



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Transazione, conciliazione e mediazione nel nuovo sistema di tutela collettiva dei diritti individuali omogenei

Domenico Dalfino

Professor of Università degli Studi di Bari Aldo Moro. PhD from Università degli Studi di Napoli Federico II – Facoltà di Giurisprudenza, Italy.

Abstract: The present research analyses new instruments of negotiations under the system created by L. 31/2019. Our goal is to evaluate mediations and negotiations that take place in class actions, especially in those that litigate rights that are simultaneously individual and repeat themselves throughout the class.

Sommario: I. Premessa. 1. I nuovi strumenti negoziali di composizione della lite nel sistema della l. 31/2019. – II. Il *favor conciliationis*. 2. Il generale *favor* del legislatore europeo verso la conciliazione. – 3. Il *favor* del legislatore italiano e i “modelli” italiani. – III. Transazione e conciliazione nel sistema delineato dalla l. 31/2019. – 4. Il quadro normativo di riferimento. – 5. L’accordo tra ricorrente e convenuto a seguito della proposta “transattiva” o “conciliativa” del giudice. – 6. L’accordo transattivo o conciliativo tra le (sole) parti. – 7. L’accordo transattivo tra rappresentante comune degli aderenti e convenuto dopo la sentenza di accoglimento. – 8. La conciliazione nell’azione collettiva inibitoria. – 9. Il mancato coordinamento tra la l. 31/2019 e il d.lgs. 28/2010.

I. PREMESSA

La l. 12 aprile 2019, n. 31 ha introdotto nuovi strumenti negoziali di composizione della lite nell'ambito della c.d. azione di classe. Per comprendere il senso e la portata dell'elemento di novità che tali strumenti presentano rispetto a quelli già disciplinati dall'ordinamento italiano, occorre collocarne innanzi tutto l'esame nel più ampio contesto della riforma del 2019, che ha provveduto a rivisitare in maniera sistematica le forme di tutela risarcitoria e reintegratoria dei diritti individuali omogenei lesi da una condotta plurioffensiva. In secondo luogo, è opportuno volgere uno sguardo preliminare al generale quadro normativo in materia di ADR, a livello europeo e poi interno.

1. I NUOVI STRUMENTI NEGOZIALI DI COMPOSIZIONE DELLA LITE NEL SISTEMA DELLA L. 31/2019

Il legislatore italiano è tornato a regolamentare l'istituto dell'azione di classe risarcitoria con la l. 31/2019, a distanza di circa dodici anni dal primo intervento in materia¹ e all'esito di un travagliato percorso normativo e preparatorio².

Sebbene la sua applicazione riguardi solo gli illeciti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma, prevista per il 18 aprile 2020, il rinnovato istituto è stato esteso a qualsivoglia tipologia di diritti lesi da una condotta plurioffensiva posta in essere da una «impresa» o da un soggetto istituzionale («enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità») nello svolgimento delle rispettive attività; l'originaria restrizione all'ambito consumeristico, dunque, è stata abbandonata. Questo ampliamento giustifica la collocazione della relativa disciplina nel codice di procedura civile (v. gli art. 840 *bis* ss.)³.

Anche i criteri di legittimazione ad agire sono stati rivisitati in senso estensivo. Ad assumere l'iniziativa giudiziaria oggi possono essere, infatti, non solo i singoli componenti della classe, ma anche le organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei diritti individuali omogenei.

L'obiettivo perseguito resta comunque quello di tutelare situazioni sostanziali imputabili a un numero indeterminato di soggetti, originate da un medesimo fatto illecito o accomunate dalla esigenza di risolvere una medesima questione. La partecipazione di tutti i soggetti interessati non è necessaria, ma ciò non comporta

1. L'art. 2, commi 445° a 449°, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), che ha introdotto la c.d. azione collettiva risarcitoria, aggiungendo l'art. 140 *bis* nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).
2. Sul quale v., da ultimo, A.D. De Santis, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, 2019, I, 2180.
3. La proposta di inserire un gruppo di norme nella parte generale codice di rito, dopo l'art. 111, «in considerazione dell'importanza e della rilevanza dell'intervento», era già stata avanzata da G. Costantino, *Un tentativo di proposta ragionevole sulla tutela collettiva*, in *Foro it.*, 2007, V, 140.

una menomazione del diritto di difesa, salvaguardato comunque attraverso apposite soluzioni tecniche (in particolare, ma non solo, quella che conferma l'adozione del sistema *opt in* e quella che fa salva l'esperibilità dell'azione individuale accanto a quella di classe)⁴.

A questo proposito, emerge subito che nelle nuove disposizioni manca un riferimento alla tutela degli "interessi collettivi". L'oggetto del processo, invece, riguarda l'accertamento della responsabilità del soggetto autore della condotta plurioffensiva, nonché l'esistenza e la consistenza dei diritti individuali omogenei lesi (azione di classe) ovvero la tutela di «una pluralità di individui o enti», oltre che quella «degli interessi pregiudicati dalla condotta» (azione collettiva inibitoria).

Il riferimento agli interessi collettivi era presente, invece, nella prima versione dell'azione di classe introdotta nel 2007 (l. 244/2007)⁵, poi è stato eliminato nel 2009 (l. 99/2009) e infine reinserito nel 2012 (d.l. 1/2012, conv. in l. 27/2012). Il legislatore odierno vi rinuncia definitivamente probabilmente consapevole della notevole ambiguità dell'utilizzo di questa formula⁶.

Senonché, una certa ambiguità è destinata a permanere. Infatti, si guarda al profilo soggettivo della tutela (gli "individui" e gli "enti" che la invocano) invece che a quello oggettivo (la situazione soggettiva da proteggere e attuare) e non si abbandona del tutto il riferimento agli "interessi", almeno in sede di controllo della convenienza, per gli aderenti, degli accordi conciliativi.

In piena coerenza con queste premesse, la l. 31/2019 ha provveduto ad abrogare gli art. 139, 140 e 140 *bis* cod. cons.

Ciò premesso in estrema sintesi, alcune considerazioni ulteriori meritano di essere sviluppate, di carattere generale e di dettaglio.

