

Azione collettiva risarcitoria e determinazione del *quantum*

Sommario: 1. Premesse generali all'analisi dell'art. 140 *bis* c. cons. – 2. La determinazione della somma minima. – 3. L'offerta di pagamento. – 4. I procedimenti deflativi. – 5. La camera di conciliazione. – 6. Il verbale di conciliazione. – 7. L'accordo fra promotore e convenuto. – 8. Considerazioni conclusive.

1. – La disciplina della liquidazione del danno risarcibile costituisce uno degli aspetti più delicati del sistema dell'azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei, sviluppatosi negli Stati Uniti nel corso del XX secolo, e oggi diffusosi in un gran numero di ordinamenti, anche di derivazione romanistica, con vari adattamenti soprattutto nella individuazione dei soggetti legittimati ad agire ⁽¹⁾. Si può anzi dire che la previsione stessa della possibilità di liquidare il danno in via collettiva costituisce il criterio distintivo degli ordinamenti processuali avanzati nello sviluppo di tale istituto.

Il problema principale posto da tale fenomeno è facile da individuare: benché in svariate occasioni l'illecito possa ledere una pluralità di soggetti in modo identico, causando a tutti un identico danno, nella maggioranza delle ipotesi l'incidenza dell'illecito sul patrimonio delle sue vittime è diversificata. In questi ultimi casi, occorre inevitabilmente scegliere fra due mali: procedere alla liquidazione su base individuale, rinunciando alle economie di scala ed agli effetti perequativi delle opportunità processuali prodotti dall'azione collettiva, oppure adottare comunque un metodo standardizzato, rinunciando alla precisione nell'attuazione in sede giurisdizionale del diritto sostanziale.

La seconda soluzione è evidentemente inaccettabile ove si verta in materia di diritti indisponibili, ma non per questo merita di essere scartata del tutto: nella cultura giuridica nordamericana, in cui la precisione si sacrifica spesso e volentieri all'efficienza, si dibatte soprattutto della possibilità di adottare tale impostazione anche a prescindere dal consenso del titolare del diritto, specialmente quando il valore della singola pretesa sia assai consistente e quindi nessun impedimento di fatto si frapporrebbe alla concreta tutelabilità del diritto stesso in un normale procedimento individuale; il maggiore ostacolo, in quel sistema, sembra porsi allorché ciò comporti attuazioni imprecise del diritto sostanziale di un ordinamento diverso da quello cui appartenga il giudice (a causa dei frequenti problemi di diritto interlocale posti dalla struttura federale dell'ordinamento) ⁽²⁾. Un'impostazione del genere sembra però assai difficile da adottare in ordinamenti come quello italiano, in cui il reclutamento dei magistrati si fonda sulla loro personale competenza tecnica più che sulle loro personali capacità politiche, e rinunciare alla precisione nell'attuazione del diritto sostanziale sembra minare alle fondamenta proprio il principale criterio legittimante l'esercizio del potere giurisdizionale.

Tuttavia se la rinuncia alla precisione nella liquidazione del danno può imputarsi alla volontà delle parti stesse, in materia di diritti disponibili, il problema dell'imprecisione sembra poter assumere un'importanza decisamente minore. Ovviamente la disponibilità della tutela non può e non deve implicare piena disponibilità della tecnica della tutela, e la liquidazione standardizzata di danni prodotti da un unico illecito ma diversificati nell'ammontare può essere adottata solo in base ad esplicite previsioni normative, ma tali previsioni, a differenza del caso in cui tale volontà manchi, non sembrano poter pregiudicare alcuna garanzia costituzionale.

2. – I precedenti rilievi di ordine generale informano l'analisi della complessa disciplina della quantificazione del danno risarcibile introdotta nell'art. 140 *bis* c.cons., a sua volta qualificabile come il principale esempio di azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei dell'ordinamento italiano, in cui si permette ad associazioni o comitati adeguatamente rappresentativi di chiedere l'accertamento del diritto al risarcimento del danno di consumatori o utenti che aderiscano all'azione collettiva o vi intervengano ⁽³⁾. Una prima questione interpretativa sorge alla lettura del co. 4 della

⁽¹⁾ Sul tema della *class action* negli Usa, ricorrentemente evocato nel dibattito italiano, si possono indicare come riferimenti principali, per es., H.B. Newberg e A. Conte, *Newberg on Class Actions*, St. Paul, 2002, II ed.; *Manual for Complex Litigation*, a cura del Federal Judicial Center, Washington, 2004, IV ed., p. 242 ss.; *Principles of the Law of Aggregate Litigation. Discussion Draft No. 2*, a cura dell'American Law Institute, Philadelphia, 2007; sulla sua espansione negli altri ordinamenti v., per es., R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems*, Oxford 2004, p. 5 ss., e da ult. L.S. Mullenix, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Common Law, in Diritto processuale comparato. XIII World Congress of Procedural Law*, a cura di A. Pellegrini Grinover e P. Calmon, Brasilia, 2007, p. 500 ss.; A. Pellegrini Grinover, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Civil Law*, *ivi*, p. 305 ss.; per un panorama in lingua italiana del fenomeno e della sua influenza mondiale, da ult., A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

⁽²⁾ Non mancano, a onore del vero, autorevoli fautori dell'idea che la sede giurisdizionale sia in generale preferibile a quella politica anche ai fini della vera e propria redistribuzione delle risorse (cfr., per es., già P.H. Schuck, *Mass Torts: An Institutional Evolutionist Perspective*, in 80 *Cornell Law Review*, 1995, p. 987 s., e più di recente S. Issacharoff e J.F. Witt, *The Inevitability of Aggregate Settlements: An Institutional Account of American Tort Law*, in 57 *Vanderbilt Law Review*, 2004, p. 1615 ss.; v., però, fra gli autorevoli sostenitori dell'esigenza di rispettare il primato del legislatore e quindi evitare tali effetti specialmente quando si applichi un ordinamento diverso, per es. R.A. Nagareda, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, *cit.*, p. 149 ss.).

⁽³⁾ Nel momento in cui si scrive il presente contributo, la disposizione in discorso è soggetta a una *vacatio*, prorogata sino al 1° gennaio 2009, da ult., dall'art. 36 della l. n. 133 del 6 agosto 2008: su di essa cfr., fra i già numerosi commenti, per es. A. Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008; R. Caponi, C. Consolo, D. Dalfino, A.D. De Santis e A. Palmieri, *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 180 ss.; A. Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 723 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss.; G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria: nota a prima lettura dell'art. 140 "bis" cod. consumo*, in *Foro it.* 2008, V, c. 17 ss.; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 842 ss.; P.F. Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padova, 2008; S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 41 ss.; G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione e intervento nella nuova disciplina delle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, I, Milano, 2008, p.

predetta disposizione, in base al quale il giudice, nell'accertare il diritto al risarcimento del danno dei consumatori aderenti all'azione collettiva (o in essa intervenuti), può determinare la "somma minima" da corrispondere a ciascuno di essi se possibile allo stato degli atti.

