

Gregorio Gitti

Conciliazione e transazione nell'azione collettiva^[1]

Sommario: 1. Premessa. - 2. “Tutti in classe!” - 3. Il contratto e il processo. - 4. La proposta transattiva dell'impresa. - 5. La “Camera di transazione” -

1. Premessa

La cosiddetta “via italiana” alla *class action* appare come una strada urbana caotica e trafficata ai cui incroci siano andati in *black out* i semafori. Non a caso, con lo spirito di scommettere sulla effettiva entrata in vigore della disciplina^[2], il gioco più praticato sui due piedi dai primi commentatori ^[3] è stato quello di chiedersi se siamo di fronte ad uno di quei casi – per utilizzare un'espressione cara alla scienza del diritto comparato – di innesto o di *trapianto* ^[4], più o meno vitale ^[5], nel nostro ordinamento, di un istituto nato e sviluppatosi in un contesto normativo, professionale e culturale non omogeneo a quello nel quale, ora, si chiede all'interprete di verificarne l'operatività.

Nondimeno l'originalità, per così dire, della soluzione adottata nel nostro Paese sembra quasi isolare il caso italiano e perciò induce ad interrogarsi non tanto sulla astratta “provenienza” della disposizione – se cioè, e in quale misura, il legislatore attinga al modello giuridico statunitense o ad alcuna delle più recenti esperienze europee ^[6] – quanto sulla sua coerenza sistematica complessiva e sulla sua reale portata, compito al quale è, e tanto più sarà chiamato, oltre allo studioso, soprattutto il giurista pratico, nel momento in cui provi a misurarsi con la sua concreta applicazione.

2. “Tutti in classe!”

La prima questione sottende uno dei principali “compromessi” e, insieme, il maggiore nodo irrisolto nell'intricata matassa costituita dall'art. 140-*bis* cod. consumo: alludo naturalmente al tema della formazione e della definizione della “classe” di attori, o, meglio, di soggetti beneficiari, a vario titolo, degli *effetti* dell'azione promossa dagli enti associativi legittimati.

Il legislatore, infatti, individua i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione collettiva nelle associazioni dei consumatori di cui all'art. 139 cod. consumo e in enti esponenziali, costituiti nella forma di comitati, adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere. Partecipano inoltre all'azione collettiva, e beneficiano, nelle intenzioni del legislatore, degli effetti della decisione del giudice, i consumatori che comunichino per

iscritto la propria *adesione* alla causa, secondo il sistema del cosiddetto “*opt-in*” [7]. Sono infine parti del procedimento i singoli consumatori o utenti che *intervengano* per proporre domande aventi il medesimo oggetto.

La dottrina già ha messo in luce, con riferimento a ciascuna di queste tre categorie, le principali criticità sollevate dalla soluzione legislativa: basti ricordare, senza pretesa di completezza, a) con riferimento alla legittimazione dei comitati, il problema della verifica della “*adeguata rappresentatività*” degli stessi, che rimanda ad una decisione da parte dell’organo giudicante da adottarsi secondo criteri quanto meno incerti [8]; b) con riferimento all’“adesione” del consumatore, il problema rappresentato, da un lato, dalla incerta natura di questa fattispecie introdotta dal legislatore, qualificata come atto unilaterale recettizio e, secondo autorevole dottrina, revocabile [9] e, dall’altro, dall’ampiezza della finestra temporale entro la quale può essere esercitata la facoltà di adesione (fino alla precisazione delle conclusioni in appello), tale da snaturare la funzione tipica del giudizio di secondo grado; c) con riferimento, infine, all’intervento, da qualificarsi tecnicamente come intervento liticonsortile autonomo ex art. 105 cod. proc. civ., il rischio che una simile soluzione appesantisca il procedimento, rendendone lo svolgimento tanto più macchinoso quante più sono le parti individuali che hanno affiancato quella collettiva.

Su tale questione l’oggetto del mio contributo è, viceversa, assai più circoscritto, volendo riguardare l’azione collettiva risarcitoria dall’angolo di visuale, certamente più limitato ma più consono al privatista, dell’autonomia privata e, ove possibile, del *contratto*.

Mi pare che l’incertezza evidenziata sul piano processuale con riguardo al problema della definizione dei soggetti attori, parti o beneficiari della *class action* all’italiana, si riverberi, sul piano sostanziale, con riferimento alla definizione, dal punto di vista soggettivo, del perimetro del possibile accordo compositivo della lite tra l’impresa e la “classe”, al momento cioè di indicare chi siano le “parti” del suddetto accordo e, di conseguenza, di individuare quali siano i meccanismi della sua formazione.

3. Il contratto e il processo

Chiarisco subito che non intendo occuparmi del tema dell’accordo transattivo tra impresa e consumatori che sia anteriore o contestuale all’instaurazione del giudizio mediante esercizio dell’azione collettiva[10]. La ragione di tale scelta è presto detta: il legislatore dell’art. 140bis cod. consumo, semplicemente, non si è posto il problema della “procedimentalizzazione” della formazione di un possibile accordo transattivo nella fase iniziale dell’azione.

È ben vero, che un accordo transattivo anteriore all’esercizio dell’azione dovrà certamente soggiacere alle regole ordinarie in tema di transazione e che coerentemente, una volta instaurato il giudizio, anche con riguardo all’azione collettiva risarcitoria,

troveranno applicazione le norme “ordinarie” in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione giudiziale *ex art. 185 cod. proc. civ.*

Tuttavia, non è stato previsto dalla disciplina italiana dell’azione collettiva risarcitoria alcunché di simile al procedimento disciplinato dalla Rule 23(e) americana in tema di “*Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise*”, e cioè – in sintesi – di omologazione giudiziale del *settlement agreement* tra l’impresa e il *class representative*, previa definizione della *class*, instaurazione di un adeguato contraddittorio tra i suoi membri, verifica dell’adeguatezza del suo contenuto e garanzia della possibilità di esercitare la facoltà di *opting out*.

