

AUDIZIONE INFORMALE INNANZI ALLE COMMISSIONI RIUNITE II E X SULLA SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA (UE) 2020/1828 RELATIVA ALLE AZIONI RAPPRESENTATIVE A TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI CHE ABROGA LA DIRETTIVA 2009/22/CE.

Prof. Romolo Donzelli

Brevi considerazioni sullo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva UE 2020/1828

SOMMARIO: 1. L'introduzione di una nuova azione collettiva a carattere speciale. – 2. La conferma dell'*opt-in*: un'occasione mancata. – 3. Il problema della legittimazione ad agire del componente della classe. – 4. Il proliferare dei criteri di selezione degli enti collettivi legittimati ad agire ed il problema della legittimazione ad agire riconosciuta agli organismi pubblici indipendenti. – 5. L'incertezza sui criteri di individuazione e determinazione della classe nei giudizi risarcitori. – 6. *I profili di criticità emergenti dal rinvio agli articoli da 840 quater a 840 terdecies c.p.c.* – 7. Il contenuto del provvedimento di accoglimento della domanda. – 8. L'efficacia delle decisioni definitive. – 9. L'interruzione della prescrizione e le soluzioni conciliative.

1. *L'introduzione di una nuova azione collettiva a carattere speciale.*

Lo schema di decreto legislativo volto a recepire la direttiva UE in materia di tutela degli interessi collettivi dei consumatori introduce **un nuovo rimedio**, distinto da quelli presenti nel nostro ordinamento e segnatamente distinto dalle azioni collettive generali che troviamo nel codice di procedura civile.

Che l'azione predisposta dallo schema di decreto sia altra e diversa rispetto alle azioni di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. è dimostrato dal più specifico ambito di applicazione e dai difformi criteri di selezione dei soggetti legittimati ad agire.

Al contempo, la disciplina dell'azione rappresentativa ivi proposta è solo in parte ricavata dal rinvio mirato ad alcune selezionate disposizioni presenti nel codice di rito.

La prima questione su cui riflettere è, dunque, costituita dal valutare se tale scelta strategica, ovvero l'ideazione di uno strumento nuovo, sia da salutare con favore.

A tal riguardo, va preliminarmente osservato che la strada percorsa dallo schema di decreto legislativo non era affatto obbligata.

Il *Considerando* 11 della direttiva chiarisce, infatti, le diverse opzioni possibili in sede di recepimento ed in particolare prevede quanto segue:

«La presente direttiva **non dovrebbe sostituire i meccanismi procedurali nazionali esistenti** volti a proteggere gli interessi collettivi o individuali dei consumatori. In considerazione delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, essa dovrebbe lasciare loro la discrezionalità di configurare il meccani-

simo procedurale per azioni rappresentative prescritte dalla presente direttiva nell'ambito di un meccanismo procedurale esistente o nell'ambito di un nuovo meccanismo procedurale per provvedimenti inibitori o provvedimenti risarcitori collettivi, oppure come un meccanismo procedurale distinto, **purché almeno un meccanismo procedurale nazionale per azioni rappresentative sia conforme alla presente direttiva**. Quest'ultima per esempio non dovrebbe impedire agli Stati membri di adottare leggi relative ad azioni che richiedono decisioni ricognitive da parte di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa anche se non prevede norme relative a tali azioni. Qualora a livello nazionale fossero previsti meccanismi procedurali aggiuntivi a quello richiesto dalla presente direttiva, l'ente legittimato dovrebbe poter scegliere quale meccanismo procedurale usare».

Dalla lettura di quanto appena riportato emerge chiaramente l'esigenza di attuare la direttiva mediante un intervento che sia il più possibile armonico rispetto allo stato della legge processuale italiana in materia collettiva.

D'altro canto, è anche garantendo uno sviluppo lineare e progressivo di ciascun ordinamento che si rende possibile conseguire quei risultati di efficienza e effettività a cui aspira la direttiva stessa.

Rispetto a questa scelta strategica di fondo la mia valutazione non è pertanto positiva per due ordini di ragioni.

In primo luogo, a prescindere da considerazioni più di dettaglio che formulerò nel prosieguo, non si può prescindere dal ricordare il travagliato percorso che la tutela collettiva ha segnato in Italia dagli anni Settanta del secolo scorso ad oggi; percorso che possiamo in termini estremamente sintetici dividere in tre tappe essenziali, ovvero:

- gli interventi normativi diretti ad introdurre i primi rimedi di tutela collettiva (dopo un lungo dibattito prevalentemente dottrinale, l'interesse collettivo acquista finalmente rilevanza giuridica, sebbene in settori particolari, con strumenti a carattere esclusivamente inibitorio e con regimi di legittimazione ad agire concentrata, ovvero riservata a pochi soggetti o enti esponenziali particolarmente qualificati);

- la fortuita approvazione dell'art. 140 *bis* c. cons. e la sua successiva prima riformulazione (entra nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria e finalmente viene riconosciuta la legittimazione ad agire individuale);

- la generalizzazione della tutela collettiva (vengono finalmente introdotti due nuovi rimedi generali di tutela collettiva all'interno del codice di procedura civile ed in questo nuovo contesto assume particolare rilevanza sistematica non solo la natura tanto inibitoria quanto risarcitoria dei rimedi, ma anche la legittimazione individuale).

