



TUTELA CONSUMATORI

La class action come strumento di reazione collettiva a tutela del consumatore nei settori bancario ed assicurativo

La *class action* rappresenta nell'ordinamento interno italiano lo strumento "principe" per la tutela collettiva dei consumatori nei confronti delle violazioni di legge poste in essere dalle imprese nei loro confronti. La particolarità della *class action* introdotta nell'ambito del Codice del consumo è rappresentata dal fatto che permette una tutela inibitoria e risarcitoria per il consumatore in settori nei quali fino ad oggi le azioni individuali trovavano il limite del costo e della difficoltà della gestione di una causa civile nei confronti di imprese di grandi dimensioni, quali, ad esempio, quelle operanti nel settore bancario ed assicurativo. Pur non avendo avuto ancora una grandissima diffusione, l'azione di classe ha già evidenziato settori di elezione particolari e promette interessanti sviluppi in altri settori regolati dal Codice del consumo.

di Nicola Soldati Professore aggregato di diritto delle assicurazioni Alma Mater Studiorum Università di Bologna Scuola di Economia Management e Statistica

1. Introduzione

Il Codice del consumo contiene al suo interno numerose disposizioni diseginate al precipuo scopo di fornire a consumatori e utenti, sia in sede amministrativa che giurisdizionale, la possibilità di potere reagire nei confronti di comportamenti non conformi alla disciplina di legge poste in essere da imprese bancarie e assicurative, arrivando financo ad ottenere il risarcimento dei danni subiti, e ciò anche sulla spinta degli scandali finanziari¹ che hanno caratterizzato lo scenario italiano ed internazionale degli ultimi anni e che hanno causato danni di rilevantissima entità proprio a carico di queste categorie².

¹ AA.VV., *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, Milano, 2014; R. LENER (a cura di), *Diritto del mercato finanziario*, Torino, 2011; F. GALGANO, F. ROVERSI MONACO, *Le regole del mercato finanziario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2009; C. BRESCIA MORRA, *Troppe regole in Italia sui rapporti tra industria e banca? Un'analisi comparata*, in *Anal. giur. econ.*, 2006, p. 91; F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa. Prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca, borsa, e tit. cred.*, 2006, p. 125; R. COSTI, *Concorrenza e stabilità nel mercato bancario*, in *Anal. giur. econ.*, 2006, p. 111; S. COTTERLI, *La raccolta del risparmio tra banche ed assicurazioni: la nuova disciplina*, in *Banca impr. soc.*, 2006, p. 29; V. DESARIO, *Intervento in Nuovi scenari per il sistema bancario tra cambiamenti macroeconomici e innovazioni normative*, Seminario dell'Associazione per lo sviluppo degli Studi di Banca e Borsa (SADIBA), Perugia, 25 marzo 2006; MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze all'innovazione nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Banca impr. soc.*, 2006, p. 3; A. PERINI, *Prime osservazioni sui profili penali della nuova legge sul risparmio*, in *Giur. it.*, 2006, p. 875; L. PROIETTI, F. SANTOBONI, A. VINCIONI, *La vigilanza dei sistemi finanziari nell'area del Sebc. Le recenti tendenze evolutive*, in *Banche e Banchieri*, 2006, p. 5; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 1; S. SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 549; L. SPAVENTA, *La legge sulla tutela del risparmio: passi avanti, errori e illusioni*, in *Anal. giur. econ.*, 2006, p. 11; L. TORCHIA, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, p. 273; F. VELLA, *La riforma della vigilanza: tanto rumore per nulla*, in *Anal. giur. econ.*, 2006, p. 117; F. CAVAZZUTI, *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banc. impr. soc.*, 2004, p. 19; P. ABBADESSA, *Nuove regole di governance nel progetto di legge sulla tutela del risparmio*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2005, p. 536; D. MASCIANDARO, G. TABELLINI, *La governance della Banca d'Italia*, in *Il Mulino*, 2005, p. 1019; A. NIGRO, *La tutela del risparmio e l'efficienza del sistema: il ruolo delle banche*, in *Società*, 2005, p. 315; L. SPAVENTA, *Note su una creatura non nata: il disegno di legge sulla tutela del risparmio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2005, p. 425

² *Inter alia*: bond argentini, Cirio, Parmalat e Giacomelli. Sul punto: M. FUSCO, *Responsabilità solidale tra emittente ed*

I c.d. *mass damages* verificatisi in modo sempre più frequente a discapito dei consumatori hanno progressivamente attirato l'attenzione, in primo luogo, della comunità sociale, e successivamente degli studiosi del diritto, i quali si sono interrogati sulle modalità operative da porre in essere per rendere effettivamente possibile una reale tutela degli interessi dei consumatori, sia in forma individuale, che collettiva.

Nell'ambito del Codice in parola la fondamentale previsione di legge è rappresentata dall'azione collettiva risarcitoria, introdotta all'art. 140-*bis*, la quale costituisce lo strumento processuale di completamento e rafforzamento della difesa del consumatore e dell'utente e delle associazioni rappresentative dei consumatori nell'ambito dei diritti contrattuali³.

Alla luce di questo strumento normativo, laddove un rilevante numero di persone risulti danneggiato economicamente o fisicamente da un medesimo evento, il ricorso all'azione collettiva risulta grandemente preferibile rispetto al ricorso individuale del singolo consumatore, poiché quest'ultima scelta condurrebbe all'instaurarsi di un considerevole numero di procedimenti, con conseguente uso inefficiente delle risorse giudiziarie e con spese processuali assai difficilmente sostenibili da parte di uno o più consumatori, esponendo, peraltro, gli stessi ad esiti processuali potenzialmente divergenti tra loro, financo contraddittori.

In virtù di tale considerazione, l'esigenza di adottare all'interno delle regole del processo civile dei Paesi c.d. a capitalismo maturo, tra cui si può senza dubbio annoverare anche l'Italia, strumenti finalizzati alla gestione di controversie collettive per danni era divenuta negli ultimi anni ormai pressante⁴.

Infatti, a fronte della globalizzazione dei mercati, in generale, in tutti i casi in cui sono mancati interventi legislativi adeguati, i soggetti lesi a seguito della stipulazione di contratti bancari o assicurativi hanno, tendenzialmente agito mediante forme collettive di azione, aggregandosi di loro iniziativa, per cui i diversi legislatori nazionali hanno dovuto elaborare metodi per gestire questi procedimenti di massa direttamente nelle aule giudiziarie nazionali, allo scopo di evitare pratiche di *forum shopping* dirette a fare valere le ragioni dei soggetti lesi in Paesi stranieri già provvisti di normativa *ad hoc*, come è accaduto, a titolo di esempio, negli Stati Uniti, tramite l'esperimento di *class actions*⁵.

intermediario finanziario: il rinvio della Suprema Corte in tema di Cirio bond, in *Resp. civ e previdenza*, 2014, p. 862; M.B. MAGRO, *Caso Parmalat: considerazioni a margine su un caso di manipolazione informativa*, in *Società*, 2012, p. 1052; F. GRECO, *Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ e previdenza*, 2010, p. 445; S. CHIARUTTINI, *Parmalat, un caso di trasferimento di rischio industriale e di credito sui risparmiatori: cause e rimedi*, in *Anal. giur. econ.*, 2010, p. 367; F.R. FANTETTI, *Tutela del risparmiatore e class action. Il caso Cirio*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 408; M. LEMBO, *Le forme di pubblicità ed il prospetto informativo nei servizi di investimento: problematiche recenti in nota ai casi Cirio e Parmalat e prospettive di riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, p. 959; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero pelati alla meta. Storie di ordinaria spoliazione di azionisti e obbligazionisti*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2003, p. 499; F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei casi Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Società*, 2004, p. 401; R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 567.

³ La *class action* può essere attivata anche per la tutela di "diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale".

⁴ In particolare, si è dimostrata urgente, sfociando nella nuova legislazione inglese e tedesca, una regolamentazione dell'iniziativa privata per la tutela risarcitoria avverso illeciti di massa.

⁵ A titolo di esempio, si possono ricordare, per l'Italia, i casi *Bond Argentina* (SDNY, 02 Civ. 5699). H.W. Urban GmbH, Individually And On Behalf Of All Others Similarly Situated, Plaintiff, - against - The Republic of Argentina, Defendant. involving all persons who have since July 22, 2002 owned Global Bonds issued by the Republic of Argentina in the following series: (a) January 30, 2017, bearing interest at a rate of 11 3/8% per year (ISIN No. US040114AR16; CUSIP No. 040114AR1); and (b) April 7, 2009, bearing interest at a rate of 11 3/4% per year (ISIN No. US040114BE93; CUSIP No. 040114BE9.) ed il caso *Parmalat* (SDNY, 04 Civ. 0030 - "Attori principali" sono Hermes Focus Asset Management Europe Limited, Cattolica Partecipazioni, S.p.A., Capital & Finance Asset Management, Società Moderne des Terrassements Parisiens e Solotrat) i cui aspetti saranno approfonditi al § 7. Per la

Il codice di rito consentiva, invero, già prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione collettiva, a più soggetti di promuovere cumulativamente e congiuntamente più domande nei confronti degli autori del danno in tutte le ipotesi in cui in cui vi fosse identità o connessione (propria o impropria) tra *petitum* e/o *causa petendi*, ovvero vi fosse da risolvere, anche soltanto in parte, identiche questioni (art. 103 c.p.c.), al pari di come era ammissibile, sempre a parità di condizioni, l'intervento di quei medesimi soggetti nel processo già instaurato da altri (art. 105 c.p.c.), oltretutto la promozione di azioni inibitorie, ai sensi degli artt. 37 e 140 del Codice del consumo⁶.

Altresì, nell'ambito delle diverse disposizioni di legge emanate a seguito dell'introduzione della legge a tutela del risparmio⁷, l'attenzione dell'interprete deve essere posta anche al d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146⁸, il quale, in attuazione della Direttiva comunitaria 2005/29/CE, ha modificato gli articoli da 18 a 27 del Codice del consumo⁹, introducendo una più approfondita e completa disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti, (leggasi banche, intermediari finanziari e società quotate) e consumatori che si prestano, in particolare, ad una reazione dei consumatori in forma collettiva.

I novellati articoli del Codice del consumo hanno una portata più ampia rispetto alla mera valutazione della sola comunicazione pubblicitaria, includendo l'insieme delle pratiche commerciali che possano arrecare pregiudizio ai consumatori poste in essere dal professionista prima, durante e dopo la conclusione del contratto.

Tale disciplina ha anche una rilevanza sotto il profilo pubblicistico in quanto l'autorità competente a conoscere dei ricorsi dei consumatori è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹⁰ la quale ha funzioni inibitorie e sanzionatorie nei confronti del professionista che pone in essere pratiche commerciali scorrette ai danni del consumatore¹¹.

Germania si rinvia all'elenco riportato in H. SCHNEIDER, *Class actions-rechtspolitische Fragen in den USA und Anerkennung in Deutschland*, Munster, 1999, p. 3.

⁶ S. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in S. CHIARLONI, P. FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, p. 427; G. DE MARZO, *Tutela inibitoria degli interessi collettivi e diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 990; E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, p. 427; A. GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 680; C.M. VERARDI, B. CAPPONI, M. GASPARINETTI, *La tutela collettiva del consumatore*, Napoli, 1995; C.M. VERARDI, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXVI, 2, Torino, 2000, p. 1331. In giurisprudenza cfr.: Trib. Milano, 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1627, con nota di F. BECHI, A. PALMIERI, *Polizze "index linked" e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*.

⁷ Legge 28 dicembre 2005, n. 262, in G.U. 28 dicembre 2005, n. 310, suppl. ord. n. 208, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

⁸ In G.U. 6 settembre 2007, n. 207, recante: "Attuazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004".

⁹ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229", in G.U. 8 ottobre 2005, n. 235, suppl. ord. n. 162.

¹⁰ G. MEO, *Antitrust e autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Assicurazioni*, 2014, p. 519; N. ZORZI, *Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 671; N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 433 M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688.

¹¹ R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 653; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; A. STAZI, *Pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive*, in *Dir e prat. soc.*, 2010, n. 5, p. 14; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 408; G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo, Aggiornamento*, Padova, 2009; A. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2009; A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle*

Il rapporto tra azione collettiva risarcitoria e pratiche commerciali scorrette rappresenta un campo di azione ancora inesplorato in dottrina che indubbiamente potrà avere dinamiche e applicazioni concrete di notevole portata nel prossimo futuro

In ogni caso, allo stato, è lecito affermare come l'entrata in vigore dell'azione collettiva risarcitoria appaia in grado, in generale, nonostante il suo ancora ridotto effettivo utilizzo, di rappresentare un ulteriore tassello a difesa dei soggetti più deboli del mercato e, in modo particolare, come strumento di tutela risarcitoria a favore dei consumatori nell'ambito dei contratti bancari e assicurativi.

