

M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, A. CASTAGNOLA,
F. DELFINI, F. FERRARIS, S. GIAVARRINI, C. MENICHINO,
A. PELOSI, N.G. ROCCO DI TORREPADULA, S. ROMANO,
S. RUBIU, N. SARTORI, F. SODDU, M. ZULBERTI

LA MEDIAZIONE

nelle controversie civili e commerciali
(2^a edizione aggiornata)

*Commentario del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28
e del Decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180*

a cura di
ANGELO CASTAGNOLA e FRANCESCO DELFINI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2012

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a www.lamiabiblioteca.com e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-31417-0

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Centrofotocomposizione Dorigo - Padova
Stampato da L.E.G.O. S.p.A., Lavis (TN)

INDICE SOMMARIO

DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28
**in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione
delle controversie civili e commerciali**

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (<i>Definizioni</i>)	Pag.	1
Commento di CRISTINA MENICHINO		
1. L'ambito di applicazione e le finalità del decreto	»	2
2. La definizione di mediazione e conciliazione. Questioni terminologiche	»	3
3. La nozione di mediatore. I requisiti del mediatore: la terzietà e l'imparzialità	»	6
4. La conciliazione quale metodo di risoluzione delle controversie alternativo al giudizio	»	9
5. L'esito della procedura di mediazione: la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa	»	12
6. Il conflitto. La distinzione tra interessi/bisogni e diritti/pretese delle parti	»	13
7. Le tecniche della mediazione e la formazione professionale del mediatore	»	16
8. La conciliazione	»	17
9. Gli organismi di conciliazione	»	18
10. I registri degli organismi di conciliazione	»	18
Art. 2 (<i>Controversie oggetto di mediazione</i>)	»	21
Commento di ANGELO CASTAGNOLA e FRANCESCO DELFINI		
1. Premessa	»	21
2. Profili soggettivi ed oggettivi	»	26
3. (<i>Segue</i>). La disponibilità del diritto	»	29
4. (<i>Segue</i>). Disponibilità del diritto, usucapione e conciliazione	»	33

5. I diversi modelli di mediazione stragiudiziale	Pag. 36
6. Mediazione facilitativa e mediazione valutativa o aggiudicativa	» 38
7. Il secondo comma	» 46

CAPO II

DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Art. 3 (<i>Disciplina applicabile e forma degli atti</i>)	Pag. 49
---	---------

Commento di CRISTINA MENICHINO e ALBERTO PELOSI

1. Il regolamento dell'organismo di conciliazione	» 49
2. La riservatezza del procedimento, l'imparzialità e la professionalità del mediatore	» 50
3. L'assenza di formalità degli atti del procedimento	» 51
4. Le modalità telematiche	» 52
5. Il parere del Consiglio Superiore della Magistratura	» 54
6. I requisiti minimi idonei a garantire la riservatezza del procedimento di mediazione	» 55

Art. 4 (<i>Accesso alla mediazione</i>)	» 57
---	------

Commento di SILVIA GIAVARRINI e NICOLA GIANALFONSO
ROCCO DI TORREPADULA

1. La domanda di mediazione: modalità di presentazione, contenuto e disciplina applicabile	» 58
2. Il criterio della prevenzione per il caso di pluralità di istanze di mediazione e la decorrenza degli effetti scaturenti dalla singola domanda di mediazione	» 65
3. Gli obblighi informativi dell'avvocato in relazione all'espletamento del tentativo di mediazione ed alle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20. Premessa	» 69
4. L'informativa come obbligo contrattuale gravante sull'avvocato	» 71
5. L'annullabilità del contratto tra avvocato e assistito come conseguenza della violazione del dovere di informazione; le conseguenze sul contratto di prestazione d'opera libero-professionale e sull'attività processuale svolta dall'avvocato	» 72
6. Il difensore tecnico nella fase introduttiva del procedimento di mediazione. Rinvio	» 75

Art. 5 (<i>Condizione di procedibilità e rapporti con il processo</i>)	Pag. 77
Commento di MARTINO M. ANDREONI - GIUSEPPE BATTAGLIA SILVIA GIAVARRINI - STEFANIA ROMANO	
1. L'ambito di applicazione della mediazione: generalità . . .	» 79
2. (<i>Segue</i>). Osservazioni critiche e il particolare caso della domanda di usucapione	» 85
3. L'ambito di applicazione «necessario» del procedimento di mediazione	» 89
4. (<i>Segue</i>). Le liti di cui al codice del consumo espressamente escluse	» 93
5. Esperimento del procedimento di mediazione, proposizio- ne di domande nuove da parte del convenuto o di un terzo e litisconsorzio	» 94
6. Il procedimento di mediazione quale condizione di proce- dibilità della domanda giudiziale	» 100
7. (<i>Segue</i>). Le forme ed i termini del rilievo dell'improcedibi- lità	» 106
8. La mediazione nel corso del giudizio	» 109
9. L'ambito applicativo della disposizione contenuta nel comma 3	» 112
10. La nozione di provvedimenti urgenti e cautelari	» 115
11. La natura anticipatoria o conservativa del provvedimento cautelare e l'operatività della disciplina sulla mediazione . .	» 118
12. La trascrizione della domanda giudiziale	» 123
13. I procedimenti esclusi dal tentativo di conciliazione	» 127
14. La clausola di mediazione o conciliazione	» 132
15. Gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza	» 134
Art. 6 (<i>Durata</i>)	» 143
Commento di FEDERICO FERRARIS	
Art. 7 (<i>Effetti sulla ragionevole durata del processo</i>)	» 149
Commento di FEDERICO FERRARIS	
Art. 8 (<i>Procedimento</i>)	» 155
Commento di FRANCESCO DELFINI e SILVIA GIAVARRINI	
1. Il procedimento di mediazione: le attività dell'organismo, delle parti e del mediatore	» 156
2. (<i>Segue</i>). La disciplina e la natura giuridica	» 164

3. Il difensore tecnico nel procedimento di mediazione	Pag. 170
3.1. Nella fase introduttiva della mediazione	» 171
3.2. Nel procedimento di mediazione	» 173
3.3. Nell'ipotesi di raggiungimento dell'accordo concilia- tivo	» 174
Art. 9 (<i>Dovere di riservatezza</i>)	» 177
Commento di CRISTINA MENICHINO	
1. Il dovere di riservatezza dei soggetti partecipanti alla me- diazione. La cd. riservatezza esterna	» 177
2. Il dovere di riservatezza del mediatore e le sessioni sepa- rate. La cd. riservatezza interna	» 180
Art. 10 (<i>Inutilizzabilità e segreto professionale</i>)	» 185
Commento di FEDERICO FERRARIS e FILIPPO SODDU	
1. Premessa. Cenni sulla natura e sulla funzione della norma in esame	» 186
2. Sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese o delle informa- zioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione	» 187
3. Sul consenso della parte dichiarante o dalla quale proven- gono le informazioni	» 190
4. Sulla inammissibilità della prova testimoniale e del giura- mento decisorio	» 191
5. Profili di illiceità della prova testimoniale ammessa in vio- lazione del divieto di cui al comma 1, ultima parte	» 192
6. Le garanzie del mediatore previste al comma 2	» 197
7. Profili comparatistici	» 202
Art. 11 (<i>Conciliazione</i>)	» 207
Commento di MARTINO M. ANDREONI e STEFANIA ROMANO	
1. I possibili esiti della mediazione e il modello "ibrido" adottato dal legislatore	» 208
2. Il raggiungimento della conciliazione	» 215
3. L'esito negativo della mediazione	» 216
4. La proposta in caso di mancata partecipazione di una del- le parti al procedimento	» 218
5. L'accordo di conciliazione: natura giuridica	» 219
6. Il contenuto del verbale di accordo. Le penalità	» 225
7. La verbalizzazione e il deposito	» 231
8. Caratteri e rischi dell'accordo conciliativo e del processo verbale redatto dal mediatore	» 233

Art. 12 (<i>Efficacia esecutiva ed esecuzione</i>)	Pag. 235
Commento di GIUSEPPE BATTAGLIA	
1. L'omologazione del verbale di conciliazione	» 235
2. (<i>Segue</i>). L'impugnazione del provvedimento di omologazione	» 239
3. L'efficacia del verbale di conciliazione omologato	» 242
4. (<i>Segue</i>). Il verbale di conciliazione quale titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Non configurabilità dell' <i>actio iudicati</i>	» 245
Art. 13 (<i>Spese processuali</i>)	» 247
Commento di MARTINO M. ANDREONI	
1. Premessa: le finalità e l'ambito applicativo della norma ..	» 248
2. La nozione di provvedimento che definisce il giudizio ...	» 251
3. Le conseguenze sul regime delle spese se il provvedimento corrisponde interamente al contenuto della proposta ..	» 255
4. (<i>Segue</i>). E se il provvedimento non corrisponde interamente al contenuto della proposta	» 259
Art. 14 (<i>Obblighi del mediatore</i>)	» 261
Commento di NICOLA GIANALFONSO ROCCO DI TORREPADULA, STEFANIA ROMANO e STEFANO RUBIU	
1. Principi in tema di obblighi del mediatore	» 262
2. Obblighi del mediatore	» 264
3. Deontologia dell'avvocato in mediazione	» 272
4. Deontologia del mediatore-avvocato	» 274
5. Obblighi del mediatore contenuti nei regolamenti degli organismi di conciliazione e nei codici di condotta	» 278
Art. 15 (<i>Mediazione nell'azione di classe</i>)	» 281
Commento di MARTINO ZULBERTI	
1. L'art. 140-bis d.lgs. 6 ottobre 2005, n. 206 (cod. consumo) e il fenomeno conciliativo	» 281
2. L'art. 140-bis, comma 15, cod. consumo	» 285
3. L'art. 15 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28	» 292
4. Il procedimento di mediazione e l'azione di classe: cenni problematici	» 300
5. L'accordo successivo alla decisione	» 307