Rispetto a questo percorso l'idea di introdurre una nuova azione speciale al di fuori del codice di procedura civile **rappresenta un netto ritorno al passato** ed una grave smagliatura d'ordine sistematico.

La soluzione che doveva essere privilegiata consisteva, dunque, **nell'intervenire sulle disposizioni presenti nel codice di procedura civile mediante interventi mirati volti a rendere conformi le nostre previsioni generali ai principi della direttiva**.

2. La conferma dell'*opt-in*: un'occasione mancata.

È pur vero, d'altro canto, che, intrapresa la strada dell'introduzione di un nuovo rimedio collettivo, si sarebbe potuto ideare uno strumento migliore rispetto a quello generale, facendo tesoro dei rilievi critici formulati dalla dottrina in merito alla riforma del 2019.

Se così fosse stato, avremmo potuto registrare una sorta di **quarta tappa** nel percorso evolutivo della tutela collettiva in Italia, anziché una sorta di retrocessione alla seconda.

Sotto questo profilo, oltre a numerosi aspetti di dettaglio, penso in particolar modo all'introduzione di un'azione di classe risarcitoria i cui effetti siano regolati secondo il regime dell'*opt-out*, ovvero un'azione diretta a produrre l'efficacia di cosa giudicata non solo nei confronti delle parti (attore e convenuto), ma anche nei confronti di tutti i componenti della classe che non abbiano espressamente dichiarato di non voler beneficiare della tutela collettiva richiesta.

Assecondando una ragionevole esigenza di gradualità si poteva adottare semmai un regime misto, a fasatura variabile, come già accaduto in alcune esperienze europee (Belgio, Paesi Bassi, Danimarca, Svezia, Bulgaria, Slovenia), cioè accogliere il modello dell'*opt-out* solo in riferimento alle controversie di entità più modesta.

D'altro canto, nel caso di pretese di basso valore e con elevato grado di serialità (*small claims*), è estremamente raro che il consumatore si avventuri in un giudizio individuale, sicché non si verifica nessuna particolare compressione del diritto di azione: né in termini sostanziali (perché mai nessuno agirà in giudizio), né in termini formali (perché resta comunque salvo il diritto di autoescludersi).

È in questi casi, pertanto, che vengono, da un lato, massimizzati i benefici (effettività, deterrenza, deflazione) derivanti dalla polarizzazione del giudizio attorno a due a soli soggetti (il rappresentante della classe e la parte convenuta) e, dall'altro, marginalizzati gli effetti negativi del giudizio collettivo sul piano delle garanzie processuali; tanto da poter dire che in queste ipotesi è ben più conforme ai principi del giusto processo (non formalisticamente compresi) il regime dell'*opt-out* piuttosto che quello dell'*opt-in*.

Peraltro, il *Considerando* 43, nonché l'art. 9 della direttiva non escludeva affatto l'adozione del primo modello.

In Italia si è detto che il nostro ordinamento non gode di quel background culturale necessario per poter far funzionare lo strumento.

Va detto con franchezza, tuttavia, che questi argomenti sono – specie nella loro assolutezza – pretestuosi.

È invece vero che nel nostro Paese possiamo distinguere tra coloro che vogliono che la tutela collettiva funzioni e coloro che la ostacolano.

I primi sponsorizzano pressoché tutti l'*opt-out*, visto che la tutela collettiva improntata l'*opt-in* è una tutela dimezzata, anzi, per essere più chiari, sotto radice quadrata.

La tutela collettiva risarcitoria ispirata al modello dell'*opt-in*, infatti, non determina sufficienti incentivi all'esercizio dell'azione, sicché è più difficile che si faccia ricorso al rimedio e qualora ciò accada i risultati conseguibili sono comunque piuttosto modesti, come dimostra l'esperienza italiana.

Il recepimento della direttiva poteva, insomma, agevolare il compimento di questo ulteriore passo in avanti nel lungo percorso della tutela collettiva in Italia.

3. Il problema della legittimazione ad agire del singolo componente della classe.

Fermi questi rilievi di carattere generale, veniamo agli aspetti particolari.