2. Le pratiche commerciali scorrette: dalla direttiva 2005/29/CE al Codice del consumo

Lo stretto legame che potrà svilupparsi tra *class action* e pratiche commerciali scorrette impone all'interprete di partire da un'imprescindibile preliminare analisi dell'evoluzione delle pratiche commerciali scorrette nell'ambito dell'ordinamento interno.

Nell'originario testo del Codice del consumo era stata inserita negli articoli da 18 a 27 la disciplina della pubblicità ingannevole introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74¹² con il quale era stata recepita in Italia la Direttiva 84/450/CEE; tali disposizioni sono state poi integrate da norme in tema di pubblicità comparativa illecita, attuative della Direttiva 97/55/CE¹³; da ultimo, il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21¹⁴, ha introdotto nel Codice del consumo il comma 1 *bis* all'art. 27, che attribuisce in via esclusiva alla AGCM la competenza ad intervenire nei confronti delle pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati da altre Autorità.

La disciplina così introdotta mirava espressamente a tutelare tutti gli interessi potenzialmente

pratiche commerciali scorrette: attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE, Padova, 2008; P.F. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in TUVERI, *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1830; V. FALCE, *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*. A) *Autorità garante della concorr. e del mercato*, 15 nov. 2007, n. 17589. B) *Autorità garante della concorr. e del mercato*, 15 nov. 2007, n. 17590, in GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in SERAFINO, *Osservatorio sulle pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole e comparativa*, in DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*. (D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2, 4 e 8 D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221), in LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in GUERINONI, *I regolamenti sulle pratiche commerciali scorrette*, in CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lg. n. 146 del 2007*, in MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d. legisl. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1113; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto impr. Europa*, 2007, p. 53; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto impr. Europa*, 2007, p. 17; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 174; F. SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2007, 3, p. 42; R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 364; T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE "sulle pratiche commerciali sleali"*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2006, p. 22; V. MELI, *Pubblicità ingannevole* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XXIX, 2005, p. 1.

¹² In G.U., 13 febbraio 1992, n. 36, suppl. ord., recante: "Attuazione della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa". Il decreto è stato abrogato dall'art. 146 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

¹³ Direttiva 97/55/CE del Parlamento Europeo del Consiglio del 6 ottobre 1997 a parziale modifica della Direttiva 84/450/CE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa.

¹⁴ In G.U. 11 marzo 2014, n. 58, recante "Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE."

coinvolti dalla comunicazione commerciale ingannevole, ossia quelli dei consumatori, vittime dirette dell'inganno, dei concorrenti, svantaggiati a favore delle imprese che ricorrono all'inganno o alla comparazione illecita e, più in generale, quello del pubblico alla correttezza della comunicazione commerciale.

In ambito comunitario, il cammino dell'armonizzazione delle discipline a tutela del consumatore non si era esaurito con l'emanazione delle sopra menzionate direttive e, a partire dal "Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea"¹⁵, era proseguito con la predisposizione di ulteriori strumenti di protezione dei consumatori nei confronti di tutte le pratiche commerciali sleali¹⁶.

Proprio in questo contesto nasce la Direttiva 2005/29/CE¹⁷, che, oltre ad introdurre una nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette per il tramite del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145¹⁸, comprendente anche le comunicazioni ingannevoli tra imprese e consumatori, è venuta a modificare la precedente disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita¹⁹.

Nel recepire la disciplina comunitaria, il legislatore italiano, da una parte, ha inserito le norme in materia di pratiche commerciali scorrette nel Codice del consumo, sostituendo gli articoli da 18 a 27, dall'altra, ha portato al di fuori di esso la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa illecita, per la quale si deve oggi fare autonomo riferimento al d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145²⁰.

Il punto chiave della disciplina uniforme è il divieto di pratiche commerciali sleali che dovrebbe sostituirsi alle clausole generali²¹ e ai principi giuridici divergenti prima in vigore nei diversi Stati membri.

In base all'art. 20, comma 2, del Codice del consumo, "una pratica commerciale è scorretta quando

¹⁵ COM (2001) 531 def., del 2 ottobre 2001, revisionato poi del 2007 COM (2006) 744 def. dell'8 febbraio 2007 (Libro verde. Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori). Si veda anche: L. DI MAURO, *L'iter normativo: dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali - Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 25; B. CAPPONI, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, *Doc. giust.*, 1994, p. 361.

¹⁶ L.C. UBERTAZZI, *Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 374.

¹⁷ A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit.; E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit.; S. WEATHERILL, U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29/CE. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007; G.G. HOWELLS, W. MICKLITZ, T. WILHELMSSON (a cura di), *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, 2006.

¹⁸ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, in G.U., 6 settembre 2007, n. 207, recante: "Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004".

¹⁹ M.R. OLIVIERO, *La pubblicità comparativa: con casi risolti, legittimazione giuridica, condizioni di liceità, rimedi giurisdizionali e amministrativi, procedimento davanti al Giurì*, Rimini, 2013; V. MELI, *Pubblicità ingannevole* (voce), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XXIX, 2005, p. 1; V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 5; V. MELI, *La repressione delle pubblicità ingannevole (commento al DL n. 74 del 25 gennaio 1992)*, Torino, 1994; V. MELI, *La pubblicità comparativa tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 267.

²⁰ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in G.U., 6 settembre 2007, n. 207, recante: "Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole".

²¹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 90, il quale afferma che per "clausola generale" "si intende, com'è noto, una norma che affida al giudice il compito di effettuare una valutazione comparativa fra interessi in conflitto, sulla base di criteri predeterminati ma non sufficienti a determinare una disciplina dettagliata della materia (Delegationsnorm). Si vedano anche sul punto: G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 116; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impr. Europa*, 2007, p. 78; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 777.

è contraria alla diligenza professionale”, e quando “è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Alla luce della clausola generale dell'art. 20, comma 2, si ritiene che la pratica commerciale sleale richieda l'accertamento di entrambi i presupposti sopra indicati, vale a dire sia la contrarietà a diligenza, sia l'idoneità a falsare la libera scelta del consumatore²².

A mente della disciplina contenuta all'interno del codice del consumo, la pratica commerciale è vietata, dunque, allorché risulta essere contraria alla diligenza professionale, definita come il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori possono attendersi da un professionista nel rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede nello specifico settore di attività esercitata (art. 18, lett. h))²³.

Ne consegue che la negligenza del professionista deve essere in grado di falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore: nella prassi ciò che è rilevante è l'idoneità della pratica commerciale ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo, pertanto, ad assumere una decisione di natura commerciale che, altrimenti, non avrebbe preso.

Al riguardo, occorre evidenziare come la direttiva 2005/29/CE abbia tutelato i consumatori, non dalle conseguenze di tutte ed indistintamente le pratiche commerciali sleali, ma soltanto da quelle ritenute rilevanti, avuto riguardo al “virtuale consumatore tipico”²⁴, con la conseguenza che la pratica commerciale può essere considerata scorretta e, dunque, vietata solamente nell'ipotesi in cui risulti idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio²⁵.

I soggetti destinatari della tutela sono il “consumatore”, definito come “qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale” (art. 18, lett. a) e le “microimprese”, definite come “entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003” (art. 18, lett. d) *bis*)²⁶ di talché la disciplina non trova applicazione al di fuori dei casi in cui la vittima sia uno dei soggetti destinatari della tutela, con la conseguenza che, in talune fattispecie, potrebbe risultare difficile comprendere come si possano distinguere tali figure in presenza di pratiche commerciali che sono generalmente rivolte nell'ambito dei contratti bancari e assicurativi ad una platea indeterminata di destinatari, vuoi

²²A. NOBILE, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impr. Europa*, 2014, p. 180; R. PARTISANI, *Sub art. 20*, in M. FRANZONI (a cura di), *Codice Ipertestuale del consumo*, Torino, 2008, p. 81.

²³A fronte della definizione accolta all'interno del codice del consumo, pare lecito potere affermare che la diligenza di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, risulti essere coincidente con quella dell'art. 1176, comma 2, c.c., che viene applicata, oltre che alle professioni intellettuali, anche alle attività economiche professionalmente esercitate, senza distinzione tra professionista o imprenditore, con esclusione però dei componenti degli organi di gestione e di controllo delle società. In giurisprudenza, *inter alia*, si veda: Cass., 14 aprile 2000, n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, 524; A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore ed i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3118.

²⁴Considerando n. 18, il quale evidenzia che la nozione di consumatore va riferita ad un “virtuale consumatore tipico”, ovvero al “consumatore medio... normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici”. Il legislatore comunitario non ha inserito una definizione di consumatore medio [presente nella proposta di direttiva all'art. 2(b)] per permettere al concetto di evolversi in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

²⁵C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contratti*, 2010, p. 408.

²⁶G. DI CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e “microimprese”*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 3.

consumatori, vuoi professionisti²⁷.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette, sulla scorta della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, utilizza come parametro di riferimento quello del “consumatore medio”²⁸ del gruppo che rappresenta il *target* di riferimento della pratica, considerando, però, che la pratica potrebbe coinvolgere anche sottogruppi di consumatori particolarmente vulnerabili; tale impostazione rimane immutata per il consumatore anche dopo l’estensione della tutela in parola alle “microimprese”.

Pur tuttavia, nell’ambito della tutela collettiva fondata sul paradigma del consumatore medio, non costituisce pratica commerciale scorretta la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.

Le pratiche commerciali scorrette sono divise in due categorie, quelle ingannevoli e quelle aggressive. Il testo del Codice del consumo si caratterizza, in modo particolare, per il fatto che per ciascuna delle due categorie fornisce i criteri per valutarne l’ingannevolezza (artt. 21 e 22) e l’aggressività (artt. 24 e 25).

Per rendere ancora più incisiva la tutela del consumatore la normativa fornisce anche una precisa indicazione all’interno di due c.d. *black list*²⁹ di quelle fattispecie che sono considerate, in ogni caso, ingannevoli, ai sensi dell’art. 23 del Codice del consumo, ovvero aggressive, ai sensi dell’art. 26³⁰; in relazione a tali pratiche non risulta essere necessario, quindi, dimostrare la non conformità alla diligenza professionale e l’idoneità a influenzare il consumatore.

3. L’impatto delle pratiche commerciali scorrette nei contratti bancari ed assicurative e il ruolo

²⁷ Sul punto emblematico è il caso dell’ordinanza del tribunale di Torino del 27 maggio 2010, prima decisione in Italia in tema di *class action*, dove uno dei punti del contendere era proprio costituito dalla figura del ricorrente qualificatosi come consumatore e, per contro, ritenuto dalla banca convenuta un professionista.

²⁸ La definizione di consumatore (ovvero «qualsiasi persona fisica che... agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale») della Direttiva [articolo 2(a)] non presenta alcuna novità rispetto a precedenti strumenti normativi e alla giurisprudenza comunitari. In dottrina si vedano: L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 685; N. ZORZI, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e impr. Europa*, 2010, p. 549; C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto impr. Europa*, 2007, p. 734; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2007, p. 1071; G. PIZZOLANTE, *La nozione di “consumatore” nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 319. In giurisprudenza: Corte giust. CE, 22 novembre 2001, nelle cause riunite nn. C-541/99 e C-542/99, *Cape s.n.c. c. Idealservice srl e Idealservice MNRE Sas c. OMAI Srl*, in *Racc.*, 2001, I, 9049 e Corte giust. CE, 3 luglio 1997, in causa n. C-269/95, *Benincasa c. Dentalkit Srl*, *Racc.*, 1997, I, 3767. La definizione di consumatore medio è di origine giurisprudenziale, creatasi nella casistica comunitaria e segnatamente nelle vertenze relative alla protezione dei segni distintivi. Al riguardo si rinvia alle decisioni: *Esteée Lauder* (Corte giust. CE, 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Esteée Lauder c. Lancaster*, in *Racc.*, 2000, I, 117, § 30), *Gut Springenheide* (Corte giust. CE, 16 luglio causa C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, in *Racc.*, 1998, I, 4567, § 31, con riferimento alla legislazione comunitaria sulla commercializzazione delle uova e la possibile ingannevolezza per i consumatori tedeschi della descrizione riportata sulla confezione delle uova commercializzate da Gut («10 uova fresche, 6 cereali»)), *Mars* (Corte Giust. CE, 6 luglio 1995, causa C-470/93, *Mars*, in *Racc.*, 1995, 1923, § 24, con riferimento alla presunta ingannevolezza nel diritto della concorrenza sleale tedesco di una promozione pubblicitaria adottata nella confezione delle barrette di gelato Mars importate dalla Francia e all’art. 28 [ex 30] TCE (la scritta sulla confezione «+10%» occupava di più dell’effettivo 10% della superficie della barretta)), *Darbo* (Corte giust. CE, 4 aprile 2000, causa C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koln e V. c. Adolf Darbo AG*, in *Racc.*, 2000, I, 2297, §§ 33-34).

