

---

## RAPPORTI TRA MEDIAZIONE E *CLASS ACTION*: LA MIGLIORE TUTELA PER IL CONSUMATORE

di Elisabetta Violante\*

SOMMARIO: 1. La genesi della mediazione, quale istituto diretto ad agevolare l'accesso alla giustizia – 2. Le materie oggetto di mediazione ed i rapporti con le *class action* - 3. L'azione di classe e il sistema dell'*opt in* - 4. La conciliazione nelle *class action* - 5. La *ratio* che accomuna i due istituti e il rischio di una applicazione distorta.

1.- In considerazione delle novità e dei cambiamenti nell'approccio alla giustizia determinati dall'adozione dell'istituto della mediazione appare opportuno un breve cenno sulla sua genesi anche al fine di comprenderne meglio la *ratio*.

In Italia da anni si avverte l'esigenza di promuovere e diffondere dei meccanismi di conciliazione<sup>1</sup>.

Già con Legge 29 dicembre 1993 n. 580, il Legislatore aveva rimesso alle Camere di Commercio la competenza per la promozione e la gestione delle procedure di conciliazione volte alla risoluzione delle controversie tra imprenditori e fra imprenditori e consumatori o utenti.

Da allora, il Legislatore è intervenuto a più riprese prevedendo l'eventualità di poter ricorrere sempre più spesso al metodo conciliativo.

Con il D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, il Legislatore ha previsto l'eventualità di risolvere le controversie in materia societaria e bancaria mediante un tentativo stragiudiziale di conciliazione tra le parti.

Ma, tutti gli interventi legislativi posti in essere fino ad oggi, si sono

---

\* Avvocato in Palermo

<sup>1</sup> Sul punto valga rilevare che la conciliazione come condizione di procedibilità era già conosciuta nel nostro ordinamento, l'art. 410 c.p.c. prevedeva, infatti, il tentativo obbligatorio di conciliazione demandato alle commissioni di conciliazione presso le direzioni provinciali del lavoro, la previsione del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità nel processo del lavoro non ha però sortito i risultati sperati, sul punto *cf.* G. Monteleone, *La mediazione «forzata»*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 21 s. e sul sito [www.judicium.it](http://www.judicium.it), vedi anche M. Bove, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183)* (21.1.2011), sul sito [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

limitati a disciplinare il ricorso al metodo conciliativo solo in ordine a specifiche controversie.

Solamente con la Legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60, il Parlamento italiano ha conferito delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, introducendo così una normativa di carattere generale.

Il ricorso alle ADR (*Alternative Dispute Resolution*<sup>2</sup>) è stato promosso, soprattutto, dall'Unione Europea.

Le Direttive comunitarie, infatti, hanno avuto un ruolo fondamentale, di impulso, per il recepimento della disciplina della mediazione quale strumento diretto al miglioramento dell'efficienza della giustizia civile sia in termini di tempo che di costi e, soprattutto, con lo scopo di decongestionare i tribunali oramai al collasso a causa della mole di procedimenti che li affollano.

In particolare si segnala l'ultima Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio Europeo del 21 maggio 2008 (2008/52/CE), che disciplina alcuni aspetti della mediazione in materia civile e in materia commerciale.

La Direttiva n. 52 è stata creata con l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, facilitando il percorso verso la risoluzione alternativa delle controversie e promuovendone la composizione bonaria tramite il ricorso alla mediazione<sup>3</sup>.

La direttiva è stata prontamente recepita dal Legislatore italiano per mezzo dell'emanazione dell'art. 60 della legge n. 69/2009, legge che riforma il processo civile, collocando il nostro paese tra i primi dell'Unione Europea

---

<sup>2</sup> ADR: con questo acronimo si indicano tutti quegli istituti quali la mediazione e le *class action* che prevedono metodi di risoluzione delle controversie «alternativi» rispetto a quello giudiziale e fondati sulla volontà negoziale; pertanto dovrebbero avere ad oggetto solamente diritti disponibili.

<sup>3</sup> Articolo 1: Obiettivo e ambito di applicazione

1. La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

2. La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*).

ad averla accolta nel proprio ordinamento in anticipo sui termini previsti (21 maggio 2011).