La norma, infatti, appare infelicemente formulata nella misura in cui sembra suggerire che tale liquidazione standardizzata sia possibile solo se compiuta nei confronti di tutti i consumatori o utenti coinvolti nell'azione collettiva. Ben più ragionevole, infatti, sembra permettere questa soluzione anche quando una parte soltanto di essi soddisfi i requisiti per accedere alla liquidazione standardizzata.

Un facile esempio, a questo proposito, può individuarsi immaginando che un accordo di cartello abbia prodotto un danno risarcibile nei confronti di consumatori o utenti di prestazioni periodiche o continuative: in tale ipotesi appare senz'altro preferibile che gli aderenti possano essere raggruppati in ragione della durata del loro rapporto, individuando diverse "somme minime" per ciascun gruppo, e che non si determini alcuna somma minima nei confronti dei componenti del gruppo del cui rapporto non consti l'esatta durata. Per evitare che sorgano dubbi intorno alla praticabilità di questa soluzione, si può auspicare che il legislatore approfitti della lunga *vacatio* della nuova disciplina per riformulare il comma in discorso, prevedendo che il giudice possa determinare, se possibile allo stato degli atti, le "somme minime da corrispondere ai consumatori o utenti" (4).

Una seconda questione concerne poi l'efficacia di tale statuizione una volta passata in giudicato formale la pronuncia: è lecito chiedersi se il consumatore possa agire per far valere un maggior danno. Sembra però in questo caso imporsi la soluzione affermativa (5): al provvedimento deve attribuirsi efficacia di titolo esecutivo per la somma minima, e un effetto di pieno giudicato si estende naturalmente anche, a monte, intorno all'*an* della prestazione (6), ma al consumatore resta la possibilità di provare di avere individualmente subito un pregiudizio economico più consistente; meno ovvio, però (e occorrerà quindi tornare fra breve sul tema), è stabilire se tale prova possa darsi in un autonomo giudizio di cognizione, o se il consumatore sia tenuto ad avvalersi dei meccanismi procedurali configurati dal successivo co. 6 dell'art. 140 *bis*.

3. – Il co. 4 in discorso prevede inoltre un onere del convenuto di formulare tempestive offerte di pagamento di somme, stabilendo che si formi un titolo esecutivo in favore di ciascun consumatore o utente per effetto della sua accettazione dell'offerta. L'offerta in parola si configura dunque come un atto a contenuto plurimo: nulla sembra impedire che, oltre a poter essere accettata da alcuni soltanto degli interessati, essa sia validamente formulata nei confronti di alcuni soltanto di questi, o preveda cifre differenti per ciascun consumatore o utente (7).

La definizione consensuale della lite sul *quantum* così raggiunta non ha necessariamente portata transattiva, poiché non è richiesta reciprocità delle concessioni, e costituisce un fenomeno *sui generis*: da un lato, essa viene raggiunta tramite un meccanismo endoprocedimentale, dato che il suo mancato conseguimento innesca i subprocedimenti di cui al co. 6 (l'offerta è rivolta ai consumatori aderenti o intervenuti nell'azione collettiva, e dunque non appare rivolta al pubblico: rispetto ai consumatori rimasti estranei al giudizio essa dunque non produce effetti, e la definizione consensuale della lite può conseguirsi solo in base alle regole generali) (8); dall'altro lato, la sua efficacia non richiede alcuna omologazione giudiziale. Dovrebbe quindi riconoscersi l'esperibilità nei suoi confronti dei rimedi generali previsti per l'impugnazione di quegli atti compositivi della lite di cui non sia richiesta l'omologazione da parte di un organo neutrale (9).

455 ss.; V. Vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 729 ss.; *si vis*, v. anche A. Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227 ss.

(4) Salvo addvenire alla più audace lettura secondo cui sarebbe possibile anche la liquidazione definitiva, e non meramente provvisoria, di tutte le pretese nella sentenza, nonostante la lettera della legge (v., in questo senso, per es., Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 49).

(5) Qualificandosi almeno di regola la pronuncia come provvisoria (cfr. ancora Menchini, *loc. ult. cit.*).

(6) V. ancora Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 48 ss.; cfr. anche, per l'osservazione che nel testo della norma non vi è traccia di previsione di una condanna con riserva di eccezioni, Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis*, cit., p. 1846; d'altronde l'adozione generalizzata di tale tecnica contrasterebbe con l'esperienza statunitense cui s'ispira la nuova disciplina (nella dottrina italiana si ritiene a volte che il giudicato statunitense abbia una portata preclusiva minore di quello italiano, v., per es., Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 48, ma è in realtà vero il contrario – v., per es., per una recente indagine comparata, D. Volpino, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007, p. 205 ss. – e l'aspirazione, diffusamente condivisa nella dottrina statunitense, a poterne limitare la portata oggettiva quando la pronuncia verta su di un'azione collettiva – ma non sempre: solo quando la sollevazione di eccezioni personali rischi di rendere davvero inefficiente il meccanismo – ha incontrato forti resistenze in giurisprudenza, nonostante che la disciplina di riferimento lo permetta esplicitamente, v., per es. *In re Rbone Poulenc Rorer, Inc.*, 7th Circ. 1995, 51 *Federal 3d* 1293, *cert. den.* 116 *S. Ct.* 184, 1995; *Castano v. American Tobacco Co.*, 5th Circ. 1996, 84 *Federal 3d* 745; in favore delle *class actions* su singole questioni, e per ampi riferimenti alla giurisprudenza più permissiva cfr., per es., E.J. Cabraser, *The Class Action Counterreformation*, in 57 *Stanford Law Review* 2005, p. 1499 ss.; T. Barrington Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, in 105 *Columbia Law Review* 2005, p. 717 ss.; E.F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, in 25 *Review of Litigation* 2006, p. 709 ss.; *Manual for Complex Litigation 4th*, cit., 272 ss.; *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, cit., p. 110 ss.; *si vis*, v. anche Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 104 ss.).

(7) In questo senso v. già Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 50 s.; Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 465.

