

Class action

Il danno risarcibile nell'azione collettiva (*)

di **Gianroberto Villa**

L'art. 140 *bis* del codice del consumo pone, tra gli altri interrogativi, quello dell'identificazione del danno che possa essere oggetto di accertamento nell'azione collettiva risarcitoria. Il contributo ricerca risposte a tale quesito muovendo dalla struttura e dagli scopi dell'azione e valutando il grado di compatibilità di quest'ultima con le varie figure di danno risarcibile. Esso segnala inoltre alcune opzioni, sulle quali sembra opportuna una rimediazione in vista di una riforma che, nonostante la novità dell'istituto, è già all'esame degli organi legislativi.

L'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140 *bis* del codice del consumo

La sorte del nuovo art. 140 *bis* del codice del consumo è incerta; approvato a seguito di contrastate discussioni, ha visto differita la sua entrata in vigore, mentre circolano notizie su una sua profonda riformulazione (1) e voci pessimistiche sul suo futuro. Ciò costringe chi debba occuparsi in questo momento di alcuni aspetti dell'azione collettiva risarcitoria ad una divaricazione di prospettiva, dal momento che non è possibile limitarsi all'analisi del materiale normativo esistente senza confrontarsi con modelli e soluzioni che possano proporsi come alternative alle scelte che allo stato sono adottate dal nostro ordinamento.

Secondo l'impostazione dell'art. 140 *bis* cod. cons. con l'azione collettiva si accerta il diritto al risarcimento a favore degli interessati, ma non si ottiene alcun titolo destinato ad imporre il pagamento se non a seguito di un procedimento conciliativo; la condanna al risarcimento interviene solo se il singolo danneggiato, facendo valere l'accertamento ottenuto in via collettiva, agisce poi individualmente contro il responsabile. Il costo di una costruzione a due fasi come quella ora introdotta nel codice del consumo non è facilmente preventivabile; la sensazione che ne discende è però che, se con l'azione collettiva si vogliono superare le asimmetrie tra parti occasionali e parti abituali del processo e favorire un contenimento delle spese a vantaggio di soggetti normalmente restii ad agire e propensi a sopportare il danno subito, quella duplicazione di attività rischi fortemente di frustrare lo scopo. Ciò soprattutto

quando le analisi tecniche dirette ad individuare tanto i comportamenti illeciti, quanto le loro conseguenze, necessitano di essere reiterate nella fase di liquidazione del risarcimento individuale, generando così una duplicazione di oneri che preme in senso diametralmente opposto rispetto alle ragioni in forza delle quali si invoca lo strumento della *class action*.

A prescindere da questi rilievi, resta il fatto che l'azione condotta collettivamente è, a parte l'eventuale buon esito della conciliazione, un'azione di accertamento; dunque, quando nel seguito si parlerà del danno risarcibile attraverso quell'azione si utilizzerà a ben vedere un'espressione ellittica, volta a sintetizzare il fatto che il giudice, nel modello proposto dall'art. 140 *bis*, accerta l'esistenza di un pregiudizio suscettibile di risarcimento, senza però disporre direttamente quest'ultimo. Ciò non significa tuttavia che, anche con quelle caratteristiche, manchi una stretta corrispondenza tra la configurazione del pro-

Note:

(*) Il presente articolo riproduce, con alcune variazioni e con l'aggiunta di note, la relazione presentata in occasione del convegno "La conciliazione collettiva" tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 26 settembre 2008.

(1) Al momento dell'invio del lavoro alla stampa, sono pendenti alla Camera i progetti di riforma dell'azione risarcitoria collettiva rubricati ai numeri C. 410, C. 1845 e C. 1824, confluiti in un testo unificato. Tale testo è all'esame della II Commissione in sede referente. Nella seduta del 4 dicembre 2008 l'esame del provvedimento è stata rinviata in attesa di conoscere gli intendimenti del Governo circa l'attuale disciplina dell'azione civile risarcitoria, destinata ad entrare in vigore il 1° gennaio 2009. Altro progetto di riforma è stato presentato al Senato (S. 454), ma non ne è ancora iniziato l'esame.

cesso e l'individuazione di quale danno possa essere risarcito alla sua conclusione; né esclude che, in modo speculare, il collegamento tra il danno risarcibile e l'illecito segni anche i limiti dell'accertamento della responsabilità a cui tende l'azione disegnata dal codice del consumo. Piuttosto, questi stessi collegamenti impongono di chiedersi se, ricorrendo ad una differente strutturazione dell'azione all'esito delle proposte di modifica allo studio, anche il tema del danno risarcibile non possa trovare risposte diverse rispetto a quelle che sono ora ricavabili dalla legge.