Il primo tema è quello della legittimazione ad agire.

Lo schema di decreto esclude la legittimazione ad agire dei singoli consumatori, anche se aggregati in comitati appositamente costituiti.

Anche su questo aspetto non pare che la direttiva imponesse siffatta scelta.

Sul punto, oltre al già menzionato *Considerando* 11, si tenga presente il n. 28:

«Gli Stati membri dovrebbero poter designare anticipatamente gli enti legittimati allo scopo di proporre azioni rappresentative. La presente direttiva non dovrebbe incoraggiare gli Stati membri a introdurre

la possibilità di designare enti legittimati ad hoc. **Tuttavia, ai fini delle azioni rappresentative nazionali, gli Stati membri dovrebbero anche, o in alternativa, essere in grado di designare enti legittimati ad hoc per un'azione rappresentativa nazionale specifica.** Dovrebbe essere possibile che tale designazione sia effettuata dall'organo giurisdizionale o dall'autorità amministrativa aditi, anche mediante accettazione, se del caso. **Tuttavia, ai fini delle azioni rappresentative transfrontaliere sono necessarie garanzie comuni.** Non dovrebbe pertanto essere consentito agli enti legittimati designati ad hoc di proporre azioni rappresentative transfrontaliere».

Parimenti, l'art. 4, § 6, della direttiva prevede che «gli Stati membri possono designare un ente come ente legittimato ad hoc al fine di intentare una particolare azione rappresentativa nazionale, su richiesta di tale ente, se è conforme ai criteri previsti dal diritto nazionale per la designazione di enti legittimati».

Da un'attenta lettura della direttiva emerge, dunque, che:

- debbono essere previste regole uniformi per la legittimazione ad agire in ambito transfrontaliero;
- deve essere garantita una legittimazione ad agire istituzionale e preventiva in capo ad enti particolarmente qualificati nell'ambito di rimedi collettivi conformi ai principi della direttiva;
- non è esclusa una legittimazione ad agire conferita *ad hoc*, quindi anche in sede giurisdizionale in riferimento specifico alla singola controversia dedotta in giudizio;
- l'attuazione della direttiva non comporta necessariamente la sostituzione dei rimedi già esistenti.

Anche sotto questo profilo, dunque, si rischia di compiere un passo indietro rispetto alla scelta fatta propria dal legislatore del 2009 (cfr. l'art. 140 *bis* c.cons.), poi confermata e generalizzata nel 2019 (cfr. gli artt. 840 *bis* e 840 *sexiesdecies* c.p.c.).

D'altro canto, è altrettanto pacifico che un regime di legittimazione estesa e diffusa garantisca l'emersione del contenzioso collettivo e l'accesso al giudizio in conformità all'art. 24, comma 1, Cost.

Al contrario la legittimazione ad agire concentrata in capo a pochi soggetti istituzionali determina una sterilizzazione della dimensione collettiva dell'interesse, riducendolo sostanzialmente all'interesse "individuale" della singola associazione.

Insomma, se l'interesse è ampio e "diffuso", parimenti ampia e diffusa deve essere la legittimazione ad agire.

Per rendere più concreto il discorso, basti pensare che nella pur non estesa esperienza dell'azione collettiva *ex art. 140 bis* c.cons. si sono registrati casi di controversie relative ad illeciti di rilevanza locale (**ad oggi circa il 20% del contenzioso complessivo**), rispetto ai quali l'idea che l'azione possa essere esercitata dalle associazioni nazionali è piuttosto fantasiosa.

Escludere la legittimazione individuale significa, dunque, abbassare il livello di protezione dei consumatori, tradendo il significato più profondo della direttiva; significato che va compreso anche alla luce dello stato della legge processuale di ciascun ordinamento, come ben emerge dalla lettura del *Considerando* 11.

Laddove, dunque, si ritenesse opportuno confermare la scelta fatta propria dallo schema di decreto legislativo ed introdurre un rimedio speciale e distinto rispetto alle azioni collettive generali, si suggerisce di estendere la legittimazione ad agire per la tutela collettiva domestica ai singoli consumatori componenti della classe.

Sul piano tecnico la soluzione più semplice sarebbe quella di inserire una previsione nell'ambito dell'art. 140 *quater*, stando alla quale: «Resta salvo l'esercizio delle azioni di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. da parte dei soggetti ivi legittimati».

Procedendo lungo questa strada si verificherebbe la coesistenza di due distinte procedure collettive: quella del codice del consumo e quella del codice di rito; risultato, come visto, non escluso dalla direttiva.

D'altro canto, per evitare la coesistenza di due distinti rimedi è forse preferibile limitarsi ad anteporre all'art. 140 *quater* una locuzione come quella che segue: «Oltre ai soggetti di cui agli artt. 840 *bis*, comma 2, e 840 *sexiesdecies*, comma 1, c.p.c., [...]».