Quanto alle prime:

1. la tutela richiedibile è di tipo risarcitorio o restitutorio, se l'iniziativa è assunta da qualunque soggetto che si affermi titolare di diritto individuale asseritamente leso dall'illecito plurioffensivo e che presenti il requisito della "omogeneità" (rispetto agli altri astrattamente rientranti nella classe) oppure l'istanza di tutela può avere ad oggetto il mero accertamento della responsabilità del convenuto non accompagnato

-
4. D. Dalfino, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Foro it.*, 2019, 321 ss.
 5. Cfr. D. Dalfino, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. consumo)*, in *Foro it.*, 2008, 191; Id., *Appunti in tema di tutela in forma specifica e per equivalente degli interessi collettivi (in materia di consumo e di danno ambientale)*, in *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Padova, 2007, 149 ss.
 6. Per un approfondimento del tema, v. R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, nonché A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013.

dalla reintegrazione patrimoniale dei singoli aventi diritto, se l'azione è promossa da un'organizzazione o da un'associazione iscritta nell'apposito elenco pubblico istituito dal Ministero della giustizia. Quest'ultima ipotesi sembra aprire la strada alla possibilità di un accertamento con efficacia di giudicato della "questione comune", quale elemento della fattispecie sostanziale da cui traggono origine i diritti dei singoli⁷;

2. il nuovo istituto si avvicina allo schema del già sperimentato procedimento "modello" o "campione" tedesco (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*) e, in qualche modo, alla disciplina del *Group Litigation* inglese, ove è consentito che, in seno alla controversia individuale, si apra il giudizio collettivo diretto alla risoluzione di questioni comuni ovvero all'accertamento del fatto illecito plurioffensivo, la cui decisione ha effetto per tutti in relazione al suo oggetto;

3. il meccanismo processuale previsto è destinato a convivere con strumenti soltanto in parte simili e in realtà votati al perseguimento di finalità di carattere meramente pubblicistico, quale il c.d. ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198⁸, attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo, che, però, non è volto ad assicurare una tutela di tipo risarcitorio o restitutorio, bensì ad eliminare l'inefficienza della pubblica amministrazione ed eventualmente ad individuare responsabilità di tipo amministrativo dei pubblici dipendenti e dei funzionari.

Quanto alle seconde:

4. la devoluzione delle controversie in parola alla esclusiva competenza delle sezioni specializzate di tribunale in materia di impresa e la previsione del procedimento sommario di cognizione ex art. 702 *bis* ss. (con le varianti della trattazione collegiale e della "sentenza" al posto della "ordinanza" conclusiva), anche se dirette a semplificare e a snellire le attività processuali, non sembrano in grado di eliminare del tutto i problemi applicativi derivanti dalla necessità del mutamento di rito nei casi in cui l'oggetto della tutela richieda l'applicazione di forme procedurali differenziate (ad esempio, in materia di lavoro);

5. da accogliere con favore sono le novità in tema di costi della consulenza tecnica d'ufficio (posti a carico del resistente, salvo che sussistano specifici motivi) e di prova presuntiva e statistica (finalizzata ad agevolare la posizione dei soggetti lesi); le misure volte a promuovere l'accesso all'azione di classe attraverso un incremento del compenso dell'avvocato del proponente, bilanciate da un taglio in caso di transazione collettiva, con conseguente incentivo, da un lato, all'intercettazione di istanze di tutela altrimenti destinate a non emergere, dall'altro, alla conclusione di accordi conciliativi (oggetto specifico di questo intervento: v. *infra*);

7. Cfr., se vuoi, D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008.

8. A. Fabri, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2011.

6. invece, alquanto incerta sembra l'utilità dello strumento probatorio (evidentemente ispirato al modello dell'*affidavit*) che consente all'aderente di produrre dichiarazioni testimoniali scritte rilasciate da terzi «*ad un avvocato*», secondo le disposizioni dell'art. 252 c.p.c.; inoltre, problemi applicativi potrebbero emergere in caso di riforma in appello della sentenza dichiarativa della condotta plurioffensiva, i cui effetti sono destinati a riverberarsi sul giudizio di accertamento dei diritti individuali ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c.;

7. desta notevoli perplessità la previsione secondo cui, una volta chiusa la procedura di adesione, gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, poiché essa, nel mirare alla massima tutela dei titolari dei diritti lesi dalla condotta illecita, finisce per depotenziare non poco la funzionalità e l'utilità dell'istituto in parola, privato così dell'idoneità a "coprire" ogni eventuale futura pretesa risarcitoria o restitutoria, con conseguente notevole incertezza dell'autore della condotta circa la calcolabilità del rischio di impresa.

II. IL FAVOR CONCILIATIONIS

L'esame degli strumenti predisposti dalla l. 31/2019 per la soluzione negoziale della lite collettiva, come anticipato, va pure svolto guardando al più ampio panorama relativo ai mezzi di risoluzione alternativi delle controversie.

A questo proposito, vale la pena rimarcare che l'*alternatività* si atteggia in maniera diversa, a seconda del tipo di "mezzo". Infatti, se si tratta di conciliazione giudiziale, non ci si trova al cospetto di un vero e proprio ADR, poiché l'alternativa si pone rispetto alla sentenza, non all'esercizio dell'attività giudiziale. Se si tratta, invece, di conciliazione stragiudiziale (in un'accezione ampia idonea a comprendere procedimenti o "tentativi" di vario genere), l'alternativa si pone rispetto alla giurisdizione.

Quale che sia l'istituto conciliativo preso in considerazione, è certo che esso costituisce:

- a) una forma di *accesso alla giustizia*;
- b) un *mezzo autonomo* di risoluzione della controversia.

Vale a dire una forma di *giustizia contrattuale*.

E' bene chiarire che con tale formula non si allude alla giustizia *nel* (o *del*) quanto a quella *attraverso il contratto*. E dunque, non a modi di *coordinamento* o *bilanciamento* di interessi diversi e contrapposti, rispetto ai quali l'intervento del giudice svolge un ruolo di *controllo* e di eventuale *riallineamento* del contratto alle regole e ai limiti inosservati, se del caso anche in forma di tutela risarcitoria.

Ci si riferisce, invece, a quei modi di risoluzione della controversia in atto tra le parti che si contrappongono oppure si affiancano alla giustizia giurisdizionale e che negli ultimi trent'anni hanno trovato linfa vitale nello sviluppo esponenziale delle

pratiche di diritto collaborativo propuginate per la prima volta da Stuart Webb negli Stati Uniti e oramai diffuse in tutto il mondo.

Insomma, quando si discorre di “giustizia contrattuale” deve essere chiaro che ci si sta riferendo non ad una *alternativa alla giustizia*⁹, bensì ad una *giustizia alternativa*.