Interesse collettivo e pretese individuali nell'individuazione del danno risarcibile

Lungo questa strada, un primo dubbio che potrebbe sorgere dalla lettura dell'art. 140 *bis* riguarda l'incidenza che i molteplici riferimenti agli interessi collettivi contenuti nella norma determinano sull'individuazione del danno a cui si reagisce con l'azione. A questo riguardo, il primo comma afferma che le associazioni sono legittimate ad agire a tutela "degli interessi collettivi" dei consumatori e degli utenti; il richiamo ai medesimi interessi ricorre ancora nel secondo comma con riguardo agli altri soggetti legittimati; infine, nel terzo comma si stabilisce che, tra i parametri per valutare l'ammissibilità dell'azione, vi è anche quello dell'esistenza "di un interesse collettivo" suscettibile di adeguata tutela.

Occorre allora verificare se l'insistenza su tale concetto abbia riflessi sulla configurazione del danno risarcibile.

Il termine "interessi collettivi" ha trovato nella legislazione italiana una caratterizzazione specifica; si tratta di quegli interessi non attribuibili a nessun individuo in particolare che, in mancanza dell'investitura della legittimazione a farli valere in capo ad alcuni enti esponenziali, sarebbero adespoti e verrebbero qualificati come interessi diffusi; essi assurgono al rango di interesse collettivo quando la legge attribuisce appunto all'ente esponenziale, di solito ad un'associazione, il compito di tutelare quelle posizioni e di farle valere in giudizio (2).

Se il richiamo all'interesse collettivo nell'azione risarcitoria valesse ad individuare e circoscrivere l'oggetto della tutela, come pure qualche commentatore ha ipotizzato (3), anche il danno risarcibile diverrebbe altra cosa rispetto a quello a cui intuitivamente si pensa quando si considerano nei loro termini generali le *class actions*, ovvero rispetto a quei danni spezzettati in *small claims* che il singolo danneggiato non ha convenienza a far valere individualmente e

che, asimmetricamente, il danneggiante, nella sua veste di litigante abituale, ha invece interesse a contrastare comunque, a prescindere dal valore unitario della singola causa (4).

Per svolgere più chiaramente il ragionamento sia consentito procedere richiamando una vicenda che, sebbene non sia strettamente pertinente al tema, può ben esemplificare la questione. L'art. 140 *bis* non ha esteso l'azione agli illeciti ambientali; limitando il suo campo di applicazione agli interessi dei consumatori e degli utenti (5), solo a prezzo di forzature interpretative sarebbe possibile considerare le vittime del danno ambientale come consumatori o utenti dell'ambiente (6) ed ammetterle all'esercizio dell'azione qui in esame. Ciò nonostante, può essere efficace ricorrere proprio all'esperienza intervenuta in quella materia per illustrare i differenti esiti a cui si perviene considerando quale oggetto di tutela diretta l'interesse collettivo o, piuttosto, una somma di interessi individuali.

Di fronte ad un episodio di inquinamento, ciascun titolare del diritto soggettivo leso - prevalentemente la salute e la proprietà - mantiene un'azione volta ad ottenere il risarcimento; e tuttavia, la nozione di ambiente non è la somma di questi singoli valori, ma è un insieme più ampio, fatto di una combinazione di elementi anche immateriali, come l'armonia di un paesaggio. Il percorso intervenuto in materia ha preso le mosse dalla elaborazione della giurisprudenza

Note:

(2) Cass. SU, ord., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Foro it.*, 2006, I, 1713. V. inoltre Riccio, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contr. impr.*, 2008, 506; Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, ivi, 2008, 704 ss.; Vigoriti, *Class Action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*, ivi, 2008, 745.

(3) Ne riferisce Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 2008, 547.

(4) Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 29 ss.

(5) Il riferimento a consumatori ed utenti porta a chiedersi se la tutela possa riguardare i risparmiatori vittime dell'insolvenza dei soggetti che hanno emesso i titoli. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 550, osserva che il Codice del consumo contiene norme sulla conclusione telematica di contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, cosicché non sarebbe fondata l'esclusione dal campo di operatività della disciplina degli illeciti commessi nell'esecuzione dei servizi di investimento.

(6) V. al riguardo i dubbi espressi da Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 551, per il quale la materia ambientale rientrerebbe nella previsione qualora il danno fosse provocato nell'ambito dell'esecuzione di un contratto concluso mediante moduli o formulari (ad es. contraenti trasportati con un mezzo rivestito di amianto).