²⁹ Contenuta nell’allegato I alla Direttiva.

³⁰ In dottrina vi è chi ritiene che la *black list* costituirebbe un’elencazione di presunzioni semplici: M. LIBERTINI, in C. CASTRONUOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 466, e chi, al contrario ritiene che tale interpretazioni rischi di compromettere l’armonizzazione totale a livello europeo delle singole discipline nazionali: P. AUTERI, *Introduzione*, in A. GENOVESE, (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008.

delle Autorità di settore

La tutela del consumatore nei settori bancario e assicurativo appare particolarmente importante e delicata, atteso che un'adeguata azione di controllo sulla scorrettezza degli operatori di settore è necessaria al fine di dare, ovvero restituire, alla clientela la fiducia indispensabile nei confronti degli istituti bancari e crediti, nonché nei confronti delle imprese assicurative.

In tale contesto, alle asimmetrie informative tra imprese e consumatori, in ragione, da un lato, della complessità dei contratti e, dall'altro, della scarsa competenza specifica del consumatore per comprendere l'esatto contenuto delle operazioni proposte, si aggiunge lo stato di bisogno di molti consumatori nel rendere necessario il massimo rispetto delle regole di trasparenza e correttezza previste in generale per la tutela della clientela e per i settori in parola in particolare.

La tutela amministrativa e giurisdizionale in materia di pratiche commerciali scorrette³¹ in ambito bancario e assicurativo è affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, peraltro, è competente anche in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita³².

Tale competenza è stata ampliata e rafforzata a seguito del d.lgs. n. 21 del 2014 che ha espressamente previsto per l'AGCM, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire anche nei settori regolati nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente. Tale competenza viene esercitata previa acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta; per un più efficace e penetrante intervento le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze³³.

L'Antitrust in entrambi i settori di applicazione³⁴ può attivarsi d'ufficio, anche in assenza di una segnalazione esterna, ed è dotata di penetranti poteri investigativi, avendo la possibilità di accedere a qualsiasi documento pertinente, nonché di richiedere a qualunque persona o ente le informazioni necessarie e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria, sanzionando il rifiuto o la trasmissione di informazioni o documentazione non veritiere.

Altresì, l'Autorità ha la possibilità di effettuare ispezioni e acquisire copia dei documenti aziendali, avvalendosi in generale della Guardia di finanza per lo svolgimento dei propri compiti investigativi, oltre che di disporre perizie e analisi economiche e statistiche, nonché la consultazione di esperti in

³¹ M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688; E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Commento a D. lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146)*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 217; D. BONACCORSI DI PATTI, *Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, p. 332; A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 297.

³² Con riferimento alle pratiche commerciali scorrette l'Autorità agisce sulla base della Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411, recante: "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie", in G.U. 23 aprile 2015, n. 94, che ha sostituito la Delibera AGCM 5 giugno 2014, n. 24955, recante "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazioni dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie", in G.U. 30 giugno 2014, n. 149.

³³ G. MEO, *Antitrust e autorità di settore. Evoluzioni in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Assicurazioni*, 2014, p. 519; F. DI MARCO, *Sulla competenza esclusiva dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette (nota al nuovo art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo)*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, p. 526.

³⁴ In base ai dati forniti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in sede di relazione annuale (anno 2013 ultima disponibile), nel settore credito e assicurazioni nell'anno 2013 sono stati gestiti 8 procedimenti tutti chiusi una pronuncia di ingannevolezza, con un totale di sanzioni pari ad euro 1.075.000.

ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria.

Ancora, l'Antitrust ha la possibilità di attribuire con adeguata motivazione alla banca o all'assicurazione l'onere di provare l'esattezza materiale dei dati di fatto contenuti nella pubblicità o relativi alla pratica commerciale oggetto di contestazione; laddove tale prova risulti omessa, ovvero venga ritenuta insufficiente, i dati di fatto saranno considerati inesatti.

L'Autorità ha, da ultimo, la possibilità, in caso di urgenza, di deliberare la sospensione provvisoria della pubblicità o della pratica commerciale denunciata o rilevata; in caso di accertamento della violazione alla conclusione del procedimento, l'Antitrust ha il potere di inibirne la continuazione, disponendo, se del caso, la pubblicazione, a cura e spese del professionista, della delibera, anche per estratto o di una dichiarazione rettificativa (c.d. *corrective advertising*), altresì, ha la possibilità di irrogare una sanzione pecuniaria che, ove non ottemperata, potrà comportare un'ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria; nei casi di reiterata inottemperanza da parte dell'impresa, ha il potere di disporre la sospensione dell'attività per un periodo non superiore a trenta giorni.

Infine, sia in materia di pubblicità ingannevole o comparativa illecita, che di pratiche commerciali scorrette, il procedimento può concludersi a seguito di presentazione di impegni³⁵; fatta eccezione per i casi di manifesta scorrettezza e gravità, l'Autorità ha, quindi, la possibilità di rinunciare all'accertamento dell'infrazione ogniqualvolta il professionista si impegna a porvi fine o a modificare la pubblicità o la pratica commerciale in modo da eliminare i profili di illegittimità. In caso di violazione degli impegni, l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria. Dall'analisi delle fattispecie elencate all'interno del Codice del consumo appare, quindi, evidente come l'impatto delle pratiche commerciali scorrette possa avere nell'ambito dei contratti bancari e assicurativi un'ampia portata.

Infatti, per quanto attiene ai soggetti coinvolti, non è revocabile in dubbio che da una parte banche ed assicurazioni incarnino pienamente il ruolo di professionisti, mentre dall'altra parte, il consumatore e la microimpresa si troveranno legati a tali imprese da una molteplicità di contratti, a volte obbligatori per legge³⁶, altre volte indispensabili per la normale vita o attività quotidiana³⁷. Proprio all'interno di tali rapporti esplicitati dalla stipulazione di contratti possono annidarsi comportamenti contrari ad una o più norme del Codice del consumo e, in modo particolare, a quelle relative alle pratiche commerciali scorrette e ciò in virtù della fisiologica complessità dei rapporti contrattuali stessi e della loro predisposizione unilaterale ad opera delle imprese bancarie e assicurative.

³⁵ Come, a titolo esemplificativo, nel caso PS1340 - Zurich Assicurazioni - disdetta polizza assicurativa - (Provvedimento n. 20158), nell'ambito del quale è emerso che "Zurich Insurance, nella sua qualità di professionista, avrebbe tenuto condotte potenzialmente rilevanti ai sensi del Codice del Consumo, Parte II, Titolo III, con riferimento ad ipotesi di esercizio, da parte degli assicurati, della facoltà di recesso da polizze poliennali, prevista dall'articolo 1899, comma 1, secondo periodo, del codice civile, come sostituito dall'articolo 5, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modifiche nella legge 2 aprile 2007, n. 40. Nello specifico, è risultato che nei casi in cui il recesso abbia ad oggetto un contratto stipulato antecedentemente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, e per il quale sia intervenuta una sostituzione/rinnovo di polizza, Zurich computerebbe il triennio di cui all'articolo 5, comma 4, ultima parte, del richiamato decreto legge n. 7/07, dalla data di emissione della nuova polizza, prescindendo da una puntuale verifica in ordine alla circostanza che alla sostituzione di polizza sottenda o meno una fattispecie di novazione contrattuale.". Il procedimento si è chiuso a fronte della sottoscrizione di un impegno da parte dell'impresa "a fare sì che, in caso di intervenuta sostituzione di polizza, il *dies a quo* per il computo del termine triennale di cui all'articolo 5, comma 4, decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modifiche nella legge 2 aprile 2007, n. 40, non sarà più automaticamente ed in ogni caso individuato nella data di emissione del nuovo documento, riconoscendosi invece, a tal fine, decisivo rilievo alla circostanza che la nuova polizza sia o meno espressione di una modificazione contrattuale avente carattere novativo."

³⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle polizze RC auto.

³⁷ Si pensi, con riferimento ai contratti bancari, il contratto di conto corrente, il contratto di deposito titolo, il contratto relativo alla carta di credito e, con riferimento ai contratti assicurativi, l'assicurazione per il fabbricato sulla responsabilità civile verso terzi, l'assicurazione infortuni, furto e incendio, le assicurazioni sulla vita.

Sempre nell'ambito della tutela del consumatore occorre, però, evidenziare il ruolo anche delle altre Autorità di vigilanza con particolare riferimento ai settori bancario³⁸ e assicurativo, che si pongono a fianco dell'Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato considerata come autorità investita di una funzione specializzata riferita alla generalità dei settori e delle attività³⁹, vale a dire di competenze orizzontali che prescindono dalla particolare tipologia di attività o di imprese⁴⁰. Tuttavia, le competenze a tutela del consumatore sia in ambito assicurativo che bancario delle rispettive autorità sono rivolte ad altri settori di applicazione differenti rispetto alle pratiche commerciali scorrette, anche se per certi versi sufficientemente contigue: al riguardo il riferimento è, a titolo esemplificativo, alle disposizioni del Testo unico in materia bancaria che regolano la tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali, gli obblighi di pubblicità, gli obblighi di comportamento nelle relazioni con la clientela, nonché particolari norme relative alla disciplina dei contratti bancari, materie queste tutte sottoposte al controllo e al potere sanzionatorio della Banca d'Italia.

Il riferimento al settore assicurativo, il riferimento è alle disposizioni del Codice delle assicurazioni private relative alla trasparenza e alla correttezza del comportamento degli intermediari oltre che alle norme di sana e prudente gestione⁴¹, nonché alle specifiche disposizioni a tutela del cliente inerenti alle informazioni che impresa e intermediario sono tenuti a trasmettere al cliente, agli specifici obblighi di correttezza e i limiti all'attività pubblicitaria, materie queste, tutte sottoposte alla cognizione e al potere sanzionatorio dell'Ivass⁴².

4. La repressione delle pratiche commerciali scorrette: aspetti comparatistici

Le pronunce dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato devono essere lette anche in un'ottica comparatistica con riferimento a quei Paesi in cui la repressione delle pratiche commerciali scorrette ha oramai una consolidata tradizione e giurisprudenza e ciò al precipuo di cercare di individuare gli sviluppi che si potranno avere in Italia nei prossimi anni con specifico riferimento ai contratti bancari e assicurativi⁴³.

Come è noto, il riferimento non può che essere effettuato all'esperienza degli Stati Uniti d'America i quali hanno una consolidata disciplina, sia federale, che nazionale, in materia di pratiche commerciali scorrette, avendo la *Federal Trade Commission* iniziato la sua attività nel lontano 1914 e avendo disciplinato la materia con il *Federal Trade Commiccion Act* (FTCA) del 1914 che costituisce la norma base di riferimento per la regolamentazione e la repressione delle *unfair or*

³⁸ Si evidenzia come l'art. 19, comma 11, della legge 28 dicembre 2005, n. 262 abbia abrogato l'art. 20, comma 2, della legge n. 287 del 1990 che poneva un criterio di specialità per le aziende e istituti di credito. In tema si rinvia a: F. ROVERSI MONACO, P. NOVARO, *Commento sub art. 19 – La Banca d'Italia*, in F. GALGANO, F. ROVERSI MONACO, *Le regole del mercato finanziario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2009, p. 381, e, in particolare, 395; M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra autorità di vigilanza*, in P. ABBADESSA, F. CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio*, Bologna, 2007, 155.

³⁹ In merito alle funzioni dell'AGCM si rinvia a: G. BRUZZONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI, A. PAINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 275. Si veda anche Cons. Stato, 16 ottobre 2002, n. 5640, *Foro it.*, 2003, III, c. 73.

⁴⁰ All'uopo occorre rammentare come l'art. 67 *septies decies* del Codice del consumo in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori preveda che "Le autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare e, ciascuna nel proprio ambito di competenza" accertino le violazioni alle disposizioni in materia provvedano a irrogare le sanzioni secondo le procedure rispettivamente applicabili in ciascun settore.

⁴¹ Artt. 3 e 5 del Codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

⁴² A titolo esemplificativo gli artt. 318-320 del Codice delle assicurazioni private.