2. IL GENERALE FAVOR DEL LEGISLATORE EUROPEO VERSO LA CONCILIAZIONE

Le istituzioni europee da anni mostrano una spiccata sensibilità per questi temi soprattutto in materia civile e commerciale e, ancor prima, in materia di tutela dei consumatori e ha visto, come tappe salienti: - l'adozione del c.d. «Libro Verde» (*Accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*: COM (1993) 576 def.) del 1993; - le raccomandazioni 98/257/CE del 30 marzo 1998 (*riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*) e 2001/310/CE del 4 aprile 2001 (*sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*)¹⁰; - la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 (*relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno* (“Direttiva sul commercio elettronico”); - il «Libro Verde» del 2002 (*relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* (COM (2002) 196 def.); - le «linee guida» elaborate dal CEPEJ nel 2007; - la direttiva 2008/52/CE (*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*); - la risoluzione del Parlamento europeo 13 settembre 2011 (*sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali*); - la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 [*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)*]; e il complementare regolamento 2013/524/UE del 21 maggio 2013 (*relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)*]; - il Manuale europeo per lo sviluppo della legislazione nazionale sulla mediazione (CEPEJ(2019)9 EN_Handbook) accompagnato dalle Linee guida sulla progettazione e il monitoraggio dei programmi di formazione dei mediatori (CEPEJ(2019)8 EN_Guidelines mediation training schemes), approvato dalla Cepej il 14 giugno 2019.

9. Cfr. F.P. Luiso, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto processo civ.*, 2011, 325 ss.

10. Sulle quali, v. ampiamente S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, 750 ss., nonché A.M. Appiano, *Le raccomandazioni CE sugli organismi per la conciliazione delle controversie di consumo*, in AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011, 133 ss.

I testi appena indicati definiscono un micro-mondo di principi e *ground rules* ben lontani da quelli processuali e, comunque, quand'anche ruotanti attorno a modelli aggiudicativi, non sono sempre applicabili con la medesima logica. Inoltre, essi danno la misura dell'impegno profuso per l'individuazione di linee di principio comuni sulla portata e sul funzionamento delle ADR, nonché, soprattutto, sulle garanzie.

3. IL FAVOR DEL LEGISLATORE ITALIANO E I "MODELLI" ITALIANI

L'ordinamento italiano offre una molteplicità di modelli conciliativi.

Tra quelli stragiudiziali il più rilevante ed applicato è senz'altro quello disciplinato dal d.lgs. 28/2010, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 l. 69/2009, a sua volta attuativa della direttiva 2008/52/CE, relativo alla mediazione nelle controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili. In precedenza, l'istituto della "mediazione" era riferito agli specifici ambiti familiare¹¹ e penale¹² e svolgeva prevalentemente una funzione sociale, non deflativa.

Attualmente lo strumento può essere attivato in quattro diversi modi: volontariamente, su ordine del giudice, in osservanza di un'apposita clausola contrattuale, in via obbligatoria quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale. In ogni caso, il procedimento si svolge fuori dal processo, innanzi ad un mediatore iscritto negli elenchi di un determinato organismo accreditato dal Ministero della giustizia¹³.

La conciliazione, secondo il d.lgs. 28/2010, rappresenta soltanto l'esito positivo del procedimento e coincide, quindi, con il raggiungimento e la formalizzazione di un accordo.

-
11. Sulla mediazione familiare e sulle connessioni, da un lato, con il processo civile e dall'altro, con il d.lgs. 28/2010, v. F. Tommaseo, *Mediazione familiare e processo civile*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 831; G. Impagnatiello, *La mediazione familiare nel tempo della «mediazione finalizzata alla conciliazione» civile e commerciale*, in *Famiglia e dir.*, 2011, 525. Più in generale, sulla mediazione familiare, v. V. Di Gregorio, *La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato*, in *Politica del diritto*, 2017, 603 ss.; D. Dadamo, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 377; I. Papolizio, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007.
 12. Cfr. D. Certosino, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015; V. Patanè, *Mediazione penale*, voce dell'*Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, t. I, 572; G. Ramontano, *Mediazione e processo nel sistema penale*, in *Riv. pen.*, 2011, 255; M. Talani, *Riflessioni in tema di mediazione penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 3; M. Colamussi-A. Mestitz, *Mediazione penale [aggiornamento-2010]*, voce del *Digesto pen.*, Torino, 547; P. Martucci, *Mediazione penale [voce nuova-2005]*, voce dell'*Encicl. giur. Treccani*, Roma, XIX; M. Menna, *Mediazione penale e modelli processuali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 269.
 13. Per un'analisi degli aspetti relativi all'iscrizione nel registro (dall'individuazione dei soggetti, alla procedura richiesta per l'iscrizione, alla tenuta e revisione del registro, alle ipotesi in cui è possibile applicare sanzioni agli organismi iscritti), si rinvia a D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in Commentario del codice di procedura civile, Roma, 2016, *sub art. 16*, 528 ss.

Tuttavia, ancora oggi è possibile annoverare numerosi tipi di conciliazione, più o meno procedimentalizzati, applicabili in altri e disparati contesti. Basti pensare al precedente più immediato, rappresentato dalla conciliazione in materia societaria, di cui agli abrogati art. 38 ss. d.lgs. 5/2003, sulla base dei quali sono state elaborate le attuali previsioni in materia di controllo e vigilanza sugli organismi di mediazione, incentivi, garanzie essenziali del procedimento¹⁴. E ancora possono menzionarsi il tentativo di conciliazione relativo alle controversie di lavoro, obbligatorio fino al 2010 e poi divenuto facoltativo (v. l. 183/2010); il tentativo di conciliazione in materia di subfornitura (art. 10 l. 192/1998), quello in materia di telecomunicazioni (art. 1, 11° comma, l. 249/1997 e successive modificazioni), quello relativo alle controversie agrarie (art. 46 l. 203/1982 e art. 11 d.lgs. 150/2011), quello in materia di certificazione dei contratti di lavoro (art. 80 d.lgs. 276/2003, e successive modificazioni), e così via¹⁵. Si consideri, inoltre, la procedura di conciliazione in materia di consumo di cui alla direttiva 11/2013/UE, recepita nel codice del consumo agli art. 141 ss., che pone delicati problemi di coordinamento con il d.lgs. 28/2010. Invece, una menzione a parte merita l'istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati di cui agli art. 3 ss. d.l. 132/2014, conv. con modif. in l. 162/2014, strutturalmente diverso (in quanto impostato secondo lo schema della negoziazione e, quindi, senza un terzo imparziale in funzione agevolativa), ma identico nelle finalità conciliative.