Senza questa modifica, sarà dubbio se le azioni collettive generali restino esperibili accanto a quella speciale (come caldeggiato dal *Considerando* 11 della direttiva) o se, in forza della nota regola *lex specialis derogat generali*, dette azioni potranno essere esercitate solo negli ambiti consumeristici di matrice non europea.

A prescindere da questo, anche nell'ipotesi in cui la soluzione adottata sul piano interpretativo dovesse corrispondere alla seconda indicata, sorgessero comunque complicazioni derivanti dalla difficoltà di individuare esattamente il percorso processuale corretto, oltre che evidenti difformità di trattamento, di dubbia legittimità costituzionale, a seconda che si segua la disciplina speciale o quella generale.

Penso, ad esempio, alla regola prevista dall'art. 140 *duodecies* relativamente all'interruzione della prescrizione, che, come suggerito dalla dottrina, dovrebbe applicarsi sempre in materia collettiva a prescindere dall'ambito sostanziale a cui si riferisce l'azione e ancor più quando i soggetti tutelati siano comunque consumatori.

4. Il proliferare dei criteri di selezione degli enti collettivi legittimati ad agire ed il problema della legittimazione ad agire riconosciuta agli organismi pubblici indipendenti.

Sempre in riferimento alla legittimazione, c'è un ulteriore aspetto da prendere in considerazione.

Se osserviamo i criteri stabiliti dallo schema di decreto legislativo per riconoscere la legittimazione ad agire alle associazioni, da un lato, e quelli derivanti dal coordinato disposto degli artt. 840 *bis*, 840 *sexiesdecies*, 196 *ter* disp. att. c.p.c., dall'altro, notiamo un'eccezionale varietà di condizioni di accesso al giudizio, infatti:

- per le liti collettive domestiche derivanti dalla violazione del diritto europeo, dobbiamo guardare ai criteri di cui all'art. 137 c.cons. (i più restrittivi);
- per le liti collettive transfrontaliere derivanti dalla violazione del diritto europeo, dobbiamo riferirci ai criteri previsti dall'art. 140 *quinqüies* (diversi e più liberali);
- per le liti collettive non derivanti dalla violazione del diritto europeo, abbiamo ulteriori criteri, ovvero quelli contenuti nel d.m. n. 27 del 17 febbraio 2022 a cui rinvia il coordinato disposto degli artt. 840 *bis*, 840 *sexiesdecies*, 196 *ter* disp. att. c.p.c.

Questo scenario, che è l'effetto di voler procedere per successive normazioni di settore, è inaccettabile.

Peraltro anche tale risultato non è affatto voluto dalla direttiva, che all'art. 4, § 4, richiede che «*gli Stati membri assicurano che i criteri da essi utilizzati per designare un ente in qualità di ente legittimato al fine di intentare azioni rappresentative nazionali siano coerenti con gli obiettivi della presente direttiva di renderne efficace ed efficiente il funzionamento*», precisando al comma successivo che «*gli Stati membri possono decidere che i criteri elencati al paragrafo 3 si applicano anche alla designazione di enti legittimati al fine di intentare azioni rappresentative nazionali*».

La soluzione preferibile è certamente quella di adottare criteri uniformi.

Orientandosi in questa direzione, per evidenti ragioni di semplificazione **sarebbe opportuno far propri quelli indicati dalla direttiva per il conferimento della legittimazione ad agire nelle liti transfrontaliere**; criteri che peraltro appaiono ragionevoli.

È certo, tuttavia, che si dovrà **almeno** superare il paradosso costituito dalla previsione di criteri più liberali per le azioni transfrontaliere rispetto alle azioni domestiche.

Non solo perché le prime richiedono verosimilmente competenze ed affidabilità superiori, ma soprattutto perché la soluzione attualmente adottata rende più difficile l'accesso al processo collettivo nostrano alle associazioni italiane (che subiscono un filtro più gravoso, ovvero quello derivante dall'applicazione dei criteri previsti dall'art. 137 c.cons.) rispetto alle associazioni che provengono dall'estero (che invece potranno giovare dei criteri di derivazione europea).

Va infine osservato che il conferimento della legittimazione ad agire agli **organismi pubblici indipendenti** nazionali di cui all'articolo 3, numero 6), del regolamento (UE) 2017/2394, costituisce una scelta dubbia sul piano della legittimità costituzionale, poiché tali soggetti sono titolari di autonomi poteri sanzionatori nei confronti della parte professionale, sicché pare che la norma si ponga in contrasto col principio di parità delle armi e di uguaglianza delle parti davanti ad un giudice terzo e imparziale previsto dall'art. 111, comma 2, Cost. **È preferibile, dunque, eliminare la previsione, evitando pericolose commistioni tra i due distinti livelli di tutela.**

5. L'incertezza sui criteri di individuazione e determinazione della classe nei giudizi risarcitori.

Altro profilo delicato è quello relativo ai criteri di selezione del contenzioso.