L'attuazione dell'art. 60<sup>4</sup> è stata realizzata proprio con l'emanazione del

---

<sup>4</sup> Art. 60: (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali)

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28.

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, riforma l'accesso alla giustizia civile, introducendo la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale ed ha come obiettivo un

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;

l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;

m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;

n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

effetto deflattivo delle azioni in giudizio e di diffusione della cultura del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, alternativi al processo ordinario.

Attraverso questa riforma si cerca, quindi, di porre rimedio alle lungaggini e inefficienze dei processi civili, favorendo la mediazione, quale strumento rapido ed economico di soluzione delle controversie.

La *ratio* del nuovo istituto processuale è soprattutto quella di rendere operativi meccanismi deflattivi del contenzioso civile, che possano indirettamente incidere in modo positivo sui tempi di soluzione delle liti, liberando i giudici dall'eccessivo carico di lavoro e consentendo loro di dedicarsi ad un più esiguo numero di cause da istruire e decidere più celermente<sup>5</sup>.

La mediazione è diretta a consentire alle «controparti» di ottenere un risultato che derivi dal temperamento delle loro volontà ed interessi e sia per questa ragione il più possibile condiviso; in tal modo le parti saranno indotte a dare spontanea esecuzione agli accordi conclusi bonariamente<sup>6</sup>.

2.- Il Legislatore ha espressamente indicato quali sono le materie del contendere in cui è inderogabile il ricorso all'organismo di conciliazione.

L'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, individua le materie per le quali il ricorso alla mediazione è condizione di procedibilità del giudizio, tra queste rientrano tutte le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Il Legislatore perseguiva tale risultato anche quando istituì l'Ufficio del Giudice di Pace.

<sup>6</sup> Sul punto S. Ziino, *I vari sistemi ADR. Aspetti problematici nei rapporti tra procedimento di mediazione e processo giurisdizionale*, Palermo, 2011; A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010,

<sup>7</sup> Art. 5 D.lgs 4.3.2010, n. 28: Condizione di procedibilità e rapporti con il processo

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante

dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

3. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, nè la trascrizione della domanda giudiziale.

4. I commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa

In tutti gli altri casi, il ricorso alla mediazione civile è invece una facoltà<sup>8</sup>.

Chiarito l'ambito di operatività della mediazione è opportuno segnalare che anche nelle materie «obbligatorie», esiste una causa che rende la mediazione una mera facoltà: è il caso in cui sussistono gli estremi per avviare una *class action*, che diviene così una soluzione alternativa e parallela alla mediazione civile.

A questo punto appare necessaria una breve digressione sull'istituto delle *class action* anch'esso neofita nell'ordinamento giuridico italiano.

3.- L'istituto delle *class action*, è di recente introduzione nell'ordinamento italiano<sup>9</sup>.

L'azione di classe nasce dall'esigenza politica avvertita prima negli Stati Uniti e successivamente anche in vari Paesi europei<sup>10</sup>, di evitare lo

---

la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

7. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo. aponi

<sup>8</sup> Sul dialogo tra avvocatura e Legislatore diretto a restringere l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione alle sole controversie di valore inferiore ai cinquemila euro, *cf.* Ester Perifano, *Mediazione: solo uno stop sull'obbligatorietà consente un vero dialogo con l'avvocatura*, in *Guida dir.*, 4 giugno 2011, n. 23, 11 s.

<sup>9</sup> R. Caponi, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 281 s.; R. Caponi, *Liticonsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008; A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

<sup>10</sup> Le prime istanze in questo senso derivano dalla Comunità Europea che con il Libro Verde sui «*mezzi di ricorso collettivo dei consumatori*», ha invitato gli Stati membri che non lo avevano ancora fatto ad adeguare la loro normativa interna adottando la disciplina delle azioni di classe.

Uno dei primi paesi in Europa ad applicare un sistema di tutela collettiva dei consumatori è stato l'Inghilterra. Nel diritto inglese non si parla di *class action* ma

svolgimento di una pluralità di uguali procedimenti individuali nelle ipotesi di atti illeciti pluri-offensivi in cui da un unico fatto dannoso derivi la lesione di più diritti facenti capo a più soggetti.

La trattazione unitaria risponde innanzitutto ad un'esigenza di economia processuale: eliminando la pluralità dei giudizi si riducono i costi sia per lo Stato che per il singolo soggetto leso e si riducono i tempi di realizzazione della giustizia.