(8) In senso conforme v. già, per es., Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 467; *contra*, sul presupposto che il c. 4 dell'art. 140 *bis*, nel prevedere la comunicazione dell'offerta agli "aventi diritto", ricomprenda in tale espressione anche i non aderenti né intervenuti (aggiungendo però, non troppo congruamente, che tale stessa locuzione non li ricomprende invece ai fini dell'effetto principale della disposizione che la usa, ossia quello di incidere sullo svolgimento degli altri meccanismi di composizione della lite sul *quantum* di cui si dirà fra breve), Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 97.

(9) È quindi dei rimedi negoziali: è rispetto alle conciliazioni omologate o omologabili che si pone, soprattutto nella prospettiva *de iure condendo*, la questione dell'esperibilità di rimedi analoghi a quelli introdotti dal nuovo art. 808-ter c.p.c. ai fini della impugnazione dei

La sua qualificazione normativa come offerta di pagamento, anziché di conciliazione, suggerisce altresì che nel meccanismo in discorso i caratteri procedimentali prevalgano su quelli negoziali, e che sia quindi esclusa l'apposizione di termini o condizioni. Un'offerta contenente siffatte manifestazioni di volontà negoziale avrà dunque l'effetto di una vera e propria offerta di transazione, la cui accettazione comporterà la conclusione del contratto di cui agli artt. 1965 ss. c.c. e l'applicazione della relativa disciplina⁽¹⁰⁾. Il rifiuto dell'offerta di transazione da parte del consumatore o utente, però, non dovrebbe rilevare quanto il rifiuto dell'offerta di pagamento, ai fini della pronuncia sulle spese del procedimento contenzioso di liquidazione del *quantum* conclusosi con un risultato per questi meno favorevole.

Un discorso analogo vale poi per l'offerta formulata tardivamente: nulla impedisce di attribuirle il valore dell'offerta transattiva e di ritenerne efficace l'accettazione. L'accettazione tardiva, a sua volta, dovrebbe potersi perfezionare tramite tempestivo avviso, in applicazione del principio enunciato nell'art. 1326, co. 3, c.c., al consumatore o utente accettante⁽¹¹⁾.

4. – Nel già più volte menzionato co. 6 si trova infine la disciplina della liquidazione delle pretese risarcitorie individuali dei consumatori o utenti aderenti o intervenuti nell'azione collettiva e non definite consensualmente ai sensi del co. 4, articolata in due variabili: la prima si rende applicabile in base all'accordo fra il proponente l'azione collettiva e il convenuto, e si svolge presso gli organi di conciliazione previsti dalla speciale disciplina del c.d. rito societario; l'altra si attiva, in mancanza del predetto accordo, ad opera del presidente del tribunale che ha pronunciato sull'azione collettiva, dopo sessanta giorni dalla decadenza dal termine per formulare o, in caso di tempestiva formulazione, per accettare l'offerta di pagamento di cui al co. 4.

Le due variabili presentano all'interprete soprattutto problemi di natura tecnicamente opposta: la prima richiede di colmare vaste lacune di un dettato rarefatto; la seconda di sciogliere contraddizioni di un dettato prolisso. Alcuni temi riguardano però entrambe alla stessa stregua: ad esempio, deve ritenersi, come si è accennato, che entrambe siano accessibili ai consumatori o utenti in favore dei quali sia stato disposto il pagamento di una somma minima, ai fini del conseguimento dell'eventuale maggior danno.

Il più delicato tema comune è stato invero già evocato: occorre chiarire se il consumatore o utente sia libero di ricorrere in alternativa alle procedure ordinarie per conseguire la determinazione del danno risarcibile. La soluzione affermativa, infatti, non può darsi per pacifica: aderendo all'azione collettiva, il consumatore si è avvalso della facoltà di fruire dell'attività processuale altrui e così abbattere i costi di accesso alla giustizia, e non sarebbe incongruo se una volta eletta quella via gli fosse impedito di far refluire il contenzioso individuale, ai fini della determinazione del *quantum*, direttamente dinanzi al giudice ordinario, eludendo i passaggi procedurali deflativi configurati dal legislatore; d'altronde, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato la legittimità delle forme di condizionamento della giurisdizione dirette a favorire la composizione amichevole, o la risoluzione in via semplificata, del conflitto tra le parti⁽¹²⁾.

Un discorso più articolato vale per il consumatore o utente intervenuto: l'intervento richiede la costituzione in giudizio e quindi sembra non comportare la fruizione dell'attività processuale altrui. Una lettura attenta della norma rivela però che i procedimenti di cui al co. 6 si applicano solo a chi sia intervenuto "ai sensi del co. 2", e a sua volta il co. 2 dell'art. 140 *bis* permette, in deroga alle regole generali, l'intervento per tutto il corso del giudizio d'appello: l'interveniente tardivo rispetto alle regole generali può dunque equipararsi all'aderente, dato che anch'egli viene favorito dalla partecipazione all'azione collettiva, e può essere validamente assoggettato ai meccanismi deflativi in discorso in ossequio alla regola *cuius commoda eius et incomoda*; d'altronde, a chi sia intervenuto tempestivamente deve riconoscersi il diritto a conseguire la determinazione del *quantum* già nella sentenza con il giudice accerta il diritto al risarcimento del danno ai sensi del co. 4⁽¹³⁾.

lodi irrituali (v., anche per riferimenti ai classici contributi sul tema, F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 490 ss.; da ult. v. altresì, nello stesso senso, F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 374 ss.).

⁽¹⁰⁾ Si può osservare che la regola dell'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori posta dall'art. 143 c.cons. suggerisce che la stabilità dei negozi compositivi della lite diversi da quelli previsti dallo stesso c.cons. sia inferiore a quella che essi avrebbero se avessero ad oggetto diritti pienamente rinunciabili (da ult. v. ancora i rilievi svolti e i riferimenti compiuti in Cuomo Ulloa, *La conciliazione*, cit., p. 470 ss.).

⁽¹¹⁾ Implicitamente *contra*, in quanto il termine per l'accettazione rilevarebbe solo ai fini della formazione della camera di conciliazione preposta alla liquidazione delle pretese individuali ai sensi del co. 6 dell'art. 140 *bis* (sulla quale v. *infra*), sicché non vi sarebbe termine alcuno per accettare validamente (ma questa lettura non sembra facile da coordinare con il disposto dell'art. 1326, c. 2, c.c.), Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 466.

⁽¹²⁾ Per ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale in tema di giurisdizione condizionata cfr., per es., L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, p. 188 ss.; I. Andolina e G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, II ed., p. 57 ss.; N. Trocker, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, p. 439 ss.