Mi riferisco in particolare alla natura dei diritti individuali tutelabili nel processo collettivo.

Sul punto occorre fare una breve premessa.

La direttiva distingue correttamente tra tutela collettiva inibitoria e tutela collettiva risarcitoria.

Un unico illecito plurioffensivo può infatti:

a) ledere gli interessi indifferenziati dei consumatori che operano nel mercato di riferimento (c.d. interesse collettivo);

b) nonché anche ed eventualmente determinare lesioni e pregiudizi più o meno differenziati in capo a specifici consumatori (diritti soggettivi tradizionali).

Semplificando un tema assai complesso, possiamo dire che nel primo caso la risposta giuridica adeguata è la tutela inibitoria, mentre nel secondo quella risarcitoria.

I due profili sono intimamente connessi, ma pongono problemi di gestione del contenzioso del tutto diversi.

Per questa ragione in quasi tutti gli ordinamenti in cui viene apprestata una tutela collettiva risarcitoria sono presenti criteri normativi diretti a selezionare il contenzioso che può essere trattato proficuamente anche in modalità collettiva e non solo individuale.

Nell'art. 140 *bis* c.cons. il criterio era quello dell'omogeneità dei diritti; criterio ripreso dagli art. 840 *bis* ss. c.p.c.

Non sono qui a dire se sia un criterio buono o cattivo.

Mi limito a dire che è comunque un criterio.

Nell'attuale schema di decreto, invece, non è dato comprendere quale sia la regola che deve essere osservata a tal proposito.

In altre parole, non è affatto chiaro come si debba determinare la classe; operazione che assume la sua rilevanza nella predisposizione del ricorso introduttivo ai sensi dell'art. 140 *septies*, comma 5, in sede di ammissibilità della domanda *ex* art. 140 *septies*, comma 8, lett. *b)*, al momento di accertare la responsabilità collettiva del convenuto ed avviare il giu-

dizio di accertamento dei diritti a contenuto risarcitorio ai sensi del coordinato disposto degli artt. 140 *novies*, comma 2, c. cons. e 840 *sexies*, comma 1, lett. c), c.p.c.

Occorre anche precisare che l'esigenza appena indicata sussiste solo qualora sia proposta una domanda a contenuto risarcitorio, mentre nel caso della tutela collettiva inibitoria il problema non si pone.

Occorre, dunque, essere chiari.

Se si ritiene opportuno aprire il processo collettivo a tutti i diritti a contenuto risarcitorio con l'unico limite di avere questi la propria fonte nel medesimo illecito plurioffensivo è bene chiarirlo.

Se, al contrario, si ritiene opportuno limitare il processo a quei diritti che presentano tratti più o meno marcati di serialità (come appare di certo preferibile e rispondente al significato profondo della tutela collettiva), va introdotto un criterio selettivo, che potrebbe essere anche quello dell'omogeneità.

Quest'ultimo non ha mai ricevuto da chi parla un particolare apprezzamento, ma gode comunque di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sufficiente per poter far funzionare lo strumento.

Diversamente, sorgeranno mille dubbi su un aspetto che è assolutamente centrale per il corretto funzionamento del meccanismo processuale predisposto, con la conseguenza che **assisteremo ad un inutile e dannoso proliferare di liti concentrate sul tema dell'ammissibilità della domanda risarcitoria ancor prima che sulla sua fondatezza.** Scenario già vissuto dal nostro ordinamento allorché l'art. 140 *bis* c. cons., prima della sua modifica operata dal d.l. n. 1/2012, non chiariva se i diritti tutelabili dovessero essere «identici» o «omogenei».

Si suggerisce, dunque, di modificare quantomeno l'art. 140 *septies*, comma 8, lett. b), riprendendo ed opportunamente riadattando al contesto la locuzione già presente all'art. 840 *ter*, comma 4, lett. b), c.p.c. nei termini che seguono: «se il tribunale non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali per cui è richiesta l'adozione dei provvedimenti compensativi previsti dall'art. 140 *novies*».

Sempre in riferimento al giudizio di ammissibilità, mi limito ad osservare, poi, che la previsione di cui alla lett. e) dell'art. 140 *septies*, comma 8, c. cons. pare poco coerente con la limitazione della legittimazione ad agire ad enti investiti del potere d'azione in via preventiva.