Inoltre le azioni di classe permettono di riequilibrare il peso processuale delle parti sostanziali in quei casi in cui il danno subito da uno solo di molti soggetti lesi sia di importo così basso che il costo privato per esercitare l'azione individuale di risarcimento supererebbe il beneficio atteso.

L'esercizio collettivo dell'azione rafforza quelle azioni che, se promosse individualmente, sarebbero socialmente deboli e, rendendole più credibili, stimola una domanda di risarcimento del danno, che altrimenti resterebbe inespressa, fungendo così anche da deterrente contro comportamenti abusivi da parte delle imprese.

Il nostro ordinamento non è del tutto nuovo ad azioni intraprese in forma collettiva, ad esempio tali azioni, anche se presentano rilevanti peculiarità, si riscontrano nell'ambito del diritto del lavoro<sup>11</sup>.

---

di *Group Litigation Order*. La legge dispone che la domanda collettiva venga iscritta in un registro (*group register*), successivamente è necessario che la Corte autorizzi il *Group Litigation Order*, al pari del nostro giudizio di ammissibilità dell'azione, ad intraprendere l'azione. Inoltre, la Corte potrà disporre che una o più domande appartenenti al registro del gruppo proseguano in qualità di «domande modello», e dovrà nominare l'avvocato di una o più parti il quale assumerà il ruolo di avvocato «guida». La Corte potrà, peraltro, specificare i requisiti che devono corredare la domanda perché siano soddisfatti i criteri necessari per includerla nel registro di gruppo. Per quanto riguarda la legittimazione attiva è previsto che oltre l'attore principale gli altri membri della classe che intendono partecipare al giudizio esprimano la loro adesione, viene accolto dunque il sistema dell'*opt in*. Particolare la disciplina delle spese, infatti la legge inglese prevede la concessione pubblica del *legal aid* per controversie di gruppo particolarmente meritevoli di tutela, ma di fatto questo contributo statale viene concesso raramente. Si osserva, infine, che la dottrina inglese ha rilevato il sostanziale fallimento della procedura caratterizzata dall'*opt in*, che pone concreti ostacoli all'adesione dei singoli utenti o consumatori all'azione collettiva.

<sup>11</sup> L'esempio più rilevante di azione collettiva nell'ambito dello statuto dei lavoratori è contenuto nell'articolo 28 legge 300/70 (condotta antisindacale – ricorso associazioni sindacali), secondo cui gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali possono agire a tutela della libertà sindacale, dell'attività sindacale

Ad un'indagine più approfondita, le ipotesi di azione collettiva sono presenti laddove più marcate si manifestano le esigenze non solo di tutela collettiva, ma anche di superamento dei divari sociali come nel campo delle libertà, delle prerogative sindacali e in quello della parità tra i sessi e della lotta alla discriminazione.

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 al recupero di efficienza<sup>12</sup>.

Le azioni di classe sono state introdotte nel nostro ordinamento per mezzo dell'art. 140 *bis*, del Codice del Consumo<sup>13</sup>.

---

e del diritto di sciopero. Si tratta di una legittimazione ad ampio spettro che tocca situazioni proprie del sindacato, situazioni del lavoratore, situazioni inerenti in maniera generale la libertà sindacale e le relazioni industriali.

<sup>12</sup> R. Caponi, *una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro It*, 2008, V, 180 s.

<sup>13</sup> Art. 140 *bis*: 1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare

Ai fini della partecipazione all'azione di classe il nostro legislatore ha prescelto il sistema del c.d. «*opt in*».

Il sistema dell'*opt in* comporta che sia il soggetto leso ad attivarsi se vuole essere incluso fra i destinatari degli effetti della sentenza, anziché il sistema contrapposto (*opt out*), tipico di alcune ipotesi della *class action* statunitense, in cui tutti i diritti lesi dall'illecito sono dedotti in giudizio una volta per tutte dal rappresentante della classe e il singolo deve attivarsi se vuole essere

---

indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti 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».

escluso dal novero dei destinatari degli effetti della sentenza.

I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dall'art. 140 *bis* Codice del consumo «aderiscono all'azione di classe».