Nondimeno, dal tenore letterale della disposizione in esame, si ricava chiaramente che almeno due sono i luoghi nei quali l’istituto processuale richiama o rinvia, per il completo esplicitarsi della sua funzione di tutela, ad atti di autonomia privata, corrispondenti ad altrettanti momenti dello svolgimento dell’azione collettiva, con finalità, come dirò a breve, *sostanzialmente transattiva*.

Mi riferisco, anzitutto, alla previsione del comma 4 dell’art. 140-*bis* cod. consumo, ai sensi del quale, in caso di accoglimento della domanda, entro sessanta giorni dalla notificazione della sentenza – nella quale il giudice “*determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all’azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio*” e nella quale altresì, “[s]e possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente” –, l’impresa “*propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria*”, con l’avvertenza che “[l]a proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo”.

Mi riferisco, inoltre, alla previsione di cui al comma 6 dell’art. 140-*bis* cod. consumo, nella parte in cui, dopo aver individuato la camera di conciliazione come sede deputata “*per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all’azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda*”, prescrive che la stessa “*quantifi[chi], con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l’ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti*”, con l’avvertenza, anche in questo caso, che il verbale di conciliazione, così redatto, “*costituisce titolo esecutivo*”.

In entrambi i casi ci troviamo, dunque, nella fase successiva al fruttuoso esercizio, da parte degli attori e degli intervenienti, dell’azione collettiva risarcitoria prevista dal primo comma della norma: concluso favorevolmente – con le parole del primo comma – il primo grado dell’ “*accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti*”, spetta ora in prima battuta all’impresa convenuta *proporre* una determinazione del *quantum* della pretesa risarcitoria

o restitutoria, e suddividere altresì tale importo tra gli attori, i soggetti intervenuti e quanti hanno aderito al procedimento.

In subordine, qualora la proposta non sia formulata, ovvero non sia accettata, e dunque l'accordo non si perfezioni, tale funzione è demandata alla camera di conciliazione unica appositamente istituita ad opera delle parti del processo, ovvero individuata dal Tribunale, su richiesta congiunta delle stesse, presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.

Nell'un caso e nell'altro, l'accertamento del *quantum* dovuto è comunque affidato ad un accordo tra le parti del rapporto sostanziale, *motu proprio* oppure con l'intervento della camera di conciliazione.

Si pone, preliminarmente, la questione della qualificazione e della natura giuridica dei due distinti "accordi" in questione.

Al di là di etichette nominalistiche, il problema è certamente quello di analizzare tecnicamente la struttura e la funzionalità concreta di tali attività. Questa analisi consentirà poi di chiarire quale sia l'efficacia degli "accordi" nei confronti delle parti, degli intervenuti e degli aderenti, e quale sia, rispetto agli stessi, la posizione di quanti, pur vantando una (potenziale) pretesa derivante dal medesimo titolo (in senso sostanziale) ovvero da rapporti sostanziali *omogenei* [11], non sono parti (in senso processuale) dell'azione risarcitoria collettiva.

L'uno e l'altro tema costituiscono altrettante cartine di tornasole dell'effettività della tutela predisposta dal legislatore, rispetto all'obiettivo dell'innalzamento dei livelli di protezione dei consumatori e degli utenti così enfaticamente declamato dal legislatore delegato.

Dei due procedimenti conviene, nel prosieguo, dar conto separatamente.

4. La proposta transattiva dell'impresa

È necessario, allora, notare che, nel primo momento, ci troviamo al di fuori di una funzione di conciliazione in senso proprio: se alla *proposta* di quantificazione del danno formulata per iscritto dall'impresa e depositata in cancelleria, segue l'*accettazione* "in qualsiasi forma" da parte del "consumatore o utente", si perfeziona un *accordo* tra le parti del rapporto sostanziale, che costituisce titolo esecutivo.

L'anomalia della fattispecie è evidente: da un lato, essa rimanda all'autonomia privata per la determinazione dell'entità della responsabilità *aut* dell'obbligo di restituzione dell'impresa; dall'altro, essa ricollega a tale accordo efficacia immediatamente esecutiva. Quest'ultimo profilo segna un importante tratto di demarcazione *sia* rispetto al contratto

di transazione in senso proprio, che di tale efficacia è sprovvisto, *sia* rispetto al procedimento di conciliazione (che pure si potrà svolgere decorso inutilmente il termine di 120 giorni), del quale non condivide, con ogni evidenza, la struttura (almeno) trilaterale e l'intervento del terzo conciliatore, pur conseguendo, sul piano giuridico, un risultato del tutto analogo (efficacia esecutiva dell'accordo) a quello che si ottiene mediante la conciliazione in sede giudiziale.

L'anomalia, quanto all'efficacia dell'atto, è ancora più marcata se si ricorda l'insegnamento della più autorevole dottrina processualistica, la quale, con riferimento al procedimento di conciliazione giudiziale, notava che solo la "*funzione omologativa*" della sottoscrizione del verbale – *id est*, dell'accordo di conciliazione – da parte del giudice poteva fondare la sua peculiare efficacia *ultra* negoziale, costituita, per l'appunto, dalla sua esecutività [12].

Viceversa, la norma non solo non prevede un intervento di omologazione del giudice, ma, di più, la facoltà per il consumatore o utente di far valere in via esecutiva il diritto riconosciutogli nella proposta da lui accettata non è assistito da alcuna cautela, neppure di carattere formale, con evidenti ripercussioni pratiche in punto di certezza della pretesa azionabile.

Piuttosto, e nonostante le menzionate perplessità in merito all'efficacia dell'atto, ritengo sia comunque possibile ravvisare in questo negozio plurilaterale un accordo avente *sostanza transattiva*. Cercherò di illustrare brevemente, anzitutto, le ragioni di tale affermazione.

Della transazione, infatti, esso ben può presentare in primo luogo il carattere tipico delle *reciproche concessioni* di cui all'art. 1965 cod. civ., comma primo e, in seconda battuta, produrre l'effetto tipico di porre fine ad una lite in corso, mediante costituzione diretta di un titolo idoneo per l'esecuzione.