6. I profili di criticità emergenti dal rinvio agli articoli da 840 quater a 840 terdecies c.p.c.

Un altro aspetto che merita attenzione attiene al rinvio compiuto dall'art. 140 *novies*, comma 2, c. cons. agli articoli da 840 *quater* a 840 *terdecies* c.p.c.

Sorvolando per ragioni di tempo sui miglioramenti che potevano essere apportati a tali previsioni nell'ambito del recepimento della direttiva, mi limito a richiamare l'attenzione sul disposto dell'art. 840 *sexies*, comma 1, lett. g), stando al quale, nel pronunciare la sentenza di accoglimento, il giudice provvede alla «nomina del rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare».

Come noto, l'attuale disciplina dell'azione di classe di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. prevede un primo procedimento bifasico volto all'accertamento della responsabilità collettiva ed un successivo giudizio diretto ad accertare i diritti individuali di coloro che intendano aderire.

Mentre il primo processo si svolge tra il convenuto ed il soggetto che è stato riconosciuto attore di classe ai sensi dell'art. 840 *ter*, nel secondo la tutela degli aderenti è garantita

dal c.d. rappresentante comune, soggetto, come visto, distinto dall'attore di classe, a cui peraltro spetta anche l'esercizio dell'azione collettiva esecutiva, nonché la conclusione degli accordi transattivi raggiunti dopo l'emanazione della sentenza.

Questa previsione, di per sé assai poco convincente (poiché è irragionevole sostituire nell'ambito del processo di accertamento dei diritti individuali omogenei colui che ha proposto la domanda collettiva facendola – prima – ammettere e – poi – accogliere), **non pare conforme a quanto richiesto dalla direttiva, che invece vuole che vi sia nel nostro ordinamento «almeno uno strumento» in cui siano i legittimati istituzionali a tutelare nel processo i consumatori interessati.**

In altre parole, non sembra compatibile con la direttiva uno strumento processuale in cui la fase di accertamento della responsabilità è condotta dall'ente legittimato, mentre la tutela dei consumatori in sede di accertamento dei diritti individuali, esecutiva e transattiva è rimessa ad un soggetto diverso.

È, dunque, opportuno disporre espressamente, ovvero senza rimettersi all'ambigua clausola di compatibilità, che, **nel caso di accoglimento della domanda di accertamento della responsabilità, l'attore vittorioso è nominato rappresentante comune dei consumatori aderenti.**

Oltre a quanto appena indicato, è dubbio che il rinvio agli artt. da 840 *quater* a 840 *terdecies* c.p.c. rispetti il Considerando 36 della direttiva, ove si legge quanto segue:

«In nessun caso, i singoli consumatori dovrebbero poter interferire con le decisioni procedurali adottate dagli enti legittimati, richiedere singolarmente prove nell'ambito del procedimento o proporre un ricorso individuale avverso le decisioni procedurali adottate dall'organo giurisdizionale o dall'autorità amministrativa dinanzi al quale è proposta l'azione rappresentativa. Inoltre, i singoli consumatori non dovrebbero avere obblighi procedurali nell'ambito dell'azione rappresentativa e non dovrebbero sostenere le spese del procedimento, salvo in circostanze eccezionali».

Per quel che attiene alle spese, lo schema di decreto esclude che il consumatore possa essere condannato al loro rimborso a favore del resistente se non nel caso «di mala fede o colpa grave» (ipotesi invero difficilmente configurabile), sicché il problema si pone in riferimento agli «obblighi procedurali».

Ai sensi degli artt. 840 *septies* e 840 *octies*, infatti, **all'aderente spettano alcuni oneri processuali previsti dalla legge anche a pena d'inammissibilità ed il cui assolvimento può influire sull'esito della lite**, sicché sarebbe preferibile escludere l'applicazione delle relative disposizioni, visto che, anche in questo caso, la clausola di compatibilità prevista dall'art. 140 *novies* non sembra sufficiente a garantire un corretto recepimento della direttiva.

Parimenti critico, inoltre, è il potere di impugnazione riconosciuto all'aderente dall'art. 840 *decies*, comma 2, c.p.c.

7. Il contenuto del provvedimento di accoglimento della domanda.

Per quel che attiene alle tutele conseguibili nell'ambito della nuova azione rappresentativa, la direttiva, come visto, comprende opportunamente tanto la tutela inibitoria, quanto quella risarcitoria, imponendo – peraltro – che le relative domande possano essere proposte congiuntamente nel medesimo processo.

Nella disciplina delle azioni collettive del codice di rito tale possibilità è espressamente esclusa dall'art. 840 *sexiesdecies*, comma 9, c.p.c., sebbene il possibile cumulo della domanda risarcitoria a quella inibitoria è talmente fisiologico da apparire di dubbia costituzionalità la nostra disciplina generale.

