁵ Così, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 30; CONSOLO, BONA e BUZZELLI, *Obiettivo Class Action*, cit., p. 75; in questo senso, v. altresì la Circolare n. 19033 del 18 marzo 2008 di Confindustria, «La disciplina delle azioni collettive risarcitorie». *Contra*, P.F. GIUGGIOLI, *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 432.

⁴⁶ F. AROSSA, *op. cit.*, pp. 35-36. *Contra*, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 29.

⁴⁷ Cass. 2 aprile 2009 n. 8093, in *Foro it.* 2009, 10, 2683: "ancorché la disciplina dettata dal codice del consumo sia tendenzialmente riferibile all'utente del servizio pubblico, l'applicazione ad uno specifico rapporto di utenza di una singola norma del codice è subordinata al riscontro dell'idoneità di detto rapporto ad essere ricondotto a tale disposizione".

che viene comunemente definita “class action amministrativa” finalizzata al solo ripristino del corretto svolgimento della funzione e alla corretta erogazione del servizio e non al risarcimento del danno, che potrà ottenersi soltanto attraverso l’esercizio dei rimedi ordinari. L’art. 7 del Decreto stabilisce che la nuova disciplina sarà applicabile soltanto dopo la definizione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi e gli standard qualitativi ed economici: l’esperibilità della c.d. class action amministrativa è dunque subordinata all’emanazione di appositi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri⁴⁸.

⁴⁸ L’azione può essere esercitata innanzi al giudice amministrativo da parte dei titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di pubblici servizi, qualora tali interessi siano stati lesi in conseguenza di comportamenti attivi od omissivi posti in essere da tali soggetti. Tali comportamenti consistono: nella violazione di termini; nella mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori non normativi da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; nella violazione di obblighi contenuti nelle carte dei servizi; nella violazione di standard qualitativi ed economici fissati dalle autorità di settore.

Legittimati all’esercizio dell’azione sono i singoli titolari degli interessi lesi, nonché le associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori; sono esclusi dall’ambito dei soggetti nei cui confronti può essere esercitata l’azione le autorità amministrative indipendenti, la Presidenza del Consiglio, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali.

Il ricorso può essere proposto solo dopo una preventiva diffida all’amministrazione o al concessionario finalizzata al ripristino, nel termine di 90 giorni, delle situazioni violate. In luogo della diffida, l’interessato potrà promuovere la tutela in sede non contenziosa sulla base delle procedure conciliative previste dalle Carte dei servizi ai sensi dell’art. 30 della legge n. 69/2009.

Nel corso del giudizio, il giudice amministrativo deve tenere conto della situazione in cui versa la PA o il concessionario, per quanto riguarda le risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione di tali soggetti. In caso di accoglimento del ricorso, il giudice ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio “entro un congruo termine” alla violazione. Ulteriore effetto dell’accoglimento della domanda sarà l’accertamento da parte dell’amministrazione dei soggetti che hanno concorso a porre in essere le violazioni e l’adozione dei conseguenti provvedimenti. L’art. 2 del decreto legislativo contiene meccanismi di raccordo con i giudizi instaurati ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, considerato che la sovrapposizione rispetto a giudizi instaurati con la azione di classe potrà riguardare i ricorsi nei confronti dei concessionari di pubblici servizi. Ai sensi del detto art. 2 il ricorso “non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell’azione di cui all’articolo 1, ne’ se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo”.

Occorre a questo punto domandarsi se il rimedio possa estendersi fino a ricomprendere la tutela del risparmiatore quanto alla collocazione sul mercato di strumenti finanziari. La dottrina che si è pronunciata in tema non appare univoca, non foss’altro perché la questione richiede una chiarificazione in ordine al contesto sistematico ed all’ambito applicativo della norma. Vi è chi ha tentato, non senza perplessità, di ricondurre l’ipotesi *de qua* nell’ambito delle pratiche commerciali scorrette richiamate dall’art. 140-bis⁴⁹.

Altra dottrina ha articolato la questione distinguendo diversi profili di indagine. Si tende ad escludere l’applicazione dell’azione di classe con riguardo ai servizi di negoziazione di strumenti finanziari nel caso in cui sia la clientela retail ad agire per chiedere il risarcimento del danno causato dal mancato rispetto della normativa contenuta nel TUF (doveri di diligenza, correttezza e trasparenza ex art. 21 TUF) perché si tratterebbe di un domanda che difficilmente supererebbe il vaglio dell’ammissibilità in termini di individuazione di una classe omogenea di diritti lesi. La violazione dell’informativa, si osserva, deve essere verificata con riguardo alla situazione particolare nella quale si trova il singolo cliente, al grado di esperienza in materia finanziaria, al portafoglio del cliente stesso, alla propensione al rischio e così via⁵⁰.