Uno degli aspetti più interessanti di questo vivido interesse per la conciliazione è rappresentato dal ruolo, sempre più spiccato, che il legislatore italiano riconosce al giudice nel percorso conciliativo e nella diffusione della «cultura» della risoluzione amichevole delle controversie. Al giudice si affida sempre più spesso il compito di ricercare un nuovo equilibrio tra i protagonisti del processo, che, lungi dall'avallare un approccio autoritaristico, ne predilige uno fondato sulla cooperazione, sulla “deformalizzazione della procedura” e sulla “contrattualizzazione”¹⁶.

Il suo potere di “intervento” nell’ambito del percorso conciliativo può essere esercitato secondo quattro varianti.

14. In generale, sulla conciliazione societaria, v. G. Miccolis, *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 97 ss.; Id., *Commento agli art. 38 e 39*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, 832 ss.
15. V., ancora, gli art. 43, 44 e 45 l. 27 luglio 1978, n. 392, in materia di controversie per la determinazione dell'equo canone di locazione di immobili urbani ad uso abitazione, abrogate dalla l. 353/1990, su cui v. G. Costantino, *Regolamento di competenza e tentativo di conciliazione nelle controversie locatizie*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 935; Id., *Controversie in materia di locazione di immobili urbani*, in *Nov.mo Digesto It.*, Appendice, II; Torino, 1981, 728 ss., spec. 750 ss. Successivamente, v. G. Trisorio Liuzzi, *Procedimenti in materia di locazione*, voce del *Digesto priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 459 ss., spec. 478; Id., *Tutela giurisdizionale delle locazioni - sez. IV*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005.
16. *Introduzione allo studio “Contractualisation and judicial process in Europe”* pubblicato nel 2009 dalla CEPEJ.

E', infatti, possibile distinguere tra:

a) conciliazione giudiziale in sede contenziosa (v. gli art. 185, 185 *bis*, 420, 1° comma, nonché 91, 1° comma, c.p.c.);

b) conciliazione giudiziale in sede non contenziosa (v. l'art. 322 c.p.c.);

c) conciliazione delegata (v. gli art. 198, 445 *bis*, 696 *bis* c.p.c., quest'ultimo anche rinvigorito a seguito della sua estensione al campo della responsabilità medica e sanitaria ad opera della l. 24/2017);

d) mediazione delegata (o demandata o "sollecitata") e, dopo il 2013, "disposta" o "ordinata" (v. l'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010).

Ciascuna di tali figure richiede l'applicazione di tecniche differenti, non soltanto perché diverso è il modo in cui si esplica il potere di "intervento" del giudice, ma anche per la diversità del contesto di riferimento, dell'approccio delle parti e della tipologia di controversia tipicamente risolvibile¹⁷.

III. TRANSAZIONE E CONCILIAZIONE NEL SISTEMA DELINEATO DALLA L. 31/2019

Le nuove disposizioni in tema di soluzioni negoziali della lite introdotte dalla l. 31/2019, sotto forma di transazione o conciliazione, si distinguono a seconda dei soggetti che stipulano volta a volta l'accordo compositivo e della fase procedimentale in cui tale accordo può intervenire.

4. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

In immediato rilievo vengono gli artt. 840 *quaterdecies* e 840 *bis*, ultimo comma, c.p.c. Tuttavia, occorre pure considerare, per un verso, le norme generali in tema di conciliazione giudiziale (artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.), per un altro, le disposizioni del d.lgs. 28/2010 (artt. 5, comma 1 *bis* e 15), che disciplinano il coordinamento tra il procedimento di mediazione e l'azione di classe, sia pure nel testo, oramai abrogato, di cui all'art. 140 *bis* cod. cons.

Ciò premesso, vale la pena ricordare che in origine il codice del consumo, a proposito dell'azione di classe, regolamentava già una procedura conciliativa finalizzata alla determinazione delle somme dovute ai consumatori, che poteva essere instaurata dinanzi ad una apposita "camera di conciliazione" oppure presso un organismo di conciliazione previsto dall'art. 38 d.lgs. 5/2003. Questa procedura fu abolita dalla l. 99/2009, che si limitò a dettare gli effetti delle eventuali rinunce e transazioni tra le parti, nei confronti degli aderenti non consenzienti (art. 140 *bis*, 15° comma). Successivamente il d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. in l. n. 27 del 2012, ripristinò,

17. Cfr. D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., sub art. 5, § 19.

sia pure con talune modifiche, la soluzione originaria, ferma restando la possibilità di riproporre l'azione in caso di mancato accordo¹⁸.

Le novità contenute nella l. 31/2019 sembrano oggi complicare alquanto le modalità attraverso le quali è possibile pervenire ad un accordo conciliativo e, peraltro, non paiono tali da assicurare efficacemente la definizione del contenzioso originato dalla condotta illecita plurioffensiva posta in essere dall'impresa¹⁹

In base al quadro normativo su menzionato, la lite può trovare soluzione negoziale nelle seguenti ipotesi:

a) stipulazione dell'accordo, "transattivo o conciliativo", sulla base della proposta formulata dal tribunale alle parti fino alla discussione orale della causa, ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.);

b) stipulazione, dopo la pronuncia della sentenza di cui all'art. 840 *sexies* c.p.c., di apposito accordo di natura transattiva tra il rappresentante comune degli aderenti, previa approvazione del giudice delegato, e l'impresa o l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, sulla base dello schema predisposto dal rappresentante nell'interesse degli stessi aderenti (art. 840 *quaterdecies*, 2° comma, c.p.c.); a tale accordo può aderire anche il ricorrente;

c) stipulazione dell'accordo conciliativo tra le parti in sede di mediazione ex d.lgs. 28/2010.

5. L'ACCORDO TRA RICORRENTE E CONVENUTO A SEGUITO DELLA PROPOSTA "TRANSATTIVA" O "CONCILIATIVA" DEL GIUDICE

La prima modalità compositiva della lite è evidentemente di tipo giudiziale, poiché scaturisce da una proposta del giudice, nonché endoprocessuale perché raggiunta nel corso del processo. Non è superfluo sottolineare che, in ogni caso, l'accordo ha natura negoziale in quanto atto di volontà delle parti, rispetto al quale il giudice non solo conserva posizione di terzietà e imparzialità, ma non è chiamato in alcun modo a partecipare.