Sarebbe stato opportuno estendere la soluzione europea a tutti gli ambiti della tutela collettiva.

A prescindere da questo, gli artt. 8 e 9 della direttiva chiariscono il contenuto dei provvedimenti inibitori e risarcitori.

Più in particolare, i primi due commi dell'art. 8 comprendono nella tutela inibitoria:

a) il provvedimento provvisorio o definitivo volto a far cessare o vietare la condotta che costituisce violazione delle disposizioni che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva;

b) il provvedimento volto ad accertare la suddetta violazione;

c) l'ordine di pubblicazione della decisione nella forma ritenuta appropriata dall'autorità giurisdizionale o di una dichiarazione di rettifica.

Quanto indicato alle lett. b) e c) è rimesso alla scelta del diritto nazionale.

Lo schema di decreto legislativo – seppur perfettibile sul piano della tecnica redazionale – appare sostanzialmente conforme alle richieste della direttiva, tenuto conto del disposto dell'art. 140 *octies*, anche come integrato mediante il rinvio compiuto dal comma 7 della medesima disposizione ai commi 7 e 8 dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

Ai sensi delle due previsioni appena richiamate sarà, infatti, possibile:

a) «ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate»;

b) «condannare la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati».

Quanto appena riportato *sub* lett. b) potrebbe risultare erroneamente compreso nell'ambito della tutela inibitoria, alla luce della nozione di provvedimento risarcitorio adottato dall'art. 9 della direttiva, ove si legge:

«Un provvedimento risarcitorio impone al professionista di offrire ai consumatori interessati rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato, a seconda di quanto opportuno e previsto dal diritto dell'Unione o nazionale».

D'altro canto, l'impostazione seguita nello schema di decreto legislativo merita approvazione, poiché consente agli enti legittimati di ottenere provvedimenti inibitori volti ad imporre al convenuto soccombente l'adozione di condotte a contenuto ripristinatorio anche a favore dei consumatori non aderenti.

Una previsione analoga si rinveniva nell'art. 140, comma 1, lett. b), c. cons., ove era previsto che il giudice potesse ordinare al soccombente l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

La dottrina prevalente e accorta giurisprudenza di merito avevano valutato positivamente tale previsione proprio allo scopo di sopperire all'ineffettività dell'azione risarcitoria fondata sul meccanismo delle adesioni.

Oggi, come allora, si pone lo stesso problema e la soluzione predisposta dallo schema di decreto merita approvazione.

Per quel che attiene la tutela risarcitoria, l'art. 140 *novies* adotta la non pregevole locuzione «provvedimenti compensativi» e non richiama, anche a scopo esemplificativo, quanto indicato dall'art. 9 della direttiva.

Sarebbe opportuno integrare il disposto del primo comma dell'art. 140 *novies*, aggiungendo quantomeno dopo la parola «compensativi» la seguente previsione: «ovvero risarcitori, restitutori o comunque soddisfattivi degli interessi individuali dei consumatori aderenti».

8. *L'efficacia delle decisioni definitive.*

Il *Considerando* 64 e l'art. 15 della direttiva prescrivono che la decisione definitiva che accerti l'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori possa essere usata «da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai loro organi giurisdizionali o autorità amministrative nazionali al fine di invocare provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica, conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove».

Di quanto appena riportato non v'è traccia nello schema di decreto.

Va peraltro osservato che il significato dell'art. 15 non è del tutto chiaro nemmeno alla luce del menzionato *Considerando*.

Più precisamente la direttiva si riferisce alle «parti» rispetto «ad altre azioni» avviate «nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica».

Alla luce del *Considerando* 36 il termine «parti» dovrebbe comprendere solo l'ente che ha proposto la domanda ed il convenuto, con esclusione degli aderenti e certamente degli altri consumatori interessati che non hanno aderito.

Posta la questione in questi termini, la possibilità di invocare l'efficacia della decisione definitiva in un successivo giudizio tra le stesse parti e con riguardo alla stessa pratica è difficile si ponga nel nostro ordinamento, infatti:

- ai sensi dell'art. 840 *quater* c.p.c., richiamato dall'art. 140 *novies*, non sarà possibile introdurre una nuova azione collettiva risarcitoria;

- ai sensi dell'art. 81 c.p.c., l'ente collettivo vittorioso non potrà agire in sostituzione del singolo consumatore per ottenere la condanna del professionista nell'ambito di un giudizio individuale.

Il problema potrebbe allora configurarsi allorché lo stesso ente collettivo agisca prima in via inibitoria e poi in via risarcitoria o viceversa.