CAPO III

ORGANISMI DI MEDIAZIONE

Art. 16 (<i>Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori</i>)	Pag. 311
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Registro degli organismi di conciliazione	» 312
2. Tipi di organismi e competenze	» 313
Art. 17 (<i>Risorse, regime tributario e indennità</i>)	» 315
Commento di NICOLA SARTORI	
1. Premessa	» 317
2. L'esenzione dall'imposta di bollo (e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura), quale prima forma di agevolazione fiscale	» 319
3. L'esenzione, limitatamente alle liti minori, dall'imposta di registro, quale seconda forma di agevolazione fiscale	» 321
4. La quantificazione delle indennità del conciliatore	» 324
Art. 18 (<i>Organismi presso i tribunali</i>)	» 329
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Organismi presso i tribunali: generalità	» 329
2. "Progetto Conciliamo" presso il Tribunale di Milano	» 329
Art. 19 (<i>Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio</i>)	» 331
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Organismi presso i Consigli degli ordini professionali e presso le Camere di commercio: generalità	» 331
2. ISDACI e Servizio di conciliazione presso la Camera di commercio di Milano	» 332
3. Esperienza del Notariato	» 332

CAPO IV

DISPOSIZIONI IN MATERIA FISCALE E NORMATIVA

Art. 20 (<i>Credito d'imposta</i>)	Pag. 335
Commento di NICOLA SARTORI	
1. Il credito d'imposta quale meccanismo di agevolazione fiscale	» 336

2. Il funzionamento del credito d'imposta di cui all'articolo 20	Pag. 337
Art. 21 (<i>Informazioni al pubblico</i>)	» 343
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Campagne pubblicitarie e punti informativi	» 343

CAPO V

ABROGAZIONI, COORDINAMENTI E DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Art. 22 (<i>Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo</i>)	Pag. 345
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Normativa antiriciclaggio ed attività di mediazione volta alla conciliazione	» 345
Art. 23 (<i>Abrogazioni</i>)	» 347
Art. 24 (<i>Disposizioni transitorie e finali</i>)	» 347
Commento di MARTINO ZULBERTI	
1. L'abrogazione degli artt. 38-40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 .	» 348
1.1. Le norme d'attuazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 .	» 351
2. I richiami agli artt. 38-40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5	» 352
2.1. Il richiamo operato dall'art. 7 l. 6 maggio 2004, n. 129, in materia di <i>franchising</i>	» 353
2.2. Il richiamo operato dall'art. 768- <i>octies</i> c.c. in materia di patti di famiglia	» 356
3. La salvezza dei tentativi obbligatori di conciliazione	» 357
3.1. Alcune questioni derivanti dall'assenza di una compiuta disciplina di coordinamento	» 363
4. Il momento di entrata in vigore della norma che sancisce l'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione previsto dall'art. 5, comma 1	» 367
4.1. I processi pendenti ed il procedimento di mediazione	» 373

Art. 15
(Mediazione nell'azione di classe)

[1] *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.*

Commento di MARTINO ZULBERTI

SOMMARIO: 1. L'art. 140-bis d.lgs. 6 ottobre 2005, n. 206 (cod. consumo) e il fenomeno conciliativo. – 2. L'art. 140-bis, comma 15, cod. consumo. – 3. L'art. 15 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. – 4. Il procedimento di mediazione e l'azione di classe: cenni problematici. – 5. L'accordo successivo alla decisione.

1. – L'art. 140-bis cod. consumo – come recentemente modificato dall'art. 6, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modificazioni con l. 24 marzo 2012, n. 27 – disciplina l'azione di classe, prevedendo che sia data legittimazione ad agire a ciascun componente di una classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, per la tutela di diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti ⁽¹⁾, nonché degli interessi collettivi ⁽²⁾.

⁽¹⁾ L'azione di classe può essere proposta da consumatori o utenti, anche per il tramite di associazioni o comitati cui partecipano, davanti al tribunale il quale, preliminarmente, si pronuncia sull'ammissibilità della stessa, in considerazione della eventuale manifesta infondatezza, di conflitti di interesse (ci pare fra attore collettivo e membri della classe), della non omogeneità dei diritti tutelabili e della non adeguatezza dell'attore

La norma in parola era entrata in vigore il 1° luglio 2007, in

collettivo alla tutela dell'interesse della classe. Se il giudice si pronuncia per l'ammissibilità, fissa un termine per l'opportuna pubblicità dell'azione, definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione e fissa un ulteriore termine, 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. Con la stessa ordinanza di ammissibilità il tribunale determina altresì il successivo corso del processo. La letteratura sull'azione di classe è molto vasta: cfr., fra i molti contributi, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011; C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, p. 1015; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383; G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 609; G. GITTI, A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis c. cons., dalla l. n. 244 del 23 dicembre 2007 alla l. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 639; A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159; ID., *La nuova azione collettiva risarcitoria*, in *www.aippi.it*; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413; F. SANTANGELI, P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*; P. SCHLESINGER, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 547; V. TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 246; V. VIGORITI, *L'azione di classe risarcitoria: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *www.judicium.it*; E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1112; C. ASPRELLA, *La nuova azione collettiva*, in C. ASPRELLA, R. GIORDANO, *La riforma del processo civile*, Milano, 2009, 179; M. GUERNELLI, *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 917; A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action e la tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chinè e G. Miccolis, Roma, 2010, p. 110 ss.; T. GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe (Considerazioni sul novellato art. 140-bis del Codice*

una formulazione del tutto differente da quella attuale, dettando una disciplina dell'azione collettiva risarcitoria ⁽³⁾ (ora per l'appunto sostituita dall'azione di classe), ma l'efficacia di essa è stata posticipata nel tempo sino a quando il legislatore, con la l. 23 luglio 2009, n. 99, è intervenuto riformulandola completamente ⁽⁴⁾,

del Consumo), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 539; P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *www.ilcaso.it*.

⁽²⁾ Il richiamo agli interessi collettivi è stato introdotto a seguito delle modifiche apportate, in sede di conversione, al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e, a ben vedere, potrebbe sembrare idoneo ad alterare un modello di azione oggetto della quale sono esclusivamente i diritti dei singoli membri della classe, profilo del quale, in questa sede, ci si può limitare solamente ad accennare: cfr., per i primi dubbi interpretativi circa il richiamo agli interessi collettivi, B. SASSANI, *Interessi collettivi e scelte irrazionali*, in *Sole24Ore*, 17 marzo 2012, p. 29.

⁽³⁾ Sulla quale si vedano, fra i molti contributi, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008; S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 940; D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940. Per i rapporti fra l'azione collettiva risarcitoria e gli altri strumenti di tutela collettiva previsti dal codice del consumo, cfr. E. MARINUCCI, *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024.

⁽⁴⁾ La disciplina della nuova azione di classe è divenuta efficace a partire dal 1° gennaio 2010 e trova applicazione ai fatti avvenuti successivamente all'entrata in vigore della l. 23 luglio 2009, n. 99 e quindi successivi al 15 luglio 2009. In proposito va segnalato che una parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 140-bis nella formulazione precedente alla modifica operata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 potrebbe trovare applicazione ai fatti precedenti al 15 luglio 2009, dovendosi quindi ammettere la coesistenza di due *class actions* che regolamenterebbero i relativi processi a seconda della data dei fatti cui si riferiscono: cfr. G. GITTI, A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis c. cons.*, cit.; A. GIUSSANI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit. Ad ogni modo, a prescindere dalla correttezza di tale tesi, l'art. 15 si riferisce espressamente alla vigente

prima che divenisse efficace nella versione originaria.

La disposizione, nella versione risultante da tale modifica, ometteva di fornire una disciplina della conciliazione, a differenza di quanto prevedeva in quella originaria. Le procedure conciliative allora previste si riferivano peraltro solamente ad un momento successivo alla decisione sulla fondatezza dell'azione collettiva ed erano volte alla determinazione delle somme dovute ai singoli membri della classe ⁽⁵⁾.

formulazione dell'art. 140-bis, come può inferirsi dal riferimento a tale norma come risultante dalle «successive modificazioni». Sulla scelta del legislatore di limitare l'esercizio dell'azione collettiva ai danni verificatisi dopo una determinata data, cfr. R. CAPONI, *Tra class action e conciliazione*, in *Istit. fed.*, 2008, p. 785, spec. p. 790; A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 25 ss.; C. PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 253, spec. p. 268.