Quanto al primo profilo, a ben vedere, la conclusione cui pervengo non è in sé *necessaria*: l'elemento delle reciproche concessioni potrebbe infatti mancare con riferimento al perimetro processuale delle pretese e delle contestazioni ed ossificarsi nella mera rinuncia all'impugnativa della sentenza di condanna, se la proposta dell'impresa dovesse limitarsi ad una semplice liquidazione degli importi dovuti, secondo i criteri dettati dal giudice ed, eventualmente, sulla base dell'importo minimo da quest'ultimo già individuato come di pronta liquidazione.

Nondimeno, tale conclusione appare quanto meno verosimile, se appena si considera che in tanto l'impresa, pur non essendovi tenuta (la norma infatti non prevede la proposta come obbligatoria), sarà incentivata a formulare una proposta nel termine di 60 giorni dalla notifica della sentenza di condanna generica, in quanto dalla formulazione di tale proposta possa trarre qualche beneficio (ad esempio sul piano della celere definizione del

processo, che ben potrebbe avere riflessi sul piano “reputazionale”), a fronte dell’impegno a versare la somma proposta. Di contro, e specularmente, in tanto la proposta dell’impresa potrà essere accettata, in quanto essa sia ritenuta conveniente alla luce, ad esempio, del possibile *trade off* tra la pronta liquidazione di un importo inferiore rispetto al massimo che potrebbe astrattamente essere attribuito sulla base dei parametri definiti dal giudice (o, addirittura, più vicino al minimo che il giudice sia stato in grado di determinare nella sentenza), e i costi, le lungaggini e le incertezze associati ad un giudizio di impugnazione, in ipotesi appena instaurato dall’impresa.

Quanto al secondo profilo, l’orizzonte temporale nel quale si colloca il meccanismo di proposta e accettazione previsto dalla norma (60 giorni cui si aggiungono al massimo ulteriori 60 giorni) rende evidente che, alla data di formulazione della proposta, potrebbe ben essere già definita l’identità ed il numero di quanti abbiano presentato appello avverso la sentenza di primo grado, (nel termine di 30 giorni di cui all’art. 325 cod. proc. civ.) e, verosimilmente, l’impresa soccombente non rinuncerà *tout court* a sua volta alla possibile “tutela” offerta dall’impugnazione della sentenza di condanna generica, se non in presenza dell’accettazione di una proposta a condizioni che reputi migliorative o più convenienti.

Se ne deduce che il procedimento risulterebbe probabilmente *pendente* dal punto di vista processuale e, quindi, la lite *in corso*, dal punto di vista del negozio, al momento della proposta, ai fini della qualificazione giuridica della fattispecie.

La possibile (aggiungerei: probabile) *sostanza transattiva* dell’accordo in questione e la sua efficacia immediatamente esecutiva non eliminano, tuttavia, gli ulteriori profili di incertezza e, per così dire, *dispecialità*, dello stesso, a cominciare proprio dal tema segnalato in apertura, della esatta individuazione delle parti dell’accordo e del procedimento della sua formazione.

Infatti, *nulla quaestio* che il proponente l’accordo sia l’impresa convenuta nei confronti della quale sia stata pronunciata sentenza di accertamento ed eventualmente di condanna (generica) nel procedimento. Semmai si potrebbe discutere, in una prospettiva *de jure condendo*, dell’opportunità di consentire la presentazione di una proposta anche da parte degli attori, i quali ben potrebbero essere meglio in grado di provvedere, autonomamente, ad una proposta di liquidazione di importi ai fini del pagamento o della restituzione.

Viceversa, più problematica appare, già nell’impostazione seguita dal legislatore, l’individuazione dell’accettante: se si accorda prevalenza al dato letterale della norma, questi è infatti ciascun consumatore o utente *uti singulus*. Si tratta di un risultato interpretativo, che, a sua volta, ci porta immediatamente ad inferire due conclusioni.

(a) Da un lato, non sarebbero legittimati ad accettare la proposta formulata dall’impresa né le associazioni che abbiano agito a tutela degli interessi collettivi, né i comitati

adeguatamente rappresentativi di tali interessi; ciò comporta, in altri termini, che alle associazioni ed ai comitati risulterebbe precluso il potere di disporre, mediante accordo con l'impresa condannata, del diritto sostanziale al risarcimento del danno (o alla restituzione delle somme) riconosciuto in capo ai singoli associati, sul piano della determinazione dell'entità di questi ultimi.

Il tema, come è noto, ha dato vita a un vivace dibattito nella dottrina italiana, che ha fatto registrare una varietà di opinioni differenti tra quanti ritenevano, con riferimento all'azione prevista dall'art. 1469*sexies*cod. civ. e, ora, riproposta all'art. 139 cod. consumo, che l'iniziativa delle associazioni di categoria desse luogo a una forma di sostituzione processuale in senso tecnico [13] e quanti, più cautamente, parlavano allora di legittimazione straordinaria a tutela di interessi collettivi [14] o, ancora, di mero diritto giudiziario di azione inibitoria [15].

Ma, di fronte ad uno strumento che aspira ad innalzare il livello di protezione dei consumatori, viene certamente alla mente il pensiero di chi [16], ancora in corso i lavori preparatori della legge, auspicava che il legislatore evitasse di confondere la tutela collettiva risarcitoria dei diritti individuali omogenei con la tutela – fondamentalmente inibitoria – degli interessi collettivi o diffusi da parte delle associazioni [17].

Ma proprio il procedimento per la quantificazione del danno introduce in tale impostazione una cesura evidente, se appena si considera che il legislatore italiano consente la definizione anticipata della vertenza tra impresa e consumatori esclusivamente mediante un *diretto intervento* di questi ultimi, in capo ai quali soli è riconosciuto, dunque, il diritto sostanziale fatto valere dalle associazioni e dai comitati e accertato nella sentenza di primo grado, e la facoltà di disporre, in tutto o in parte.

(b) Dall'altro lato, i consumatori e utenti di cui parla la norma sarebbero esclusivamente quelli rappresentati dalle associazioni o comitati che hanno agito, unitamente a quanti abbiano *aderito* all'azione collettiva proposta o siano *intervenuti* ai sensi del comma secondo, e non anche consumatori o utenti *estranei* al procedimento al momento della pronuncia della sentenza di primo grado.