La formulazione della proposta soggiace ai limiti individuati dalla legge.

Sul piano temporale, essa può intervenire solo a seguito della scadenza del termine per aderire, che a sua volta è fissato dalla ordinanza di ammissibilità della domanda

18. Cfr. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 757 ss.; R. Donzelli, *Azione di classe risarcitoria*, in www.treccani.it, § 5.7.; Id., *Commento all'art. 140 bis, VI, I profili processuali dell'azione di classe*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, 1053 s.

19. Cfr. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 87 ss.

emessa entro trenta giorni dalla prima udienza (art. 840 *ter*, 3° comma, c.p.c.)²⁰. Prima di tale momento, infatti, non è possibile stabilire se vi sia una “classe” da tutelare, né il ricorrente gode di alcun potere rappresentativo di questa, né vi sono le condizioni per individuare quali soggetti possano farne parte²¹.

Il *dies ad quem*, invece, è individuato nella “discussione orale”, trenta giorni dopo la quale la sentenza deve essere depositata (art. 840 *ter*, 3° comma, c.p.c.). Ne consegue che la proposta può essere formulata anche dopo l’assunzione delle prove.

Sul piano dei criteri valutativi, la proposta deve tenere conto del valore della controversia e della esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto (viene da domandarsi perché non anche quelle di fatto). La norma (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.) riecheggia quella dell’art. 185 *bis* c.p.c., che pure ancora la proposta del giudice al previo vaglio di sussistenza di presupposti determinati²². L’analogia della fattispecie processuale consente, inoltre, di estendere anche alla sede del giudizio di classe la previsione secondo la quale l’esercizio del potere propositivo da parte del giudice non costituisce motivo di ricusazione dello stesso (sebbene nei fatti, come si può immaginare, sia estremamente difficile formulare una proposta, transattiva o conciliativa²³, senza correre il rischio di sbilanciarsi in favore dell’una o dell’altra parte, in ciò giocando un ruolo determinante la motivazione della ordinanza nella quale la proposta è contenuta)²⁴.

Nell’ipotesi in parola, l’accordo viene eventualmente raggiunto tra attore e convenuto, perché ad essi è rivolta la proposta. Tuttavia, degli effetti di esso possono beneficiare anche coloro che abbiano deciso di aderire alla azione di classe, in quanto soggetti portatori di diritti individuali omogenei, dopo l’ordinanza di ammissibilità e fino alla sentenza di accoglimento.

L’accordo dovrebbe anche prevedere il compenso da corrispondere agli avvocati del ricorrente (o dei ricorrenti, ove sia stata disposta la riunione ai sensi dell’art. 840 *quater*, 1° comma, c.p.c.), sebbene non necessariamente nella misura di carattere

20. Salva la sospensione del 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.

21. Cfr. anche R. Donzelli, *La conciliazione*, in *Le nuove forme di tutela collettiva* (l. 12 aprile 2019 n. 31), cit., 381 ss.

22. Ai sensi dell’art. 185 *bis* c.p.c.: «Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l’istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice».

23. La proposta “transattiva” dovrebbe essere diversa da quella “conciliativa”. La prima, infatti, si basa sulla prospettazione di reciproche concessioni tra l’una e l’altra parte e comunque rispondere al contenuto tipico degli art. 1965 ss. c.c. La seconda, invece, presenta un contenuto atipico.

24. Cfr. D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., sub art. 11.

premiata prevista dall'art. 840 *novies*, 6° comma, c.p.c. per il caso in cui la domanda sia accolta.

Tanto la proposta del giudice quanto l'accordo devono essere inseriti nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'art. 840 *ter* c.p.c. e comunicati all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente. La pubblicazione della proposta è funzionale alla conoscenza anticipata del possibile contenuto dell'accordo; quella dell'accordo è volta a provocare la dichiarazione da parte di ciascun aderente di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice (art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c.).

La pubblicazione è rivolta solo a beneficio di coloro che abbiamo manifestato la volontà di aderire dopo l'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe. Sennonché, l'adesione conosce anche un'altra finestra temporale, che è collocata dopo la sentenza di accoglimento della domanda. Ne dovrebbe conseguire che, almeno in astratto, l'accordo stipulato in questa fase è ristretto a chi ha scommesso sul successo dell'azione di classe, aderendo prima della definizione del processo, quando ancora non è dato sapere quale ne sarà l'esito. Una simile previsione normativa è destinata a rivelarsi in concreto del tutto inefficace se rapportata alla esigenza del convenuto di raggiungere un *settlement* soddisfacente del più ampio numero di possibili interessati e, allo stesso tempo, ingiustificatamente discriminante rispetto alle ragioni di coloro che ancora non abbiano aderito (rinviando tale valutazione in base all'esito del processo). Sta di fatto che si è proposto in dottrina di attribuire al giudice il potere di fissare, con l'ordinanza con la quale viene disposta la pubblicazione della proposta, un ulteriore termine per aderire ai sensi dell'art. 840 *quinqüies* c.p.c.²⁵

Onde evitare un'ulteriore occasione di disparità di trattamento rispetto all'ipotesi compositiva successiva alla sentenza di accoglimento, all'accordo in parola deve pure riconoscersi efficacia esecutiva.

6. L'ACCORDO TRANSATTIVO O CONCILIATIVO TRA LE (SOLE) PARTI

Dall'ipotesi appena esaminata va distinta quella disciplina dall'art. 840 *bis*, 6° comma, c.p.c., secondo cui «*Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti ricorrenti, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta*

25. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure l'avvio di una nuova azione di classe».

La norma si riferisce all'accordo transattivo o conciliativo intervenuto tra le sole parti in causa, avente ad oggetto il diritto individuale del solo ricorrente. Non si tratta, quindi, di una ipotesi di conciliazione a carattere collettivo, della quale possono beneficiare anche gli altri membri della classe²⁶.

Peraltro, la norma è dettata in funzione della individuazione di un meccanismo *lato sensu* successorio per il caso in cui, a seguito della stipulazione dell'accordo, vengano meno, nel senso di perdita di interesse a coltivare il giudizio, il ricorrente o i ricorrenti. Meccanismo che, se non attivato, consente ai singoli aderenti precedentemente inerti di instaurare un processo per far valere il proprio diritto in via autonoma oppure di farsi promotori di una nuova azione di classe.