⁴³ Al riguardo con riferimento all'esperienza della *Federal Trade Commission* statunitense si rinvia a: L.G. VIGORITI, *Tecniche legislative e modelli di sanzione nella regolamentazione delle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 354.

deceptive trade acts and practices.

Proprio in considerazione della organizzazione federale la normativa statunitense si pone su due livelli uno federale e uno statale. A fronte di una disomogeneità delle legislazioni statali, nel 1964 è stato emanato l'*Uniform Deceptive Trade Practices Act* ad opera del *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) allo scopo di tentare una uniformazione delle differenti discipline nazionali.

Pur tuttavia, permangono in molti Stati asimmetrie normative e giurisprudenziali, infatti, molti Stati hanno una differente regolamentazione sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista oggettivo: infatti, alcuni limitano l'ambito di applicazione della disciplina ai rapporti commerciali che hanno come parte un consumatore che acquista beni e servizi per uso personale o della propria famiglia, e pongono limitazioni anche con riferimento al soggetto che può promuovere il giudizio, per contro, altri Stati applicano la disciplina delle pratiche commerciali scorrette solamente ai rapporti tra imprese, con espressa esclusione dei rapporti con i consumatori; indubbiamente però il dato che appare maggiormente percepibile è dato dal differente numero di ipotesi che per legge costituiscono pratiche commerciali scorrette.

Nell'ambito delle *unfair or deceptive trade acts and practices* gli Stati spesso prevedono una disciplina a tutela anche delle pratiche ingannevoli e aggressive.

La *Federal Trade Commission* nell'applicazione del FTCA non richiede che il soggetto che ha posto in essere una pratica scorretta avesse l'intento di ingannare, infatti viene ritenuta sufficiente la potenziale ingannevolezza della pratica posta in essere rispetto alla quale la FTA può intervenire per richiedere la cessazione o la desistenza dalla pratica ingannevole o scorretta.

Il consumatore che ritenga di avere subito una pratica commerciale scorretta o di essere stato indotto in inganno dalla stessa può alla luce della disciplina applicabile, che nella maggior parte dei casi prevede una vera e propria elencazione delle *deceptive trade practices* e alla luce dei precedenti giurisprudenziali valutare la possibilità di agire per la tutela dei propri diritti in forma individuale o collettiva, facendo anche uso della disciplina della *class action* che ha da lungo tempo avuto ampia applicazione.

Nell'ambito del settore bancario le fattispecie maggiormente ricorrenti in giurisprudenza sono quelle della *debt collection*⁴⁴ e dei *pyramid schemes* fattispecie quest'ultima assurta agli onori delle cronache per alcuni recenti scandali di ingentissimo valore economico nei quali i consumatori investivano il loro denaro, trovando poi altri soggetti interessati ad entrare nella "catena" senza che gli ultimi potessero arrivare mai ad ottenere in restituzione quanto promesso.

Nel settore assicurativo molti Stati hanno adottato una regolamentazione per fare fronte alle pratiche ingannevoli delle imprese di assicurazioni, tra le quali le più ricorrenti sono quelle riferite alla vendita delle polizze e al risarcimento dei danni; in molti casi le norme regolano anche le fattispecie nelle quali la disciplina statale in tema di assicurazione non trova applicazione.

5. L'introduzione dell'azione di classe in Italia

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 140-bis del Codice del consumo la *class action* rappresenta, oggi, lo strumento primario per consentire ai consumatori, che agiscono in modo autonomo, ovvero attraverso le associazioni rappresentative degli stessi, di ottenere il risarcimento di un danno derivante da pratiche commerciali scorrette nell'ambito dei contratti bancari ed assicurativi.

L'azione collettiva risarcitoria è stata introdotta in Italia con la legge 24 dicembre 2007, n. 224 (c.d. Finanziaria 2008)⁴⁵, dopo una lungo e assai dibattuti iter parlamentare⁴⁶, mediante l'inserimento

⁴⁴ Inter alia: U.S. Supreme Court 08-1200 *Jerman v. Carlisle, McNellie, Rini, Kramer & Ulrich LPA* (04/21/2010).

⁴⁵ Recante: "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)", in G.U. 28 dicembre 2007, n. 300, suppl. ord., n. 285.

⁴⁶ S. CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1199; G. AFFERNI, *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1275; R. CAPONI, *Azione di classe: il*

punto, la linea e la discontinuità, in *Foro it.*, 2012, V, c. 149; P. COMOGLIO, *L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2012, p. 1114; P. SCHLESINGER, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 547; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le statuizioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349; C. PUNZI, *L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 258; F. DE SANTIS, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in G. CHINÉ, G. MICCOLIS (a cura di), *La nuova class action e la tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2010; V. TAVORMINA, *La nuova "class action": il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile, in Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 284; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis cod. consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 251; R. RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni e qualche interrogativo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 183; G. ALPA, V. VIGORITI (a cura di), *Le azioni collettive risarcitorie. Materiali e saggi di diritto comparato*, Milano, 2008; G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, p. 545; D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 951; C. BELLI, *L'azione collettiva risarcitoria a tutela dei diritti dei consumatori*, in *Questione giustizia*, 2008, 2, p. 54; M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 4, p. 11; A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria: (art. 140 bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008; F. CAMILLETI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *Contratti*, 2008, p. 638; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 723; R. CAPONI, *Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 180; R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 305; R. CAPONI, *Oggetto del processo e del giudicato "ad assetto variabile"*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 200; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842; C. CONSOLO, M. BONA, P.A. BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione risarcitoria collettiva*, Milano, 2008; 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. 5; C. CONSOLO, *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco "Opera aperta"*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 205; C. CONSOLO, *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, in *Int'l Lis*, 2008, p. 124; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 17; D. DALFINO, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 191; F. DE SANTIS, *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, *Foro it.*, 2008, V, c. 209; F. DE SANTIS, *L'azione collettiva risarcitoria*, in G. CHINÉ, G. MICCOLIS (a cura di), *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008; A. DONATI, *Diritto soggettivo e azione collettiva*, in *Vita not.*, 2008, p. 71; A. DONDI, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 272; L. FRATA, *"Class actions" e "azioni collettive risarcitorie": un primo confronto*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 493; P.F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana* Padova, 2008; P.F. GIUGGIOLI, *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 433; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; A. GIUSSANI, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465; A. GIUSSANI, *Commento sub 140 bis*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza. Appendice*, Padova, 2008; M. MANENTI, A. PALMIERI, *Azione collettiva risarcitoria: dove l'Italian style lascia a desiderare*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 737; S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto processo civ.*, 2008, p. 41; C. MOREO, *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 190; C. PAGNI, N. JUVARA, *Class action e tutela del risparmiatore*, in P. Bilancia, G.C. RIVOLTA (a cura di), *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, Milano, 2008, p. 135; A. PALMIERI, *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, *Foro it.*, 2008, V, c. 185; G. PUGLISI, *L'azione collettiva risarcitoria introdotta dalla finanziaria 2008 - Analisi della tutela dei consumatori e profili problematici*, in *Disciplina comm.*, 2008, 1, p. 79; A. RICCIO, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 500; F. RIZZO, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2008; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 707 e in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milano, 2008, p. 443; E. SALOMONE, *L'azione risarcitoria collettiva*, in M. Franzoni (a cura di), *Codice del consumo ipertestuale*, Torino, 2008, p. 668; A. SPADAFORA, *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 353; V. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 729; L. MICONI, *La "class action" nell'ordinamento italiano: sintesi di una trasformazione*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 678; C. BELLI (a cura di), *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, Milano, 2007.

all'interno del Codice del consumo dell'art. 140-*bis*, da ultimo modificato dall'art. 49, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99⁴⁷ che ne ha delineato il testo definitivo⁴⁸, individuandone l'oggetto nella tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti che possono agire per l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni⁴⁹. In questo modo, consumatori e utenti hanno ottenuto un nuovo strumento di reazione e tutela particolarmente idoneo ad essere utilizzato nell'ambito del settore bancario e assicurativo, sul fronte del *private enforcement*, strumento applicabile, *inter alia*, anche nei confronti delle pratiche commerciali scorrette.

La tutela accordata dalla legge, applicabile a fare tempo dal 1° gennaio 2010 solamente per gli illeciti compiuti successivamente al 16 agosto 2009⁵⁰, riguarda i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori ed utenti nell'ambito di rapporti giuridici identici nei confronti di una stessa impresa, inclusi i diritti relativi ai contratti stipulati *ex artt.* 1341 e 1342 c.c., contratti questi largamente diffusi nell'ambito bancario e assicurativo, nonché i diritti identici spettanti a consumatori finali di un prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un rapporto contrattuale diretto, e, da ultimo, appunto, i diritti al risarcimento del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali.

Nei settori bancari e assicurativi in parola il collegamento tra pratiche commerciali scorrette e azione risarcitoria in forma collettiva⁵¹, risulta essere assai rilevante, infatti, alla luce dei casi fino ad oggi sanzionati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato emerge come in tali settori l'azione di classe possa costituire il tassello finale dell'azione che il consumatore può porre in essere nei confronti di violazioni commesse al fine di ottenere in forma collettiva il risarcimento dei danni patiti, dopo avere già eventualmente ottenuto a carico dell'impresa, in sede di *public enforcement*, una delibera che abbia sancito la scorrettezza della pratica commerciale "subita" con contestuale provvedimento inibitorio a tenere un determinato comportamento e a utilizzare determinate forme contrattuali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 e 27 del Codice del consumo.

Dal punto di vista processuale, nell'azione di classe la legittimazione attiva⁵² spetta al singolo componente della classe, ovvero all'associazione dei consumatori, cui il singolo dà mandato, ovvero, ancora, a comitati costituiti *ad hoc* a cui il singolo decide di aderire, mentre la

⁴⁷ Recante: "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia", in G.U. 31 luglio 2009, n. 176, suppl. ord. n. 136.

⁴⁸ Nel testo oggi in vigore, l'azione collettiva risarcitoria è stata ribattezzata come azione di classe. In vero, sarebbe stato forse opportuno mantenere la vecchia denominazione, che appartiene alla tradizione terminologica italiana ed europea (*collective redress action*) e connota meglio lo strumento.

⁴⁹ L'azione di classe può essere proposta a fare tempo dal 1° gennaio 2010 solamente per gli illeciti compiuti successivamente al 16 agosto 2009. L'azione di classe crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che è stato definito come "aggregato", poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le adesioni) tese a far valere diritti individuali omogenei di consumatori od utenti nei confronti dell'impresa convenuta.

⁵⁰ L'azione di classe crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che è stato definito come "aggregato", poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le adesioni) tese a far valere diritti individuali omogenei di consumatori od utenti nei confronti dell'impresa convenuta.

⁵¹ La prima decisione in tema di *class action* è: Trib. Torino, 27 maggio 2010, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 882, con nota di M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*; in *Foro it.* (indicata come Trib. Torino 4 giugno 2010), 2010, I, 2523, con osservazioni di A. DE SANTIS.

⁵² Dal punto di vista della competenza per territorio, il quarto comma dall'art. 140-*bis* individua come esclusivamente competenti i tribunali in composizione collegiale del luogo ove ha sede l'impresa. Dopo avere individuato gli undici tribunali competenti, il legislatore non ha però creato al loro interno delle sezioni specializzate *ad hoc* per la materia. Più in particolare, i tribunali designati a conoscere le azioni collettive risarcitorie sono quelli di Bari per la Puglia, di Bologna per l'Emilia Romagna, di Cagliari per la Sardegna, di Firenze per la Toscana, di Genova per la Liguria, di Milano per la Lombardia, di Napoli per la Basilicata, la Calabria e la Campania, di Palermo per la Sicilia, di Roma per l'Abruzzo, il Lazio, le Marche, il Molise e l'Umbria, di Torino per il Piemonte e la Valle d'Aosta, nonché di Venezia per il Friuli Venezia Giulia, il Trentino Alto-Adige ed il Veneto.

legittimazione passiva è in capo all'impresa a cui è ascrivibile l'illecito⁵³.

In questa fase risulta essere di determinante importanza il ruolo del promotore dell'azione di classe o dell'associazione a cui è stata demandata la gestione dell'azione nei confronti dell'impresa bancaria o assicurativa, poiché tale soggetto deve essere in grado di aggregare e selezionare il consumatore o i consumatori che siano stati effettivamente lesi dall'utilizzo di una medesima pratica commerciale scorretta, a pena di inammissibilità della domanda; il passaggio dall'eventuale *public enforcement* innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato può certamente semplificare l'analisi della fondatezza della pretesa del ricorrente, tenendo ben presente che l'azione non può prescindere dall'esistenza di un danno subito che legittima l'interesse ad agire del consumatore nel domandarne il risarcimento

Sempre dal punto di vista processuale dopo la presentazione della domanda, il tribunale effettua un giudizio preventivo di ammissibilità (*certification*) in merito ai presupposti dell'azione di classe e si pronuncia con ordinanza reclamabile in Corte d'appello⁵⁴, reclamo a cui può intervenire il P.M.⁵⁵; una volta accertata l'identità di diritti, l'azione può essere promossa, e il consumatore od utente deve comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva.