I danni da illecito ambientale sono considerati come tendenzialmente esclusi dalla disciplina introdotta dall'art. 140 *bis* da Frata, *"Class actions" e "azioni collettive risarcitorie": un primo confronto*, in questa *Rivista*, 2008, 498.

za della Corte dei Conti, giunta ad individuare, a seguito della compromissione dell'ambiente, un danno ulteriore, di natura pubblica, tanto da consentire la sua equiparazione al danno erariale (7). Fissato simile concetto, prima la legge 349 del 1986 ed ora il Codice dell'ambiente, attribuendo allo Stato la legittimazione a richiedere il risarcimento per questo tipo di danno, hanno messo in luce come, agendo a tutela di un interesse collettivo, l'ente esponenziale non faccia valere i diritti dei singoli danneggiati, la cui tutela si avvale degli strumenti processuali comuni, ma persegua il risarcimento di un'utilità aggregata e non divisibile, diversa dalla somma dei singoli danni individuali (8).

È chiaro che, se il richiamo all'interesse collettivo dovesse essere inteso in modo analogo anche nella disciplina dell'azione collettiva risarcitoria, l'identificazione del danno risarcibile imporrebbe di distogliere l'attenzione dalla somma dei danni seriali subiti dai singoli e di indirizzarla a ricercare un difficile criterio volto a quantificare un'utilità collettiva dai contorni piuttosto indefiniti (difficoltà questa che, nel campo ambientale, è almeno mitigata dalla possibilità di quantificare il danno sulla base dei costi di ripristino).

Pare da escludere tuttavia che l'art. 140 bis legittimi una lettura di questo tipo. La norma colloca in primo piano la posizione individuale dei singoli consumatori e utenti, i quali, aderendo all'azione, ottengono l'effetto interruttivo della prescrizione, sono destinatari dei criteri di quantificazione del danno fissati dal giudice, della proposta conciliativa dell'impresa e dell'attività della camera di conciliazione. In altri termini, i dati normativi sembrano suggerire la lettura più piana della disposizione, ovvero quella che rende rilevanti nella *class action* le pretese individuali esercitate collettivamente (9), cosicché il danno risarcibile non è qualche cosa di diverso dalla somma delle pretese individuali.

Comunanza delle questioni e struttura dell'illecito

Questa osservazione pone peraltro la questione di quale significato concreto si debba allora assegnare a quel molteplice riferimento all'interesse collettivo che si è già illustrato. A questo proposito, si possono distinguere i due ambiti in cui la nozione ricorre.

In un primo contesto, essa vale a caratterizzare le organizzazioni legittimate ad agire; muovendo da questa prospettiva non si traggono elementi di giudizio utili ad identificare il danno risarcibile, dal momento che la norma ha lo scopo di individuare chi può

agire, ma non definisce ciò che può essere richiesto da chi agisce.

È invece più incisivo il richiamo all'interesse collettivo operato in relazione al giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione previsto dal terzo comma della disposizione, laddove si afferma che il giudice può dichiarare inammissibile la domanda se “non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo”. La valutazione di questo elemento sarebbe priva di significato concreto qualora la si intendesse come se richiedesse al giudice di verificare se la collettività possa beneficiare di una sentenza che voglia perseguire un illecito, dal momento che simile utilità si presenta ogni volta in cui si riaffermi il diritto e si reagisca alla sua violazione; essa ha invece senso qualora se ne dia una lettura in armonia con il panorama della *class action* ricavabile dal contesto internazionale, ed in particolare dal suo ordinamento di provenienza, ovvero quello statunitense.

In quel sistema, la *class action*, che certamente riguarda la tutela dei diritti individuali di serie, esplica la propria funzione ed è ammessa solo se le questioni dedotte in giudizio non riguardano in modo differenziato ciascun danneggiato, ma presentano un aspetto collettivo, in quanto aggregano questioni che è giustificato trattare unitariamente perché sono comuni e ricorrenti. Pare allora razionale e coerente con simili finalità ritenere che, quanto ai profili di ammissibilità della domanda, il rinvio all'interesse collettivo abbia lo scopo di pretendere la “*numerosity*” e la “*commonality*” (10) delle questioni di fatto e di diritto, che solo quando appaiano sufficientemente ampie e diffuse possono supportare il ricorso alla tutela collettiva (11).

Note:

(7) C. Conti, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amm.*, 1973, I, 3, 247.

(8) Giampietro, *La responsabilità civile per danno ambientale*, Milano, 1988; Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità*, Milano, 1996; U. Salanitro, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2005.

(9) Alpa, op. cit., 547; Vigoriti, op. cit., 748; Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 725.

(10) Nel diritto statunitense, la Federal Rule of Civil Procedure 23 (a) considera la *commonality*, insieme alla *numerosity of class members*, alla *typicality* delle domande e difese del rappresentante della classe e all'*adequacy of representation*, quale requisito di ammissibilità della *class action*. Cfr. in argomento Renzi, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1213.