7. L'ACCORDO TRANSATTIVO TRA RAPPRESENTANTE COMUNE DEGLI ADERENTI E CONVENUTO DOPO LA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO

Anche dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento può essere raggiunto un accordo, che questa volta la norma qualifica espressamente come avente "natura transattiva".

A questo proposito, il 2° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. stabilisce che il rappresentante comune (nominato dal tribunale con la sentenza stessa tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare: art. 840 *sexies*, 1° comma, lett. g), nell'interesse degli aderenti, può predisporre con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità un apposito *schema*. Lo schema è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'art. 840 *ter*, 2° comma, c.p.c. ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente (v. il 3° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.).

Entro quindici giorni dalla comunicazione, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Tali contestazioni possono riguardare la personale posizione dell'aderente, il riconoscimento della somma in una determinata misura o, in generale, la convenienza della soluzione negoziale prospettata²⁷. Deve escludersi che esse possano determinare una diretta modificazione dell'accordo stesso, poiché al contrario servono ad esprimere solo la volontà di non accettare le condizioni ivi stabilite. Sicché, con le proprie contestazioni l'aderente attua una sorta di *opt out* rispetto alla soluzione concordata contenuta nello schema proposto²⁸.

26. Cfr. D. Amadei, *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, in *Giur. it.*, 2019.

27. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

28. D. Amadei, *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, cit.

Invece, nei confronti degli aderenti che non formulino contestazioni, lo schema di accordo si considera non contestato (è quanto dispone, in modo quasi lapalissiano, il 4° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.) e, dunque, accettato.

L'accordo transattivo vero e proprio può essere stipulato soltanto dopo che il rappresentante comune abbia avuto l'autorizzazione – anch'essa soggetta a pubblicazione e comunicazione – da parte del giudice delegato, la quale deve intervenire entro trenta giorni dalla scadenza del termine previsto per la comunicazione dello schema, previa valutazione degli interessi degli aderenti (v. il 5° e il 6° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.). Con quest'ultima formula pare che il legislatore abbia voluto conferire al giudice il potere discrezionale di vagliare il merito dell'accordo e, dunque, la convenienza dello stesso per gli aderenti; il sindacato giudiziale, peraltro, deve considerarsi comprendere anche il profilo della regolarità formale.

Tuttavia, nonostante il rilascio dell'autorizzazione, l'accordo può non essere formalizzato se entro quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento di autorizzazione stessa, l'aderente che aveva sollevato contestazioni rispetto allo schema di accordo, priva il rappresentante comune della facoltà di procedere in tal senso (v. il 7° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., che, però, disciplina una fattispecie diversa dalla revoca del rappresentante in ogni con decreto da parte del giudice ex art. 840 *sexies*, 6° comma, c.p.c.). Una sorta di "doppio veto" che l'aderente esprime dapprima sotto forma di "contestazione" e poi sotto forma di negazione al rappresentante comune del potere di stipula.

In mancanza di veti, l'accordo transattivo può essere concluso e sottoscritto dal convenuto e dal rappresentante comune, il quale è chiamato a certificare l'autografia di tali sottoscrizioni (inspiegabilmente, anche quella da egli stesso apposta!).

L'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, 2° comma, c.p.c., non diversamente da quanto prescritto per l'accordo di conciliazione raggiunto all'esito del procedimento di mediazione di cui al d.lgs. 28/2010 (v. l'8° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.). Trattandosi di conciliazione raggiunta nell'interesse degli aderenti e dal loro rappresentante comune, può ritenersi esperibile l'esecuzione forzata in forma collettiva (o concorsuale) di cui all'art. 840 *terdecies* c.p.c.

A beneficiare di questo accordo – in particolare della sua idoneità esecutiva e a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale – può essere anche il ricorrente, il quale può esprimere la propria adesione entro il termine di quindici giorni di cui al 7° comma (v. il 9° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.)²⁹.

29. Ai sensi del 10° comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., "*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando l'azione è promossa da un'organizzazione o un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma, e l'accordo può avere riguardo anche al risarcimento del danno o alle restituzioni in favore degli aderenti che abbiano accettato o non si siano opposti all'accordo medesimo*".

8. LA CONCILIAZIONE NELL'AZIONE COLLETTIVA INIBITORIA

Un cenno all'azione collettiva inibitoria (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.) appare opportuno e alle opportunità conciliative attualmente disponibili.

In via del tutto preliminare, va ricordato che nell'impianto della riforma del 2019 essa assume carattere generale e si affianca a quella già regolata dall'art. 37 cod. cons. (monca, però, del riferimento ai contestualmente abrogati art. 139 e 140 cod. cons.)³⁰, ma anche a quelle di cui agli art. 2601 c.c. e 28 St. lav., norme speciali espressamente fatte salve in quanto tali.

La legittimazione ad agire è attribuita a «chiunque abbia interesse» ad una pronuncia diretta non solo all'accertamento di una responsabilità, ma anche alla cessazione e al divieto di reiterazione di atti e comportamenti (o omissioni), posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti. Il che non esclude che nel novero dei soggetti legittimati rientrino le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta plurioffensiva, sempre che esse presentino il requisito della iscrizione nell'apposito elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

E' previsto che il provvedimento di condanna inibitoria sia assistito dall'adozione di una misura coercitiva ex art 614 *bis* c.p.c., con l'importante novità che il tribunale può, su istanza di parte, emettere la misura «anche fuori dei casi ivi previsti» dalla norma citata. Il che sembra legittimarne l'applicazione anche a controversie, quelle di lavoro ex art. 409 c.p.c., rispetto alle quali la figura generale codicistica contempla una netta chiusura.³¹

Non del tutto chiare sono le ragioni per le quali il legislatore abbia optato per forme procedurali di tipo camerale ex art. 737 ss. c.p.c., in quanto compatibili, operando un'evidente distinzione rispetto a quelle assegnate all'azione di classe.

Ciò premesso, con specifico riferimento all'oggetto del presente intervento, va sottolineato che, una volta soppresso l'art. 140 cod. cons., è venuto meno il meccanismo di conciliazione ivi previsto per l'azione inibitoria collettiva³². L'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. non prevede alcunché al riguardo.

30. Cfr. D. Amadei, *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele ed attuazione*, Torino, 2018, nonché, in precedenza, A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit.

