

## ESEGESI DELL'ART.140 BIS, 1° COMMA, CODICE DEL CONSUMO SULLA "AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA"

di Giorgio De Nova

### 1. — Una premessa.

Mi chiedo quale sia l'ambito di applicazione, *ratione materiae*, dell'«azione collettiva risarcitoria».

Una prima premessa: la norma in esame si inserisce, come art. 140 bis, nel codice del consumo.

A differenza di taluni, non sono particolarmente interessato a questioni topografiche (inseriamo la norma nuova nel codice, oppure la lasciamo in una legge a sé?).

Ma qui il problema non è topografico, è di sistema.

La azione collettiva risarcitoria vede le associazioni e i comitati legittimati ad agire nell'interesse di una pluralità di soggetti i cui diritti sono stati lesi. E dunque il luogo sistematico poteva essere il codice di procedura civile, là dove si prevede che un soggetto – se così la legge prevede – può (eccezionalmente) esercitare un diritto altrui (art. 81 cod. proc. civ.). Non è stato così. Il locus sistematico prescelto è stato quello del codice del consumo. E questa scelta, lo vedremo, condiziona la determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'azione in esame .

Una seconda premessa. Affronterò il tema chiedendomi quale sia il *petitum* e quale sia la causa *petendi* (e vedremo che dovrò usare il plurale), ma dovrò dire innanzitutto qualcosa sulla legittimazione attiva e sulla legittimazione passiva.

### 2. — La legittimazione attiva e passiva.

Interessa notare che legittimati attivi sono le associazioni appartenenti all'elenco istituito presso il Ministro delle attività produttive, e, con una significativa estensione, i «comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere».

Ma ai miei fini interessa di più notare che tali soggetti agiscono «a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti». Dobbiamo chiederci se la frase finale del comma che stiamo esaminando (che dispone “quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti”) si riferisce a tutto quanto precede, o soltanto alla penultima frase (che riguarda la causa *petendi* *extracontrattuale*). Secondo la regola interpretativa che dettava Pothier è corretta la prima soluzione perché non si oppongono ostacoli grammaticali o di significato, ostacoli a che l'ultima frase riguardi tutto quanto precede.

Dunque abbiamo un preciso limite della legittimazione attiva non a tutela di qualunque diritto di qualunque cittadino, bensì a tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti, in quanto lesi con un comportamento plurioffensivo.

I limiti della legittimazione attiva sono anche confini dell'ambito di applicazione *ratione materiae*. Dunque: diritti di consumatori e utenti. E i consumatori e gli utenti sono i soggetti definiti all'art. 3 del codice del consumo: cioè persone fisiche, e persone fisiche che si pongono in una relazione attuale o almeno potenziale di un rapporto di consumo, in quanto mosse da scopi estranei all'eventuale attività imprenditoriale e professionale. E i diritti dei consumatori e degli utenti sono quelli di cui all'art. 2, 2° comma del codice del consumo. L'elenco di tali diritti è vasto (si pensi all'inclusione della tutela della salute): ma è un elenco in funzione del rapporto di consumo. Dunque: l'azione in esame non è esperibile per tutelare un cittadino leso nel proprio diritto alla salute.

Della legittimazione passiva si parla quasi incidentalmente, in sede di determinazione del foro competente per territorio («luogo in cui ha sede l'impresa»). Ma è comunque chiaro che legittimato passivo è solo un soggetto che possa essere qualificato come soggetto che esercita un'impresa.

Possiamo chiederci quale sia il rapporto tra l'impresa di cui si parla in questa norma, e il «professionista» del codice del consumo. Certo non è impresa la [Pubblica Amministrazione](#) come tale.

### 3. — Il petitum.

Dice la norma: «accertare e dichiarare il diritto al risarcimento del danno e alla restituzione». Dunque, parrebbe, una azione volta ad una sentenza di accertamento.

Sul punto i processualisti si dividono.

L'uno soggiunge che l'azione può dare luogo a condanne provvisoriale e anche sentenze che liquidano in modo definitivo le pretese dei singoli; l'altro precisa che il provvedimento di determinazione del quantum non è di condanna.

### 4. — La causa petendi.

La norma ci parla, con linguaggio non troppo sorvegliato, di due *causae petendi*, poi ulteriormente articolate, l'una contrattuale, l'altra extracontrattuale.