(11) Il requisito della *commonality* è considerato rilevante anche nel sistema italiano da Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis del codice del consumo*, in (segue)

Se la norma venisse letta in questa luce, o specificata in questa luce dalle ventilate modifiche allo studio (12), alcune conseguenze sulla definizione del danno risarcibile potrebbero certamente manifestarsi, ma, come si chiarirà tra breve (13), esse si indirizzano in altra direzione rispetto alla non pertinente identificazione di un danno sovraindividuale.

Nella ricerca di tali conseguenze è opportuno muovere da un primo rilevante tema. La circostanza che il modello attuale, ma più in generale i modelli di *class action* diffusi all'estero, considerino in un unitario procedimento l'insieme delle lesioni subite da un gruppo di soggetti, spinge ad interrogarsi preliminarmente se la stessa struttura dell'illecito non risulti in qualche maniera modificata dalla conformazione particolare del processo. Il quesito si pone con particolare riferimento al nesso causale, dal momento che l'esercizio delle *class actions* ha suggerito una nozione della causalità fondata su rilevazioni statistiche riguardanti campioni estesi di popolazione, dai quali ricavare dati che sono significativi proprio perché si considera il campione come un'unità aggregata, al contrario di quanto accadrebbe se ad agire fosse un individuo isolato.

La situazione può essere questa: un gruppo di individui, svolgendo una certa attività, è venuto a contatto con una sostanza tossica. Una certa percentuale di quel gruppo ha contratto successivamente una malattia, che vede quella sostanza come una delle possibili origini; la malattia, peraltro, è comunque diffusa nella popolazione e può essere provocata anche da altri fattori. Se uno degli ammalati agisce isolatamente, la dimostrazione che la malattia deriva dalla sostanza tossica ha scarsissima, se non nulla, probabilità di essere raggiunta, dal momento che il carattere multifattoriale del danno non consente di instaurare un collegamento significativo con quella causa anomala che si pone accanto alle svariate altre quale possibile fonte della patologia. Se invece agisce unitariamente il gruppo, a condizione che il campione sia sufficientemente ampio si può essere ragionevolmente convinti che l'incremento della diffusione della malattia nel gruppo rispetto al resto della popolazione sia da ascrivere al prodotto tossico a cui il campione è stato esposto (14).

Il ragionamento così impostato, al di là del suo regresso nel sistema di origine, come è evidente finisce per modificare la conformazione sostanziale dell'illecito civile; anche sapendo che, per esempio, il 30% del campione può, in forza dei dati statistici, avere contratto la malattia per la causa anomala, quel che si finisce per risarcire a ciascun individuo della classe non è il danno con ragionevole certezza

subito a seguito dell'esposizione alla sostanza tossica, ma il rischio che quell'esposizione ha determinato e che solo in una certa misura potrebbe avere determinato la malattia (15).

Che norme destinate a semplificare la tutela delle parti occasionali riducendo i disincentivi ad agire possano rappresentare uno strumento per introdurre modificazioni di tale portata nella nozione di illecito è dubbio, anche perché il sistema finirebbe per mutare funzioni, allontanandosi da quella risarcitoria ed avvicinandosi a quella di un fondo assicurativo (16).

Il danno patrimoniale nell'azione collettiva risarcitoria

Se dunque occorre utilizzare i parametri usuali della responsabilità risarcitoria, è opportuno interrogarsi su quale danno sia deducibile nell'azione collettiva secondo gli schemi consolidati dell'illecito.

Dall'esame del modello proposto dall'art. 140 bis

Note:

(continua nota 11)

Foro it., 2008, V, 20, pur in relazione al requisito della "adeguata rappresentatività" prevista dal comma 2 dell'art. 140 bis; e da Giuggioli, *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, 434.

V. inoltre Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, 1842, ove, a p. 1847, dopo aver sottolineato il reiterato impiego del termine collettivo da parte della legge ed aver constatato che possono sussistere ipotesi in cui è complesso l'accertamento del danno subito dal singolo, osserva che gli elementi che integrano il diritto al risarcimento del danno del singolo dovranno essere oggetto di una controversia individuale e che essi "non possono formare oggetto di accertamento nel giudizio collettivo per la semplice ragione che non si tratta di elementi comuni a tutti" (p. 1848).

(12) La proposta di testo unificato in discussione alla Camera (v. *supra*, nt. 1) pare indirizzata appunto a specificare simili aspetti, precisando che l'azione è accordata in relazione a quegli illeciti "che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o utenti" (c. 1), e che è ammessa solo se il numero degli aderenti al comitato che la promuove è almeno pari a duecentocinquanta (cento se partecipa al comitato anche un'associazione di consumatori o utenti).

(13) *Infra*, § 5.

(14) È il caso celeberrimo di *In re Agent Orange Product Liability Litigation*, 611 F. Supp. 1221 (E.D.N.Y.). V. al riguardo GIUSSANI, *La prova statistica nelle class action*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1029.