Altri Autori hanno osservato che, qualora vi siano i presupposti oggettivi, non vi sono ragioni per escludere l’applicazione dell’azione di classe nei confronti di Banche e intermediari finanziari in caso di c.d. “danno finanziario”⁵¹. I presupposti applicativi del rimedio, in altre parole, ben possono essere integrati anche in questo ambito, sia a livello soggettivo che oggettivo, tenuto conto dell’estensione dell’ambito applicativo del 140 bis quanto alla responsabilità contrattuale. Diversa e da non confondere è la circostanza che, nella fattispecie concreta, non sia possibile esperire l’azione trattandosi di domanda che non supererà il vaglio dell’ammissibilità in termini di individuazione della classe omogenea di diritti lesi. Si pensi, per esempio, ai contratti bancari. Questi rientrano senz’altro nella tipologia ai cui al comma 2, lett. a) dell’art. 140 bis sicché la presenza di clausole illegittime nei contratti standard (in via esemplificativa, un contratto che preveda ancora la commissione di massimo scoperto) può legittimare il consumatore a pro-

⁴⁹ D. AMADEI, *op. ult. cit.*

⁵⁰ A. FRIGNANI, P. VIRANO, *L’Azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in www.judicium.it.

⁵¹ In questo senso, con riguardo all’azione collettiva risarcitoria, A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, *Danno e resp.* 2009, 4, p. 377 ss.



porre azione di classe per ottenere il risarcimento del danno.

D'altra parte, le disposizioni del TUF non appaiono incompatibili con il rimedio in analisi⁵², come traspare dalla previsione di cui all'art. 32 bis che garantisce agli investitori tutela collettiva tramite l'azione inibitoria da parte delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale ai sensi degli artt. 139 e 140 Codice Consumo. Né la collocazione sistematica dell'art. 140-bis risulta ostativa, come conferma la natura di rimedio e, dunque, di risposta a bisogni qualificati di tutela. Lo stesso contenuto della norma manifesta la propria vocazione espansiva, avvalorata dall'autonomia rilevanza del titolo II, rubricato «Accesso alla giustizia». Resta pur sempre il limite soggettivo, da più parti criticato quale espressione di un approccio limitato al *consumerism*, relativo alla figura dell'investitore-persona fisica, limite che non trova corrispondenza nell'articolazione della clientela di cui al TUF⁵³.

⁵² In questo senso, F. AROSSA, *op. cit.*, p. 38; G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 6, p. 549. In senso favorevole all'applicazione del rimedio nell'ambito del mercato finanziario, G. GUIZZI, *Rapporti Societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140 bis D.Lgs. 206/2005*, *Riv. dir. comm.*, 2008, 1, p. 797 ss. ad avviso del quale “né la collocazione topografica all'interno del codice de consumo, né la sua ricostruzione come rimedio in favore della classe dei “consumatori” possono di per sé rappresentare un autentico e decisivo impedimento al fine di immaginare l'astratta esperibilità dell'azione risarcitoria collettiva anche nell'ambito delle relazioni del mercato finanziario, e più specificamente in rapporto a fattispecie di lesione di quel diritto all'adeguata informazione – poi con le modalità e con i contenuti precisati dal TUF e dalla normativa di rango sub-primario dettata dalla Consob – riconosciuto a favore di chi su quei mercati non operi professionalmente” (p. 810).

⁵³ In dottrina è aperto il dibattito in ordine alla possibilità di integrare la nozione di consumatore di cui al Codice del consumo con le previsioni stabilite dal TUF (art. 6 comma 2-*quinquies*, introdotto dal D.lgs.164/2007) e dai relativi Decreti attuativi (Regolamento Consob adottato con delibera 16190 del 29 ottobre 2007 in tema di intermediazione) circa l'articolazione della clientela in: clienti al dettaglio, professionali – di diritto o su richiesta – controparti qualificate. Ad ogni modo l'ambito di applicazione soggettiva di cui all'art. 140 bis circoscrive l'esperibilità del rimedio al solo cliente al dettaglio-persona fisica, nonostante l'articolazione della clientela accolta nel TUF ricorra a criteri affatto coincidenti con quelli di cui al codice del consumo; in tema v. S. MEUCCI, “Operatore qualificato” nei contratti derivati: le incertezze della recente giurisprudenza e l'impatto della Direttiva MiFID, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 4, pp. 341 – 353.