Tale valutazione appare *prima facie* coerente da un punto di vista processuale: ragioni sistematiche impongono infatti di tener conto, anzitutto, dell'identità delle parti processuali nei cui confronti si producono gli effetti della sentenza di accertamento e di condanna e, inoltre, di dare coerenza ai meccanismi processuali di preclusione previsti dai commi primo e secondo della norma in relazione alla partecipazione all'azione collettiva.

Nondimeno, viene da chiedersi, anzitutto, se la menzionata soluzione sia altresì coerente con il meccanismo predisposto dal legislatore al fine di consentire l'*opting in* del consumatore o utente: quest'ultimo infatti, dice il primo comma della disposizione, ha

diritto di intervenire sino a che, nel giudizio di appello, siano state precisate le conclusioni. Ciò significa che, nel momento in cui venga pronunciata la sentenza di primo grado, non vi è ancora certezza in merito all'esatto perimetro della *class* che agisce in giudizio.

Ne segue, quanto meno, qualche difficoltà e imbarazzo, nel momento di individuare chi sia il destinatario della proposta di definizione – in via transattiva – della lite in corso. Deve infatti ritenersi che la proposta di quantificazione del danno sia rivolta solo ed esclusivamente ai soggetti già *parti* del procedimento di primo grado? Oppure è possibile immaginare un accordo transattivo *aperto* anche a quanti, pur non avendo preso parte all'azione risarcitoria nelle modalità previste dal primo comma, abbiano nondimeno il diritto di aderire, ai sensi del medesimo comma, fino alla precisazione delle conclusioni in appello?

Per non parlare delle difficoltà relative alla individuazione e al dispiegarsi, anche all'interno dei soli partecipanti alla prima fase del procedimento, del ventaglio di destinatari della proposta, il quale, come si è giustamente notato, presuppone che si possa “dar prova del numero di adesioni pervenute e anche [...] del numero di adesioni revocate, senza che per tutto il giudizio di primo grado siano previste modalità *dievidenza processuale* di tali adesioni diverse da quella della normale prova documentale retta dall'art. 183 comma 6 [...]” [18].

A me pare che questo sia il punto essenziale nel quale viene messa in gioco la finalità di innalzamento dei livelli di tutela del consumatore “su larga scala” perseguita dalla norma: a tal fine, è infatti necessario chiedersi quale sia la sorte dei consumatori o utenti che, sebbene destinatari della proposta, non l'abbiano accettata, ovvero che non siano ancora intervenuti, o non abbiano aderito al procedimento in corso, e quale sia la sorte di quanti si accordino sulla definizione dell'entità del risarcimento ovvero della restituzione.

Al riguardo, per quanti siano già parte del procedimento e non intendano accordarsi, si apre la (sola) via della conciliazione di cui al sesto comma della norma: resta ferma, tuttavia, la necessità di un atto di impulso privato da parte dei singoli interessati, poiché agli stessi consumatori è demandata l'iniziativa di “farne richiesta”; cosa che, all'atto pratico, potrebbe risultare deterrente per l'unità della classe e per l'effettività dello strumento di tutela.

È inoltre il caso di sottolineare, nuovamente, la cesura che qui si viene a creare tra la situazione anteriore alla sentenza di accertamento giudiziale del diritto di consumatori e utenti, affidata in prima battuta alle associazioni o comitati rappresentativi degli interessi di consumatori o utenti, e la fase determinativa dell'entità dell'risarcimento spettante a ciascun consumatore.

Durante quest'ultima fase – la norma al riguardo non sembra lasciare dubbi – non risultano più ammissibili meccanismi *lato sensu* di *rappresentanza* collettiva dei diritti *individuali* in giuoco, ma si apre la via ad una definizione *bilaterale* della vertenza tra impresa e singolo consumatore. Avremo, in sostanza, tanti accordi quanti sono i consumatori rappresentati o intervenuti.

Emergono allora alcuni dei limiti, a mio avviso, più significativi della possibile “transazione collettiva” nel corso del procedimento. Essi si riflettono poi, dal piano soggettivo, anche sul momento della definizione dell'*oggetto* dell'accordo che abbiamo definito transattivo.

Il meccanismo predisposto dal legislatore suggerisce infatti che la proposta sia indirizzata “a ciascun consumatore” e, successivamente, “depositata in cancelleria”. In altri termini, avremo tante proposte quanti sono i consumatori rappresentati, intervenuti o aderenti in primo grado, e tanti accordi quante sono le accettazioni pervenute, in qualunque forma trasmesse.

Viene allora da chiedersi, in relazione a questi consumatori “identificabili”, se il contenuto della proposta e, quindi, l'oggetto del perfezionando “accordo”, possano essere, ricorrendone le condizioni, *identici* per tutti i soggetti interessati.

Si faccia l'esempio del consumatore parte della polizza assicurativa sulla quale si ripercuotano gli effetti della declaratoria di nullità dell'intesa conclusa tra compagnie di assicurazione: in tal caso, a ciascun sottoscrittore di polizze, quanto meno all'interno della medesima tipologia, potrà essere offerto dall'impresa il pagamento di identico importo a titolo di risarcimento? Ancora, in presenza di rapporti controversi o situazioni sostanziali non identici, potrà l'impresa offrire a *tutti* i consumatori o utenti danneggiati già coinvolti a vario titolo nel procedimento una medesima liquidazione?

La finalità di semplificazione dell'*iter* satisfattivo della pretesa dei consumatori che appare evidente nella *ratio* della norma sembrerebbe deporre in senso affermativo, confermando, così, che l'accettazione di una siffatta proposta da parte del consumatore potrebbe ben comportare per quest'ultimo la rinuncia a parte della propria pretesa e, dunque, come si è detto, un atto, o meglio una serie di atti, nella sostanza transattivi.

Rimane tuttavia la sensazione di insoddisfazione per un meccanismo che, nel riportare la definizione del *quantum* del risarcimento o della restituzione dovuti al piano dell'autonomia privata, non prevede alcuna modalità di esercizio davvero “collettivo” di tale autonomia, affidando l'espletamento di tale funzione al rapporto tra l'impresa e ciascun consumatore *uti singulus*.