In questi casi ed in particolare nel primo (poiché il secondo è poco probabile), sebbene il tema dell'efficacia del giudicato nel nostro ordinamento sia estremamente complesso e controverso, si crede che l'accertamento della condotta plurioffensiva faccia comunque stato tra le parti anche nel giudizio successivo, sicché può comprendersi che lo schema di decreto legislativo non abbia preso posizione sul punto.

9. *L'interruzione della prescrizione e le soluzioni conciliative.*

Nei limiti di queste sintetiche considerazioni a prima lettura dell'articolato, meritano attenzione ancora due profili.

Il primo riguarda la norma sulla prescrizione già menzionata.

A tal riguardo sarebbe opportuno disporre che **l'effetto interruttivo della prescrizione di cui all'art. 140 *duodecies* c.p.c. si produca al momento del deposito del ricorso** (cfr., in materia di procedimento sommario di cognizione, Cass. 15 ottobre 2021, n. 24891).

Il secondo attiene, invece, alle possibili soluzioni transattive della controversia; profilo, questo, notoriamente cruciale nell'ambito del contenzioso collettivo.

Nella direttiva si occupano della questione i *Considerando* da 53 a 57, nonché l'art. 11.

In estrema sintesi, in esclusivo riferimento alle domande a contenuto risarcitorio, la direttiva vuole che:

- l'accordo transattivo sia proposto al giudice dalle parti o sia lo stesso organo giurisdizionale a sollecitare la soluzione amichevole della lite;

- l'accordo raggiunto sia sottoposto a controllo giudiziale e che la sua approvazione debba essere esclusa quando la transazione è «contraria a disposizioni imperative del diritto nazionale o comprendente condizioni che non possono essere eseguite tenendo conto dei diritti e degli interessi di tutte le parti e, in particolare, di quelli dei consumatori interessati», nonché quando essa «è iniqua»;

- la transazione vincoli anche «i singoli consumatori interessati», ferma la possibilità che i singoli Stati membri concedano ai consumatori il diritto di accettare o rifiutare di essere vincolati all'accordo.

La disciplina degli accordi transattivi prevista all'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. è piuttosto complessa e non esente da criticità:

- sono previste due distinte fattispecie, ovvero il caso in cui si raggiunga l'accordo prima della sentenza di accertamento della responsabilità o dopo la pronuncia di questa;

- sulla base del tenore letterale della norma, le transazioni sembrano poter coinvolgere solo le pretese spettanti ai componenti della classe che hanno già aderito al processo collettivo;

- ai singoli aderenti sono riconosciute diverse facoltà (profilo della disciplina nostrana poco coerente con la direttiva: cfr *retro*, § 6) tra cui quella di rifiutare l'accordo concluso;

- al giudice è dato il potere di autorizzare la conclusione dell'accordo solo nel caso in cui questo venga raggiunto dopo la sentenza di accertamento della responsabilità e «avuto riguardo agli interessi degli aderenti».

Alla luce di quanto sinora rappresentato, **l'art. 140 *decies* proposto nello schema di decreto legislativo appare poco chiaro, anche in ragione del rinvio all'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.**, che non è del tutto conforme alla direttiva e presenta meccanismi eccessivamente complicati.

Sul punto occorre necessariamente fare chiarezza e semplificare.

Preliminarmente deve essere chiarito se l'accordo raggiunto e autorizzato vincola «i consumatori interessati» (cioè la classe intera) o solo i consumatori aderenti (cioè il gruppo anche assai più ristretto di consumatori che hanno in concreto aderito).

Se viene confermata la scelta a favore dell'*opt-in*, appare più ragionevole propendere per la seconda soluzione appena indicata.

Si potrebbe pertanto predisporre una norma come quella che segue:

«1. Fino alla discussione orale della causa e dopo la pronuncia della sentenza di cui all'art. 840 *sexies* c.p.c., può essere richiesta al giudice l'approvazione dell'accordo conciliativo raggiunto tra le parti concernente la domanda proposta ai sensi dell'art. 140 *novies*.

2. L'approvazione è concessa quando l'accordo non contrasta con norme imperative, non contiene clausole o obbligazioni non eseguibili e non risulta iniquo, tenuto conto dei diritti e degli interessi di tutte le parti e, in particolare, di quelli dei consumatori interessati.

3. L'accordo autorizzato è pubblicato ai sensi dell'art. 840 *ter*, secondo comma, c.p.c. ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente.

4. L'accordo vincola tutti i consumatori aderenti che non abbiano dichiarato con le modalità di cui all'art. 840 *septies* c.p.c. e nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione di cui al comma precedente di non voler partecipare all'accordo.

5. L'accordo costituisce titolo per poter procedere all'esecuzione forzata collettiva di cui all'art. 840 *terdecies* c.p.c., nonché per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

6. Si applicano in quanto compatibili gli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.».