(15) Cfr. le osservazioni di Gambaro, *Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi (una rivisitazione critica del tema delle class actions ed uno studio delle esperienze occidentali degli anni 90)*, in P. Trimarchi (a cura), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994, 54 ss. Più recentemente cfr. in argomento Pucella, *La causalità incerta*, Padova, 2007, 285 ss.; Capecchi, *Il nesso di causalità*, Padova, 2002, 211 ss.

(16) Gambaro, *op. cit.*, 58.

emerge che i danni da illecito extracontrattuale sono senz'altro oggetto dell'azione. È invece più difficile intendere la razionalità delle scelte adottate dalla legge nell'ambito contrattuale, dal momento che si assiste ad una non comprensibile divaricazione tra la risarcibilità dei danni da affidamento e di quelli da aspettativa.

Quanto ai primi, se si accetta la ricostruzione dominante secondo la quale la responsabilità precontrattuale ha natura di illecito aquiliano, il fatto che l'art. 140 *bis* elenchi senza limitazione alcuna la responsabilità extracontrattuale tra le fonti del danno risarcibile conduce a ritenere che l'azione collettiva sia esercitabile qualunque sia la veste del contratto in relazione al quale si è generato il danno ascrivibile alla fase delle trattative (si pensi a casi di dolo incidente e, più in generale, di pratiche commerciali scorrette che abbiano accompagnato la conclusione del contratto).

Per i danni da aspettativa, si deve invece constatare come, poiché l'art. 140 *bis* limita l'azione alle fattispecie contrattuali concluse ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, la responsabilità contrattuale, e quindi il risarcimento determinato sulla base dell'interesse positivo, risulti fortemente compressa. Il problema è solo mitigato dal fatto che nel nostro sistema si ammette il c.d. cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e cioè la possibilità che sia l'attore, secondo la sua convenienza, a scegliere tra l'uno e l'altro titolo di responsabilità quando agisce contro un danneggiante a lui legato da un vincolo contrattuale. Questa scelta è ammessa solo se l'indempimento ha compromesso utilità che erano di pertinenza della vittima già prima del perfezionamento del contratto, come nel caso della cosa di proprietà del creditore che venga distrutta dal prestatore d'opera maldestro; ma se l'utilità sottratta al creditore è proprio quella creata dal contratto, non v'è spazio per la responsabilità extracontrattuale e l'unica forma di tutela è quella ancorata ai rimedi contrattuali.

Così, se il vettore aereo, interrompendo i voli, delude il passeggero che, acquistando i biglietti in anticipo, aveva ottenuto un prezzo scontato, e lo costringe ad un acquisto di copertura a prezzo maggiorato presso un'altra compagnia, egli non incorre in alcuna responsabilità extracontrattuale; dunque, secondo il sistema proposto dall'art. 140 *bis*, non è soggetto alla *class action* se le parti si sono limitate all'emissione del titolo di viaggio senz'altra formalità documentale sottoscritta dall'aderente. La razionalità di una soluzione del genere è assai dubbia; se, come

pare, l'art. 140 *bis* dovrà essere modificato, un intervento correttivo sul punto si rivelerà tra i più utili (17).

Ricorrendo poi alle partizioni tra le categorie di danno note al sistema, è certo che la *class action* ha tra i suoi obiettivi quello di far fronte al danno patrimoniale; in Italia, del resto, è pacifico che, trovando applicazione la teoria differenziale, vengano in rilievo sia le perdite subite, sia i mancati guadagni. Per questo aspetto il nostro ordinamento appare in armonia con le indicazioni elaborate a livello europeo: il Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (18), mentre da una parte suggerisce l'introduzione delle azioni collettive come mezzo di reazione agli illeciti, dall'altro, richiamando i principi espressi dalla Corte di Giustizia nel caso Manfredi (19), propone di codificare la regola per cui il risarcimento deve contenere non solo il ristoro delle perdite, ma anche il mancato profitto e gli interessi.

Azione collettiva, danno non patrimoniale, risarcimento in forma specifica

In relazione a questi ultimi profili, dunque, il sistema italiano non mostra particolari necessità di adattamento; richiede invece qualche riflessione più diffusa il tema del danno non patrimoniale.

In relazione a tale argomento, si pongono perplessità perché non sempre il danno non patrimoniale assume quella dimensione collettiva che, se è corretta la lettura proposta in precedenza, si traduce nella necessità della "*commonality*", o comunque della predominanza dei temi di lite comuni (20), anche con riferimento al danno. Il dubbio sorge soprattutto pensando alle difficoltà che nel sistema statunitense sono state incontrate nell'impiego delle *class actions* nelle c.d. *tobacco litigations*; poiché il danno alla salute subito dal fumatore dipende da una molteplicità di variabili individuali, come la quantità di sigarette effettivamente consumate o le condizioni di salute

Note:

(17) La proposta di testo unificato pendente in Parlamento (v. *supra*, nota 1) estende l'azione al danno derivante da atti illeciti "posti in essere nell'ambito di rapporti giuridici contrattuali", senza più richiamare l'art. 1342 c.c.