Il Tribunale può ritenere la domanda collettiva risarcitoria in tutti i casi in cui sia manifestamente infondata, quando sussista un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisi l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela⁵⁶, ai sensi dell'art. 140-bis, comma 6, ovvero, ancora, quando il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe⁵⁷.

Altresì, la pronuncia sull'ammissibilità della domanda può essere differita dal giudice nel caso in cui sul medesimo oggetto sia in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente, ovvero davanti ad un giudice amministrativo.

Anche alla luce della giurisprudenza fino ad oggi sviluppatasi in materia, l'ambito di applicazione dei diritti tutelati, i cui confini non sembrano facilmente valicabili, risulta, quindi, delimitato⁵⁸.

⁵³ L'azione di classe si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della classe.

⁵⁴ Nel primo caso di *class action*, celebrato a Torino, e chiuso con l'ordinanza 27 maggio 2010, n. 29 del Tribunale locale non si è andati oltre alla fase di ammissibilità della domanda

⁵⁵ Nel caso di specie per la Procura risultano presenti ben quattro sostituti.

⁵⁶ È questa l'ipotesi contemplata dall'unico arresto giurisprudenziale edito emesso dal tribunale di Torino in data 27 maggio 2010 (*Guida al diritto*, 2010, n. 27, p. 18, con nota critica di A. GIUSSANI, *La delibazione sulla fondatezza della domanda genera un aumento dei costi ingiustificabile*).

⁵⁷ Mediante l'ordinanza vengono regolate le spese, anche ex art. 96 c.p.c., con ordine di pubblicità a cura e spese del soccombente.

⁵⁸ *Inter alia*, Trib. Torino, 28 marzo 2014, in *Contratti*, 2014, p. 1127, con nota di A.C. DI LANDRO, *Azione di classe e contratti bancari*; Trib. Roma, 2 maggio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 969, con nota di F. PORCARI, *Primi fragili spiragli per l'azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*; App. Roma, 27 gennaio 2012, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103, con nota di R. DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195, in *Riv. dir. nav.*, 2013, p. 919, con nota di F. TRUBIANI, *Una 'storica' sentenza: (finalmente) la prima azione di classe ex art. 140 bis consumo andata a segno*; Trib. Roma, 27 aprile 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 911, con nota di M. LIBERTINI, M. MAUGERI, *Azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori*; Trib. Torino, 27 maggio 2010, n. 29, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, II, p. 619 con nota di S.A. CERRATO, *Un debutto "stonato" per la "nuova" class action italiana*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 882, con nota di M. LIBERTINI, M.R. MAUGERI, *"Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe"*; in *Corriere del merito*, 2010, p. 1045 con nota di V. SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1490, con nota di E. RUGGERI, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*; in *Giur.it.*, 2010, p. 2601, con nota di B. ZUFFI, *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*. Il reclamo nei confronti di Trib. Torino, 27 maggio 2010 è stato rigettato da App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Danno e resp.*, 2011, p. 78, con nota di L. FRATA, *Il percorso a ostacoli della azione di classe: il primo caso*; in *Guida al diritto*, 2010, n. 47, p. 60, con nota di A. GIUSSANI, *Ribaltata la posizione del tribunale di primo grado sulla conformità costituzionale del subprocedimento*; in

Appare, poi, da non sottovalutare l'ipotesi in cui, a fronte di una possibile inammissibilità della domanda derivante, a titolo esemplificativo da vizio di forma della stessa, ovvero in relazione al profilo soggettivo dell'attore, il tribunale lasci, comunque, trapelare il proprio l'orientamento in relazione al merito della questione controversa⁵, e ciò nell'ambito della motivazione dell'ordinanza nella quale è possibile intravedere o cogliere quale soggetto avrebbe dovuto agire, quale via avrebbe dovuto percorrere e quale domanda potrebbe nuovamente proporre per superare il vaglio dell'ammissibilità della domanda stessa⁵⁹.

Ne consegue che risulta essere possibile affermare che, in tali ipotesi, anche in presenza di una declaratoria di inammissibilità dell'azione di classe, la banca o l'assicurazione potrebbero avere un serio interesse ad addivenire ad una risoluzione della controversia con il ricorrente, ovvero con i ricorrenti, al fine di evitare la proposizione di una nuova azione di classe nei confronti della banca o dell'assicurazione in relazione alla pratica commerciale scorretta posta in essere, azione che, avendo lo stesso fondamento nel merito, sarebbe in grado di superare lo scoglio di ammissibilità⁷ e forse raccogliere un maggior numero di aderenti.

Non è poi da escludere che il raggiungimento di tale componimento bonario potrebbe avvenire anche mediante il ricorso alla mediazione oggi obbligatoria, ai sensi dell'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28⁶⁰ in tutte le controversie nascenti da contratti bancari, finanziari o assicurativi⁶¹.

Per contro, nell'ipotesi in cui il tribunale ritenga ammissibile la domanda, dispone che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, ed emana i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio al fine della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe, i quali, entro 120 giorni, possono depositare gli atti di adesione, anche per il tramite dell'attore; l'esecuzione della pubblicità costituisce condizione di procedibilità della domanda.

L'art. 140-*bis* ha adottato il sistema c.d. *opt in* per l'adesione del consumatore o dell'utente all'azione⁶² sicché i consumatori e gli utenti che intendono avvalersi della tutela di cui all'articolo

Corr. giur., 2011, p. 525, con nota di B. ZUFFI, *La Corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. "filtro"*. In merito all'ordinanza della Corte d'appello di Torino si è poi espressa: Cass, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro it*, 2012, I, c. 2304, con nota di A.D. DE SANTIS, *Brevi osservazioni sull'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe e sulle nuove frontiere dell'azione collettiva (inibitoria e risarcitoria) dei consumatori*.

⁵⁹ Nel caso in esame oggetto di contestazione è stata anche la figura dell'attore, la cui qualifica di consumatore è stata messa in discussione della banca convenuta.

⁶⁰ Per un esame del testo del decreto sia consentito rinviare a: A. BANDINI, N. SOLDATI, *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010; N. SOLDATI (a cura di), *La nuova mediazione e conciliazione*, Milano, 2010; si vedano anche: F. DELFINI, A. CASTAGNOLA, *La mediazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; G. COSI, G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti*, Torino, 2010.

⁶¹ Giovi ricordare al riguardo che negli Statuti Uniti la mediazione è nata come strumento di risoluzione delle controversie per fare fronte principalmente agli elevati costi del contenzioso, ma anche per cercare di tamponare nelle materie tipiche della *class action* per tamponare le richieste risarcitorie sul nascere prima cioè di divenire vere e proprie *class action*.

⁶² Sul punto si veda A. CARRATTA, *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 333-334, il quale afferma che l'atto di adesione è "un atto con il quale l'aderente manifesta la volontà di «avvalersi della tutela prevista dal presente articolo» (come recita il comma 2° dell'art. 140 bis) al fine di ottenere la liquidazione del proprio diritto al risarcimento o alla restituzione, e dunque accetta – senza divenire parte del processo e senza avere nel giudizio collettivo alcun rappresentante processuale – la sottoposizione agli effetti (favorevoli e non) della sentenza «collettiva» con riferimento all'accertamento della responsabilità del convenuto.". Sul punto anche: S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, cit., p. 1846.

in parola sono tenuti ad aderire all'azione di classe, senza ministero di un difensore⁶³.

La scelta italiana dell'*opt in* risulta essere in controtendenza rispetto alla previsione del c.d. *opt out* proprio del sistema americano⁶⁴ nel quale i diritti lesi dall'illecito sono dedotti in giudizio dal rappresentante della classe ed il singolo deve attivarsi se vuole essere escluso dal novero dei destinatari degli effetti della sentenza.

In caso di accoglimento della domanda, il tribunale pronuncia una sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definite dovute a coloro che hanno aderito all'azione⁶⁵, ovvero stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme⁶⁶. Dal punto di vista tecnico, la sentenza può avere contenuto di condanna, ovvero di accertamento; tale sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione e può essere soggetta a gravame in corte d'appello, sede in cui l'impresa soccombente può richiedere la sospensione dell'esecuzione *ex art.* 283 c.p.c..

La Corte d'appello, investita della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza del giudice di prime cure tiene conto ai fini della decisione sulla sospensione, anche dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in ipotesi di accoglimento del gravame; la Corte d'appello ha, comunque, la possibilità di disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune⁶⁷.

Una volta passata in giudicato la sentenza che si pronuncia sull'azione collettiva risarcitoria, questa fa stato nei confronti di tutti i consumatori e gli utenti che hanno aderito all'azione collettiva, pur tuttavia, è fatta salva la possibilità di radicare l'azione individuale in capo ai consumatori od utenti che non abbiano aderito all'azione collettiva, ovvero non siano intervenuti nel giudizio promosso⁶⁸; la sentenza ha un effetto preclusivo che si appalesa, dal punto di vista processuale, nella improponibilità di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal tribunale, ai sensi del nono comma dell'art. 140-*bis* del codice del consumo⁶⁹.

In caso di azioni eventualmente proposte nel termine, queste sono riunite, se pendenti innanzi allo stesso tribunale; se presentate dinanzi a diverso tribunale, sono cancellate dal ruolo e devono

⁶³ Evidente è l'utilità dell'adesione. Poiché non si tratta di obbligazioni indivisibili o solidali, non si applica l'art. 1306 c.c.. Il soggetto che non ha aderito non può giovare degli effetti del giudicato favorevole. L'adesione è, dunque, lo strumento attraverso il quale i consumatori o gli utenti possono opporre all'impresa la sentenza che accoglie la domanda. L'altra faccia della medaglia è la rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, nonché la soggezione agli effetti della sentenza che rigetta la domanda.

⁶⁴ 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'inutile precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 5.

⁶⁵ Questa è la regola e si applica in tutte le ipotesi in cui dall'accertamento della responsabilità del convenuto scaturisca automaticamente la determinazione della somma da restituire.

⁶⁶ È l'ipotesi in cui la sentenza ha un contenuto di accertamento limitato alla responsabilità dell'impresa, laddove eccezionalmente vi sia bisogno di un giudizio individualizzato che può essere svolto non nel processo collettivo, bensì in un successivo giudizio limitato al *quantum*, ovvero può essere oggetto di trattative interindividuali o collettive.

⁶⁷ I pagamenti effettuati in tale periodo sono esenti da ogni incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

⁶⁸ R. CAPONI, *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2008, p. 819; R. CAPONI, *Oggetto del processo e del giudicato "ad assetto variabile"*, cit., c. 205, il quale afferma che: "In sintesi, l'azione collettiva risarcitoria ha un oggetto ad assetto variabile e giudizialmente determinabile in concreto in dipendenza del carattere semplice (primo esempio) o complesso (secondo esempio) della controversia e quindi dallo scopo oggettivamente perseguibile dalle parti, nonché – in via piuttosto residuale – dalle condizioni concrete dello svolgimento del processo (terzo esempio, in cui, però – rispetto al primo esempio – muta solo l'oggetto del dibattito processuale, che esclude le questioni personali, non l'oggetto del processo, che rimane fermo al bene della vita, ovvero al credito restitutorio."

⁶⁹ Termine entro il quale deve essere effettuata l'adesione.

essere riassunte nel termine perentorio, non superiore a sessanta giorni, assegnato dal giudice; infine, in caso di rinunce, ovvero di transazioni, intervenute tra le parti, queste non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito; gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo.

Un limite all'utilizzo dell'azione di classe nell'ambito dei contratti bancari e assicurativi appare senza dubbio essere costituito dalle limitazioni temporali all'applicazione della norma, infatti, una delle criticità rilevate dai primi commentatori della nuova *class action* all'italiana riguarda la sua utilizzabilità/applicabilità a vantaggio di coloro che abbiano a dolersi di un danno a seguito della stipulazione di un contratto bancario o assicurativo, ambito di danno all'interno del quale possono essere inclusi una vasta gamma di pregiudizi derivanti, a titolo esemplificativo, da un investimento non pienamente soddisfacente, ovvero dalla diminuzione patrimoniale sofferta da quanti hanno consegnato delle somme in virtù di contratti nulli o privi di efficacia, dalla perdita scaturente dall'illecito, contrattuale o aquiliano, perpetrato da chi ha emesso strumenti finanziari, ovvero, ancora, da chi svolge attività di intermediazione.