⁽⁵⁾ Era infatti previsto che con la pronuncia di accoglimento il giudice stabilisse i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere ai singoli consumatori o utenti che avessero aderito o fossero intervenuti nell'azione collettiva. Successivamente, l'impresa doveva comunicare entro un determinato termine una proposta alla quale, se non formulata o non accettata, faceva seguito l'istituzione, su domanda del consumatore o utente, di una camera di conciliazione con provvedimento del presidente del tribunale o, alternativamente, su concorde richiesta dell'attore collettivo e dell'impresa convenuta, poteva essere disposta la conciliazione non contenziosa davanti agli organismi previsti dall'art. 38, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Su tali previsioni, cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, p. 101 ss.; P. BUZZELLI, in C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 230 ss.; G. GITTI, *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 685; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; ID., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 339, spec. p. 346 ss.; E. MINERVINI, *Azione collettiva risarcitoria e conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 917; G. TRISORIO LIUZZI, *Procedimenti conciliativi e tutela collettiva risarcitoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 815, spec. p. 823 ss.; A.D. DE SANTIS, *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 209; F. SANTAGADA, *La conciliazione dell'azione collettiva: note a margine di*

Il riferimento a tali conciliazioni, successive alla decisione, fu espunto dall'art. 140-*bis*, il quale venne a mantenere il silenzio anche su conciliazioni precedenti vuoi il processo stesso, vuoi la decisione di primo grado. Probabilmente, una regolamentazione sarebbe quanto mai opportuna, in considerazione, anche alla luce dell'esperienza straniera⁽⁶⁾, della rilevanza che la conciliazione (o, più in generale, la definizione non contenziosa) può assumere in riferimento alle azioni di classe⁽⁷⁾. Né, come si vedrà meglio oltre, può affermarsi che tale obiettivo sia stato raggiunto a seguito della recente modifica dell'art. 140-*bis*, comma 12, in forza del quale è ora espressamente previsto che, a determinati presupposti, il giudice assegni termine alle parti per la ricerca di un accordo sulle somme dovute ai singoli membri della classe, dal momento che la disciplina delle modalità di raggiungimento di siffatto accordo non risulta regolamentata.

2. – Al fine di cogliere appieno la portata applicativa dell'art. 15 del decreto legislativo in esame è necessario preliminarmente offrire qualche cenno sull'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo giusta il quale le rinunce⁽⁸⁾ e le transazioni⁽⁹⁾ intervenute tra le parti (evidentemente quelle in senso formale dell'azione di clas-

una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo, in Studi in onore di M. Acone, III, Napoli, 2010, p. 1825.

⁽⁶⁾ Si consideri, ad esempio, che negli Stati Uniti le azioni di classe che arrivano al dibattimento sono statisticamente poche rispetto a quelle che si concludono precedentemente con un *settlement*: cfr. sul punto L.S. MULLENIX, *Class Action Settlements negli Stati Uniti*, in *www.judicium.it.*, trad. it. di M. Segatti; ma, nel confrontarsi in un'ottica comparatistica con le esperienze straniere, è pur sempre opportuno tenere distinto il modello di azione di classe adottato nell'ordinamento italiano da quello seguito in altri ordinamenti, fra cui gli Stati Uniti: cfr., per alcune differenze, E. SILVESTRI, *L'«opt in» all'italiana conferma le distanze dal modello USA*, in AA.VV., *La nuova class action*, supp. Sole 24ore, Milano, 2010, p. 33.

⁽⁷⁾ Si rinvia alle osservazioni di C. CONSOLO, *La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi del sistema dello «opt-in» adottato anche in ottica di analisi economica*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, p. 185.

⁽⁸⁾ Una parte della dottrina si è interrogata se fra le rinunce possa

se ^[10]) non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Infatti, laddove il negozio sotteso alla

essere inclusa anche l'acquiescenza *ex art. 329 c.p.c.*, propendendo per la soluzione negativa: cfr. G. FINOCCHIARO, *Cause identiche riunite d'ufficio se proposte prima dei termini*, in AA.VV., *La nuova class action*, cit., p. 74. Sotto tale profilo, tuttavia, ci pare che la questione presupponga quella ulteriore, non affrontabile in questa sede, dell'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare la sentenza, dal momento che, ove si giungesse a ritenere legittimati anche i singoli aderenti, l'acquiescenza del promotore potrebbe riguardare al più la sua posizione. In tal prospettiva, allora, potrebbe chiedersi se, allorché questi prestasse acquiescenza quale rappresentante dell'aderente, non residuasse spazio per l'applicazione della disposizione in commento.

Sotto altro profilo, è stato negato, a nostro avviso correttamente, che l'espresso consenso sia richiesto con riferimento alla rinuncia agli atti del giudizio *ex art. 306 c.p.c.*: cfr. A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 302.

(⁹) La conciliazione potrà consistere in un negozio giuridico che può essere non solo una rinuncia o una transazione, ma anche, ad esempio, un negozio d'accertamento. In generale, sul negozio d'accertamento, cfr. M. FORNACIARI, *Il negozio d'accertamento, ne I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Milano, 2005, I, p. 3. Peraltro, è stato sostenuto che le rinunce e le transazioni cui si riferisce l'art. 140-bis, comma 15, avverrebbero nel processo: cfr. F. SANTAGADA, *La conciliazione dell'azione collettiva*, cit., p. 1832.

(¹⁰) La dottrina maggioritaria individua nell'attore collettivo e nell'impresa convenuta le parti in senso formale, mentre ritiene l'aderente parte in senso sostanziale: cfr. M. BOVE, *Profili processuali*, cit., 1018; G. CANALE, *Il «convitato di pietra»*, cit., p. 1308; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, cit., c. 385; A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 19; G. FINOCCHIARO, *Aderenti tenuti a condividere l'efficacia esecutiva delle pronunce*, in AA.VV., *La nuova class action*, cit., p. 58, spec. p. 59; C. ASPRELLA, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 182; nega altresì che l'aderente assuma la qualità di parte in senso formale C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1300; ma in senso difforme, in relazione alla precedente azione risarcitoria collettiva, cfr. A. GIUSSANI, *L'azione collettiva nell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227, spec. p. 1234. Da tale qualificazione consegue peraltro che non si estenderanno agli aderenti le statuizioni di natura processuale quale quella, ad esempio, relativa alle spese di lite.

conciliazione cui si riferisce l'art. 15 sia qualificabile come rinuncia o transazione, troveranno spazio di applicazione congiunta entrambe le disposizioni.

Al fine di determinare la portata applicativa dell'art. 140-bis, comma 15, vanno tenute distinte le ipotesi nelle quali le parti abbiano posto in essere rinunce o transazioni di natura individuale, coinvolgenti la sola posizione del promotore dell'azione di classe, da quelle di natura collettiva, coinvolgenti la sfera giuridica di più membri della classe ed, in specie, degli aderenti ⁽¹¹⁾.

È bene premettere che, secondo un principio generale dettato in materia contrattuale, nessuno può essere privato di un proprio diritto senza il suo consenso, e i contratti rispetto ai quali taluno non è parte non esplicano effetti, per lo meno diretti, nella sua sfera giuridica, salvi, secondo quanto indicato al capoverso dell'art. 1372 c.c., i casi previsti dalla legge ⁽¹²⁾. Partendo da tale premessa, può osservarsi che, con riferimento a rinunce e transazioni di natura individuale non sembra si venga a porre affatto il problema di un eventuale pregiudizio della sfera giuridica degli aderenti, dal momento che questi rivestono la posizione di terzi e quindi, senza il loro consenso, non potrebbero veder pregiudicati i loro diritti.

Al fine quindi di offrire un significato all'art. 140-bis, comma 15, che non sia solo una precisazione di un principio generale già ben radicato nell'ordinamento, ci pare possibile ricavare dallo stesso una regola diversa. Tale norma, pertanto, sembrerebbe dettata in relazione a rinunce e transazioni di carattere collettivo poste in essere dal promotore dell'azione di classe, con le quali si disponga dei diritti di diversi membri della classe e non solo di quelli del promotore stesso o dei soggetti che, per il suo tramite, l'hanno proposta.

⁽¹¹⁾ Come correttamente osserva A. GIUSSANI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., la formulazione del comma 15 in esame non impedisce che l'accordo possa essere cercato dall'impresa anche con un parte soltanto dei membri della classe.

⁽¹²⁾ Con riferimento agli effetti della transazione nei confronti di terzi, cfr. M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 278 ss.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 362 ss.

Peraltro, la norma in parola delimita il suo campo d'applicazione a rinunce e transazioni «interventive tra le parti», le quali – come si è sopra accennato – andranno individuate nelle parti formali dell'azione di classe. Affinché tali atti possano incidere ed eventualmente pregiudicare la posizione dei singoli aderenti, sarà necessario che l'attore collettivo abbia ricevuto il potere di rappresentarli⁽¹³⁾. A tal riguardo, va precisato che l'atto di adesione, il cui deposito non è peraltro subordinato ad alcun consenso del promotore dell'azione di classe⁽¹⁴⁾, non sembra attribuire a quest'ultimo alcun potere di rappresentanza sostanziale⁽¹⁵⁾ dei diritti dei singoli aderenti⁽¹⁶⁾, ma ciò non esclude affatto sia pos-

⁽¹³⁾ Si consideri che una parte della dottrina ha precisato che la transazione conclusa da chi non affermi di essere titolare dei diritti litigiosi, ovvero suo rappresentante, sarebbe nulla per mancanza dell'oggetto: cfr. G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 206.