Questi soggetti devono, dunque, comunicare per iscritto al promotore o all'ente collettivo che prende l'iniziativa la propria adesione all'azione in forma collettiva.

La scelta del sistema dell'*opt in* è stata avallata dalla dottrina maggioritaria che ha, infatti, affermato che consentire ad un soggetto di far valere situazioni giuridiche soggettive altrui a prescindere dal consenso del titolare sarebbe in contrasto con l'art. 24 della Costituzione e con il principio dispositivo<sup>14</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene di contro che sarebbe opportuno sostituire il sistema dell'*opt in* con il sistema dell'*opt out*<sup>15</sup>.

A tale proposito si è osservato che il sistema dell'*opt out* non è incompatibile con la Costituzione e che il sistema dell'*opt in* non ha mai dato nella pratica buona prova di sé: l'esperienza maturata negli Stati Uniti ha mostrato che il sistema dell'autoinclusione, oltre ad essere preferibile sotto il profilo dell'efficienza nell'allocazione delle risorse giurisdizionali, lo sia persino ai fini della diffusione sul lungo periodo della cultura dell'associazionismo e più in generale dei comportamenti cooperativi<sup>16</sup>.

In questo senso, grazie ad un'indagine comparativistica, si può affermare che l'*opt out* si presenta come la soluzione più funzionale alla realizzazione

---

<sup>14</sup> Per un più ampio discorso sul punto, v. R. Caponi, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205.

<sup>15</sup> Cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., 225, secondo cui l'esame delle esperienze straniere di tutela collettiva più avanzate, come quella statunitense, dimostra che l'adozione del sistema di *opt in* è una tappa intermedia verso l'*opt out*.

<sup>16</sup> Sul sistema dell'*opt-in* adottato negli Stati Uniti prima della riforma del 1966 v. il classico contributo di Kalven Rosenfield, *The contemporary function of the class suit*, in *University of Chicago Law Review*, 1941, 684 s.; sulle ragioni del suo abbandono v. B. Kaplan, *Continuing work of the civil Committee: 1966 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in *Harvard Law Review*, 1967, 356 s.; le proposte di reintrodurlo nella disciplina processuale federale sono state sempre duramente criticate (v., per es., già A. B. Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights*, 689; WELLS, *Reforming Federal Class Action Procedure: an Analysis of the Justice Department Proposal*, in 16 *Harvard Journal of Legislation*, 1979, 572, e più di recente E. H. Cooper, *Class Action Advice in the Form of Questions*, in 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 231).

degli obiettivi dell'azione collettiva risarcitoria<sup>17</sup>.

Peraltro, il sistema di *opt out* non incontra ostacoli di ordine costituzionale, quanto meno nel settore delle controversie di modesta entità (*small claims*), o meglio nel settore delle controversie che hanno un valore talmente basso che non verrebbero portate all'attenzione delle corti se non in modo aggregato, attraverso l'esercizio di un'azione collettiva<sup>18</sup>.

Processualmente la scelta del sistema dell'*opt in* comporta che al fine di aderire ad un giudizio collettivo già instaurato sia sufficiente per il consumatore aderente depositare presso la cancelleria del Tribunale adito l'atto di adesione contenente l'elezione di domicilio e l'indicazione del *petitum*, della *causa petendi* e dei relativi elementi probatori a sostegno della domanda.

L'atto di adesione deve essere depositato, anche a mezzo dell'attore principale, entro un termine perentorio fissato dal Tribunale con la stessa

---

<sup>17</sup> Per una recente ricerca empirica sulle percentuali di autoesclusione dalle class actions v. T. Eisenberg - G. Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in *57 Vanderbilt Law Review*, 2004, 1529 s.; sul totale fallimento pratico del sistema francese dell'*action en représentation conjointe*, fondato sul metodo dell'autoinclusione v., per es., E. Jeuland, *La France*, in *Les recours collectifs: etude compare*, Parigi, 2006, 75 s.; si può anche osservare che nella speciale disciplina statunitense del Fair Labor Standards Act si è previsto il meccanismo dell'*opt-in* proprio per impedire che i sindacati – legittimati attivi a promuovere il giudizio – potessero avvalersi del contenzioso per conquistare adesioni (v., in proposito, R. Nagareda, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, in *103 Columbia Law Review*, 2003, 224; cfr. *United States v. Cook*, 795 F.2d 992, Fed. Circ. 1986).