Invero, a seguito dell'approvazione delle norme sull'azione collettiva risarcitoria, sono state sollevate numerose perplessità in merito alla possibilità di applicarle, in tutto, ovvero in parte, alle ipotesi in cui si voglia porre rimedio *ex post* ad un evento sfavorevole che ha già colpito il patrimonio di un gruppo di soggetti coinvolti in operazioni finanziarie di tipo omogeneo, si pensi, a titolo esemplificativo ai titoli Cirio, Parmalat e Giacomelli, ovvero ai bond argentini⁷⁰.

Tale perplessità pone le sue radici non tanto su di una espressa previsione normativa che la esclude, bensì sul fatto che le norme introdotte non trovano applicazione ai comportamenti dannosi precedenti al 16 agosto 2009⁷¹, per cui la norma sarebbe applicabile solamente ai fatti che traggono origine da contratti o atti illeciti successivi all'entrata in vigore della norma in parola.

Laddove in giurisprudenza trovasse conferma questo orientamento, si assisterebbe ad un risultato che potrebbe ben apparire paradossale, sia in virtù di un'analisi comparata dello strumento, sia in ragione delle motivazioni poste alla base della necessità di introdurre anche nell'ordinamento italiano uno strumento processuale di tutela della classe alla luce degli scandali finanziari degli ultimi anni che hanno visto ampia proliferazione anche nel nostro Paese.

Vieppiù apparirebbe ulteriormente singolare una soluzione che eliminasse *in toto* dal novero dei possibili destinatari della tutela collettiva proprio i risparmiatori, dopo che la domanda di tale protezione è storicamente sorta per venire incontro alle vittime dei più recenti scandali finanziari e ciò anche in considerazione del fatto che pure parte della dottrina aveva mostrato particolare attenzione nei confronti del modello americano delle *securities class actions* e reclamava l'adozione di strumenti ad esso ispirati, proprio a garanzia delle dinamiche dei mercati finanziari nazionali⁷².

⁷⁰P. SCHLESINGER, *La riforma delle tutele del risparmio. Il progetto del governo*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 285; P. ABBADESSA, *La nuova riforma del diritto societario secondo il testo unificato dei progetti di legge per la tutela del risparmio*, in *Società*, 2005, p. 280; N. ABRIANI, *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, *Società*, 2004, p. 269; F. DENOZZA, *Il danno risarcibile tra benessere ed equità, equità: dai massimi sistemi ai casi "Cirio" e "Parmalat"*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 346; R. PARDOLESI, A. PORTOLANO, *Latte, lacrime (da coccodrillo) e sangue (dei risparmiatori)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, p. 193; L. ENRIQUES, *Bad apples, bad oranges: a comment from old Europe on post-Enron corporate governance reforms*, in *38 Wake Forest Law Review*, 2003, p. 911; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero pelati alla meta. Storie di ordinaria spoliazione di azionisti e obbligazionisti*, cit., p. 499; G. COLANGELO, *C'era una volta in America, gli insegnamenti presunti e i fallimenti reali dell'affare Enron*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 455.

⁷¹In questo senso si esprime il secondo comma dell'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99 il quale testualmente afferma che: "Le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano, anche retroattivamente, agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge".

⁷²Per un esame dei progetti di legge susseguitisi nel tempo sul tema si rinvia a: D. CORAPI, *La tutela dei consumatori e degli investitori nel diritto statunitense: class actions e derivative suits*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2003, p. 401; R. LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p.

Infatti, proprio la limitata retroattività delle norme in tema di *class action* potrebbe dare luogo a problemi di costituzionalità della legge⁷³, e ciò poiché è pacifico che sia possibile utilizzare l'azione di classe anche per i danni di natura contrattuale, il problema nasce in relazione al momento temporale in cui avviene la violazione della norma contrattuale, ad esempio, al momento della sottoscrizione laddove il contratto contenga clausole abusive, ovvero al momento in cui deve essere eseguito e, quindi, si manifesta l'inadempimento⁷⁴.

Ne consegue che il medesimo tipo di violazione contrattuale potrebbe verificarsi in momenti temporalmente differenti, suscitando reazioni diverse da parte del giudice nel valutarne l'ammissibilità con inevitabili conseguenze sotto il profilo della parità di trattamento, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione⁷⁵.

Da ultimo, sempre in ottica comparatistica, occorre evidenziare come anche la legislazione di vari Paesi dell'Unione europea⁷⁶, tra cui spicca quella tedesca in tema di azioni collettive entrata in vigore nel 2005⁷⁷, trovi il suo campo d'azione proprio in fattispecie in cui gli investitori sono stati lesi da informazioni o comunicazioni inesatte, ingannevoli, oppure omesse, nonché da infrazioni

269; E. BELLINI, G. PONZANELLI, *I limiti delle Class Actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in F. GALGANO, G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006; E. BELLINI, *Class action e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 817; A. PALMIERI, *Azione di "classe" e tutela degli investitori: prospettive italiane*, in *Banca impr. società*, 2007, p. 227; S. CAPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale" e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 40.

⁷³ A. GIUSSANI, *Tutela individuale e tutela collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2010, p. 7; B. CAPONI, *Il nuovo volto della "class action"*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383; G. GITTI, A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140 bis c. cons., dalla l. n. 244 del 24 dicembre 2007 alla l. n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 639.

⁷⁴ F. TOMMASEO, *Profili e prospettive della tutela giurisdizionale collettiva in Italia*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1300; A. CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.*, 2005, p. 662; G. COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (a proposito dei disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1009; F. DE SANTIS, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il "Class Action Fairness Act of 2005"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 601; R. LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, cit., p. 269; P. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 407; P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 176; P. FAVA, *Class actions all'italiana: "Paese che vai, usanza che trovi" (L'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839)*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 397.

⁷⁵ Sotto altro profilo, ma sempre nel senso dell'incostituzionalità della norma: R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383, il quale afferma che la limitazione dell'applicabilità della *class action* solo "agli illeciti compiuti dopo l'entrata in vigore della legge" costituisce "una irragionevole eccezione rispetto alla regola che, se si introducono nuove norme processuali, consente la deduzione in giudizio di diritti sorti in un momento anteriore rispetto a quello in cui si agisce in base alle nuove norme. Tale limitazione è pertanto incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost."

⁷⁶ La direttiva n. 98/27/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori in UE ha stabilito che enti legittimati quali ad esempio associazioni dei consumatori o autorità pubbliche indipendenti, sono autorizzate ad agire in giudizio per conto di un gruppo di persone danneggiate dalla condotta del convenuto. Anche altri Paesi dell'Unione europea hanno introdotto norme sulla *class action* per facilitare le cause collettive. Nell'ordine: Olanda (1994); Portogallo (1995); Inghilterra e Galles (2000); Spagna (2001); Svezia (2002). In Francia, infine, sono state introdotte nel 1992 alcune norme specifiche che autorizzano le associazioni di consumatori, in seguito a ricevimento di un mandato, ad agire in nome di molteplici consumatori che hanno subito un danno avente le medesima origine (articolo L 422-1 del *Code de la consommation*) o ad intentare un'azione collettiva indirizzata alla cessazione degli atti illeciti (articolo L 421-6 del *Code de la consommation*).

⁷⁷ Si tratta della *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* avente ad oggetto sia le azioni di risarcimento per i danni causati da ingannevoli informazioni relative al mercato dei capitali che il rispetto degli adempimenti derivanti da un'offerta di acquisto o di trasferimento di azioni. In tema si veda: H. MERKT, *Managing investor mass claims in Germany: group litigation under the new investor-sample-proceeding-law (KapMuG)*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 627; P. GOTTWALD, *On the Extension on Collective Legal Protection in Germany*, in *Civil Justice Quarterly*, 2007, p. 484.

delle regole concernenti le offerte d'acquisto e vendita di azioni.

6. L'azione di classe in materia bancaria ed assicurativa, spunti di riflessione

L'introduzione della *class action* nell'ordinamento italiano ha dato avvio alle prime cause collettive dinanzi ai tribunali nazionali⁷⁸ in ambito bancario alla luce delle rilevazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in base alle quali le banche avrebbero compensato l'eliminazione della commissione di massimo scoperto, introducendo nuove e più costose commissioni a carico degli utenti, anche quindici volte più care rispetto al massimo scoperto; tale comportamento illegittimo ha prodotto e produce, secondo l'Autorità, un danno economico ingente ai consumatori. In base alla nuova disciplina dell'art. 140-*bis* del codice del consumo, laddove ritenuta ammissibile l'azione di classe, sarà data la possibilità a tutti i correntisti dei due istituti di credito di aderire all'azione al fine di ottenere il risarcimento del danno subito.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, a fronte dell'ampio dibattito in ordine alla ammissibilità della *class action* nel settore finanziario, appare dirimente individuare il tipo di azione che i soggetti legittimati potrebbero intraprendere nei confronti degli intermediari finanziari.

Infatti, a titolo esemplificativo, ai sensi dell'art. 23 del T.U.F.⁷⁹, il soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità dei contratti viene individuato nel cliente⁸⁰, al pari di quanto accade all'art. 24 in relazione alla "gestione di portafogli"⁸¹ con la conseguenza che, ad una prima lettura, sarebbe preclusa in tale ambito l'azione alle associazioni dei consumatori a fronte della diretta ed esclusiva legittimazione in capo al cliente di un rapporto contrattuale dove la nullità è un rimedio che deve essere fatto valere nei confronti della parte inadempiente su richiesta del contraente.

Ancora, la presenza di un contratto scritto con adesione del contraente, ai sensi dell'art. 1341 e ss. c.c., non sarebbe di per sé sufficiente a tutelare a pieno la figura del consumatore, che, da una parte, avrebbe certamente una tutela su posizioni omogenee ad altri consumatori derivanti dalla sottoscrizione di un contratto, ma dall'altra, ed alla luce della giurisprudenza sui contratti finanziari, potrebbe avere una posizione diversa in relazione al suo profilo di rischio ed al portafoglio titoli detenuto, con la conseguenza che a fronte di molteplici situazioni soggettive⁸², apparirebbe difficile creare una classe omogenea se non con stretto riferimento al regolamento negoziale sottoscritto, ovvero con riferimento ad un'informazione sistematicamente taciuta, ma di rilevanza tale da incidere sulla scelta del cliente, e ciò indipendentemente dal suo profilo di rischio⁸³.

Con particolare riferimento all'ambito assicurativo, la tutela accordata dall'art. 140-*bis* del codice del consumo pare essere particolarmente significativa in relazione alle "pratiche commerciali scorrette"⁸⁴ ed ai "comportamenti anticoncorrenziali" di cui al punto c) del secondo comma⁸⁵, nonché con riferimento alla stipulazione dei contratti ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c..

⁷⁸ G. COSTANTINO, C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985; S. MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 815. Si veda anche nota 58.

⁷⁹ D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante: "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", in *G.U.*, 26 marzo 1998, n. 71, suppl. ord. n. 52.

⁸⁰ L'art. 23, comma 3, del T.U.F. prevede che: "Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente."

⁸¹ L'art. 24, comma 2, del T.U.F. prevede che: "Sono nulli i patti contrari alle disposizioni del presente articolo; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente."

⁸² Basti pensare alla sempre maggiore personalizzazione dei servizi finanziari anche con riferimento alla consulenza resa dall'intermediario.

⁸³ A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 383.

⁸⁴ L'art. 18 del Codice del consumo definisce come "pratiche commerciali tra professionisti e consumatori" (di seguito denominate: "pratiche commerciali"): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori".

⁸⁵ M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 341.

Infatti, tali pratiche divengono rilevanti ai fini di una azione di classe allorquando abbiano arrecato, in concreto un pregiudizio ai diritti soggettivi dei consumatori e degli utenti. In un primo momento, anteriormente all'entrata in vigore della disposizione sull'azione di classe, la giurisprudenza⁸⁶ aveva negato la legittimazione dei consumatori a far valere pretese risarcitorie relative a danni ad essi cagionati da comportamenti anticoncorrenziali, effettuando una distinzione tra azione risarcitoria relativa ai rapporti tra imprese, per la quale è prevista dall'art. 33, legge n. 287 del 1990⁸⁷ la competenza funzionale della Corte d'Appello, dall'azione risarcitoria spettante al consumatore, qualificata come "un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza."