⁽¹⁴⁾ L'art. 140-bis, comma 3, prevede che l'atto di adesione sia depositato in cancelleria anche (e quindi non necessariamente) per il tramite dell'attore, come peraltro conferma la possibilità per l'aderente, introdotta dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, come modificato in sede di conversione dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, di depositare l'atto di adesione a mezzo di fax o di posta elettronica: cfr. M. BOVE, *Profili processuali*, cit., p. 1034; G. CANALE, *Il «convitato di pietra»*, cit., p. 1307; A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., p. 163; *contra*, C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis*, cit., p. 1301.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 19. In senso (parrebbe) differente, cfr. G. D'ALFONSO, *L'art. 140-bis Codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 678, spec. p. 692, la quale ritiene che, da una parte, il comma 15 attribuirebbe al promotore dell'azione di classe il potere di transigere o conciliare la controversia, rafforzandone la posizione di fronte al convenuto, ma al contempo prevede che le transazioni e rinunce intervenute tra le parti producano effetti solo se l'aderente abbia espressamente consentito. Ma, nel senso per cui la formulazione del comma 15 limiterebbe i poteri delle parti originarie, cfr. V. VIGORITI, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ A tal riguardo va segnalata la tesi che ha ricondotto i rapporti fra aderente e attore collettivo ad un rapporto obbligatorio fondato su un contratto qualificabile come mandato con rappresentanza avente ad

sibile che ad esso venga rilasciata procura speciale ⁽¹⁷⁾.

oggetto il compimento della serie di atti giuridici diretti alla gestione del processo pur con la necessaria precisazione per cui il promotore dell'azione non avrebbe alcun potere di disporre dei diritti degli aderenti: cfr. R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, cit., c. 385; nega invece che si possa parlare di mandato con o senza rappresentanza G. CANALE, *Il «convitato di pietra»*, cit., p. 1308 e, in prospettiva simile, A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 192, il quale osserva che l'adesione configuri un nuovo istituto non riconducibile ad alcuna delle forme conosciute dal nostro ordinamento dal momento che il consumatore aderirebbe alla azione di classe, senza instaurare alcun rapporto sostanziale con il promotore; con riferimento alla azione collettiva risarcitoria si vedano le critiche alla tesi del mandato con rappresentanza di A. GIUSSANI, *op. ult. cit.*, p. 1233. Peraltro, va considerato che, se di mandato si dovesse trattare, l'attore collettivo risponderebbe dei danni nei confronti di ogni singolo aderente per eventuali inadempimenti al mandato o per rinuncia allo stesso senza giusta causa: cfr., sulla responsabilità per danni del proponente nei confronti dei singoli, G. FINOCCHIARO, *Aderenti tenuti a condividere l'efficacia esecutiva delle pronunce*, cit., p. 61. Se ciò fosse vero potrebbe chiedersi come si debba comportare l'attore collettivo (munito dei necessari poteri di rappresentanza) che riesca ad ottenere dall'impresa la disponibilità a definire in via bonaria la maggior parte delle posizioni degli aderenti a fronte della rinuncia agli atti dell'azione di classe. Se infatti concludesse una siffatta transazione e favorisse l'estinzione del giudizio, allora il proponente dovrebbe rispondere dell'inadempimento (per non aver posto in essere gli atti necessari al proseguimento dell'azione di classe) nei confronti di quegli aderenti la cui posizione non è stata contemplata nella transazione.

Con riferimento all'azione collettiva risarcitoria nella quale la legittimazione ad agire era data alle associazioni dei consumatori, si era posta la questione di determinare in base a quali poteri, in sede di conciliazione successiva alla sentenza di primo grado, l'associazione potesse concludere una transazione che avesse effetto nei confronti degli aderenti: cfr. P. BUZZELLI, *op. cit.*, p. 235.

⁽¹⁷⁾ Nel senso che al proponente possa essere attribuita procura speciale, cfr. A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 303. Si consideri che normalmente il deposito dell'atto di adesione in cancelleria avverrà proprio per il tramite del promotore dell'azione: per tale osservazione, cfr. R. CAPONI, *loc. ult. cit.* In tali casi è ragionevole attendersi che l'aderente attribuisca a questo un potere di rappresentanza in relazione al diritto che viene fatto valere con l'atto di adesione.

Alla luce di tale premesse, potrebbe quindi sembrare che le rinunce e transazioni cui si riferisce l'art. 140-bis, comma 15, siano poste in essere dall'attore collettivo quale rappresentante degli aderenti, ma, tuttavia, affinché possano avere effetti nei confronti dei rappresentati sarebbe richiesto dalla norma in esame, oltre il necessario conferimento dei poteri secondo le regole generali sulla rappresentanza, anche un ulteriore requisito, consistente per l'appunto nell'espresso consenso. Peraltro, a nostro giudizio, detto consenso per poter essere espresso, sembra presupporre che l'aderente abbia preso contezza del contenuto dell'atto⁽¹⁸⁾ che andrà a spiegare effetti nella sua sfera giuridica.

In tale prospettiva interpretativa, la logica della norma sarebbe quindi quella di salvaguardare la posizione degli aderenti in relazione ad eventuali atti potenzialmente pregiudizievoli posti in essere dall'attore collettivo⁽¹⁹⁾, proprio nell'ipotesi in cui esso

(18) In linea con quanto da noi proposto è stato affermato che «deve addirittura ritenersi imposto dal legislatore, ancorché in via implicita, che il potere di transigere (...) possa essere conferito al promotore soltanto specificamente e solo dopo che gli aderenti abbiano conosciuto i contenuti della proposta. Non quindi genericamente nel mandato di adesione»: cfr. A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 20. In termini analoghi, cfr., C. ASPRELLA, *La nuova azione collettiva*, cit., p. 186; F. SANTAGADA, *op. cit.*, p. 1833; EAD., in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, p. 15, le quali osservano che si imporrà di conseguenza la necessità di individuare un sistema efficiente per rendere edotti tutti gli aderenti del contenuto dell'atto. *Contra*, A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., p. 163.

(19) Tuttavia va considerato che né l'art. 140-bis, comma 15, né l'art. 15 del decreto legislativo in commento riescono a salvaguardare completamente la posizione degli aderenti, in quanto i diritti di questi ultimi potrebbero essere pregiudicati, per quanto di riflesso, anche da atti di natura processuale posti in essere dall'attore collettivo per i quali non sia richiesto il loro espresso consenso. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il promotore dell'azione di classe contribuisca all'estinzione del processo mediante una rinuncia agli atti del giudizio. In tale evenienza, verrebbe meno l'effetto interruttivo permanente della prescrizione collegato all'atto di adesione a mente dell'art. 140-bis, comma 3 e, rilevando solo l'effetto interruttivo istantaneo, il diritto dell'aderente potrebbe risultare

agisca quale loro rappresentante. Infatti se esso non agisce in tale qualità non potrà rinunciare ad alcuno dei diritti degli aderenti, né, del pari, transigere le loro singole liti. La *ratio* di tale limitazione può essere colta alla luce del fatto che l'attore collettivo sarà tendenzialmente titolare di un interesse potenzialmente in conflitto con quello degli aderenti. Si consideri infatti che, se esso è un singolo consumatore ed utente, il suo primario interesse sarà quello di veder soddisfatto il proprio diritto ⁽²⁰⁾ piuttosto che quello degli aderenti della classe e, dal momento che esso è «arbitro della pendenza della lite promossa» ⁽²¹⁾, potrebbe sfruttare tale sua po-

prescritto, ove nel corso del processo fosse decorso l'intero periodo di prescrizione.

⁽²⁰⁾ Va osservato che la norma in esame limita la sua applicazione agli aderenti e non si riferisce ai consumatori o utenti che abbiano agito per il tramite di associazioni o comitati cui partecipano. Cosicché le rinunce e transazioni poste in essere da questi soggetti parrebbe possano pregiudicare i diritti dei rappresentati, senza che il pregiudizio sia impedito dalla mancanza di un loro espresso consenso. Va ad ogni modo precisato che anche l'associazione o il comitato necessiteranno del conferimento dei poteri di rappresentanza sostanziale, in quanto il semplice mandato conferito ad esercitare l'azione collettiva non ci pare attribuisca loro il potere anche di disporre del diritto azionato. In tal prospettiva è stato sostenuto che si sarebbe di fronte ad una deroga al principio generale per il quale il rappresentante nel processo deve essere munito anche del potere di disporre dei diritti oggetto del processo stesso: cfr. P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., similmente, cfr. A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., 163; p. 159 I. PAGNI, *L'azione di classe*, cit., p. 363; E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, cit., p. 1116; ma nel senso per cui il mandato all'associazione o al comitato debba essere accompagnato dal conferimento della rappresentanza sostanziale, cfr. V. TAVORMINA, *La nuova class action*, cit., p. 246; M. GUERNELLI, *La nuova azione di classe*, cit., 919; T. GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 541. Su tale profilo, per una puntuale panoramica delle posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza, si rinvia a E. MARINUCCI, *op. ult. cit.*

⁽²¹⁾ C. CONSOLO, *La composizione stragiudiziale dell'azione collettiva risarcitoria: un'occasione mancata*, in *Analisi giur. ec.*, 2008, p. 193, spec. p. 194, con riferimento alla precedente azione collettiva risarcitoria. La circostanza che il proseguimento dell'azione dipenda dal compor-

sizione per cercare di ottenere dal convenuto una definizione della propria pretesa in termini migliori rispetto a quelli degli aderenti ed a scapito di questi ultimi.

Del resto, in un sistema ove non è previsto alcun controllo giudiziale sul contenuto dei negozi conclusi dall'attore collettivo anche per conto degli aderenti, appare ragionevole subordinare l'estensione degli effetti di essi nei loro confronti ad una previa valutazione degli stessi aderenti.

In tal senso, pertanto, ci pare possa in conclusione essere avanzata, seppure in forma dubitativa, l'ipotesi interpretativa per cui l'art. 140-bis, comma 15, verrebbe a porre una sorta di restrizione all'attribuzione dei poteri di rappresentanza da parte degli aderenti all'attore collettivo, configurando così una tutela *ex ante* della loro posizione, ulteriore e più incisiva rispetto a quella *ex post* che loro potrebbe essere offerta secondo le regole generali.