31. D. Dalfino, *Azione di classe*, loc. cit.

32. Ai sensi dell'art. 140, commi 2° a 6°, cod. cons., «Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'art. 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'art. 2, comma 4, lett. a), della l. 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'art. 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni. // Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, è depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale

Questo non toglie che, per un verso, l'esigenza di addivenire a soluzioni negoziali sia particolarmente avvertita anche nel caso in cui sia richiesta una pronuncia di inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, volta all'ottenimento di un ordine di cessazione o di un divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva³³; per un altro, la conciliazione sia sempre possibile utilizzando strumenti già esistenti.

Proprio con riferimento a quest'ultimo profilo, nulla esclude che il giudice in corso di causa eserciti i poteri di cui agli art. 185 e 185 *bis* c.p.c. oppure quelli di cui all'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010 (c.d. mediazione delegata). Invece, per l'applicazione dei meccanismi conciliativi previsti per l'azione di classe dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., occorrerebbe una previa verifica di compatibilità. Il che non esclude che, in mancanza di previsioni espresse, rimarrebbe qualche dubbio sulla individuazione della precisa potenzialità esecutiva dell'eventuale accordo e sulla sua idoneità a costituire titolo per iscrivere ipoteca giudiziale³⁴.

IV. MEDIAZIONE E AZIONE DI CLASSE

La previsione di specifici strumenti conciliativi non esclude di per sé che con riguardo alle controversie risarcitorie collettive si possa addivenire ad un accordo seguendo strade differenti. Una di queste potrebbe essere rappresentata dalla mediazione disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

9. IL MANCATO COORDINAMENTO TRA LA L. 31/2019 E IL D.LGS. 28/2010

In realtà, dall'esame dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. emerge in tutta la sua problematicità un vero e proprio difetto di coordinamento con le disposizioni del d.lgs. 28/2010.

si è svolto il procedimento di conciliazione. // Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo». Se il tentativo di conciliazione era facoltativo, non lo era, invece, l'altra attività contemplata dall'art. 140 cod. cons., finalizzata anch'essa a comporre la lite, che funzionava come condizione di procedibilità e consisteva nella necessità che le associazioni inviassero una lettera raccomandata con avviso di ricevimento al soggetto da esse ritenuto responsabile, al fine di richiedere la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti e che attendessero quindici giorni almeno prima di proporre l'azione inibitoria. Cfr. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 431 ss.

33. E' questo il contenuto dell'azione collettiva inibitoria disciplinata dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., che può essere proposta dalle organizzazioni o dalle associazioni senza scopo di lucro – i cui obiettivi statutari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta plurioffensiva – iscritte nell'apposito elenco ministeriale, nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività.
34. Cfr. I. Pagni, in *Giur. it.*, 2019.

In particolare, l'art. 5, comma 1 *bis*, d.lgs. cit. stabilisce tuttora che la condizione di procedibilità ivi prevista, consistente nell'obbligatorio esperimento del procedimento di mediazione in via preliminare rispetto all'esercizio dell'azione giudiziale in una delle tredici materie ivi contemplate, «*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*». Gli art. 140 e 140 *bis* cod. cons. (ma non l'art. 37), però, sono stati abrogati dalla l. 31/2019 e la norma del d.lgs. 28 appena riportata non è stata corrispondentemente adeguata. La prima questione che si pone, dunque, è se, per effetto di tale abrogazione, sia stata estesa all'azione di classe la suddetta condizione di procedibilità.

Una questione per certi versi analoga si pone con riguardo a quanto disposto dall'art. 15, 1° comma, d.lgs. cit., secondo cui «*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*». Anche l'art. 140 *bis*, 15° comma, cod. cons. conteneva il principio di non assoggettamento degli aderenti dissenzienti rispetto all'intesa *inter alios*³⁵. Una volta abrogata la norma del codice del consumo senza alcun adeguamento dell'art. 15 d.lgs. 28 cit., non è chiaro se l'accordo di conciliazione raggiunto in sede di mediazione possa esplicare effetti *ultra partes* in mancanza di un esplicito consenso.

A ben vedere, il problema dovrebbe porsi ancora più a monte. Ci si dovrebbe chiedere, infatti, se in base al combinato disposto degli art. 840 *quaterdecies* c.p.c. e 5, comma 1 *bis*, possa ancora affermarsi la compatibilità tra azione di classe e procedimento di mediazione.

Elementi di diritto positivo in senso ostativo non ve ne sono. Sarebbe arbitrario dedurre l'incompatibilità dalla semplice constatazione del difetto di coordinamento tra l. 31/2019 e d.lgs. 28/2010, che, come tale, potrebbe essere frutto di una semplice svista del legislatore. E sarebbe anche arbitrario, molto probabilmente, fare leva solo sul mancato adeguamento degli art. 5, comma 1 *bis* e 15 d.lgs. 28 cit., che invece continuano a riferirsi a norme abrogate.

Per risolvere il problema pare utile fare un passo indietro.

Nella Relazione illustrativa del d.lgs. 28 cit. si legge che l'esclusione della mediazione quale "filtro" di accesso alla giurisdizione nelle controversie collettive di tipo risarcitorio oppure inibitorio, «*nasce o dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità*» oppure «*dalla constatazione che non è concepibile una mediazione*

35. «*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*».

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».

Con specifico riferimento all'azione di classe, nel vigore dell'art. 140 *bis* cod. cons., sino a che non fosse scaduto il termine per effettuare l'adesione all'azione da parte dei consumatori e utenti titolari dei diritti che si assumono violati dalla condotta plurioffensiva, non sarebbe stato possibile stabilire l'esatta quantificazione del danno complessivo, non conoscendosi, infatti, il numero esatto di coloro che avrebbero avanzato la propria pretesa attraverso l'adesione stessa. Un'ipotetica istanza di mediazione proposta prima di questo momento, avrebbe rischiato di non sortire alcun effetto, perché, in ogni caso, si sarebbe dovuto attendere la definizione del numero degli aderenti, il provvedimento di inclusione o esclusione dalla classe e la loro eventuale manifestazione di volontà di accedere alla mediazione.

Dal quadro normativo precedente, comunque, non emergeva di per sé alcuna incompatibilità *ex se* tra l'azione risarcitoria e la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, dovendosi soltanto escludere l'obbligatorietà dell'esperimento di quest'ultima prima dell'esercizio dell'azione risarcitoria³⁶ e tenere ferme la possibilità di raggiungere un accordo (anche sotto forma di transazione) di conciliazione dopo la scadenza del termine per aderire e la necessità del consenso degli aderenti.