⁽¹³⁾ Il tema è assai controverso in dottrina: secondo alcuni (v., per es., Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 23 s.; Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 57 ss.) la norma si riferisce anche agli interventi diretti a ottenere la liquidazione della pretesa nella sentenza (e non solo la determinazione della "somma minima"); secondo un'interpretazione alternativa, la domanda dell'interveniente ai sensi del co. 2 dell'art. 140 *bis* deve avere il medesimo oggetto di quella del proponente, e attribuisce il potere di coltivare l'intera azione collettiva nell'inerzia del proponente, nonché di contribuire alla formazione della camera di conciliazione preposta alla liquidazione delle pretese individuali ai sensi del co. 6 dell'art. 140 *bis*, ma tale interpretazione attribuisce l'azione (anche se solo ai fini della sua coltivazione, e non ai fini della sua proposizione) a un soggetto che potrebbe essere sprovvisto del requisito della rappresentatività (per la ricostruzione in parola v. Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 462 ss.); per una lettura ancora diversa v. poi Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 867 ss., secondo il quale l'oggetto della domanda dell'interveniente deve essere identico a quello della domanda del proponente, ma l'espressione andrebbe intesa in senso atecnico, sicché l'interveniente agirebbe in realtà a tutela del proprio diritto soggettivo, ma dato che l'ampliamento dell'oggetto del giudizio nel corso del suo svolgimento produrrebbe difficoltà pratiche, anche la

Va inoltre sottolineato che a poter sfuggire alle procedure di cui al co. 6 è il convenuto. La disciplina in esame, infatti, non prevede da parte di questi alcuna manifestazione di volontà idonea a giustificare il suo assoggettamento ai meccanismi deflativi, e deve quindi attribuirsi a lui il diritto di pretendere che il consumatore o utente richieda la determinazione del *quantum* risarcibile al giudice ordinario secondo le regole generali.

5. – Dei due meccanismi deflativi conviene discutere per primo quello più dettagliatamente regolato: il presidente del tribunale costituisce una “camera di conciliazione” composta da un avvocato indicato dal proponente l’azione collettiva, un altro indicato dal convenuto, ed un terzo nominato dallo stesso presidente del tribunale fra gli abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori con funzioni di presidenza del collegio; quest’organo quantifica la prestazione dovuta a ciascun consumatore o utente che lo domandi, con verbale sottoscritto dal solo presidente e provvisto dell’efficacia di titolo esecutivo. La contraddizione in cui cade il dettato normativo appare di immediata evidenza: un “verbale di conciliazione” propriamente detto attesta la definizione consensuale della lite fra le parti e può dunque acquisire efficacia di titolo esecutivo solo se sottoscritto anche da esse, e non dal solo presidente.

A questa regola potrebbe fare eccezione un istituto immaginato in sede dottrinale: si è suggerito che un collegio formato da rappresentanti delle parti e da un terzo neutrale possa validamente comporre la lite tramite un verbale sottoscritto dai soli componenti del collegio ⁽¹⁴⁾. Tale fattispecie, però, non si presenta affatto nel caso in esame, poiché i componenti indicati dalle parti non ne sono rappresentanti (come non lo sono gli arbitri indicati dalle parti *ex art.* 810 c.p.c.: il meccanismo di nomina di tali componenti corrisponde invero a quello previsto dall’art. 816 *quater* c.p.c. per gli arbitrati nelle cause con pluralità di parti, quando alcune di esse siano raggruppate in un unico centro di interessi e pertanto rimettano a un terzo la nomina dell’arbitro di loro spettanza), e comunque il co. 6 dell’art. 140 *bis* non richiede neppure a loro la sottoscrizione del verbale.

Il modo tecnicamente più appropriato per sciogliere la contraddizione consiste nel ricorso al c.d. criterio logico di interpretazione della legge, in forza del quale la singola scelta lessicale va intesa alla luce del complesso della disciplina in cui la si ritrova: pertanto, l’atto qualificato, secondo la *voluntas legislatoris*, come verbale di conciliazione, ma in maniera contraddittoria dal punto di vista sistematico, si qualifica invece, secondo la *voluntas legis* quale emergente dalla connessione delle parole utilizzate nella norma, in vista delle sue modalità di formazione e dei suoi effetti, come un lodo arbitrale. Rispetto all’altra possibile lettura correttiva, proposta da una parte della dottrina, consistente nel richiedere comunque la sottoscrizione delle parti, quella appena prospettata appare senz’altro preferibile, se non altro perché non si spinge a introdurre nella fattispecie elementi nuovi ⁽¹⁵⁾.

Da tale qualificazione discendono due importanti implicazioni, in applicazione delle garanzie costituzionali operanti in materia. Innanzitutto deve riconoscersi l’impugnabilità dell’atto in sede giurisdizionale, come qualsiasi atto risolutivo di una lite ad opera di un terzo senza che le parti ne approvino il contenuto: opinare diversamente, infatti, implicherebbe la rinunciabilità all’azione in senso astratto (ossia non solo al diritto al provvedimento giurisdizionale favorevole, ma anche a quello sul merito) e sarebbe pertanto incompatibile con l’art. 24 cost. ⁽¹⁶⁾. Inoltre, ammettere che un terzo possa risolvere la lite senza bisogno del previo consenso di entrambe le parti violerebbe altresì il divieto di arbitrato obbligatorio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale ⁽¹⁷⁾: pertanto, come si è accennato, almeno al convenuto deve riconoscersi il diritto di sottrarsi al meccanismo procedimentale in discorso.

Per negare tali conclusioni non sembra sufficiente affermare che la liquidazione del danno non costituisce controversia su diritti a causa della limitatezza del suo oggetto, o perché la competenza esercitata dal terzo sarebbe tecnica e

regola che permette di compierlo “sempre” dovrebbe subire un’*interpretatio abrogans* e il giudice dovrebbe fissare all’uopo un termine avvalendosi del potere di provvedere sulla prosecuzione del giudizio di cui al c. 3 dell’art. 140 *bis* (le difficoltà pratiche legate all’intervento tardivo non sembrano però imporre siffatte acrobazie interpretative: va considerato che nei sistemi stranieri in cui si richiede l’adesione individuale all’azione collettiva si è a volte permesso di compierla addirittura dopo la formazione del giudicato, v., per es., sull’esperienza del c.d. *one-way intervention* prima dell’adozione del metodo del recesso negli Stati Uniti, *Advisory Committee’s Notes on Proposed Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, in 39 *Federal Rules Decisions* 1966, p. 105 s.; B. Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in 81 *Harvard Law Review* 1967, p. 397 ss.; *si vis*, cfr. anche Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 78 ss.).