3. – In tale quadro normativo si inserisce l'art. 15 il quale – va premesso – non detta una disciplina generale dei rapporti fra contratti di composizione autodeterminata delle liti e azione di classe⁽²²⁾. Tale norma trova infatti la sua collocazione all'interno del decreto legislativo dedicato alla mediazione e si riferisce pertanto esclusivamente alla conciliazione stragiudiziale intervenuta nell'ambito di un procedimento di mediazione⁽²³⁾.

tamento processuale del proponente potrà indurre l'impresa convenuta a transigere la lite con esso a condizioni di favore rispetto altri membri della classe: cfr., per tale rilievo, P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit.

⁽²²⁾ Su tale disposizione, cfr. C. BESSO, *sub art. 15*, in AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2010, p. 65.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 182; N. SOLDATI, *sub art. 15*, in *La nuova mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010, p. 259.; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 157.

⁽²³⁾ Precisa che l'art. 15 troverebbe applicazione anche alla conciliazione raggiunta avanti alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob prevista dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, G. FINOCCHIARO, *La*

La disposizione in parola – della quale fin d'ora si segnala la scarsa chiarezza ⁽²⁴⁾ – prevede che, quando è esercitata l'azione di classe ⁽²⁵⁾, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione ⁽²⁶⁾, abbia effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

Preliminarmente, si impone una precisazione di ordine terminologico. L'art. 1 del decreto legislativo nell'offrire una definizione del termine conciliazione prevede che la stessa vada intesa come la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione. Poco dopo, all'art. 15, individua nell'espresso consenso degli aderenti il presupposto affinché la conciliazione possa avere effetti nei loro confronti. A ben vedere, a nostro avviso, più che la conciliazione, così come definita all'art. 1, sarà il negozio ad essa sotteso a poter avere o meno effetti nei confronti degli aderenti, dato che la conciliazione è una conseguenza del negozio stesso, il quale, del resto, se non ha effetti nei confronti di determinati soggetti, non può comportare neppure la

specialità della conciliazione presso la Consob non esclude l'uso di alcune regole sulla mediazione, in Guida dir., 2010, 15, p. 102, spec. p. 104.

⁽²⁴⁾ Cfr., in termini simili, il parere allo schema di decreto legislativo adottato dal Consiglio Superiore della Magistratura il 4 febbraio 2010 per il quale «la formulazione di tale disposizione è poco chiara; essa appare riprodurre in maniera meno leggibile l'art. 140-bis, comma 15, d.lgs. n. 206/2005, con l'effetto di costituire una previsione superflua».

⁽²⁵⁾ In considerazione della attuale disciplina dell'azione di classe e della scelta del legislatore italiano per il modello dell'*opt in* non appare configurabile una conciliazione che preceda l'esercizio dell'azione di classe. Infatti, l'individuazione della classe avviene solo nel corso del processo.

⁽²⁶⁾ Va peraltro segnalato che, secondo il disposto dell'art. 140-bis, comma 14, terzo periodo, successivamente al decorso di tale termine non è possibile promuovere ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e contro la stessa impresa. Sulla base di tale premessa è stato osservato che il singolo aderente potrebbe «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»: cfr. P. FIORIO, *op. cit.*

composizione delle controversie che li vedono coinvolti ⁽²⁷⁾.

A differenza di quanto dispone l'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo la disposizione in esame non precisa quali siano i soggetti fra i quali la conciliazione sia intervenuta. A dispetto di tale silenzio, tuttavia, anche in questo caso, essi possono identificarsi nell'attore collettivo, da una parte, e nell'impresa convenuta, dall'altra ⁽²⁸⁾.

Peraltro, analogamente a quanto sostenuto con riferimento all'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo, anche per quanto attiene all'art. 15 del decreto legislativo ci pare sia necessario tenere distinte l'ipotesi di conciliazione che abbia ad oggetto la posizione del promotore dell'azione di classe ⁽²⁹⁾ o dei soggetti che hanno agito per il tramite di associazioni o comitati (la quale potrà inter-

⁽²⁷⁾ Al riguardo si rinvia alle osservazioni di F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 47, il quale ha precisato che «la conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione che ha luogo tra le parti».

⁽²⁸⁾ Essi saranno pertanto le parti formali dell'azione di classe, le quali sono, per l'appunto, il promotore dell'azione e l'impresa convenuta: cfr. *supra*, nota 10.

⁽²⁹⁾ Peraltro benché il promotore dell'azione di classe possa incidere sul proseguimento del processo, non è affatto detto (anche se non è escluso) che il suo eventuale consenso a porre fine al processo, senza tener conto delle posizioni degli aderenti, presupponga necessariamente un qualche accordo collusivo con l'impresa. Infatti, la decisione del promotore dell'azione di classe di ricercare con il convenuto un accordo che contempra solo la sua posizione, disinteressandosi di quelle degli altri membri della classe, potrebbe essere ricollegato al fatto che, quale parte formale, rimane unico responsabile al pagamento delle spese di lite. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la Corte di cassazione (od anche solo il giudice d'appello) chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un'azione individuale sulla fondatezza di una domanda avente ad oggetto un diritto omogeneo a quelli fatti valere con un'azione di classe pendente in primo grado, abbia ritenuto infondato il presupposto in diritto posto alla base anche di quest'ultima. È chiaro che in una tale ipotesi l'attore collettivo certamente non sarà più disposto ad affrontare il rischio di vedere respinta dal tribunale la sua azione e dover da solo sopportare le spese di lite.

venire in qualunque momento del processo) e quella che abbia ad oggetto anche le posizioni dei singoli aderenti ⁽³⁰⁾ alla quale l'art. 15 ci sembra riferirsi.

Date queste brevi premesse introduttive, già ad una prima lettura della disposizione emergono alcuni dubbi interpretativi. Anzitutto, non è agevole cogliere il rapporto intercorrente fra l'art. 15 in commento e l'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo, dovendosi determinare se il primo sia semplicemente riproduttivo del secondo oppure se abbia una portata precettiva propria e differente. Tale interrogativo si giustifica in particolare alla luce della circostanza che l'art. 15, nell'imporre l'espresso consenso affinché la conciliazione abbia effetto nei confronti degli aderenti, precisa che tale regola riguarda la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per le adesioni.

Al riguardo, in primo luogo, ci si potrebbe chiedere se da tale riferimento temporale possa inferirsi che non sia possibile per le parti formali dell'azione di classe raggiungere una conciliazione che coinvolga anche le posizioni degli aderenti prima della scadenza del termine per l'adesione. In tutta evidenza una siffatta soluzione appare da respingere in quanto nulla impedisce che un tale accordo possa essere raggiunto, all'esito di un procedimento di mediazione, anche prima del decorso di detto termine ⁽³¹⁾. In tal caso, semplicemente, tale accordo potrà avere effetti (oltre che nei confronti del promotore dell'azione di classe), limitatamente alle posizioni di coloro che sino a quel momento abbiano aderito

⁽³⁰⁾ Come già si è precisato con riferimento all'art. 140-*bis*, comma 15, si ribadisce che, a nostro avviso, il promotore dell'azione collettiva non diventa rappresentante sostanziale, per effetto del solo atto di adesione, dei singoli aderenti; quindi per raggiungere, in sede di conciliazione, con il convenuto un negozio che possa spiegare effetti (evidentemente pregiudizievoli) anche nei loro confronti dovrà essersi innanzi tutto munito dei necessari poteri di rappresentanza.

⁽³¹⁾ In dottrina si è osservato, con riferimento all'art. 140-*bis*, comma 15, che in qualunque fase del processo l'impresa può avanzare una proposta transattiva: cfr. F. SANTANGELI, P. PARISI, *op. cit.*

all'azione ⁽³²⁾. Inoltre, se si considera che l'art. 15 limita il suo campo d'applicazione alla conciliazione raggiunta a seguito di un procedimento di mediazione, si coglie agevolmente che non avrebbe senso un siffatto divieto, poiché il negozio sotteso alla conciliazione ben potrebbe essere concluso dalle parti anche al di fuori ed indipendentemente da qualunque procedimento di mediazione.

Se quindi l'art. 15 non impedisce che venga raggiunta una conciliazione anche precedentemente al decorso del termine per l'adesione, appare legittimo chiedersi se l'espresso consenso degli aderenti sia richiesto per vedere ad essi estesi gli effetti della conciliazione (o meglio, del negozio ad essa sotteso), seppure la stessa sia raggiunta prima di tale momento. Infatti, poiché l'art. 15 impone tale consenso solo con riferimento alla conciliazione intervenuta successivamente al termine per le adesioni, potrebbe sembrare, ragionando *a contrario*, che esso non sia necessario allorché la conciliazione si collochi in un momento precedente. Una siffatta soluzione interpretativa – tuttavia – non sarebbe affatto ragionevole.

In proposito va osservato che l'art. 140-*bis*, comma 15, impone – come più sopra si è illustrato – in via generale l'espresso consenso con riferimento a transazioni e rinunce affinché esse possano avere effetti nei confronti degli aderenti. Se – come si è argomentato – nulla impedisce che anche nell'ambito di un procedimento di mediazione esse intervengano anche prima del termine ultimo

⁽³²⁾ La relazione ministeriale al decreto legislativo giustifica l'indicazione del riferimento temporale sulla base della considerazione per cui «affinché la mediazione sia idonea a propagare effetti oltre l'attore e il convenuto e possa atteggiarsi a mediazione di classe occorre attendere la scadenza del termine per l'adesione degli altri appartenenti alla classe medesima (...). Solo la conciliazione intervenuta dopo tale data è idonea a coinvolgere tutti gli appartenenti alla classe che vi abbiano aderito». Da tale affermazione non può desumersi alcun impedimento ad una conciliazione raggiunta precedentemente al surriferito termine seppur potenzialmente limitata ai soggetti che fino a quel momento abbiano aderito.

per le adesioni, allora l'espreso consenso parrebbe risultare in ogni modo richiesto in forza dell'art. 140-*bis*, comma 15, senza che una contraria soluzione possa essere desunta dall'art. 15 del decreto legislativo ⁽³³⁾. Pertanto sembrerebbe sostenibile affermare che l'art. 15 venga a porsi come riproduttivo della regola già ivi indicata, ancorché dettato con riferimento ad una ipotesi particolare (per l'appunto quella di conciliazione intervenuta dopo il termine per le adesioni).