Senonché, il concreto svolgimento del procedimento di mediazione con riferimento all'azione di classe poteva porre ulteriori questioni.

In primo e più importante luogo, occorre stabilire se al procedimento potessero partecipare tutti gli aderenti all'azione ovvero se questo dovesse ritenersi ristretto al proponente e all'impresa.

Sul piano teorico, la soluzione dipendeva principalmente dalla natura che si intendeva riconoscere al rapporto sussistente tra proponente e aderente, se esso

36. Se era posto fuori gioco il modello della mediazione obbligatoria, non significava che non si potesse far ricorso a quello della mediazione volontaria. In altri termini, nessuna norma impediva alle parti di instaurare liberamente il procedimento in via preventiva. Indubbiamente, sul piano concreto, un'iniziativa del genere non avrebbe avuto un'effettiva utilità, soprattutto per l'impresa, posto che sarebbe stato preciso interesse di quest'ultima intavolare una mediazione il più allargata possibile, onde addivenire a un accordo tendenzialmente "tombale" (idoneo, cioè, ad assorbire il maggior numero di pretese risarcitorie). Una conciliazione raggiunta in via preventiva avrebbe esplicitato effetti nei confronti del solo proponente e dell'impresa, conservando, quindi, carattere individuale; sebbene non si potesse certo escludere l'interesse dell'impresa ad accordarsi il più presto possibile con il proponente, anche al solo fine di "disinnescare" l'azione di classe prima ancora che questa fosse dichiarata ammissibile e si aprisse la fase delle adesioni. Cfr. D. Dalfno, *Mediazione civile e commerciale*, cit., *sub art. 5 e 15*.

Allo stesso modo, non vi era alcuna astratta incompatibilità con il modello della mediazione "da clausola", di cui all'art. 5, 5° comma, d.lgs. 28 cit. e con quello della mediazione c.d. "disposta" dal giudice, di cui all'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28 cit.

comprendesse o no di per sé il potere di promuovere un’iniziativa stragiudiziale a fini conciliativi. Nel primo caso, *nulla quaestio*, poiché il proponente sarebbe stato senz’altro legittimato a depositare l’istanza; nel secondo, invece, non avrebbe potuto farlo se non previa acquisizione del relativo potere.

In secondo luogo, la partecipazione attiva al procedimento da parte degli aderenti avrebbe potuto comportare problemi di gestibilità del conflitto da parte del mediatore. Ciò avrebbe reso opportuno far sì che il primo incontro e le sessioni di ascolto si svolgessero tra il solo proponente, munito del relativo potere, e l’impresa.

In terzo luogo e coerentemente, ai fini della formulazione della proposta conciliativa, la richiesta «concorde» delle parti (v. art. 11 d.lgs. 28 cit.) avrebbe dovuto essere riferita alla volontà del proponente e dell’impresa, non potendo prendere parte al procedimento gli aderenti all’azione di classe. Allo stesso modo, la comunicazione per iscritto della proposta conciliativa avrebbe dovuto essere effettuata al solo proponente e non agli aderenti.

Ciò ricordato, con riguardo alle norme attualmente in vigore (artt. 5, comma 1 *bis* e 15 d.lgs. 28 cit. e art. 840 *quaterdecies* c.p.c.) è possibile in astratto sostenere le seguenti due soluzioni interpretative contrastanti:

a) il rinvio all’art. 140 *bis* cod. cons. deve ritenersi sostituito automaticamente da quello agli art. 840 *bis* ss. c.p.c.; in questo caso, si dovrebbero pazientemente ricostruire i rapporti tra l’invariata disciplina del procedimento di mediazione e quella del tutto innovata dell’azione di classe;

b) l’abrogazione dell’art. 140 *bis* cod. cons. ha determinato la sopravvenuta incompatibilità tra procedimento di mediazione e azione di classe.

In favore di quest’ultima tesi si è espressa una parte della dottrina³⁷, la quale ha osservato che la mediazione può avere ad oggetto soltanto diritti disponibili e mira ad evitare il giudizio. Esclusa senz’altro l’applicabilità del “filtro” di procedibilità per ragioni non molto diverse da quelle che già sono state messe in evidenza con riguardo alla vecchia disciplina, questa dottrina sostiene che l’azione di classe «nel suo profilo strettamente rimediale, denota quel carattere indisponibile – o semidisponibile» – come emerge dall’art. 840 *quaterdecies* c.p.c., «che attribuisce al giudice un ruolo di garanzia degli interessi degli aderenti» – che porta ad escludere la compatibilità con la mediazione anche in corso di causa sotto forma di mediazione delegata e anche su base volontaristica.

Orbene, questa tesi non può essere condivisa, perché poggia su un’eccessiva enfaticizzazione del momento pubblicistico dell’azione di classe, che, invero, appare alquanto sfumato.

37. R. Donzelli, *La conciliazione*, loc. cit.

In particolare, dedurre l'indisponibilità o semi-indisponibilità del rimedio dal potere del giudice di formulare una proposta conciliativa o transattiva prima della definizione del processo e dal potere sempre attribuito al giudice di approvare, nell'interesse degli aderenti, l'accordo raggiunto dopo la sentenza di accoglimento tra rappresentante comune e impresa convenuta, sembra eccessivo. I diritti individuali omogenei fatti valere costituiscono pur sempre l'oggetto del processo (quando questo non è limitato all'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta) e di questi diritti si dispone proprio attraverso gli accordi compositivi disciplinati dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c.

L'intervento del giudice, invece, è volto a garantire che non si attuino forme di squilibrio o asimmetrie tra le parti in sede negoziale e, perciò, presenta i tratti di un intervento di "giustizia contrattuale" nel primo senso innanzi riferito, vale a dire di giustizia *nel* o *del* contratto, effettuato *ex ante*.

L'accento, in materia conciliativa, va posto quindi proprio sull'oggetto dell'atto di disposizione, dal che deriva che nessuna incompatibilità teorica sussiste tra procedimento di mediazione e azione di classe. Piuttosto, vale la pena sottolineare che i difetti di coordinamento e di adeguamento normativo segnalati meriterebbero un secondo e più accurato provvedimento del legislatore atto a dirimere le questioni, che, si ribadisce, sembrano destinate ad affannare gli interpreti soprattutto sul piano pratico.