(18) COM (2008) 165.

(19) Cause riunite C-295-298/04, Manfredi, Racc. 2006, pag. I-6619.

(20) Per tale precisazione, Giuggioli, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006, 18.

di partenza, l'ammissibilità della *class action* è stata talora negata in queste fattispecie proprio per l'assenza della *commonality* dei temi di causa (21).

Ciò dovrebbe mettere sull'avviso anche l'interprete italiano ogni qual volta con l'azione collettiva vengano dedotti in giudizio danni alla salute la cui esistenza dipenda da accertamenti individuali molto specifici, dal momento che, se non è possibile condurre simili accertamenti sul piano collettivo ed aggregato, l'assenza di *commonality* delle questioni controverse rende non solo difficilmente praticabile, ma soprattutto scarsamente utile l'azione.

Il medesimo discorso va esteso a quei danni non patrimoniali che, non essendo collegati alla violazione di diritti della persona costituzionalmente garantiti dei quali possa valutarsi in modo oggettivo e standardizzato la violazione, pretendono un'analisi concentrata sulle circostanze relative a ciascuno degli appartenenti alla classe non solo per la determinazione del *quantum*, ma per la stessa verifica della loro sussistenza; il che porta ad interrogarsi sulla praticabilità dell'azione quando si voglia far valere il danno morale soggettivo, oppure, per chi ne ammetta la configurabilità (22), il danno esistenziale (23).

Un ulteriore argomento merita poi di essere segnalato. Il nostro sistema conosce tanto il risarcimento per equivalente, quanto il risarcimento in forma specifica; in questo secondo caso, il danneggiante è tenuto a ripristinare materialmente la situazione alterata dall'illecito. L'art. 140 *bis* si occupa però solo del risarcimento che sfoci in una determinazione monetaria: il giudice deve fissare i criteri in base ai quali liquidare la somma spettante ai singoli danneggiati e, se possibile, stabilisce la somma minima da versare loro; l'impresa ritenuta responsabile propone il pagamento di una somma; la camera di conciliazione serve a determinare le somme da riconoscere a consumatori e utenti e indica modi, termini e ammontare da corrispondere.

Di fronte a queste espressioni, si possono immaginare conclusioni diverse. Si potrebbe affermare anzitutto che, considerando solo le "somme di denaro", il risarcimento ammesso con l'azione sia solo quello per equivalente, perché è con quella modalità che si perviene ad una quantificazione in termini pecuniari.

Tuttavia, la nostra giurisprudenza qualifica come risarcimento in forma specifica anche quello determinato in denaro, ma con un criterio diverso da quello differenziale; ciò accade quando si accorda al danneggiato la rifusione delle spese direttamente sostenute per riparare la cosa o, più in generale, per eliminare le conseguenze dell'illecito (24). Ciò potreb-

be suggerire una seconda risposta, e cioè che l'azione mira al risarcimento per equivalente o al risarcimento in forma specifica, ma, quanto a quest'ultimo, solo se esso conduce alla rifusione delle spese sostenute.

A questo punto si manifesterebbe però una scarsa razionalità nella soluzione, dal momento che si escluderebbe una modalità di risarcimento in forma specifica, quella in natura, ma si ammetterebbe l'altra, quando nel primo comma dell'art. 140 *bis* l'accertamento del diritto al risarcimento è considerato senza limitazioni. Potrebbe allora intervenire un terzo modo di intendere la norma, che muove dalla banale constatazione che probabilmente il legislatore non ha considerato il problema e ha pensato solo agli esiti normali delle azioni risarcitorie che sfociano in condanne di contenuto pecuniario, senza tuttavia escludere iniziative che mirino, ad esempio, alla sostituzione di beni o alla loro riparazione; se è così, il risultato è quello di non potere allegare particolari significati preclusivi alla disposizione e di intendere le determinazioni pecuniarie menzionate dall'articolo come esiti a cui si perviene se così ha chiesto l'attore, come tali utilizzabili solo se l'accertamento del diritto al risarcimento non è stato formulato con riferimento alla riparazione in natura.

Danni punitivi e struttura dell'azione prevista dall'art. 140 *bis*

Un'analisi particolare è infine richiesta dal tema dei danni punitivi.