<sup>18</sup> Su questa strada si è mossa già qualche pronuncia giurisprudenziale. È del 30 aprile 2008 un provvedimento del Tribunale di Roma, investito con un ricorso cautelare ex art. 140, comma 8 cod. cons., con cui l'emittente di *pay Tv Sky Italia s.r.l.* è stata condannata a restituire agli abbonati le somme di denaro, indebitamente percepite rispetto alle pattuizioni contrattuali, per l'automatico invio di nuova rivista con i programmi televisivi.

In altri termini, il Tribunale di Roma ha adottato un provvedimento di condanna alla restituzione di somme di denaro a vantaggio dei singoli abbonati, in quanto «misura idonea a correggere o eliminare gli effetti dannosi della violazione accertata», ex art. 140, comma 1, lett. b) Codice del consumo.

Dunque è stata di fatto accolta una specie di *class action* diretta alla restituzione di somme di denaro, promossa da un'associazione dei consumatori attraverso la richiesta di un provvedimento cautelare per ingiunzione ex art. 140 cod. cons.

ordinanza con cui ammette l'azione.

Al fine di perfezionare l'adesione non è richiesto il ministero di un difensore, tanto che l'aderente viene definito: parte del processo in senso formale.

Peraltro l'aderente non ha il potere di compiere atti processuali e non sopporta le spese del giudizio in caso di soccombenza.

Se il membro della classe decide di aderire all'azione collettiva da altri intrapresa automaticamente rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo.

È fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva o non intervengono nel giudizio in cui essa è promossa.

Per quanto riguarda l'effettivo ricorso alle azioni di classe si segnala che il dato numerico è piuttosto esiguo; lo scarso ricorso all'azione collettiva è da imputarsi soprattutto alla naturale diffidenza da parte degli operatori del diritto nel rimettersi ad un istituto nuovo di cui non conoscono le potenzialità e le insidie.

Senza trascurare il fatto che il legislatore ha limitato l'ambito di operatività temporale delle *class action*, prevedendo che le nuove disposizioni si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della legge stessa, quindi successivamente al 15 agosto 2009<sup>19</sup>.

4.- La scelta del Legislatore, di escludere le azioni di classe «dall'obbligo» della mediazione, risiede presumibilmente nell'operatività, all'interno dell'istituto della *class action*, di una serie di garanzie a tutela dei contraenti deboli, quali l'intervento nell'azione di associazioni dei consumatori o di comitati.

Con la disciplina delle *class action* il Legislatore ha inoltre fortificato il ruolo del Giudice anche se siamo ben lontani dall'archetipo americano e dalle garanzie offerte al consumatore dal Legislatore statunitense<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Così il comma secondo dell'art. 49, Legge 99/2009, sul punto G. Finocchiaro, *Con una sola ordinanza di ammissibilità partenza lenta per la class action italiana*, in *Guida dir.*, 21 maggio 2011, n. 21, 16.

<sup>20</sup> Nel sistema americano la *class action*, ad esempio prima di potere istruire una causa il Giudice opera una valutazione sommaria e senza entrare nel merito della controversia ed ha il potere di dichiararla inammissibile se non ricorrono le condizioni previste dalla legge ovvero se la domanda è manifestamente infondata e

In ogni caso anche se dovesse essere intrapresa un'azione di classe l'attore ha facoltà di definire la controversia mediante conciliazione.

L'art. 15 del d.lgs 28/2010 nel disciplinare i rapporti tra mediazione ed azione di classe prevede «*Quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito*»<sup>21</sup>.

L'unico limite posto dalla legge all'esercizio della mediazione all'interno di un'azione di classe è dunque di natura temporale: la mediazione può avere luogo, su istanza dell'attore o anche del convenuto, solo dopo che sia scaduto il termine per la adesione degli altri appartenenti alla medesima classe.

La eventuale conciliazione produrrà effetti vincolanti soltanto per gli aderenti che abbiano espressamente prestato consenso (*opt in*).

Anche l'art. 140 *bis* al comma 15 ha direttamente disciplinato la transazione nell'azione di classe prevedendo che «*le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti 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*».