⁽¹⁴⁾ V. A. Proto Pisani, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Le espropriazioni individuali e concorsuali. Incertezze e prospettive*, Atti del XXIV Convegno Nazionale dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile, Milano, 2005, p. 66 ss.

⁽¹⁵⁾ Una lettura correttiva nel senso che l’efficacia dell’atto richiede l’accettazione delle parti viene proposta, per es., da Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 50 s.; altri hanno invece prospettato che il dettato normativo vada corretto prevedendo la sottoscrizione degli altri componenti del collegio nella veste di rappresentanti delle parti (e che di conseguenza il verbale debba essere approvato all’unanimità: v., per es., Briguglio, *L’azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 104 ss.); l’idea che il collegio liquidi anche a maggioranza e senza bisogno di accettazione delle parti, corrispondente alla piana lettura della norma in esame, si ritrova invece, per es., in Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 465; Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 122 ss.; nello stesso senso v. anche, per es., D. Amadei, *L’azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito* 2008, p. 960; A.D. De Santis, *L’azione collettiva risarcitoria*, in *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chiné e G. Miccolis, Roma 2008, p. 252 ss.; E. Salomone, *L’azione risarcitoria collettiva*, in *Codice del consumo ipertestuale*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2008, p. 668 ss.

⁽¹⁶⁾ Si conceda in proposito un rinvio a A. Giussani, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, p. 10 ss.

⁽¹⁷⁾ Per una disamina della più recente giurisprudenza in tema di obbligatorietà dell’arbitrato cfr., per es., Trocker, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti*, cit., p. 474 ss.; I. Lombardini, *Il nuovo assetto dell’arbitrato in materia di opere pubbliche*, Milano, 2007, p. 13 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Artt. 806-808-bis*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2007, II ed., p. 11 ss.

non giuridica ⁽¹⁸⁾. Senza neppure il bisogno di sottolineare che la “camera di conciliazione” di cui al co. 6 dell’art. 140 *bis* si caratterizza proprio per una competenza giuridica e non tecnica (essendo composta da soli avvocati), si può infatti semplicemente ricordare che la giurisprudenza di legittimità esclude che tali fattori impediscano il controllo giurisdizionale sull’atto ⁽¹⁹⁾, e che la giurisprudenza costituzionale afferma che anche tali modalità di risoluzione del conflitto non possono essere rese obbligatorie per legge ⁽²⁰⁾. Men che meno, quindi, tali conclusioni possono essere evitate facendo leva sulla incongrua scelta lessicale del legislatore (e ciò anche ove tale scelta del legislatore ordinario fosse stata motivata proprio dall’intento di eludere le garanzie costituzionali, o di giustificare indirettamente l’attribuzione ai componenti del collegio degli emolumenti spettanti ai conciliatori anziché di quelli, assai più consistenti, spettanti ai veri e propri arbitri).

6. – Una volta chiarito che il “verbale di conciliazione” di cui al co. 6 dell’art. 140 *bis* è in realtà un lodo, e che il procedimento rientra nella categoria degli arbitrati amministrati dal giudice, resta da stabilire se si tratti di arbitrato rituale o irrituale, sia per individuare le modalità con cui il convenuto può far valere il suo diritto a sottrarsi al meccanismo deflativo, sia per determinare i margini di impugnabilità della decisione resa dal “collegio di conciliazione”. La soluzione deve rinvenirsi oggi nel novellato art. 808 *ter* c.p.c., in forza del quale, onde favorire al massimo la circolazione internazionale dei lodi, si è stabilito che la natura irrituale del lodo possa ravvisarsi solo in presenza di indici inequivoci nel senso che le parti non vogliano la produzione degli effetti della sentenza: dato che il lodo irrituale si caratterizza precipuamente per l’inedoneità ad acquisire gli effetti del titolo esecutivo, appare inevitabile concludere che il “verbale di conciliazione” *de quo*, provvisto di tali effetti senza neppure bisogno di *exequatur* (grazie al particolarmente attivo coinvolgimento del giudice nella formazione dell’organo), debba ascrivere alla categoria dei lodi rituali.

Le implicazioni di tale conclusione non sono peraltro enormi con riferimento al diritto del convenuto di sottrarsi al meccanismo deflativo. Salvi i casi di incompromettibilità della lite, infatti, la parte è tenuta a sollevare la questione della validità del compromesso già dinanzi agli arbitri, a pena di decadenza, indipendentemente dalla natura rituale o meno del lodo. Tuttavia l’art. 808 *ter* permette che ciò avvenga per tutto il corso del procedimento, mentre l’art. 817 c.p.c., con riferimento all’arbitrato rituale, richiede che ciò accada entro la prima udienza.

Sarebbe invece erroneo ritenere che il convenuto perda il diritto a eccepire l’invalidità del compromesso a seguito della sua nomina del componente del collegio. Ancorché sia dubbio che in caso di inerzia la nomina possa richiedersi al giudice *ex art.* 810, co. 2, c.p.c. (potendosi forse configurare la manifesta inesistenza del compromesso ai sensi del co. 3 dello stesso art. 810; la giurisprudenza, però, ha a suo tempo affermato che l’illegittimità costituzionale dell’arbitrato obbligatorio si risolve nella mera nullità del compromesso, anziché nella sua inesistenza giuridica ⁽²¹⁾), la spontanea nomina da parte del convenuto non può qualificarsi come accettazione del compromesso per fatti concludenti, perché può ritenersi diretta anche solo a far dichiarare l’invalidità del compromesso direttamente dagli arbitri, coerentemente allo spirito della recente riforma della materia.

Con riferimento all’impugnabilità dell’atto, invece, le implicazioni sono ovviamente assai vaste: non è il caso di enumerare qui le differenze fra il regime dell’impugnazione del lodo rituale e quello del lodo irrituale. Si può sottolineare, peraltro, un elemento comune: quale che sia la natura del lodo, è in ogni caso escluso il suo completo riesame in ogni tempo tramite opposizione di merito all’esecuzione *ex art.* 615 c.p.c.: come la giurisprudenza ha già avuto modo di riconoscere, anche ai lodi irrituali si applica il generale principio che impedisce di dedurre in tale sede quanto sia deducibile in sede di impugnazione del titolo ⁽²²⁾ (salvi naturalmente i casi assolutamente eccezionali di non riconducibilità dell’atto all’organo che risulti averlo emanato di cui all’art. 161, co. 2, c.p.c.).