Più in generale, i comportamenti anticoncorrenziali di cui all'art. 140-bis sono quelli propriamente afferenti alle tematiche *antitrust*, vale a dire alle ipotesi di intese restrittive della libertà di concorrenza ed agli abusi di posizione dominante disciplinate, nell'ordinamento nazionale, dalla legge n. 287 del 1990 e, nell'ordinamento comunitario, dagli artt. 81 e 82 del Trattato.

Altrettanto rilevanti appaiono, poi, le situazioni in cui i fornitori professionali di beni o di servizi diano vita a cartelli, in violazione delle norme *antitrust* al fine di tenere alti i prezzi per i consumatori ed utenti finali di uno o più prodotti.

Un caso particolarmente significativo in materia⁸⁸ fu quello nascente da un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 28 luglio 2000⁸⁹ mediante il quale veniva dichiarata l'illiceità di alcuni comportamenti adottati da trentanove imprese assicurative, ascrivendoli alla fattispecie prevista dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (intese restrittive della concorrenza)⁹⁰. Tali comportamenti erano consistiti nella fissazione comune dei prezzi delle polizze assicurative R.C. auto e nel condizionare la possibilità di stipulare ulteriori formule assicurative alla

⁸⁶ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 359, con nota di A. GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*. La sentenza è anche commentata in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2143, da M.R. TUFARELLI, *La Corte di cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*, in *Dir. & Formazione*, 2003, p. 1406; da G. CAPUTI, *Consumatori e antitrust: il punto di vista della Cassazione ed il successivo intervento legislativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 678; da I. SABBATELLI, *R.C. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*; da G. COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 172.

⁸⁷ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante: "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", in G.U. 13 ottobre 1990, n. 240.

⁸⁸ Si tratta del caso relativo all'accordo di cartello tra compagnie di assicurazioni teso ad uniformare il prezzo delle polizze RC auto, applicando aumenti dei prezzi assicurativi dal 1995 al 2000 superiori a quelli che un regime di libera concorrenza in materia di tariffe avrebbe determinato.

⁸⁹ Provvedimento n. 8546 del 28 luglio 2000, *Bollettino*, 30, 2000, mediante il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (I 377) ha sanzionato alcune compagnie di assicurazione dopo aver accertato che le stesse, sulla base di un accordo di cartello teso a uniformare il prezzo della polizza RC auto, avevano applicato aumenti dei prezzi assicurativi dal 1995 al 2000 superiori a quelli che un regime di libera concorrenza in materia di tariffe avrebbe determinato; la pronuncia dell'Autorità Garante, puntualmente impugnata, ha avuto il controllo di legittimità da parte della giurisdizione amministrativa la quale, con la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio 5 luglio 2001, n. 6139, in *Foro amm.*, 2001 e quella successiva, del Consiglio di Stato, n. 2199 del 26 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 1957 e *Giur. comm.*, 2003, II, p. 170, con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ha confermato l'esistenza del cartello monopolistico delle compagnie assicurative, in violazione alla legge sulla concorrenza, condannando alcune compagnie assicuratrici ad una multa di circa 350 milioni di euro; la predetta sentenza, passata in giudicato, ha dichiarato l'illegittima attività svolta dalle maggiori compagnie di assicurazione operanti in Italia, le quali, dal 1995 al 2000, attraverso la creazione di un accordo di «cartello», operavano contro la libera concorrenza del mercato, ai danni dei consumatori, con una maggiorazione dei premi RC Auto del 20 per cento.

⁹⁰ All'esito della decisione dell'Autorità, numerosissime furono le azioni dinnanzi ai giudici di pace. In molti casi, le sentenze dei giudici di pace hanno accolto le domande dei consumatori, basandosi sull'istituto della ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.), in altri casi i giudici di pace hanno dichiarato la loro incompetenza per materia.

sottoscrizione delle predette polizze (c.d. pratiche leganti)⁹¹.

Da ultimo, sempre nell'ambito assicurativo, ma solo indirettamente, l'azione di classe potrà vedere coinvolte le compagnie di assicurazione in virtù di polizze assicurative stipulate da produttori di prodotti in relazione al c.d. polizze sulla responsabilità per danni da prodotto⁹².

7. L'esperienza dell'azione di classe negli Stati Uniti d'America: monito o limite?

L'ampia diffusione della *class action* ha però evidenziato nel tempo, al fianco di indubbi vantaggi, anche notevoli criticità⁹³, tanto è vero che nel 2005 il legislatore americano è intervenuto per modificare i criteri di ripartizione delle competenze tra Corti federali e Corti statali attraverso il *Class Action Fairness Act* del 2005 (CAFA), normativa che nel determinare una notevole espansione della *diversity jurisdiction* dei giudici federali, si proponeva di risolvere le problematiche originate da un sempre maggiore *lawsuite abuse* nell'ambito del sistema giudiziario nordamericano⁹⁴.

Da più parti era stata evidenziata la necessità e la volontà di organizzare su base federale le *class actions* allo scopo di tentare di neutralizzare le pratiche abusive nascenti dal c.d. *forum shopping* da parte del *lead plaintiff*, volto, nella quasi totalità dei casi, alla scelta di Corti più favorevoli c.d.

⁹¹ La Corte di cassazione nella citata sentenza non esclude del tutto la risarcibilità del consumatore finale, ma si limita ad affermare che la relativa azione potrà configurarsi solo qualora "il rapporto instauratosi fra l'impresa finale ed il consumatore si connoti, in tutto o in parte, ... per i caratteri della (naturalmente specificamente da comprovare) "antigiuridicità", per la avvenuta violazione di uno specifico diritto soggettivo...; diritto soggettivo il quale... non potrà... farsi discendere dal solo fatto in sé della pregressamente intervenuta intesa vietata...". In considerazione del fatto che il danno prodotto al consumatore non può ritenersi diretta conseguenza del comportamento anticoncorrenziale tenuto dalle imprese, la Cassazione ha escluso la competenza funzionale della Corte d'appello per le relative azioni di risarcimento, le quali saranno soggette, quindi, agli ordinari criteri di competenza. L'orientamento della Corte è nel senso di ritenere legittimati ad agire ai sensi del comma 2, della legge n. 287 del 1990 solo gli imprenditori concorrenti direttamente pregiudicati dall'accordo anticoncorrenziale. Successivamente l'orientamento è stato superato da pronunce che hanno aperto al consumatore l'esercizio dei rimedi di cui alla legge n. 287 del 1990. In particolare, si veda: Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1795, con nota di L. CERASO, *Illecito antitrust ed azione risarcitoria del consumatore ex art. 33, 2° co., l. n. 287/1990: un revirement della Corte di Cassazione*, la quale ha affermato che: "La l. n. 287/1990 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto da mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il contratto c.d. "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33, l. n. 287/1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della Corte d'Appello."

⁹² Con eventuale copertura anche per le spese legali.

⁹³ H. KOZIOL, *Some Reflections on Punitive Damages*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2012, p. 3, A. BOGLIONE, *Punitive damages: passato, presente (e futuro?) in diritto assicurativo nord-americano e inglese, con qualche riflessione suggerita dal diritto italiano*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 3.

⁹⁴ L. FRATA, *Il Cass Action Fairness Act of 2005*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 13; C. PONCIBÒ, *La controriforma della class actions*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 124; F. DE SANTIS, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il "Class Action Fairness Act of 2005"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 601; A.R. TALATI, *The Class Action Fairness Act of 2005: changing the class action landscape circuit by circuit*, 61 *Food Drug L.J.*, 2006, p. 561; E.F. SHERMAN, *Class action after the Class Action Fairness Act of 2005*, 80 *Tul. L. Rev.*, 2006, p. 1593; J.J. BORGHEI, *Class action fairness: a mature solution to the 23(b)(3) choice of law problem*, 95 *Geo. L.J.*, 2007, p. 1645; E.A. HOSP, *Settlements under the Class Action Fairness Act of 2005*, 67 *Ala. Law.*, 2006, p. 124; R.B. MOCABEE, *Federal practice: central aspects of the Class Action Fairness Act of 2005*, 86 *Mi. Bar. Jnl.*, 2007, p. 30; L. WALKER, *The consumer class action bill of rights: a policy and political mistake*, 58 *Hastings L.J.*, 2007, p. 849.

friendly forum, al fine di ottenere risarcimenti notevolmente più consistenti, e ciò in ragione del fatto che, in base alle regole ordinarie sulla competenza, era possibile proporre la *class action* dinnanzi alle Corti di qualsiasi Stato in cui il danno si era verificato.

La *Section 4 del CAFA 2005*, nel novellare il testo del *United States Code* ha fornito i requisiti di base per l'estensione delle *class actions* alla *diversity jurisdiction*; tali requisiti riguardano la composizione numerica della classe, quantificata in almeno cento membri, nonché il valore globale della controversia superiore a cinque milioni di dollari⁹⁵; altresì, è richiesta l'appartenenza di almeno un membro della classe ad uno Stato diverso rispetto a quello di un convenuto, la qualità di Stato straniero o di cittadino di uno Stato straniero di almeno un membro della classe, congiuntamente alla qualità di cittadino di uno Stato federato di un convenuto, ovvero il contrario⁹⁶. Costituiscono eccezione a tale regola di competenza delle Corti federali le *home state exceptions*, in cui è previsto un *mandatory remand*, vale a dire la rimessione della causa dalla *District Court* alla corte statale, nell'ipotesi in cui almeno i due terzi della classe ed il convenuto principale siano cittadini dello Stato in cui l'azione era stata originariamente radicata; in ogni caso, è consentito un *discretionary remand*, nell'ipotesi in cui il numero dei membri della classe sia compreso tra un terzo e due terzi⁹⁷.

Ciò che appare più importante è la previsione di una valutazione discrezionale della Corte che trova il proprio fondamento in esigenze di giustizia sostanziale, modulate dalle circostanze rilevanti del caso empirico, dovendosi considerare tutti i vari fattori dell'azione proposta tra cui la natura dell'interesse (statale o interstatale) sotteso alle questioni oggetto delle pretese azionate, le leggi dello Stato, in cui la lite era stata inizialmente radicata, regolatrici delle pretese medesime, nonché le modalità di proposizione delle *class actions* esplicitazione della volontà di tentare di evitare la giurisdizione federale.

La *ratio* delle disposizioni volte alla neutralizzazione delle inefficienze giudiziarie discendenti dall'esercizio del *forum shopping*⁹⁸, nonché della tendenza *pro-plaintiff* delle Corti statali, è resa ancor più evidente dalla espressa previsione di un controllo delle *Courts of Appeal* circa l'ordine di concessione o negazione del rinvio di una *class action* da parte di una *District Court*.

In ogni caso, è stato osservato⁹⁹ che il CAFA costituisce un'occasione mancata per incidere realmente sulle inefficienze derivanti dalle *class actions*, non ricollegabili all'istituto processuale in sé, ma ad un elemento dell'organizzazione forense statunitense, legata a doppio filo al carattere imprenditoriale della professione legale ed al sistema dei *contingent's fees*¹⁰⁰.

Tali problematiche, come è lecito desumere, appaiono ancora di più ampia portata nell'ambito delle azioni collettive nel mercato bancario e finanziario. Infatti, in questo settore, maggiormente che in qualsivoglia altro, le controversie sono risolte, nella quasi totalità dei casi, mediante la sottoscrizione di accordi stragiudiziali, che dovrebbero essere in grado di lasciare le parti, a fronte dell'alea del giudizio, in una condizione sostanzialmente più favorevole rispetto a quella che potrebbe risultare all'esito della decisione finale.

Ciò che appare chiaro dall'analisi dell'esperienza statunitense è che le *class actions* proposte per

⁹⁵ La modifica riguarda il § 1332 del titolo 28 del U.S.C..

⁹⁶ “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action in which the matter in controversy exceeds the sum or value of \$5,000,000, exclusive of interest and costs, and is a class action in which - (A) any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State different from any defendant; (B) any member of a class of plaintiffs is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state and any defendant is a citizen of a State; or (C) any member of a class of plaintiffs is a citizen of a State and any defendant is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state.”.

⁹⁷ Sul punto si veda anche: L. FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005*, cit., p. 15.

⁹⁸ E. CESARO, F. BOCCHINI, *Azione collettiva risarcitoria (class action) Legge n. 244/2007, art. 2 comma 445-449*, Milano, 2008, p. 208.

⁹⁹ C. PONCIBÒ, *La controriforma della class actions*, cit., p. 129.

¹⁰⁰ Che per certi aspetti ha trovato cittadinanza anche nel nostro ordinamento con la legalizzazione del patto di quota lite.

conto di collettività, più o meno estese, presentate da *investors*, ovvero da *shareholders*, non solo rappresentano un settore piuttosto fiorente, nonostante le oscillazioni dipendenti dagli alti e bassi dei mercati finanziari¹⁰¹, ma costituiscono addirittura una procedura autonoma, ormai governata da regole *ad hoc* da professionisti specializzati nella materia.