A ben vedere questa disciplina degli accordi transattivi è estremamente lacunosa <sup>22</sup>.

Il comma 15 dell'art. 140 *bis*, fa riferimento alla possibilità di definire il giudizio tramite un accordo transattivo tra le parti, ma non prevedere alcun obbligo di estendere la medesima proposta transattiva agli aderenti alla *class action*.

---

pretestuosa. Si tratta di un filtro importante che serve a non appesantire il sistema giudiziario e ad evitare processi palesemente senza fondamento, *Federal Rule of Civil Procedure* 23, nel sistema italiano invece questo «filtro» è comunque successivo alla udienza di prima comparizione, *cfr.* art. 140 *bis*, comma 6.

<sup>21</sup> S. Ziino-M. Vajana, *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione finalizzata alla conciliazione. Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della Mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 7, 7.3.2011, vedi anche G. Arnone – P. Porreca, *L'obbligo di informativa dell'avvocato nella nuova mediazione civile* (Nota a T. Varese, 9 aprile 2010, D. V. c. T.), in *Foro it.*, Rep. 2010.

<sup>22</sup> C. AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 23 s.

Peraltro, gli accordi transattivi non danno garanzie alle parti poiché non sono soggetti ad una approvazione giudiziale, così come invece specificamente previsto nella disciplina della *class action* statunitense che impone al giudice di verificare che la transazione sia «*fair, reasonable, and adequate*»<sup>23</sup>

L'assenza di un'adeguata disciplina delle transazioni delle azioni di classe comporta che il singolo aderente può essere estromesso, senza alcun vaglio giudiziale, da qualsiasi beneficio conseguente alla transazione della lite o può comunque trovarsi a dover scegliere se accettare un'insoddisfacente proposta transattiva o se avviare un nuovo ed autonomo giudizio individuale senza alcuna possibilità di coltivare i propri diritti in altra azione collettiva, come previsto dal comma 14 dello stesso art. 140 *bis*<sup>24</sup>.

Nel nostro sistema il rischio concreto è quello di un uso distorto della azione di classe che renda l'istituto inadeguato a raggiungere lo scopo di economia processuale e tutela della parte debole.

5.- L'istituto della mediazione e quello delle azioni di classe assolvono una pluralità di funzioni e presentano indubbe utilità.

Con l'introduzione di questi istituti il Legislatore ha cercato di fornire una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia per i cittadini e soprattutto per i consumatori, cercando di garantire, almeno apparentemente<sup>25</sup>, il contenimento dei costi della giustizia, e una maggiore celerità nella risoluzione delle controversie.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> V. Vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e Imp.*, 2008, 729 s.

<sup>24</sup> art. 140 *bis*, 14° comma: «Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9». Opposta era invece la soluzione alla quale pareva scontato pervenire sulla base della precedente formulazione dell'art. 140 *bis*. Come osservato da C. Consolo, *La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 188, la transazione comportava la rinuncia alla proposizione dell'azione da parte dell'attore collettivo ma non comprometteva la possibilità di avviare una nuova azione da parte di altri soggetti legittimati alla quale avrebbero potuto partecipare gli aderenti insoddisfatti delle condizioni dell'accordo transattivo.

<sup>25</sup> Sulla esosità del procedimento vedi S. Ziino, *I vari sistemi ADR. Aspetti problematici nei rapporti tra procedimento di mediazione e processo giurisdizionale*, Palermo, 2011.

<sup>26</sup> Anche se stando al «Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle

In particolare l'azione di classe permette di superare ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia, tale utilità si rivela soprattutto di fronte a danni di entità così lieve che in un'analisi di costi e benefici non sarebbe conveniente dedurre in giudizio isolatamente, mentre in forma aggregata è possibile abbattere i costi di accesso alla giustizia<sup>27</sup>.

L'azione di classe permette dunque di fare emergere un contenzioso latente che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il valore della singola controversia e le spese per il ricorso individuale<sup>28</sup>.

Pertanto, come dimostrato dall'esperienza nordamericana la *class action* permette di realizzare effetti di deterrenza, stimolando gli operatori a tenere comportamenti virtuosi e corretti nei confronti dei consumatori ed utenti.

L'assoluta novità della disciplina ha comunque sollevato numerose problematiche e critiche legate soprattutto ai limiti costituzionali ed istituzionali che caratterizzano il nostro ordinamento.