Tra l'altro, e l'affermazione ha il tono di una provocazione, nei riguardi dell'accordo così perfezionato potrebbe trovare applicazione un'altra norma del codice del consumo, ossia

quell'art. 33 che prevede, per il "contratto" predisposto dall'imprenditore che comporti sacrificio o limitazione dei diritti del consumatore utente, un controllo diffuso sulla vessatorietà delle condizioni, in particolare ai fini di verificare se l'accettazione, "in qualunque forma", da parte del consumatore comporti, o meno, un sacrificio inconsapevole di propri diritti.

Meglio sarebbe stato prevedere la legittimazione delle associazioni e dei comitati non solo, come si è visto, a formulare a loro volta una proposta ma, anche, a negoziare e ad accettare, al ricorrere di determinate condizioni, la proposta dell'impresa. Tale soluzione eviterebbe, da un lato, che la valutazione della convenienza dell'accordo sia lasciata al singolo consumatore, il quale, potendo ben essere, nei fatti, completamente estraneo ai termini della vertenza, non si troverebbe certo nella migliore posizione per soppesare i *pro* e i *contra* di una definizione anticipata del processo; dall'altro lato, essa consentirebbe, in un'ottica di semplificazione del procedimento, una definizione unitaria dell'importo dovuto per classi di consumatori, la cui determinazione avverrebbe proprio ad opera del soggetto più attrezzato, e insieme legittimato, a condurla, ossia l'associazione di categoria o il comitato.

L'osservazione che precede ha, naturalmente, valore *de jure condendo*, non trovando la tesi esposta in questa sede alcun riscontro nel dettato positivo della legge, almeno nella sua attuale formulazione: meglio sarebbe, tuttavia, prima dell'entrata in vigore della legge, soppesare la possibilità che il soggetto legittimato ad accettare la proposta di liquidazione da parte dell'impresa sia, invece del singolo consumatore o utente, direttamente l'associazione rappresentativa.

In tal caso, peraltro, l'accordo da quest'ultima concluso con l'impresa potrebbe ritenersi *aperto* all'adesione da parte dei singoli consumatori, qualificandosi, nel contempo, come contratto plurilaterale, per l'appunto "aperto" ai sensi dell'art. 1332 cod. civ., reso immediatamente esecutivo a favore dei singoli consumatori aderenti in virtù della *lex specialis* costituita dall'art. 140*bis* cod. consumo, auspicabilmente mediante una qualche forma di "ratifica" o omologazione da parte dell'autorità giudiziaria. D'altro canto, che il contratto aperto al terzo possa pure trovarsi al di fuori del modello associativo è questione risolta positivamente, e da ben lungi, da parte della dottrina civilistica italiana [19].

In misura ancor più forte, esso potrebbe giovare dello schema della *dichiarazione di approfittamento* tipica del contratto in favore del terzo, ferma tuttavia l'esclusione convenzionale del prodursi degli effetti del contratto direttamente in capo all'associazione stipulante nel caso di mancata adesione da parte dei consumatori terzi rispetto alla stipulazione *ex art.* 1411 cod. civ., comma terzo.

Ma, più che di un ipotetico accordo tra associazione (o comitato) e impresa debitrice, rimane forse da indagare se, nell'attuale diritto positivo della azione collettiva risarcitoria,

una qualche forma di *opting insia* immaginabile anche con riferimento all'accordo transattivo, da parte dei consumatori che ancora non si siano palesati come parte (in senso atecnico) della *classe* ma abbiano interesse, viceversa, a divenire parti (in senso tecnico) dello stesso accordo.

Giova forse al riguardo richiamare che il diritto positivo, in materia di transazione prevede, all'art. 1304 cod. civ., che il creditore in solido possa fare propri gli effetti dell'accordo intervenuto tra il debitore e uno o più altri creditori, mediante "dichiarazione di volerne profittare". Presupposto indefettibile di tale approfittamento è tuttavia l'unitarietà della posizione sostanziale espressa nel vincolo di solidarietà.

Ma, nel silenzio del legislatore, la dottrina da tempo si interroga sulla possibilità di terzi di invocare l'efficacia preclusiva della transazione stipulata tra parti ad essi estranee [20] e, così facendo, apre la via ad una interpretazione estensiva, certamente audace, che consente nondimeno di identificare, con un insegnamento tradizionale [21], le due distinte fattispecie dell'adesione del terzo al contenuto del negozio transattivo (secondo lo schema del contratto a favore del terzo) mediante previsione di un suo sacrificio, e l'adesione del terzo agli effetti, tutte le volte che il vantaggio o lo svantaggio dell'adesione prescinde dalla sua partecipazione alla stipulazione (secondo lo schema del negozio aperto).

Ecco, a me pare, anche a guisa di provocazione, di poter concludere che proprio la costruzione dell'accordo previsto dal comma quarto dell'art. 140*bis* cod. consumo come "contratto aperto" potrebbe fornire un utile strumento al fine di ricomporre, in sede di definizione transattiva, l'unitarietà della classe dei danneggiati dal comportamento dell'impresa, quanto meno in tutti quei casi nei quali l'*omogeneità* delle posizioni sostanziali lese sia tale da consentire un loro trattamento in termini unitari.

Resterebbe nondimeno ancora sospeso il tema della tutela dell'impresa rispetto alla costituzione di un rapporto che, non va dimenticato, consente di accedere immediatamente alla fase dell'esecuzione.

5. La "Camera di transazione"

E veniamo allora al secondo momento, quello conciliativo in senso proprio. A tale riguardo, la lettera della norma facilita il compito dell'interprete, definendo il procedimento "in camera di conciliazione". Tuttavia, già una rapida disamina dei tratti caratteristici di tale procedura conciliativa lascia emergere talune peculiarità, alla luce dei criteri di classificazione elaborati dalla dottrina tradizionale.

Come è noto, infatti, la dottrina di casa nostra avverte che "conciliazione" è un termine "al quale non corrisponde nel linguaggio italiano, comune o giuridico, un concetto

generale assolutamente preciso”, e proprio per questo ammonisce intorno alla necessità di provvedere ad una ulteriore specificazione o aggettivazione dello stesso [22].