La percezione che si ricava dal sistema di origine della *class action* è di un legame stretto tra tale tutela collettiva e la condanna ai *punitive damages*, nel senso che ricorre frequentemente, anche se non ne-

Note:

(21) Cfr. Francesca Benatti, *Danni punitivi e "class action" nel diritto nordamericano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/08, 235 ss.

(22) Ma v., per la negazione della figura, la recentissima Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972.

(23) In questa prospettiva, pare eccessivamente estesa la posizione di Barra Caracciolo, *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contr. impr.*, 2008, 1046, il quale ritiene che nell'azione collettiva al danno non patrimoniale si farà "largo ricorso", così come i danni esistenziali "potrebbero trovare larga applicazione".

(24) D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 60 e *passim*; G. Cian, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in "Studi in onore di Pietro Rescigno", V, 757; Chianale, *Diritto soggettivo e risarcimento in forma specifica*, Milano, 1993, 81 ss.; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1968, 179 ss. V. poi Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 25; Cass. 17 luglio 1999, *ivi*, 1999, 1661.

cessariamente, il riconoscimento del danno punitivo in quel tipo di azioni (25).

Il rapporto del diritto italiano e, più in generale, europeo, con i danni punitivi, come noto è di ostilità, o almeno di scetticismo. La nostra Corte di Cassazione nega la delibazione di pronunce straniere che contengano la condanna al risarcimento del danno punitivo, ritenendole contrastanti con l'ordine pubblico (26); la Corte di Giustizia della Comunità Europee, nel già ricordato caso Manfredi, assume una posizione prudente e si rimette alle norme degli stati membri, senza omettere però l'osservazione per cui i giudici nazionali possono vigilare affinché la condanna al risarcimento non si trasformi in un lucro per il danneggiato.

Non è questo il luogo per discutere il tema nei suoi profili generali, essendo sufficiente segnalare il diffuso atteggiamento negativo della nostra esperienza verso il danno punitivo in senso proprio (27). Può essere invece utile svolgere qualche riflessione muovendo da alcuni tentativi della nostra dottrina di riconoscere una funzione punitiva a strumenti diretti non a risarcire il danno subito dalla vittima, ma a sottrarre al danneggiante il profitto della propria azione illecita (28). Si afferma a questo proposito che, attraverso le norme sull'arricchimento senza causa, è possibile giungere al risultato di costringere chi abbia commesso l'illecito a riversare il profitto della sua azione al soggetto al quale sono state sottratte le risorse che, reimpiegate, hanno consentito di conseguire un lucro.

La tesi, com'è evidente, rinvia alle riflessioni relative all'arricchimento conseguito mediante fatto ingiusto (29). Poco rileva in questa sede stabilire se sia corretta la posizione che estende l'obbligo di riversare il profitto ad ogni ipotesi di illecito o quella che lo limita al caso di mala fede dell'arricchito, né discutere ora se sia esatto vedere una funzione punitiva nella privazione dei guadagni. Quello che preme segnalare qui è che questa forma di *disgorgment*, fondandosi su un rimedio restitutorio, potrebbe in astratto trovare spazio nell'azione collettiva risarcitoria prefigurata dall'art. 140 bis, una volta che si voglia intendere la menzione della "restituzione di somme" contenuta nel primo comma in un senso più ampio rispetto alla sola ripetizione dell'indebito, così da comprendervi tutti gli strumenti restitutori, inclusa l'azione di arricchimento senza causa.

Pare però che, se così si operasse, si andrebbe incontro ad una rilevante difficoltà derivante dalla struttura della *class action* così come organizzata dalla norma attualmente esistente. Se si intende costringere il danneggiante a rendere il profitto illecito, è

immediata la constatazione che il profitto è unico, al contrario dei danni subiti dai singoli soggetti appartenenti alla classe, per i quali non v'è alcun ostacolo logico ad immaginare la loro somma.

A ben vedere, simile problema non è molto distante da quello affrontato nel sistema statunitense dove, a seguito di interventi riduttivi di una giurisprudenza preoccupata dall'esorbitanza di alcune condanne e dall'effetto di *overdeterrence* così provocato, si afferma ora la necessità di ancorare il danno punitivo ad un multiplo a una cifra del risarcimento accordato, implicando così un limite massimo al suo operare e fissando la possibilità di imporlo una sola volta, senza moltiplicarlo per il numero dei danneggiati (30). La differenza tra il nostro sistema, almeno come sinora immaginato dall'art. 140 bis, e quello statunitense non sta dunque nell'esistenza di un problema di coordinamento tra una misura risarcitoria o restitutoria non moltiplicabile e la presenza di più individui interessati alla condanna; la differenza effettiva risiede nelle scelte di struttura dell'azione, che rendono nel caso italiano difficile allo stato il coordinamento tra le pretese, mentre lo hanno talora agevolato in quello statunitense.