Una prima limitazione in questo senso deriva dalla presenza del principio costituzionale della tutela dei diritti sancito dall'art. 24, che preclude la

---

*controversie in materia civile e commerciale*», che esprime gli indirizzi della Commissione della Comunità Europea, il ricorso a strumenti alternativi di soluzione della lite non dovrebbe essere diretto a sopperire alla crisi del sistema giudiziario: al contrario, gli «ADR forniscono una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia».

<sup>27</sup> È opportuno segnalare che tale utilità è fortemente sentita soprattutto negli Stati Uniti o comunque in quei paesi in cui l'accesso alla giustizia presenta costi molto elevati.

<sup>28</sup> Per amore del vero al momento in Italia si registra una pronuncia di ammissibilità dell'azione di classe «contro una società distributrice di un prodotto farmaceutico, per la tutela dei diritti violati dall'adozione di una pratica commerciale scorretta, tale da ingannare i consumatori, inducendoli all'acquisto del prodotto medesimo», emessa dal Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, I, 617, numerose sono, invece, le pronunce di inammissibilità delle azioni di classe poiché ritenute manifestamente infondate o inammissibili a causa del conflitto di interessi o perché il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili con l'azione e quando il proponente non appare in grado di salvaguardare tutti i membri della classe, per tutte Trib. Roma, sez. VIII, ord. 3-25 marzo 2011 (promossa contro un istituto bancario per avere inserito unilateralmente in contratto clausole asseritamente nulle) e Trib. Roma, sez. XIII, ord. 1-11 aprile 2011 (promossa contro un'impresa che produce e vende sigarette senza adottare misure idonee ad evitare nei consumatori conseguenze pregiudizievoli), in *Guida dir.*, 21 maggio 2011, n. 21, 19 s.

estensione del giudicato di rigetto dell'azione collettiva o di massa nei confronti di quanti non abbiano partecipato al giudizio.

Si osserva ancora che nel nostro ordinamento la quantificazione del risarcimento del danno deve essere strettamente correlata alle perdite patrimoniali subite come diretta conseguenza dell'illecito (lucro cessante e danno emergente), senza possibilità per il giudice di accordare risarcimenti aventi finalità sanzionatoria come i c.d. «danni punitivi».<sup>29</sup>

La nuova disciplina è stata fortemente criticata soprattutto dalle associazioni dei consumatori, che hanno visto totalmente eliso il loro potere di azione rispetto a quanto statuito dal vecchio testo dell'art. 140 *bis*.

Infatti, secondo la vecchia disposizione normativa, poi modificata, erano proprio le associazioni dei consumatori ed i comitati ad avere la legittimazione attiva nelle azioni collettive<sup>30</sup>, mentre l'attuale versione della norma non ha riconosciuto alcun ruolo attivo delle associazioni o comitati.

Il rischio concreto sembra essere quello dell'avvio di migliaia di azioni legali che renderanno tutto il sistema ingestibile e praticamente impossibile da applicare con una conseguenziale congestione delle aule di giustizia, e con decisioni a «macchia di leopardo» a scapito, quindi, di un indirizzo univoco.

Si osserva, infine, che tra gli effetti negativi che l'introduzione di tale istituto può portare con sé, vi è quello legato all'impatto sulla competitività delle imprese italiane. Esse stanno oramai da tempo approfondendo questo tema, cercando di valutare gli effetti in termini economici e, più in generale, di competitività del sistema, che deriverebbero dall'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria in Italia; ciò anche sulla base dell'esperienza concreta maturata negli ordinamenti giuridici in cui tale istituto trova già applicazione.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Sul punto vale rilevare che anche la giurisprudenza più recente ha escluso il riconoscimento dei c.d. «danni punitivi», *ex multis*: Cass., 19-1-2007, n. 1183.

<sup>30</sup> Il vecchio testo dell'art. 141 *bis* prevedeva che le associazioni dei consumatori di cui al comma 1 dell'art. 139 nonché le associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti.