Diremmo, allora, servendoci dello strumentario elaborato dalla cultura giuridica italiana, che la conciliazione di cui al comma 6 dell’art. 140-*bis* cod. consumo parrebbe qualificarsi anzitutto come *extra-giudiziale*, per tale intendendosi un procedimento compositivo che si svolga dinanzi ad un organo non appartenente all’apparato statale dell’amministrazione della giustizia, qual è certamente il *panel* voluto dal legislatore. Nondimeno, al pari della conciliazione giudiziale, il verbale sottoscritto dal presidente dell’organo di conciliazione acquista efficacia di titolo esecutivo.

Con riguardo a questa attività conciliativa non mancano però motivi di perplessità dal punto di vista procedimentale e funzionale, a cominciare dalla circostanza che, mentre la richiesta risarcitoria o restitutoria al tribunale deve provenire da uno o più consumatori o utenti, la nomina del “conciliatore” avviene ad opera dei “soggetti che hanno proposto l’azione collettiva” sull’*an* della responsabilità di impresa, *id est*, si deve necessariamente concludere, le associazioni o i comitati rappresentativi.

La questione, tuttavia, si complica ulteriormente, in quanto la norma lascia intendere che, con propria *decisione* la camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l’ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Come qualificare, allora, funzionalmente l’intervento della camera di conciliazione? A me pare ragionevole ritenere che si tratti, pur sempre, di un intervento *ad adjuvandum* rispetto alla formazione del consenso delle parti in merito alla definizione transattiva della lite. Sotto questo profilo l’attribuzione alla camera di conciliazione della funzione, tipicamente decisoria dal punto di vista della sostanza dell’atto, di quantificare la condanna risarcitoria o restitutoria dell’impresa costituirebbe l’anomalia di gran lunga più vistosa: ne risulterebbe snaturata la natura stessa dell’attività conciliativa, la quale, vale la pena di ricordarlo, dovrebbe essere finalizzata alla soluzione della lite, non già alla sua completa definizione.

Di certo, l’autonomia privata si esplica nell’atto di perfezionamento e di chiusura del verbale di conciliazione ad opera dell’organo conciliativo, con la sottoscrizione da parte del suo presidente. La norma non chiarisce se esso debba essere altresì sottoscritto dagli altri componenti, e/o dall’impresa e dai singoli consumatori o utenti che hanno fatto domanda di conciliazione [23]. La risposta positiva parrebbe coerente con la disciplina che si è fino ad ora delineata, nel senso di ritenere necessaria l’adesione individuale del titolare del diritto al fine della disposizione del diritto.

Del resto, la dottrina, come è noto, fornisce della conciliazione una concezione prettamente negoziale [24], che consente di riproporre, con riguardo al procedimento conciliativo, le medesime considerazioni svolte in precedenza, sia con riguardo

all'efficacia esecutiva, sia, soprattutto, con riguardo alle modalità di formazione dell'accordo stesso e di adesione da parte dei soggetti partecipanti al procedimento.

Confesso tuttavia la mia difficoltà a comprendere quale potrebbe essere l'esito del procedimento, e quale la posizione della camera di conciliazione, qualora non sia possibile addivenire a tale accordo.

Nell'attuale formulazione della norma parrebbero aprirsi, alternativamente, i seguenti scenari.

Anzitutto, qualora la camera di conciliazione svolga effettivamente attività di conciliazione in senso tecnico e raggiunga il proprio scopo si perfezionerebbe tra le parti di tale *sub*-procedimento (come si è visto, non necessariamente coincidenti con quelle del procedimento contenzioso in primo grado) un accordo sostanzialmente transattivo.

Viceversa, qualora la conciliazione non raggiunga il proprio scopo, verrebbe da chiedersi se, nel silenzio del legislatore, una decisione debba comunque essere presa ad opera dell'organismo nominato dal Tribunale. Ove si rispondesse affermativamente a tale domanda, la funzione della camera sarebbe allora "quasi arbitrale", o, addirittura, di arbitraggio in relazione al *quantum* del risarcimento e della restituzione dovuti al consumatore. Conclusione, quest'ultima, che mi pare francamente abnorme, sia in quanto la delega o incarico per lo svolgimento di tale funzione proverrebbe direttamente dall'autorità giudiziaria, sia in quanto essa comporterebbe di fatto una rinuncia, da parte del consumatore o utente, alla tutela dei propri diritti dinanzi alla giurisdizione ordinaria, a beneficio della decisione di un organo privato, costituito da professionisti privi di investitura diretta da parte del consumatore stesso.

Quanto precede suggerisce allora, se del caso anche *praeter legem*, di circoscrivere il ruolo della camera di conciliazione a quello di una vera e propria *camera di transazione*, con due possibili conclusioni non necessariamente *de jure condendo*.

In primo luogo, va difesa la funzione *ad adjuvandum* propria dell'organismo privato, precisando che ci si trova in presenza di una procedimentalizzazione della formazione dell'accordo transattivo.

Conseguentemente, nel difetto di tale accordo e dunque risultato infruttuoso il tentativo di transazione da parte della camera, la via maestra sarebbe quella del ritorno della controversia dinanzi al giudice, al fine della determinazione dell'ammontare delle somme da corrispondere al consumatore.

Anche a questo riguardo, dunque, credo sia opportuno un significativo e coerente chiarimento dell'attuale tenore della disposizione da parte del legislatore.

[1] Intervento al Convegno *La conciliazione collettiva*, organizzato dall'Università di Milano il 26 settembre 2008.

[2] La disciplina in esame è contenuta nei commi da 445 a 449 dell'art. 2, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (*alias* la legge finanziaria 2008) tuttora soggetta a *vacatio*, da ultimo prorogata dall'art. 36, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133: a giustificazione del *rimbalzo* anche il "fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica, nei confronti delle pubbliche amministrazioni". Sulla ricostruzione della vicenda legislativa, all'esito di numerosi progetti, si rinvia a S. Ruperto, *La nuova azione collettiva risarcitoria in Italia. Osservazioni de jure condendo*, Roma, 2008, pp.1-7, in corso di pubblicazione anche in *Giustizia Civile*, fasc. 10/2008, ove risuonano forti accenti di critica anche ideologica sull'istituto.