In considerazione di tale premessa, nella non agevole ricerca di un significato da offrire alla limitazione temporale di cui all'art. 15, ci sembra possa allora interrogarsi se, a seguito del decorso del termine per le adesioni, l'accordo raggiunto fra attore collettivo ed impresa convenuta debba necessariamente essere in potenza idoneo ad avere effetti anche nei confronti di tutti gli aderenti ed, in tale senso, debba ritenersi preclusa la possibilità per l'attore collettivo e l'impresa convenuta di addivenire ad una conciliazione parziale limitata solo ad alcuni fra essi ⁽³⁴⁾.

Anche a tal proposito, preliminarmente, va ripetuto che l'art.

⁽³³⁾ Rimane tuttavia aperta la questione se sia necessario il consenso in relazione a negozi che non siano riconducibili alla nozione di rinuncia o transazione, per i quali l'art. 140-*bis*, comma 15, parrebbe non richiederlo, mentre dall'art. 15 sarebbe possibile desumere che se intervenuti nell'ambito di un procedimento di mediazione lo presuppongano per avere effetti nei confronti degli aderenti. A tal riguardo, cfr. F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo*, cit., 161, la quale pone in luce come non vi sia una perfetta sovrapposibilità fra le due norme, dal momento che l'art. 15 non limita il proprio campo di applicazione alle sole rinunce e transazioni.

⁽³⁴⁾ Il problema è formulato in senso non dissimile da F. SANTANGELI, P. PARISI, *op. cit.*, i quali dubitativamente hanno osservato che l'art. 15 sembrerebbe «in qualche modo prevedere un'estensione della proposta transattiva successivamente allo spirare del termine per la proposizione delle adesioni a tutti i soggetti aderenti, con possibilità degli stessi di poter rifiutare la transazione». La giustificazione di una siffatta interpretazione, la quale non si è sottaciuto sarebbe davvero innovativa, si è ricercata nel fatto che, attribuendo un diverso significato, la norma finirebbe per essere riproduttiva, ancorché formulata *a contrario*, di quella di cui all'art. 140-*bis*, comma 15, cod. consumo.

15 ha un campo d'applicazione limitato alle sole conciliazioni raggiunte all'esito di un procedimento di mediazione. Ciò esclude in radice la fondatezza dell'ipotesi interpretativa prospettata, in quanto il medesimo negozio che può essere concluso a seguito del procedimento di mediazione potrebbe essere posto in essere in altra sede senza sottostare all'ipotizzato divieto.

Inoltre, non va dimenticato che l'azione di classe ha ad oggetto singole posizioni individuali degli utenti e consumatori e realizza una forma di litisconsorzio facoltativo «dando luogo ad una aggregazione di azioni seriali»⁽³⁵⁾. Da questa premessa emerge come ogni singolo aderente vanti una posizione diversa, ancorché omogenea, da quella di ogni altro membro della classe: di talché non potrebbe giustificarsi che, per il sol fatto di aver esercitato il proprio diritto nell'ambito dell'azione di classe, quella individualità venga a scomparire. Pertanto, il convenuto potrebbe ritenere non fondate, anche semplicemente in rito⁽³⁶⁾, le pretese di alcuni e non di altri dei membri della classe o semplicemente, in forza del principio di autonomia negoziale che non pare poter subire deroghe nell'ipotesi in esame, essere disposto a definire alcune e non altre posizioni. Pertanto è del tutto ragionevole che possa ipotizzarsi la definizione in via consensuale solo di alcune delle domande oggetto dell'azione di classe⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ R. CAPONI, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*. Tale tesi era peraltro già stata avanzata dall'autore in relazione alla precedente formulazione dell'art. 140-bis cod. consumo, ma nella nuova versione gli è parsa uscita ancor più rafforzata: cfr. R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819.

⁽³⁶⁾ Ad esempio si ipotizzi il caso in cui il diritto fatto valere dall'aderente sia oggetto di clausola compromissoria o di compromesso. A nostro giudizio, infatti, ove l'eccezione d'arbitrato venga opposta dall'impresa convenuta, il giudice dovrà respingere in rito la domanda dell'aderente.

⁽³⁷⁾ Nel senso per cui l'atto di adesione si possa qualificare come esercizio dell'azione, cfr. R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, cit., c. 385.

In proposito, va segnalato che una parte della dottrina ha sostenuto che, in considerazione delle variegata tipologie delle azioni di classe, dovrebbe ammettersi che l'oggetto del processo possa essere variabile, nel senso in cui esso potrebbe essere limitato dal giudice alle sole questioni comuni che investono la responsabilità del convenuto⁽³⁸⁾. Ma quand'anche tale tesi fosse condivisa e l'azione di classe potesse ritenersi avere ad oggetto solo le questioni comuni, non scomparirebbero comunque dalla scena del processo le singole posizioni individuali. Si ipotizzi, ad esempio, che l'aderente abbia fatto valere un diritto in relazione a cui già esisteva un giudicato il quale aveva risolto in senso ad esso sfavorevole proprio la questione comune oggetto dell'azione di classe e quindi rigettato la domanda poi riproposta nell'ambito dell'azione di classe⁽³⁹⁾. In tale caso, il giudice, ancorché ritenesse fondata la domanda promossa dall'attore collettivo, dovrebbe comunque respingerla nei confronti dell'aderente (ove venga a conoscenza dell'esistenza del precedente giudicato). Appare chiaro alla luce di tale esempio che, quand'anche l'oggetto dell'azione di classe si

⁽³⁸⁾ R. CAPONI, *loc. ult. cit.*; tale tesi era peraltro stata ampiamente argomenta anche già con riferimento alla precedente versione dell'art. 140-bis cod. consumo: cfr. R. CAPONI, *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 47.

⁽³⁹⁾ Ci pare peraltro che una tale ipotesi non sia affatto peregrina dal momento che l'esercizio dell'azione tramite l'adesione esclude non solo la condanna alle spese dell'aderente, ma anche quella ai danni da lite temeraria dell'aderente, considerato che esso è parte solo in senso sostanziale: cfr. G. FINOCCHIARO, *Aderenti tenuti a condividere l'efficacia esecutiva delle pronunce*, in AA.VV., *La nuova class action*, cit., p. 59, spec. p. 60. Pertanto, il consumatore che si sia visto rigettare la domanda potrebbe tentare di ottenere, senza affrontare il rischio di incorrere in conseguenze particolarmente gravose (per lo meno in primo grado), una seconda sentenza ad esso favorevole che si sostituisca a quella precedente. Nel senso per cui la seconda sentenza se non impugnata si sostituisca al precedente giudicato, cfr. C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Padova, 2009, p. 571.

Sui problemi attinenti alla difesa delle posizioni degli aderenti in relazione alle eccezioni sollevate dall'impresa convenuta aventi carattere individuale, cfr. A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 199-200.

potesse individuare solo in una questione comune ai membri della classe, ciò non esclude che le posizioni dei singoli aderenti mantengano la loro individualità. Di conseguenza, anche a fronte di un'azione di classe con oggetto limitato a tali questioni non si potrebbe ipotizzare la configurabilità di una conciliazione necessariamente potenzialmente estesa a tutti gli aderenti.

In conclusione, anche alla luce di queste ulteriori considerazioni, una volta escluso che l'art. 15 limiti la possibilità alle parti di conciliare anche prima della formazione della classe e con effetti eventualmente estesi nei confronti di coloro che sino a quel momento hanno aderito e, al contempo, respinta l'ipotesi interpretativa per la quale, una volta cristallizzatasi la classe, la conciliazione dovrebbe necessariamente avere valenza collettiva, ci pare confermata la tesi più sopra prospettata per la quale l'art. 15 non è altro che la formulazione, *a contrario*, della norma di cui all'art. 140-*bis*, comma 15⁽⁴⁰⁾.

4. - L'art. 15 del decreto legislativo presuppone che la mediazione trovi applicazione con riferimento all'azione di classe in quanto, diversamente, non si verrebbe neppure a prospettare la questione della idoneità della conciliazione ad estendere i propri effetti nei confronti degli aderenti.

Peraltro, a dispetto della sua rubrica, l'art. 15 si limita a specificare il presupposto affinché la conciliazione posta in essere dall'attore collettivo possa avere effetti nei confronti degli aderenti dell'azione di classe, ma non detta alcuna disciplina generale dei rapporti fra mediazione e azione di classe.

L'unica ulteriore norma che si riferisce al rapporto fra procedimento di mediazione e azione di classe può essere individuata nell'art. 5, comma 1, il quale prevede solamente che essa, laddove impone l'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione in riferimento a determinate controversie, non trovi applicazione in re-

⁽⁴⁰⁾ Ritiene che l'art. 15 sia riproduttivo dell'art. 140-*bis* cod. cons. F. SANTAGADA, *op. ult. cit.*, p. 14. Rimane ferma tuttavia l'ulteriore questione interpretativa già segnalata alla nota 33.

lazione all'azione di classe ⁽⁴¹⁾. Dall'esclusione in parola sembra, del resto, potersi confermare l'applicabilità delle altre norme dedicate al procedimento di mediazione, atteso che, se esse non venissero *tout court* in rilievo, la previsione in parola sarebbe del tutto ultronea.