<sup>31</sup> I risultati di tale studio non sono confortanti. Come riportato da un articolo pubblicato di recente sul *Financial Times*, i costi per le imprese statunitensi derivanti dalla proposizione di azioni di classe sono cresciuti in maniera considerevole negli ultimi anni (da 150 milioni di dollari nel 1995 a 3,5 miliardi di dollari nel 2005). Ciò a detrimento non soltanto delle imprese condannate a risarcire

Inoltre, le azioni di classe possono produrre dei costi per la collettività. In particolare, è stato evidenziato come il rischio per le imprese di doversi difendere da cause giudiziarie particolarmente onerose, possa dar luogo ad un fenomeno di aumento generalizzato dei prezzi di beni e servizi.

Anche per quanto riguarda l'istituto della mediazione sono stati sollevati numerosi dubbi, da parte della dottrina<sup>32</sup>, circa la sua reale efficacia rispetto alle esigenze di celerità ed economicità del processo, soprattutto alla luce delle numerose esperienze che hanno sconfessato l'efficacia dei tentativi di conciliazione<sup>33</sup>.

Il procedimento di mediazione appare, infatti, molto articolato e presenta difficoltà nell'applicazione con riferimento a diversi profili che non stati chiariti dal Legislatore.

L'aspetto più problematico riguarda la c.d. «proposta» del mediatore: il mediatore può, infatti, predisporre una soluzione alla controversia in caso di mancato raggiungimento dell'accordo amichevole o di espressa richiesta delle parti.

In caso di mancata accettazione, di rifiuto, o di semplice silenzio sulla proposta, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della «proposta» che verrà poi acquisita dal giudice dell'instaurando processo.

Se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponderà interamente al contenuto della proposta del mediatore, il giudice *«esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto»*<sup>34</sup>.

Dubbi sono sorti proprio rispetto al concetto di corrispondenza tra provvedimento giudiziale e proposta del mediatore e soprattutto sull'effetto coercitivo e punitivo derivante dalla mancata accettazione della proposta<sup>35</sup>.

---

i danni, ma anche, più in generale, della competitività del sistema americano e della sua capacità di attrarre investimenti stranieri.

<sup>32</sup> G. Monteleone, *La mediazione «forzata»*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 21 s.e sul sito [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>33</sup> Emblematica la abrogazione della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità nelle controversie di lavoro.

<sup>34</sup> Art. 13, comma 1, d.lg. n. 28 del 2010.

<sup>35</sup> Relazione illustrativa, sub art. 11, sul carattere «severo» delle conseguenze

Sono stati messi in evidenza anche molti profili di incompatibilità costituzionale del nuovo istituto.

In particolare la Costituzione preserva la terzietà e l'indipendenza dei giudici e prevede che siano soggetti soltanto alla legge (art. 101-110), mentre una tale garanzia non esiste con riferimento alla figura del mediatore che peraltro non è necessariamente un giurista potendo rivestire la qualità di mediatore un qualunque soggetto in possesso di una laurea triennale, o iscritto in un ordine o collegio professionale.

E ancora, l'art. 111 della Costituzione, garantisce «*il giusto processo regolato dalla legge*» mentre la mediazione si svolge secondo regolamenti adottati dagli organismi di mediazione.

Manca inoltre qualunque garanzia circa l'integrità del contraddittorio, la «proposta» del mediatore può essere, infatti, anche contumaciale<sup>36</sup>.

Peraltro mentre la proposizione di una ADR, quale l'azione di classe, al posto di un ordinario giudizio di cognizione è rimessa alla libera scelta della parte, la mediazione è imposta dal Legislatore, tanto che illustre dottrina ha parlato di «*mediazione forzata*»<sup>37</sup> ed anche tale aspetto appare contrario ai principi costituzionali di accesso alla giustizia.

Appare auspicabile un intervento del Legislatore, necessario per precisare alcuni aspetti della nuova disciplina e soprattutto per rafforzare le garanzie costituzionale certamente poste in pericolo dall'attuale formulazione normativa.

---

in caso di insuccesso della mediazione; V. Cuffaro, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corr. mer.*, 2011, 10.

<sup>36</sup> Fortemente critico in ordine a tale possibilità M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, 1147, nota 30, il quale osserva «quando si tratta di giudicare si può fare a meno della parte che non ha voluto difendersi, ma quando si tratta di mediare non vedo come questa attività si possa svolgere con una sola parte».

<sup>37</sup> G. MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, cit., 23.