Proprio in questo settore, un altro intervento diretto a ridisegnare alcuni assetti della *class action*, ha introdotto nel 1995 il *Private Securities Litigation Reform Act*¹⁰² allo scopo di ridisegnare il *Securities Exchange Act* del 1934, delineando un peculiare modello di *class action* proprio per fare fronte a quelle storture evidenziate nella dinamica processuale ed extraprocessuale tra classe ed impresa destinataria dell'azione e ciò anche alla luce del peculiare meccanismo dell'*opt out* che caratterizza la *class action* americana.

Nonostante i requisiti più stringenti introdotti dal legislatore e le barriere alzate dalla Corte Suprema¹⁰³, l'effetto deterrente resta, comunque, ancora assai forte. Infatti, in questo ambito di applicazione, è stato evidenziato che il totale delle somme corrisposte dai responsabili delle violazioni a seguito della messa in opera dei meccanismi di *private enforcement* sia largamente superiore all'ammontare delle multe inflitte dai *public enforcers*.

Anche nell'ambito della *class action* promossa dinnanzi al NYSD nei confronti di Parmalat¹⁰⁴, il giudice Wesley sottolineava il problema affrontato dalla legge di riforma della *class action*¹⁰⁵, ed in numerosi precedenti giudiziari, relativi alla indebita pressione esercitata dagli avvocati promotori di *class actions* temerarie (c.d. *strike suits*), basate non sul merito delle cause, bensì sulla paura che tali controversie incutono nei convenuti, in modo particolare se stranieri i quali, vedendosi esposti a potenziali costi legali molto consistenti, oltre che al rischio di condanna al pagamento di danni punitivi¹⁰⁶, assai di sovente preferiscono assoggettarsi alla comunque più economica alternativa

¹⁰¹ Al riguardo è stato evidenziato che si è registrato un minore numero di azioni nei periodi caratterizzati da minore volatilità e migliori assetti nella *governance*.

¹⁰² *The United States Private Securities Litigation Reform Act of 1995*, Pub. L. 104-67, 109 Stat. 737 (codified as amended in scattered sections of 15 U.S.C.) ("PSLRA").

¹⁰³ Si veda, con riferimento all'onere probatorio dell'attore in materia di *fraud*, il caso *Tellabs Inc. v. Makor Issues & Rights*, 127 S.Ct. 2499 (2007). In argomento, si rinvia a: G. MILLER, *Pleading After Tellas*, *NYU Law and Economics Research Paper*, April 2008, No. 08-16.

¹⁰⁴ *In re Parmalat Securities Litigation*, No. 04 Civ. 0030; United States District Court For The Southern District New York, 22 luglio 2008, Docket No. 07-2949 cv. – *In Re Parmalat Securities Litigation* – Majority Opinion by Jacobs, Chief Judge – Dissenting Opinion by Wesley J..

¹⁰⁵ Il riferimento è al *Private Securities Litigation Reform Act of 1995* ("PSLRA"). V. *Lentell v. Merrill Lynch & Co., Inc.*, 396 F.3d 161, 171 (2d Cir. 2005), con riferimento a *Novak v. Kosaks*, 216 F.3d 300, 306 (2d Cir. 2000); *Cal. Pub. Employees'Ret. Sys. v. WorldCom, Inc.*, 368 F.3d 86, 98 (2d Cir. 2004) («*The PSLRA was intended to curtail 'strike suits' - i.e. meritless class actions alleging fraud in the sale of securities*»). Si veda anche: *Regents of the University of California, et al., v. Credit Suisse First Boston (USA), Inc., et al.*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P94, 173, 2007 U.S. App. LEXIS 6396 (5th Cir. 2007).

¹⁰⁶ Nell'ordinamento italiano non sono riconosciuti i danni punitivi. M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contratto e impr. Europa*, 2012, p. 599; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 16; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 383; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531; E. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 164; G. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 985; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze straniere di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 479. Tale orientamento è stato confermato anche in giurisprudenza sul presupposto della contrarietà all'ordine pubblico interno dei *punitive damages*: da ultimo: Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 497, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 1125, con nota di R. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1890, con nota di L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1892, e con nota di A. DE PAULI, *L'irriconeoscibilità in Italia per contrasto con l'ordine*

della transazione estorsiva¹⁰⁷.

Ma il dato che risulta alla fine ancora più preoccupante è costituito dal fatto che le transazioni con le quali vengono risolte le azioni di classe promosse, dal punto di vista economico arrivano a gravare non tanto sui *managers*, sui loro consulenti o, comunque, sugli *insiders*, quanto piuttosto sul patrimonio delle *corporations* e sui relativi assicuratori e, quindi, in ultima analisi, proprio sulla massa indifferenziata degli *shareholders*¹⁰⁸.

8. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra evidenziato, pare indubbio che una delle principali finalità che è stata perseguita con l'introduzione anche nell'ordinamento italiano di un'azione di classe risarcitoria consista nella garanzia di attuazione del diritto sostanziale ed in un'auspicabile uniformità delle decisioni¹⁰⁹.

In altri termini, nei Paesi a capitalismo avanzato la *class action* dovrebbe rappresentare un'adeguata risposta a quelle tipiche esigenze di natura processuale di gruppi di consumatori ed utenti, che postulano il superamento di una frammentata visione individualistica in risposta della crescente complessità dei sistemi giuridici¹¹⁰, in modo da essere in grado di tutelare al meglio i loro diritti¹¹¹. E ciò con l'auspicio che lo strumento *class action* non venga snaturato nella sua ontologica natura e trasformato in un mostro giuridico, il quale, più che tutelare le parti processuali deboli del sistema, arrivi a trasformare queste in detentrici di una formidabile arma processuale di ricatto economico. Questa eventuale involuzione della *class action*, o "effetto collaterale" della stessa, deve essere letta ed interpretata in relazione al sistema giudiziario di riferimento, non potendosi ignorare l'esistenza di elementi differenziali tra un sistema di *common law* ed uno di *civil law*, specie con riferimento ai poteri probatori delle parti che sono strumentali alle modalità di accertamento della situazione sostanziale denunciata, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'ammissibilità della domanda che

pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni "punitivi", in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2100. Si veda anche: Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421, in relazione al caso BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559, 1996, commentata da G. PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, p. 391. Con riferimento al riconoscimento ed esecuzione in Europa di sentenze statunitensi relative ad una *class action*, *inter alia*: M. HARRIS, *The recognition and enforcement of us class action judgments in England* e M. MATOUSEKOVA, *Would french courts enforce u.s. class action judgments?*, in *Contratto e impr. Europa*, 2006, p. 617.

¹⁰⁷ A.R. MILLER, *Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the "class action problem"*, 92 *Harv. L. Rev.*, 1979, p. 664; C. GUTHRIE, *Framing frivolous litigation: a psychological theory*, 67 *Univ. Chic. L. Rev.*, 2000, 163; J.R. MACEY, G.P. MILLER, *The plaintiffs attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, 58 *Univ. Chic. L. Rev.*, 1991, p. 1; J.C. COFFEE, *Understanding the plaintiffs' attorney: the implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions*, 86 *Colum. L. Rev.*, 1986, p. 669; J.F. COFFEE, *Rethinking the class action: a policy primer on reform*, 62 *Ind. L. J.*, 1987, p. 625; D.R. HENSLER, *Revisiting the monster: new myths and realities of class actions and other large scale litigation*, 11 *Duke J. Comp. & Int. L.*, 2001, p. 196; E. LAMBERTH, *Injustice by process: a look at and proposals for the problems and abuses of the settlement class action*, 28 *Colum. L. Rev.*, 1997, p. 149; D.E. CURTIS, J. RESNIK, *Contingency fees in mass tort: access, risk, and the provision of legal services when layers of lawyers work for individuals and collectives of clients*, 47 *DePaul L. Rev.*, 1998, p. 425; R. WASSERMAN, *Dueling class actions*, 80 *B. U. L. Rev.*, 2000, p. 461.

¹⁰⁸ Di qui le voci favorevoli ad una revisione della normativa vigente: al riguardo si rinvia a: J.C. COFFEE, *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, 106 *Colum. L. Rev.*, 2006, p. 1534.

¹⁰⁹ V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 255; M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p. 86.

¹¹⁰ Nella relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009 annuale al riguardo è affermato che: "In altri termini, l'introduzione della *class action* costituisce un tassello fondamentale di una strategia tesa al miglioramento delle condizioni della Giustizia civile nel settore delle controversie dei consumatori, diretta quindi ad evitare che i metodi alternativi di composizione delle controversie si trasformino in un modo per svendere una risposta ad una domanda di Giustizia frustrata dall'indisponibilità di un'alternativa efficiente dinanzi alla Giustizia civile statale."

¹¹¹ A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996, p. 130.

porta alla *certification* dell'azione ed il bilanciamento dei valori perseguiti dal processo anche, e non solo, con riferimento alla possibile condanna al pagamento di danni punitivi, tipica del sistema statunitense.

Altrettanto rilevanti e degne di nota sono le finalità di garanzia di accesso alla giustizia¹¹² per quei soggetti, consumatori ed utenti, che in condizioni di asimmetria, sia informativa che economica trovano nello strumento processuale della *class action* un'opportunità competitiva nei confronti di controparti assai più organizzate.

È fuori di dubbio, che nell'ambito del diritto dell'economia le *class actions* inserite in una prospettiva più generale e matura possono arrivare ad atteggiarsi a strumento di politica economica teleologicamente funzionale alla regolazione degli equilibri di mercato, nell'ottica del controllo e della responsabilità sociale dell'impresa verso quei soggetti, consumatori ed utenti, che ne costituiscono i naturali interlocutori e che nel sistema costituiscono l'elemento più debole.

Infatti, una più concreta ed effettiva attività sanzionatoria dell'attività pregiudizievole posta in essere dalle imprese, sotto il profilo risarcitorio in ambito civilistico, nonché la presenza di soggetti più forti dal punto di vista processuale, rispondono proprio all'esigenza di sviluppo di processi virtuosi di socializzazione dell'impresa (cd. eticità dell'impresa), in realtà economiche sempre più ampie, fisiologicamente postulanti l'istituzionalizzazione di strumenti e regole sul terreno della tutela di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti.

Ne consegue che il ricorso alla *class action*, appare particolarmente proficuo, nella misura in cui sia possibile coglierne le potenzialità deterrenti, capaci di coniugare la responsabilità sociale dell'attività imprenditoriale, purtroppo non ancora sufficientemente legate alla responsabilità personali dei componenti degli organi di controllo che continuano a rimanere economicamente immuni, salvo rarissimi casi, dalle condanne subite dalle società dagli stessi gestite, con la irrinunciabile esigenza di uno sviluppo produttivo compatibile con la realtà quotidiana di consumatori ed utenti¹¹³.

Quindi, in un ottica di analisi economica del diritto, il potenziale effetto deterrente riconducibile alle *class actions* trascende le immediate funzioni attuative delle norme sostanziali, per assolvere ad obiettivi di notevole rilevanza sociale traducibili nella sussidiarietà derivante dalla riallocazione dei rischi e delle risorse, nonché nella solidarietà scaturente dalla limitazione dei costi sociali conseguenti agli illeciti di massa¹¹⁴.

¹¹² La Relazione prosegue affermando anche che: "In primo luogo, essa realizza la garanzia dell'accesso alla Giustizia per le controversie di modico valore. I vantaggi di questo strumento lo lasciano preferire non solo alle tradizionali azioni seriali, ma anche ai procedimenti di conciliazione individuale. In caso di danni di massa per i soggetti lesi coinvolti, ma di entità così lieve che non vale la pena di dedurli in giudizio isolatamente, e nemmeno di porli a fondamento di una istanza di conciliazione, l'aggregazione processuale delle pretese individuali omogenee ad opera di un rappresentante, come previsto dall'art. 140-bis, abbatte i costi e costituisce quindi l'elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni della rinuncia dei consumatori e degli utenti."

¹¹³ La Relazione prosegue affermando anche che: "In questo senso il processo civile italiano (al pari di quello di altri paesi europei che hanno introdotto azioni collettive, anche risarcitorie) si arricchisce di una nuova funzione, tradizionalmente affidata nell'Europa continentale alla cura dello Stato e della pubblica amministrazione: la funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non tanto sugli interessi di un individuo isolato, quanto sugli interessi di una collettività di individui."

¹¹⁴ F.R. FANTETTI, *Tutela del risparmiatore e class action. Il caso Cirio*, cit., p. 418.