Data questa premessa, invero, la concreta applicabilità delle norme disciplinanti il procedimento di mediazione con riferimento all'azione di classe non appare agevole e, nel silenzio del dato positivo, molteplici saranno le questioni interpretative che si verranno a porre, alcune delle quali ci pare meritino un breve cenno.

In premessa, è opportuno distinguere l'ipotesi in cui oggetto del procedimento di mediazione siano le posizioni di più membri della classe e l'ipotesi attinente al caso in cui la domanda di mediazione sia proposta da o nei confronti di un solo membro della classe, fermo che entrambe comportano problemi di raccordo con l'azione di classe, lasciati irrisolti dal legislatore.

L'attivazione del procedimento di mediazione avviene con il deposito della domanda di mediazione presso uno degli organismi *ex art. 16* e deve contenere, *inter alia*, l'indicazione delle parti. Già sotto tale profilo si porrà il problema di individuare quali siano le parti da indicare, alle quali poi l'organismo di mediazione procederà alla comunicazione della istanza di mediazione secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 1.

⁽⁴¹⁾ La relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo osserva che «Nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità o dalla constatazione che non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni». Pur apparendo opportuna l'esclusione in parola (come auspicato da A. GIUSSANI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, cit.), sia lecito avanzare qualche riserva sulla correttezza del commento di cui alla relazione ministeriale, atteso che non si può negare alle parti la possibilità di attivare il procedimento di mediazione prima del decorso del termine per le adesioni.

La risposta, invero, potrebbe dipendere dalla parte che presenta la domanda di mediazione ⁽⁴²⁾. Se infatti essa venisse depositata dall'impresa convenuta questa potrebbe indicare tutti i membri della classe ⁽⁴³⁾, ma potrebbe anche voler limitare la mediazione solo ad uno o ad alcuni tra di essi. Nel caso in cui, invece, sia il promotore dell'azione di classe a promuovere la mediazione, va ricordato che, secondo l'impostazione che più sopra si è prospettata, esso non rappresenta, in quanto tale, gli aderenti. Conseguentemente, l'attore collettivo potrà attivare il procedimento di mediazione in relazione alla controversia che lo vede coinvolto ed a quelle dei membri della classe che gli abbiano attribuito poteri di rappresentanza.

Probabilmente ci si potrebbe chiedere se i membri della classe non indicati nella domanda di mediazione debbano essere in qualche modo coinvolti nel relativo procedimento, ma a ciò sembra ostare il dato positivo il quale non prevede che l'organismo di mediazione o il mediatore possano estendere il procedimento di mediazione a soggetti che non siano stati indicati nella domanda *ex art. 4*.

Ponendosi in una diversa prospettiva, appare giustificato vagliare la differente ipotesi interpretativa per la quale al procedimento di mediazione prendano parte solo l'attore collettivo e l'impresa convenuta ⁽⁴⁴⁾. Essa, tuttavia, pare difficilmente pratica-

⁽⁴²⁾ La questione ci pare si ponga in maniera non dissimile in relazione ad un processo caratterizzato da litisconsorzio facoltativo.

⁽⁴³⁾ Sotto un aspetto che può solo essere segnalato è legittimo chiedersi se trovi applicazione in relazione all'azione di classe l'art. 8, comma 5, del decreto legislativo, il quale prevede che la mancata partecipazione alla mediazione senza giustificato motivo possa essere valutata dal giudice *ex art. 116, comma 2, c.p.c.* In caso di risposta affermativa, infatti, andrebbe risolto come e con quale ampiezza vada valutato il comportamento vuoi dell'impresa, vuoi del singolo membro della classe che abbiano disertato il procedimento di mediazione.

⁽⁴⁴⁾ Questa pare essere l'opinione di M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343, spec. 361, per il quale la mediazione si svolgerebbe solo tra attore collettivo e convenuto.

bile. La mediazione, infatti, secondo il disposto dell'art. 1 è finalizzata alla ricerca di un accordo per la definizione di una controversia (o ad una proposta per la definizione della stessa) e, pertanto, sembrerebbe presupporre che i soggetti che prendono parte alla mediazione possano disporre dei diritti oggetto della controversia. Al più, potrebbe ipotizzarsi che, in un procedimento di mediazione in cui prenda parte solo l'attore collettivo (che non rappresenti tutti i membri della classe), quest'ultimo si adoperi per negoziare un accordo idoneo a definire anche la posizione degli altri membri della classe, ma sarebbe poi imprescindibile il coinvolgimento diretto (non solo finalizzato ad ottenere il loro espresso consenso *ex art. 15*) di questi ultimi (che non potrà ad ogni buon conto essere imposto dal mediatore) nel procedimento di mediazione, affinché possano essere conciliate anche le controversie che li vedono coinvolti.

Sotto altro aspetto, ci pare si porranno all'interprete alcuni problemi interpretativi allorché si ritenga applicabile (come ci sembra ^[45]) nell'ambito di un'azione di classe, l'art. 5, comma 2, il quale stabilisce che il giudice possa invitare le parti a procedere alla mediazione e, se le parti aderiscono, fissi nuova udienza assegnando ad esse un termine per la presentazione dell'istanza di mediazione. Le parti menzionate nella disposizione in parola parrebbe vadano identificate con le parti formali dell'azione di classe e quindi l'adesione all'invito del giudice è sufficiente proveniva dall'attore collettivo e dall'impresa convenuta. Al riguardo emerge anche sotto tale aspetto la peculiarità della speciale forma di litisconsorzio che si realizza nell'azione di classe. Infatti, nella ipotesi in esame, è ininfluenza per la concessione del rinvio *ex art. 5, comma 2* il consenso degli aderenti/litisconsorti ⁽⁴⁶⁾, quando, al contrario, nell'ambito di un ordinario processo litisconsortile (facoltativo o necessario che sia), essendo tutti i litisconsorti parti in senso formale, solo l'adesione all'invito del giu-

⁽⁴⁵⁾ Conf. C. BESSO, *sub art. 15*, cit., 67; A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., 162.

⁽⁴⁶⁾ Nello stesso senso, cfr. M. BOVE, *La riforma*, cit., p. 361.

dice di tutti essi giustificerebbe, a nostro parere, il rinvio in parola ⁽⁴⁷⁾.

Peraltro, ove il rinvio sia concesso, risulterà applicabile, con riferimento agli aderenti e indipendentemente dal loro assenso alla concessione del rinvio, l'art. 7 ⁽⁴⁸⁾, il quale esclude che il periodo dedicato alla mediazione venga computato ai fini della determinazione della ragionevole durata del processo. L'aderente, quindi, finirebbe per dover sopportare un allungamento dei tempi del processo al fine di permettere lo svolgimento della mediazione, la quale, secondo quanto sopra si è prospettato, non è detto che lo veda poi direttamente coinvolto.

Per quanto attiene allo svolgimento del procedimento di mediazione, qualche problema, più che altro di ordine pratico, sarà connesso all'applicazione dell'art. 11, nella parte in cui prevede che il mediatore possa formulare una proposta e in ogni caso la formuli allorché le parti gliene facciano richiesta. Infatti, sembra alquanto difficile, in considerazione tra l'altro del tempo massimo imposto al procedimento di mediazione ⁽⁴⁹⁾, che il mediatore possa andare oltre all'esame delle questioni comuni valutando le posizioni dei singoli membri della classe che fossero stati indicati nella domanda di mediazione, in modo tale da formulare una proposta complessa che, così come si imporrebbe al giudice, tenga conto della specificità di tutte le posizioni coinvolte.

Peraltro, ove una proposta sia formulata, ben difficilmente potrà essere sostenuta l'applicabilità dell'art. 13 che sanziona, tra

⁽⁴⁷⁾ Salvo non voler ritenere, in caso di litisconsorzio facoltativo, la possibilità per il giudice di separazione delle cause, soluzione tuttavia che sembra da respingere considerato che i litisconsorti che vogliano procedere alla mediazione potranno attivare il relativo procedimento indipendentemente dal rinvio dell'udienza.

⁽⁴⁸⁾ Dal momento che l'atto di adesione ci è parso configurarsi come domanda giudiziale gli aderenti potranno essere risarciti, al pari dell'attore collettivo, in caso di irragionevole durata del processo.

⁽⁴⁹⁾ Seppure non può escludersi che il procedimento di mediazione abbia una durata superiore: cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575, spec. p. 589.

l'altro, con il pagamento delle spese di lite la parte vittoriosa che abbia rifiutato una proposta poi risultata integralmente corrispondente con il provvedimento del giudice. A prescindere dalla difficoltà di tale corrispondenza ⁽⁵⁰⁾, la non coincidenza fra le parti tenute ad esprimersi accettando o meno la proposta e le parti formali dell'azione di classe (e quindi responsabili per le spese di lite), rende inapplicabile il meccanismo previsto dall'art. 13.

Ove invece la conciliazione sia raggiunta, si giustifica l'interrogativo se trovi applicazione l'art. 12, comma 1, il quale stabilisce che il verbale di conciliazione sia omologato dal presidente del tribunale nella cui circoscrizione si trova l'organismo di mediazione adito ovvero se la competenza vada individuata nel presidente del tribunale competente per l'azione di classe, considerato che l'art. 140-*bis*, comma 4, cod. consumo detta una disciplina della competenza territoriale particolare, individuando solo alcuni tribunali come competenti a conoscere in primo grado delle azioni di classe ⁽⁵¹⁾. Considerato in premessa che la disciplina della competenza territoriale dettata per il giudizio di merito non incide su quella degli organismi di conciliazione ⁽⁵²⁾, può rilevarsi che l'intervento del giudice in sede di omologazione del verbale, finalizzato ad attribuire ad esso efficacia di titolo per l'esecuzione forzata e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, è limitato ad una verifica della sua regolarità formale, della non contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, verifiche le quali, se riferite a un verbale di conciliazione relativo ad un'azione di classe, non sembra giustifi-

⁽⁵⁰⁾ G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 616, spec. 630, ha parlato di «accesa utopia».