7. – Del meccanismo deflativo alternativo, operante in base al tempestivo accordo del promotore e del convenuto, si può dire con certezza quasi solo che della determinazione del *quantum* è investito un organismo di conciliazione a ciò previamente abilitato in sede amministrativa, che si applicano le correlate disposizioni in tema di esenzioni fiscali e tariffe, che si verbalizzano le posizioni delle parti ai fini della responsabilità per le spese in caso di fallimento della conciliazione e successiva definizione contenziosa della lite, e soprattutto che il verbale della avvenuta conciliazione deve essere, conformemente alle regole generali, sottoscritto anche dalle parti, e può acquisire efficacia di titolo esecutivo solo a seguito di un *exequatur* in cui se ne accerti la regolarità formale. Si tratta quindi di una conciliazione in senso proprio, i cui effetti vincolanti si fondano su di un consenso delle parti prestato sia rispetto all’attivazione del procedimento, sia rispetto al contenuto dell’atto risolutivo della controversia.

È avvolto nel più fitto mistero, però, quali siano esattamente le parti il cui consenso viene richiesto. Non è infatti chiaro: a) se siano oggetto del procedimento a1) tutte le pretese risarcitorie fatte valere con l’adesione o l’intervento tardivo, o a2) solo quelle di quei consumatori o utenti che provvedano altresì a proporre domanda in tal senso (come accade ai fini del procedimento arbitrale appena esaminato); b) se la parte di cui è richiesta la sottoscrizione sia b1) il promotore o b2) il consumatore o utente la cui pretesa occorra liquidare.

⁽¹⁸⁾ V., nel senso che in presenza di tali elementi non si avrebbe arbitrato in senso proprio, per es. G. Verde, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, II ed., p. 23.

⁽¹⁹⁾ Resta infatti comunque aperta almeno la strada delle impugnative negoziali proponibili nei casi di arbitrato libero, anche se si ritiene distinta la figura: v., per es., Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482.

⁽²⁰⁾ Cfr., fra le numerose decisioni sul punto, per es. Corte cost. 21 aprile 2000, n. 115, in *Foro it.*, 2002, I, 668; Corte cost. 27 febbraio 1996, n. 54, in *Foro it.*, 1996, I, 1106; Corte cost. 27 dicembre 1991, n. 488, in *Riv. arb.*, 1992, 247.

⁽²¹⁾ V., per es., Cass., sez. un., 21 giugno 1983, n. 4259, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2605.

⁽²²⁾ V., per es., Cass. 16 febbraio 2001, n. 2293.

Tutte le possibili combinazioni si possono prospettare e comportano conseguenze assai diverse. La principale conclusione raggiungibile a prescindere dalla lettura adottata consiste probabilmente nel riconoscere che ove la conciliazione fallisca, la determinazione del *quantum* debba essere richiesta da ciascun consumatore o utente al giudice ordinario secondo le regole generali: il procedimento in discorso è infatti alternativo a quello poc'anzi discusso.

Esaminando separatamente le combinazioni fra le variabili, si può peraltro subito notare che la soluzione a2b2 è del tutto banale: prospettive interessanti si aprono invece se si permette che la manifestazione di volontà del proponente possa devolvere la liquidazione di tutte le pretese degli aderenti o intervenienti tardivi (a1), o disporre in via conciliativa di quelle devolute dagli interessati (b1) o addirittura disporre in via conciliativa di tutte le pretese degli aderenti e intervenienti tardivi (a1b1): in tutti questi casi l'adesione e l'intervento tardivo comportano il conferimento al promotore di poteri di disposizione molto ampi. Nel terzo, però, si produce un'implicazione fortissima: che il promotore possa disporre in via conciliativa dell'azione collettiva risarcitoria nel suo complesso, con effetti nei confronti di tutti gli aderenti e intervenienti tardivi, già dinanzi al giudice ordinario.

Questa opportunità diverrebbe senza dubbio possibile riconoscendo che formano oggetto del giudizio di merito esclusivamente i diritti soggettivi dei consumatori o utenti e non l'interesse collettivo della categoria interessata dall'illecito del convenuto (la cui sussistenza viene richiesta dall'art. 140 *bis* come mero criterio di legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva e viene accertata mediante un'ordinanza produttiva di effetti preclusivi solo in sede endoprocedimentale) ⁽²³⁾. Quand'anche però si ritenesse diversamente, e si volesse dubitare altresì della disponibilità in via conciliativa dell'interesse collettivo, si potrebbe comunque ammettere la disposizione in tal guisa delle conseguenze patrimoniali prodottesi, in capo ai consumatori aderenti all'azione collettiva o in essa intervenuti, per effetto della sua violazione, dato che facilmente si permette di disporre in via conciliativa e persino pienamente transattiva delle conseguenze patrimoniali della violazione di diritti indisponibili ⁽²⁴⁾.

Accedendo a tale interpretazione si renderebbero possibili le forme più estreme di collettivizzazione della tutela risarcitoria già sperimentate negli Usa: si potrebbero concordare la determinazione globale del *quantum*, modalità di determinazione contenziosa di quanto dovuto a ciascuno di essi (eventualmente sulla base di regole difformi da quelle relative alla "camera di conciliazione") e persino forme di risarcimento del danno diverse dal pagamento di somme ai singoli consumatori o utenti in funzione strettamente compensativa del pregiudizio individualmente subito, come ad esempio la destinazione di risorse a iniziative in favore del complesso dei consumatori o utenti colpiti dall'illecito, anche se rimasti estranei all'azione collettiva, secondo la logica dei c.d. *cypres remedies* ⁽²⁵⁾. L'azione collettiva risarcitoria italiana potrebbe quindi assumere quelle funzioni redistributive delle risorse che la *class action* ha più o meno apertamente svolto in alcune fasi dell'esperienza applicativa statunitense.