Alla prima si fa riferimento parlando di «ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile».

Vediamo più da vicino. Per quanto già detto, deve trattarsi di contratti stipulati da consumatori e utenti.

È dunque dubbio che siano compresi i rapporti contrattuali dei risparmiatori, che non è sicuro siano consumatori o utenti nel senso definito dall'art. 3 del codice del consumo. Ma soprattutto deve trattarsi di contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile. E qui devo dire con chiarezza il mio pensiero.

Se il legislatore dice “1342” l’interprete non può leggere “1342 o anche 1341”. L’art. 1341 riguarda il fenomeno del contratto predisposto da uno dei contraenti per stipulare una pluralità di contratti in modo uniforme, in base cioè a condizioni generali di contratto, contratto che può essere sia scritto, sia verbale (le condizioni generali di contratto possono essere soltanto “esposte”): il fenomeno che Messineo chiamava “contratto per adesione” . L’art. 1342 riguarda un fenomeno diverso, il modulo o formulario elaborato nel confronto tra le categorie interessate (si pensi ai contratti di locazione), dunque necessariamente a testi che le parti sottoscrivono, per loro natura finalizzati ad una uniformità di regolamentazione (salva la possibilità di aggiungere clausole): il fenomeno che Messineo chiamava “contratto tipo” . Dunque i contratti stipulati oralmente sono fuori dall’ambito di applicazione dell’azione de qua o sono fuori i contratti per adesione a condizioni generali di contratto. Soggiungo che il riferimento al solo art. 1342 e non anche all’art. 1341 non è casuale, perché la stessa scelta è stata fatta dal legislatore nel delimitare il giudizio di equità del giudice di pace (art. 113 cod. proc. civ.)

Ciò detto, precisiamo che se i contratti saranno inadempiti, avremo come petitum il risarcimento del danno o la risoluzione (con conseguente restituzione e risarcimento del danno), o anche l’invalidità (con conseguenti restituzioni).

Veniamo ora brevemente all’azione extracontrattuale.

Si parla di «atti illeciti extracontrattuali»; di «pratiche commerciali scorrette»; di «comportamenti anticoncorrenziali». Per vero, la prima ipotesi copre entrambe le successive due. A me importa soprattutto rilevare che opera anche qui il limite generale, secondo cui deve trattarsi di diritti di consumatori e utenti, concernenti rapporti di consumo potenziali o attuali. Sicché l’azione extracontrattuale non è lo strumento per ampliare significativamente l’ambito di applicazione *ratione materiae* dell’azione de qua.

5. — Sul rapporto tra azione contrattuale e azione aquiliana.

Non ho particolare simpatia per un modo sempre più diffuso di impostare la propria azione in giudizio formulando tutto un ventaglio di *causae petendi*, e addirittura una pluralità di *petita*, in attesa che sia il giudice a scegliere quello che ormai ha un nome gergale, il “rimedio utile”.

Sono invero affezionato al principio dispositivo.

E ciò non tanto e non soltanto come limite al giudice, quanto come garanzia vera del contraddittorio.

È vero però che in alcuni casi si pone un problema: lo stesso evento può essere dedotto a titolo di responsabilità contrattuale e a titolo di responsabilità extracontrattuale.

La violazione del divieto di discriminazione è violazione del contratto con il contraente discriminato, con conseguente diritto di quest'ultimo alla restituzione di quanto pagato in più, o è illecito aquiliano, con conseguente diritto al risarcimento del danno? Si pone, allora, il problema del concorso tra azioni. Sappiamo che la nostra giurisprudenza ammette il concorso tra azione contrattuale ed extracontrattuale quando lo stesso evento costituisce inadempimento e illecito aquiliano. Ma con un limite: che il diritto leso sia un diritto assoluto.

Qui assistiamo ad uno scollamento.

La responsabilità civile ha visto spostarsi le proprie frontiere, dai diritti assoluti, ai diritti relativi, alle situazioni soggettive comunque tutelate dall'ordinamento. Ma non si è in parallelo spostato il limite all'ammissibilità del concorso di azioni. Credo che proprio l'azione di cui parliamo possa essere l'occasione per liberalizzare il concorso: sarebbe grave se l'associazione dei consumatori o il comitato fosse costretto in limine a scegliere tra azione contrattuale e azione extracontrattuale.