⁽⁵¹⁾ L'art. 140-*bis* cod. consumo recita: «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».

⁽⁵²⁾ In tal senso L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., 580; *contra* G. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 26.

chino la ricerca, in via interpretativa, di una competenza derogatoria a quella di cui all'art. 12, comma 1 ⁽⁵³⁾.

Infine, può poi osservarsi che non è dettata alcuna norma che indichi al giudice quale provvedimento adottare per il caso in cui sia raggiunta una conciliazione (ed il processo non sia abbandonato *ex art. 309 c.p.c.*), questione che invero si viene a porre, più in generale, in tutti i casi in cui sia trovata una definizione stragiudiziale a tutte le singole controversie involgenti i membri della classe. In proposito, va soggiunto che il problema appare ancora più complicato allorché la conciliazione sia limitata alla posizione del

⁽⁵³⁾ Ci pare, del resto, che l'intervento giudiziale in parola non sia neppure accostabile né per finalità, né per ampiezza a quelli previsti in altri ordinamenti ove il controllo del giudice sulle transazioni raggiunte in riferimento ad un'azione di classe è condizione per la validità dell'intesa. A tal riguardo va segnalato che secondo un'opinione, in caso di mediazione delegata, la stessa dovrebbe ritenersi sottoposta al controllo del giudice e, quindi, nel caso in cui sia raggiunta una conciliazione, l'accordo andrebbe «sicuramente» sottoposto alla verifica del giudice, il quale dovrebbe verificare, non solo la non contrarietà all'ordine pubblico o alle norme imperative come impone l'art. 12, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ma anche che l'accordo si configuri come equo per l'intera classe e, in caso contrario, non potrebbe chiudere l'azione di classe: cfr. C. BESSO, *sub art. 15*, cit., 68. Tale ricostruzione esegetica, peraltro, non ci pare possa essere accolta. In primo luogo, va puntualizzato che l'accertamento *ex art. 12* della non contrarietà all'ordine pubblico ed alle norme imperative ai fini dell'*exequatur* non è effettuato dal giudice che ha disposto la mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 2, ma è svolto nell'ambito di un procedimento volto alla sola attribuzione dell'efficacia esecutiva al verbale di conciliazione. In secondo luogo, non vi è alcuna norma che subordini l'efficacia dell'accordo raggiunto alla valutazione da parte del giudice della sua equità per la classe e, pertanto, una volta che detto accordo abbia spiegato effetti sul piano sostanziale, il giudice non potrà che darne atto pronunciando, se ne sussitano i presupposti, la cessazione della materia del contendere. In terzo luogo, va considerato che le parti (formali) possono far sì che il giudizio di classe si estingua, vuoi per rinuncia agli atti, vuoi per inattività, ipotesi queste in cui risulta precluso al giudice qualsiasi controllo sul contenuto dell'eventuale accordo sotteso a dette scelte processuali. Nell'ordine di idee da noi condiviso, cfr. F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo*, cit., 165.

promotore dell'azione di classe o di coloro tramite il quale hanno agito ovvero solo ad alcuni degli aderenti ⁽⁵⁴⁾.

A tal ultimo riguardo, è legittimo chiedersi se, allorché la conciliazione attenga alla lite fra singolo aderente ed impresa convenuta, la pronuncia che sia resa dal tribunale faccia stato nei loro confronti, secondo il disposto dell'art. 140-*bis*, comma 14, e quindi il giudicato prevalga su eventuali atti negoziali, che non siano stati allegati né provati in giudizio, attraverso i quali singolo aderente e convenuto avessero posto fine alla lite fra di essi esistente ⁽⁵⁵⁾. Considerato che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, la problematica in parola, che ci limitiamo solo ad accennare, ci pare strettamente connessa a quella ulteriore relativa al potere dell'aderente, giustificata dal suo qualificarsi quale parte in senso sostanziale, di allegare l'intervenuta conciliazione sopravvenuta all'adesione all'azione di classe e di fornire in tale giudizio la relativa prova.

5. – A completamento dell'analisi sin qui svolta, intendiamo offrire alcune brevi considerazioni sulla recente modifica operata all'art. 140-*bis*, comma 12, dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modificazioni con l. 24 marzo 2012, n. 27.

La disposizione da ultimo richiamata stabilisce che il giudice,

⁽⁵⁴⁾ Tale problematica è stata affrontata da A. GIUSSANI, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., 167, il quale ritiene che nell'ipotesi in cui siano conciliate le posizioni di tutti gli aderenti, ma non quella dell'attore collettivo l'azione di classe prosegua, in quanto la presenza di adesioni non rientra fra i presupposti di ammissibilità dell'azione di classe, mentre, ove sia conciliata la sola azione del proponente, l'azione di classe non possa essere decisa nel merito. Peraltro, in tal caso non solo dovrebbe darsi all'aderente la possibilità di agire individualmente in separato giudizio per il proprio diritto, ma altresì dovrebbe considerarsi possibile, pena dubbi di costituzionalità, intraprendere una nuova azione di classe, nonostante il disposto dell'art. 140-*bis*, comma 14 cod. consumo, giusta il quale non possono essere proposte altre azioni di classe dopo la scadenza del termine per le adesioni. Per simili rilievi, cfr. M. BOVE, *Profili processuali*, cit., p. 1039.

⁽⁵⁵⁾ Sui rapporti fra transazione e successivo giudicato, cfr. G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 301 ss.

se accoglie la domanda, pronuncia sentenza di condanna con cui liquida le somme dovute ai consumatori od utenti. Alternativamente, il giudice determina il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di tali somme. La menzionata modifica apportata all'art. 140-*bis*, comma 12, non ha inciso su tali previsioni, pur rilevando nel caso in cui il giudice ricorra alla seconda opzione, vale a dire quando, con la sentenza di accoglimento, non liquida le somme dovute ai singoli membri della classe. In tale ipotesi, è infatti ora previsto che venga assegnato alle parti un termine non superiore a novanta giorni per trovare un accordo sugli importi dovuti e che, nell'eventualità l'accordo sia raggiunto, il processo verbale sottoscritto dalle parti e dal giudice costituisce titolo esecutivo.

La previsione di un accordo successivo alla decisione di primo grado, recupera quando era stabilito dall'art. 140-*bis* cod. consumo nella sua versione originaria, ma, diversamente da quella ⁽⁵⁶⁾, l'attuale disciplina non regolamenta alcun procedimento di conciliazione finalizzato al raggiungimento di tale accordo. Per l'ipotesi in cui, infatti, nel termine assegnato detto accordo non sia trovato, è previsto che il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquidi le somme dovute ai singoli aderenti ⁽⁵⁷⁾.

Probabilmente il legislatore ha pensato che un siffatto accordo dovrebbe essere cercato e raggiunto fra promotore ed impresa convenuta, laddove ha stabilito che il sopra indicato termine viene assegnato alle parti, le quali non possono che essere quelle formali del processo, uniche alle quali il giudice può assegnare termini. Del resto, poi, in tale limitato lasso temporale appare difficile che

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *supra*, nota 5.

⁽⁵⁷⁾ Con la previsione in parola, quindi, sembrano superate le ipotesi interpretative (le uniche del resto ricavabili dal testo previgente) per le quali nel caso di pronuncia sulla sola responsabilità, la liquidazione di quanto dovuto ai singoli aderenti avrebbe dovuto essere oggetto di singoli giudizi individuali (in tal senso, tra gli altri, cfr. R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 317). Peraltro, la norma ora vigente non chiarisce se le parti legittimate a chiedere la liquidazione siano le parti formali del giudizio di classe ovvero – come ci pare preferibile – anche i singoli membri della classe.

l'impresa riesca a contattare e ad accordarsi – come pure ci pare potrebbe – con tutti gli aderenti.

Peraltro, va tenuto in considerazione che – secondo la soluzione interpretativa cui abbiamo aderito – il promotore non è, di per sé, anche rappresentate degli aderenti, salvo non abbia da questi ricevuto i relativi poteri di rappresentanza. Inoltre, avevamo ritenuto che il comma 15 dell'art. 140-*bis* cod. consumo parrebbe avere la funzione di limitare la possibilità per degli aderenti di attribuire al promotore il potere di transigere o rinunciare al loro diritto e quindi sembra giustificato chiedersi se siffatta limitazione perduri anche a seguito della decisione sulla responsabilità dell'impresa convenuta. La risposta a tale quesito ci pare debba essere tendenzialmente affermativa, in considerazione del fatto che l'astratta possibilità di abusi da parte del proponente, che avevamo posto a base dell'interpretazione avanzata, può perdurare anche dopo la decisione sulla responsabilità dell'impresa convenuta.

L'accordo sulla liquidazione delle somme, peraltro, potrebbe in astratto essere cercato anche attraverso un procedimento di mediazione; tuttavia va dato atto della circostanza che esso dovrebbe essere raggiunto entro il termine di massimo assegnato dal giudice di novanta giorni, il che rende difficile che il procedimento di mediazione (sulla cui durata incide anche la fissazione del primo incontro ed il tempo per convocare le parti) riesca a concludersi entro tale periodo.