8. – La maggiore obiezione formulabile nei confronti di una siffatta evoluzione della disciplina dell'azione collettiva è di carattere istituzionale: come si è notato nelle premesse generali, il magistrato italiano, reclutato strettamente in base alla sua competenza tecnica, sembra meno qualificato di quello statunitense, reclutato anche in base a considerazioni politiche, per svolgere funzioni redistributive delle risorse; non a caso, negli Usa si dubita della legittimità di questo genere di prassi soprattutto quando una giurisdizione si trovi ad applicare, per effetto del diritto interlocale o internazionale privato, il diritto sostanziale di un ordinamento diverso. Proprio sulla base di tale genere di considerazioni in Italia si è suggerito in passato (anche tramite una proposta di legge) ⁽²⁶⁾ di escludere che l'azione collettiva potesse formare oggetto di soluzioni transattive opponibili ai singoli componenti del gruppo interessato, e vale la pena di notare che di recente anche negli Stati Uniti si è

⁽²³⁾ Il testo della norma ha suggerito queste conclusioni in tema di oggetto del processo, per es., a Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 57 ss.; R. Caponi, *Oggetto del processo e giudicato "ad assetto variabile"*, in Caponi, Consolo, Dalfino, De Santis e Palmieri, *Azione collettiva risarcitoria*, cit., c. 200 ss.; C. Consolo, M. Bona e P. Buzzelli, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, p. 143 ss.; in tal senso v. anche Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 229 ss., nonché Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1227 ss., ove con maggiori dettagli si argomenta contro l'idea che formi oggetto del giudizio di merito l'interesse collettivo (adottata invece, per es., da Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo*, cit., p. 1844 ss.; Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., c. 19; D. Dalfino, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, in Caponi, Consolo, Dalfino, De Santis e Palmieri, *Azione collettiva risarcitoria*, cit., c. 191 ss.; Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 873; Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 15 ss.); è appena il caso di notare che l'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori prevista dall'art. 143 c.cons. non impedisce di conciliare le liti su di essi in vista delle disposizioni favorevoli a tale modalità di risoluzione del conflitto presenti nello stesso c.cons. (sicché tutt'al più può escludersi che la conciliazione abbia portata transattiva: v. da ult., anche per ulteriori riferimenti, ancora Cuomo Ulloa, *La conciliazione*, cit., p. 463 ss.; cfr. quanto osservato *supra*, nel par. 3 e nelle note 9 e 10).

⁽²⁴⁾ Cfr., per es., con riferimento a varie ipotesi di indisponibilità, Cass. 8 novembre 2001, n. 13834; Cass. 3 aprile 1999, n. 3233; Cass. 15 dicembre 1998, n. 12556, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3098; Cass., sez. un., 23 gennaio 1990, n. 365, in *Riv. arb.*, 1991, 273; Cass. 19 maggio 1989, n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2605; Cass. 26 febbraio 1988, n. 664; Cass. 22 giugno 1981, n. 4069; Cass. 24 dicembre 1955, n. 3938, in *Giust. civ.* 1956, 890; Cass. 20 aprile 1942, n. 1080 (sulla quale, in merito alla transazione dei giudizi di falso, v. già i rilievi di V. Denti, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 249 ss.).

⁽²⁵⁾ La tecnica in parola, avviata in California dal celebre *leading case* *Daar v. Yellow Cab Co*, 433 P.2d, Cal., 732, 1967, ha destato rapidamente vasto interesse anche all'estero (cfr. già, per es., M. Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 396 s.), e benché non si sia affermata solidamente presso la giurisdizione federale statunitense ai fini della pronuncia sul merito, ha sovente operato in sede conciliativa, e si è diffusa, oltre che presso le giurisdizioni degli stati federati, anche in altri ordinamenti americani (in particolare in Canada e Brasile: v. i riferimenti su queste vicende in Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 115 ss., 155 ss.).

⁽²⁶⁾ Si allude all'art. 3 del progetto C-4747 della XIV Legislatura, esaminato nei dettagli in Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 194 ss.; v. inoltre, per tale suggerimento, già A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, p. 410 ss.

affacciata nel dibattito dottrinale l'idea che la conciliazione debba produrre effetti solo nei confronti dei c.d. *passive class members* che l'accettino espressamente ⁽²⁷⁾ (dovendosi tuttavia considerare che colà sono inclusi nell'azione collettiva risarcitoria anche soggetti che non hanno mai attivamente manifestato la volontà di parteciparvi, mentre la disciplina dell'art. 140 *bis* esclude questa soluzione).

L'esperienza applicativa statunitense, però, indica soprattutto che gli effetti redistributivi pregiudicano fundamentalmente i componenti del gruppo: più esattamente, la tendenza alla standardizzazione delle liquidazioni produce un effetto perequativo dell'ammontare dei risarcimenti individuali, e riduttivo del loro ammontare complessivo, sicché sono i titolari delle pretese di più cospicuo valore a risentire di tali effetti, in favore di quanti vantino pretese più modeste ⁽²⁸⁾. Mentre, quindi, le lamentele nei confronti degli effetti distorsivi prodotti dall'azione collettiva risarcitoria provenienti da chi abbia subito ingenti danni alla persona sono difficili da respingere in quei casi in cui, negli Stati Uniti, il singolo componente del gruppo interessato non può sottrarsi (ma questa soluzione sarebbe difficilmente compatibile con le garanzie costituzionali dell'ordinamento italiano), quelle relative all'applicazione dell'istituto nel contesto della tutela di consumatori che abbiano subito individualmente solo danni di modica entità tendono tipicamente a provenire dai convenuti, e a non presentare quindi molta credibilità ⁽²⁹⁾.

Questo naturalmente non vuol dire che la scelta italiana di non includere nell'azione collettiva risarcitoria le pretese dei consumatori non aderenti né intervenuti giustifichi troppo facilmente la piena libertà di conciliare in pregiudizio degli aderenti e intervenienti tardivi. La struttura dell'azione collettiva risarcitoria aggrava i problemi di c.d. *agency* ⁽³⁰⁾, e giustifica l'indicazione, adottata anche in altri ordinamenti europei in cui si è seguito il metodo italiano dell'onere di adesione all'azione (c.d. *opt-in*), anziché quello americano dell'onere del recesso (c.d. *opt-out*), che gli effetti della conciliazione si producano solo a seguito di un'omologazione giudiziale in cui si verifichi, oltre alla regolarità formale dell'atto, anche l'equità sostanziale del contenuto dell'accordo ⁽³¹⁾.

Deve inoltre lamentarsi che il legislatore italiano abbia ignorato il suggerimento, ripetutamente formulato in dottrina (e anche in una proposta di legge) ⁽³²⁾, di prevedere diversi regimi procedurali dell'azione collettiva risarcitoria, in particolare in ragione dell'ammontare delle singole pretese da dedurre in giudizio, richiedendo l'individuazione dei loro titolari e la precisa determinazione e distribuzione del risarcimento spettante a ciascuno al di sopra del limite della ordinaria competenza per valore del giudice di pace, ed ammettendo la liquidazione globale del danno e la semplificazione della distribuzione della somma per quelle pretese il cui valore sia così esiguo da giustificare l'attribuzione della competenza a conoscerle alla magistratura onoraria. Il maggior risultato della ricerca scientifica in materia sembra infatti consistere proprio nella dimostrazione che un sistema sviluppato di tutela giurisdizionale collettiva si articola in una pluralità di variabili a

⁽²⁷⁾ Cfr. J. Bronsteen e O. Fiss, *The Class Action Rule*, in 78 *Notre Dame Law Review*, 2003, p. 1443 ss.; J. Bronsteen, *Class Action Settlements: An Opt-in Proposal*, in 2005 *University of Illinois Law Review*, 2005, p. 903 ss.