[3] V. in particolare A. R. 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. 180ss.; A. Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 723ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss.; C. 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, p. 5ss.; G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria: nota a prima lettura dell'art. 140 "bis" cod. consumo*, in *Foro it.* 2008, V, c. 17ss.; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, in particolare p. 842ss.; P.F. Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padova, 2008; A. Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227ss.; S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 41ss.; 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. 455ss.; V. Vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 729ss. Tra i molti contributi che, anche in tempi assai recenti, sono stati dedicati allo studio e all'approfondimento del tema della *class action*, nonché per un utile inquadramento del dibattito italiano precedente l'adozione della disposizione in commento, cfr., ampiamente, M. Taruffo, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, I,

p. 530ss.; P. Comoglio, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. proc. civ.*, 2007, p. 323ss.; P. F. Giuggioli, *Class action e azione di gruppo*, in *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2006; S. Chiarloni, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 385ss.; Costantino, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1009ss.; A. Giussani, *Le "mass tort class actions" negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 331ss.

[4] Il riferimento è, naturalmente, al classico saggio di A. Watson, *Legal Transplants. An approach to comparative law*, University of Georgia Press, 1993, *passim*. Al metodo comparatistico certamente fanno ampiamente ricorso gli studi che, da tempo, si sono segnalati nella dottrina italiana con riferimento, soprattutto, alla *Rule 23* della legge federale di procedura civile statunitense (Federal Rules of Civil Procedure): cfr. in particolare, M. Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 609ss.; V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Padova, 1979. A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996; C. Consolo, "Class action" fuori dagli USA? *Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609ss.

[5] L'analisi della "vitalità" dell'organismo giuridico può peraltro essere condotta anche in chiave di efficienza, come ricorda U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants. An essay in Comparative Law and Economics*, in *Int'l Rev. Law Econ.*, 1994, p. 3ss.

[6] In questa direzione muovono, viceversa, molti dei primi commenti apparsi intorno alla disposizione, tra i quali ricordo: G. Finocchiaro, *Class action, una chance per i consumatori*, in *Guida dir.*, 2008, p. 21ss.; C. Bortoluzzi, *Così il sistema americano offre più garanzie agli utenti*, in *Resp. e risarc.*, 2008, p. 31ss.; M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze più mature*, in *Guida dir.*, 2008, p. 11ss. e Id., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, in *Guida dir.*, 2007, p. 47ss.; F. Arossa, G. Rosato, *Sull'assetto della disciplina procedurale ordinamenti a caccia di soluzioni*, in *Resp. e risarc.*, 2008, p. 34ss., F. Camilletti, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *Contratti*, 2007, p. 638ss.

[7] Cfr. diffusamente C. Consolo, *È legge una disp. sull'az. coll. risarcitoria*, cit., p. 5ss. e in particolare p. 9, ove anche la realistica osservazione per la quale la preclusione caratterizzante il sistema di *opt in* (ossia la limitazione del rapporto processuale ai soli soggetti che espressamente dichiarino di prendervi parte) finisce per stemperarsi in un "processo risarcitorio di condanna generica [...] con cumulo liticonsortile di domande, talune proposte con iniziativa personale (interventi), altre con delega semplificata all'attore, di tenerne conto nel petitum di una sua domanda che rimane formalmente unica".

[8] Il rischio di decisioni arbitrarie è ben evidenziato da M. Bove, *Azione collettiva, una soluzione all'italiana*, cit., p. 11, ripreso da F. Camilletti, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 641. Il primo Autore, in particolare, suggerisce una sorta di legittimazione "dal basso" costituita dalla raccolta di un "sufficiente" numero di adesioni individuali "posto che non sembra ragionevole attribuire il potere di chiedere l'accertamento di un illecito plurioffensivo a un ente che non

raccoglie nel caso concreto alcun consenso”. Secondo A. Carratta (*L’abilitazione all’esercizio dell’azione Collettiva*, intervento al Convegno *La Conciliazione Collettiva* organizzato dall’Univeristà di Milano il 26 settembre 2008, p. 17 del dattiloscritto consegnato dall’Autore): “è più ragionevole ritenere, (...) che la «adeguata rappresentatività» degli enti «non istituzionali» che abbiano esercitato l’azione vada valutata dal giudice in via potenziale, anche tenendo conto della determinazione del gruppo che può derivare nel corso del processo dall’esercizio dell’intervento o dell’adesione da parte dei singoli consumatori e utenti.” In termini consimili, S. Ruperto, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 15ss.

[9] Così C. Consolo, *È legge una disp. sull’az. coll. risarcitoria*, cit., p. 8, il quale evidenzia, peraltro, la assenza di adeguate forme di pubblicità degli aderenti all’azione.

[10] Sul punto, in particolare, si rinvia al saggio di A. Giussani, *La transazione collettiva per danni futuri: economia processuale, conflitti di interessi e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle class actions*, in Id. *Saggi sulle tutele dell’impresa e dall’impresa*, Torino, 2007, p. 173ss.: dopo aver ricondotto il tema della transazione collettiva sotto l’ombrello concettuale degli strumenti di economia processuale (e averne dunque individuato la finalità nella “massimizzazione del risultato”, in termini di quantità di controversie risolte e di impiego delle risorse giurisdizionali) l’Autore ripercorre le argomentazioni della *US Supreme Court* nel caso *Amchem*, affrontando il problema del rapporto tra la cosiddetta *settlement class* (ossia la classe di attori interessati alla definizione di una controversia in via transattiva) e una o più *litigating classes* (ossia le classi riconosciute ai fini dell’esercizio dell’azione collettiva) al momento dell’emanazione del provvedimento di *certification* previsto dalla *Rule 23* americana, e risolve – pare di comprendere – positivamente la questione dell’ammissibilità e dell’autonomia, sul piano del trattamento processuale, di una domanda al giudice avente ad oggetto l’identificazione di una class di “attori” al solo fine del perfezionamento dell’accordo di *settlement*.