Nel modello di origine, la regola dell'estensione della lite agli appartenenti alla classe è regolata dalla tecnica dell'*opt-out*: chi vuole sottrarsi agli effetti dell'azione deve recedere con dichiarazioni espresse e, quando sia in discussione il danno punitivo con limitazioni nel massimo, si è ritenuto che tale recesso possa essere escluso (31), oppure che si possa negare la pretesa al danno punitivo in capo al recedente

Note:

(25) Renzi, *Il modello statunitense di class action*, cit.; Francesca Benatti, *Danni punitivi e "class action"*, cit.

(26) Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460

(27) V., per un quadro aggiornato della questione, Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, II, 25.

(28) Sirena, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2006, 531.

(29) Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1961, 54 ss.; Id., *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in "Scritti in onore di Rodolfo Sacco", II, Milano, 1994, 1147 ss. Sul tema da ultimo P. Pardolesi, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

(30) Cfr. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 106 s.; Id., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 249, ove si richiama la soluzione del sistema statunitense per cui si ammette nelle azioni individuali che sia il primo che ottiene la condanna ad incamerare l'intero danno punitivo.

(31) V. riferimenti in Giussani, *Azione collettiva risarcitoria*, loc. cit.

(32); simili soluzioni, al di là delle oscillazioni che vengono in realtà segnalate nelle decisioni concrete, consentono di imporre una sola volta la condanna.

Il modello utilizzato in Italia (ma adombrato anche a livello europeo dal già menzionato Libro Bianco sulla responsabilità civile per violazione di norme antitrust) è quello dell'*opt-in* (33): solo chi aderisce all'azione ne subisce le conseguenze, positive o negative, mentre ciascun soggetto leso non aderente conserva pienamente il suo diritto di agire autonomamente.

Ciò detto, emerge con evidenza l'esistenza di un problema, ovvero della necessità di decidere chi sia il soggetto a cui, nel conflitto tra gli aderenti all'azione collettiva e gli altri danneggiati che abbiano agito individualmente, spetterebbe il riconoscimento del danno punitivo; analogamente, si dovrebbe stabilire chi possa conseguire la reversione del profitto ottenuto dal danneggiante. È chiaro che, *de iure condendo*, le risposte potrebbero essere molteplici: si potrebbe pensare ad un ribaltamento nella struttura dell'azione collettiva per adottare un sistema di *opt-out* (34); oppure, se si preferisce mantenere il si-

stema *opt-in* per il suo maggior grado di compatibilità con l'art. 24 Cost. (35), si potrebbe pensare a criteri proporzionali di ripartizione, o a criteri temporali, o ancora alla scelta drastica di attribuire tale specie di risarcimento o di restituzione solo a chi aderisce alla *class action*, così da raggiungere uno scopo incentivante al suo utilizzo. È tuttavia certo che, in assenza di simili soluzioni, alle già esistenti difficoltà di riconoscere il danno punitivo nel nostro ordinamento sul piano sostanziale si aggiunge una difficoltà derivante dalla conformazione del processo che ne rende allo stato problematico il collegamento con la nostra azione collettiva risarcitoria.

Note:

(32) V. riferimenti in Francesca Benatti, *op. cit.*, 241.

(33) Sul tema Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, 5.

(34) Giussani, *Azione collettiva risarcitoria*, cit., 48 s.; Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis*, cit., 1844, nt. 16.

(35) Cfr. P. Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224.

LIBRI

COLLANA: Le nuove frontiere della responsabilità civile
diretta da P. G. Monateri

La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche

La nuova giurisprudenza di legittimità e di merito
di Marco Bona

Nel corso del 2006 e del 2007 la Cassazione è intervenuta ripetutamente sul tema della responsabilità dei custodi delle strade pubbliche, ridisegnando i propri indirizzi e delineando **nuove regole operative** di primaria importanza per la gestione del contenzioso in questo ambito.

È obiettivo di questo contributo illustrare siffatti nuovi trend della giurisprudenza di legittimità, prospettando altresì le questioni rimaste aperte e le soluzioni percorribili nella pratica.

Sul piano teorico si sostiene come la responsabilità degli enti proprietari e dei gestori del demanio stradale per i danni da anomalie presentate dalle strade possa sempre, a prescindere dalla tipologia del tratto stradale interessato dal sinistro, inquadrarsi entro la fattispecie di cui all'art.

2051 c.c., norma da intendersi quale espressione di un regime di **responsabilità oggettiva relativa da rischio prevenibile**.

Il volume, oltre indicare i **riferimenti normativi** ed i precedenti più interessanti, annovera un'**appendice** contenente le **sentenze di legittimità** che hanno "rivoluzionato" la responsabilità in questo settore.

Ipsoa 2007, € 40,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