⁽²⁸⁾ Il fenomeno è stato osservato da tempo: cfr., per es., J.C. Coffee, *Rethinking the Class Action: A Policy Primer on Reform*, in 62 *Indiana Law Journal*, 1987, p. 649; P.L. Glaser, *Management of Mass Tort Litigation: Preparing for Trial*, New York, 1986, p. 475; J.S. Kakalik, P.A. Ebener, W.L.F. Felstiner, G. Haggstrom e M.G. Shanley, *Variations in Asbestos Litigation Compensation and Expenses*, Los Angeles, 1984, p. 61 ss.; in particolare gli effetti dell'azione collettiva sull'allocatione dell'onere della prova del nesso di causalità, lungi dall'implicare l'introduzione della responsabilità per il mero rischio di danno, si limitano a traslare il rischio dell'incertezza sulla causazione specifica dal rapporto fra danneggiante e danneggiato a quello fra i vari danneggiati concorrenti alla distribuzione della somma globalmente liquidata, sicché l'attuazione del diritto sostanziale risulta in realtà più accurata rispetto al convenuto, in confronto a quanto accade se il diritto è deducibile soltanto in via individuale, e meno accurata, se non si richiede la prova della causazione specifica in sede di riparto, solo rispetto ai rapporti fra i danneggiati (in proposito v. già i classici contributi di D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, in 97 *Harvard Law Review*, 1984, p. 885 ss.; Id., *Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means*, in 62 *Indiana Law Journal*, 1987, p. 585 ss.; cfr. anche P.H. Schuck, *Agent Orange on Trial*, Cambridge, Massachusetts, 1987, p. 268 ss.; J.B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Evanston, Illinois, 1995, p. 151 s.; *si vis*, v. anche già A. Giussani, *La prova statistica nelle "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1029 ss.).

⁽²⁹⁾ Con riferimento alle cause in tema di *personal injury* v., per es., i rilievi di S.P. Koniak, *Feasting While the Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc.*, in 80 *Cornell Law Review*, 1995, p. 1055 ss.; con riferimento invece ai c.d. *negative-value claims* (il cui ammontare è inferiore a quello dei costi non ripetibili dell'azione in via individuale), si è ampiamente dimostrato che la propensione dei convenuti ad affermare di essere soggetti a un "ricatto legalizzato" distorsivo del diritto sostanziale per via della proponibilità della class action è del tutto destituita di fondamento e strumentale (v., per es., anche per ampi riferimenti, C. Silver, *"We're Scared to Death": Class Certification and Blackmail*, in 78 *New York University Law Review*, 2003, p. 1357 ss.; in argomento cfr. anche B. Hay e D. Rosenberg, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedies*, in 75 *Notre Dame Law Review*, 2000, p. 1403 ss.; R.J. Kozel e D. Rosenberg, *Solving the Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgement*, in 90 *Virginia Law Review*, 2004, p. 1849 ss.).

⁽³⁰⁾ Alla generale difficoltà di valutare la rispondenza dell'operato del professionista agli interessi del cliente si aggiunge infatti nell'azione collettiva l'assenza di un rapporto professionale diretto con il difensore tecnico da parte dei singoli componenti del gruppo: per un'ampia analisi dei principali problemi posti dalla prassi applicativa statunitense v. J.C. Coffee, *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, in 95 *Columbia Law Review*, 1995, p. 1347 ss.; per un panorama dei rimedi apprestati nel corso degli ultimi anni e della loro efficacia v. W.B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, in 53 *UCLA Law Review*, 2006, p. 1435 ss.

⁽³¹⁾ Per es. in Svezia, in Danimarca (ove l'*opt-out* è possibile solo se l'azione viene esperita da un organo pubblico), e in Norvegia (ove l'*opt-out* è ammesso in base a un'ampia discrezionalità del giudice, soprattutto quando la maggioranza delle pretese dedotte siano *negative-value claims*: cfr. su tale concetto e sulla sua importanza, anche la nota 29 *supra* e la nota 32 *infra*): v., per notizie e riferimenti intorno alla diffusione del sistema delle azioni collettive risarcitorie nei paesi scandinavi, ancora Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 168 ss.

⁽³²⁾ Si allude nuovamente all'art. 3 del progetto C-4747 della XIV Legislatura, già menzionato nella nota 26, *supra* (e quindi v. ancora Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 194 ss.).

seconda di vari fattori, tra i quali non può trascurarsi quello relativo all'ammontare del danno subito dal singolo componente del gruppo colpito dall'illecito ⁽³³⁾.

Tutti questi rilievi concorrono però nel suggerire che la condivisibile esigenza di migliorare il dettato dell'art. 140 *bis* non implichi affatto la necessità che se ne rinvii l'applicazione: i possibili miglioramenti, infatti, sono del tutto compatibili con la provvisoria applicazione della norma come ora formulata. Ritardare ancora l'adeguamento della legislazione ai progressi compiuti in altri paesi in tema di tutela collettiva risarcitoria, anche se si tratta di un adeguamento solo parziale, rischia invece di aggravare il già considerevole gap di competitività del sistema economico nazionale ⁽³⁴⁾.

Andrea Giussani
Straordinario nell'Università di Urbino

⁽³³⁾ Deve però concedersi, per una tassonomia sviluppata con l'ausilio critico della comparazione, con cui si è tentato di illustrare il problema, oggetto di intenso e prolungato dibattito, della classificazione delle azioni collettive risarcitorie, un ulteriore rinvio alla trattazione svolta in Giussani, *Studi sulle "class actions"*, cit., p. 239 ss. (ripresa poi, con più recenti riferimenti di dottrina e giurisprudenza, in Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 99 ss.).

⁽³⁴⁾ Costituisce specificamente un *non sequitur* rinviare l'efficacia della norma per estenderne l'applicazione, come avvenuto con l'art. 36 della l. n. 133 del 6 agosto 2008 già menzionato *supra*, nella nota 3 (v. inoltre, a proposito del nesso fra l'accessibilità alla giustizia tramite le azioni collettive risarcitorie e la competitività del sistema economico, ancora Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 53 ss.).