[11] Definiti da A. Giussani, *Tutela collettiva e prova del danno*, cit., p. 129, con riferimento alla fattispecie in cui si agisca in forma collettiva per il risarcimento dei danni inferti alle situazioni di vantaggio individuali in maniera omogenea, ossia mediante la stessa azione, omissione o condotta abituale.

[12] Sviluppando una intuizione di E. Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, n. 207, p. 128, Vittorio Denti (*Sui profili dell’intervento del giudice nella conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 16ss.) intravedeva nella chiusura del verbale di conciliazione ad opera del giudice la perfezione di un atto complesso, plurisoggettivo, dal quale scaturivano effetti ultranegoziali, quali, certamente, l’efficacia esecutiva, e, in alcuni casi (come ad esempio quello previsto dall’art. 2113 cod. civ.), l’impermeabilità dell’atto a specifiche cause di invalidità; cfr., sui termini del dibattito, F. Lancellotti, *Vicende e natura della conciliazione giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc.*

civ., 1981, p. 852ss., il quale conclude al riguardo che gli effetti di natura processuale che si aggiungono a quelli meramente sostantivi dell'accordo tra le parti influiscono "sia sull'azione di cognizione (estinguendola) sia su quella esecutiva (costituendola)", così che si potrebbe concludere, con F. Carnelutti (*Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, n. 60), che proprio nell'intervento del giudice-conciliatore si sostanzia la valenza della conciliazione giudiziale come "equivalente" o "surrogato" della giurisdizione. Da ultimo, cfr. per una ricca ed aggiornata ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008 e F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

[13] Cfr., ad es. con riferimento alla formulazione del vecchio art. 1469*sexies* cod. civ., G. M. Armone, *Art. 1469sexies*, in A. Barenghi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli 1996, p. 241ss. ed ora, con riferimento all'art. 140-bis cod. consumo, S. Ruperto, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 21.

[14] V., per tutti, M. Libertini, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso delle clausole vessatorie*, in *Contr. Impr./Eur.*, 1996, p. 557ss. Cfr. in tal senso, a partire dall'esperienza spagnola, F. Gascòn Inchausti, *Las transacciones colectivas: su tratamiento en Espana y Francia*, intervento al Convegno *La conciliazione collettiva*, organizzato dall'Università di Milano il 26 settembre 2008, par. 4ss. del testo dattiloscritto consegnato dall'autore.

[15] C. Consolo, G. De Cristofaro, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 478ss.

[16] A. Giussani, *Tutela collettiva e prova del danno*, cit., p. 133ss.

[17] La strada seguita da questo legislatore appare al riguardo – forse volutamente – confusa: come ben evidenziato da attenta dottrina, nel testo attuale della norma "[...] le associazioni e i comitati legittimati fanno valere: a) gli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti *in incertam personam*; b) gli interessi collettivi dei loro associati e dei soggetti componenti dei comitati (in questo gli interessi collettivi si sovrapporrebbero a quelli dei membri dell'associazione e del comitato); c) gli interessi dell'associazione e del comitato in sé considerati quali rappresentanti di consumatori e utenti perché la loro partecipazione al giudizio è importante per affermare lo scopo istituzionale e la loro attività nel settore considerato; d) indirettamente i diritti di una pluralità di consumatori e utenti" (così G. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, p. 544ss., in particolare p. 547, ove anche l'affermazione che "tutto questo caos interpretativo sarebbe stato evitato", accogliendo una lettura della norma che affermasse "l'effettiva necessità di un'azione collettiva che tutelasse direttamente i diritti dei consumatori e degli utenti").

[18] Così C. Consolo, *È legge una disp. sull'az. coll. risarcitoria*, cit. p. 9, prosegue l'Autore evidenziando, assai efficacemente, che "la preclusione di nuove adesioni solo dopo il momento dell'udienza di precisazione delle conclusioni nel grado di appello fa sì che il giudizio di appello non possa qui certamente ridursi, ex comma 3 dell'art. 345, ad una *revisio prioris instantiae*, dal punto di vista dell'assetto contenutistico e quantificatorio di questa condanna provvisoria di secondo grado e debba quindi assumere contenuti e modalità istruttorie del tutto inconsuete e, credo, difficilmente gestibili".

[19] Cfr. Cesàro, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1970, p. 35ss., nonché Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 206ss.

[20] Cfr., tradizionalmente, F. Carresi, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, vol. IX, t. III, Torino, 1954 pp. 178-179 e da ultimo A. Palazzo, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. XIII, t. V, Torino, 2007, p. 408ss.

[21] F. Carresi, op. loc. ult. cit.

[22] Cfr. al riguardo ampiamente A. R. Briguglio, *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. III, Torino, 2002, p. 203ss., il quale muove dalla constatazione appena riproposta nel testo per identificare i presupposti minimi della “conciliazione” nell’esistenza di una lite tra due o più parti e nella presenza di un soggetto terzo rispetto alle stesse, con funzioni compositive del contrasto, distinguendo inoltre la conciliazione come attività dalla conciliazione come risultato.

[23] S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., p. 50ss. ritiene che l’efficacia dell’atto richieda l’accettazione delle parti mentre altri hanno invece prospettato, da un lato, 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., A. R. Briguglio, *L’azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 104ss.), da altro lato, che l’interpretazione della norma in esame contenga l’idea che il collegio, come in un procedimento arbitrale, liquidi anche a maggioranza e senza bisogno di accettazione delle parti (v., per es., G. Ruffini, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 465; Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 122ss.; 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 tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chiné e G. Miccolis, Roma 2008, p. 252ss.; E. Salomone, *L’azione risarcitoria collettiva*, in *Codice del consumo ipertestuale*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2008, p. 668 ss. ed ora A. Giussani, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, intervento al Convegno *La conciliazione collettiva*, organizzato dall’Università di Milano il 26 settembre 2008, pp. 4-5 del testo dattiloscritto consegnato dall’autore).

[24] cfr. per tutti F. Lancelotti, *Conciliazione fra le parti*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. VIII , p. 397ss.