

CAPITOLO PRIMO

L'IMPATTO DELL'AZIONE DI CLASSE: GRANDI SPERANZE E DIFFICOLTÀ DI ADATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Il problematico esordio dell'azione di classe. – 2. La prima azione di classe in materia bancaria: l'impostazione del giudizio. – 3. La prima azione di classe in materia bancaria: gli esiti deludenti. – 4. Il superamento del vaglio di ammissibilità nel caso della commercializzazione dei test diagnostici.

1. *Il problematico esordio dell'azione di classe*

Esordio in tono minore dinanzi ai giudici piemontesi ¹ – con l'ovvio

¹ Si allude alla vicenda processuale in cui è stata coinvolta una primaria banca italiana, in senso alla quale è stato reso il primo provvedimento in ordine all'ammissibilità. La domanda è stata dichiarata inammissibile da Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2523, con nota di richiami A.D. DE SANTIS (commentata altresì da M. LIBERTINI e M. MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 882; A. RONCO, *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, in *Giur. it.*, 2010, 2605; B. ZUFFI, *La duplice debacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al Tar Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, *ibid.*, 2612; E. RUGGERI, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1490; S.A. CERRATO, *Un debutto "stonato" per la "nuova" class action italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 619; V. SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corriere merito*, 2010, 1048; A. GIUSSANI, *La prima "uscita" della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti*, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 27, 16; in argomento, cfr. altresì G. COSTANTINO e C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corriere giur.*, 2010, 985). La pronuncia è stata confermata in sede di reclamo da App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530, con nota di A.D. DE SANTIS, *Brevissime notazioni sulla nuova azione di classe ex art. 140 bis cod. consumo*

disappunto dei suoi sostenitori, solo parzialmente mitigato dal via libera concesso in un ulteriore procedimento instaurato presso il tribunale ambrosiano², cui peraltro ha fatto seguito una serie di naufragi occorsi quando ancora i vascelli non avevano raggiunto il mare aperto³ – per lo strumento di tutela superindividuale che, nel tentativo di rievocare l'aura di prestigio associata all'archetipo di matrice statunitense, potremmo etichettare (riprendendo una dizione utilizzata nella prassi, talvolta con un punta di sarcasmo, e persino recepita nel gergo legislativo) come *class action* all'italiana. L'istituto autoctono, che invero si distacca in maniera considerevole dal meccanismo omologo in voga al di là dell'Atlantico⁴, almeno in teoria si propone di agevolare il ristoro dei pre-

(commentata da A. GIUSSANI, *Legittimo subordinare l'avvio della class action alla non manifesta infondatezza della domanda*, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 47, 62). Per una valutazione complessiva dei due gradi di giudizio, v. L. FRATA, *Il percorso a ostacoli dell'azione di classe: il primo caso*, in *Danno e resp.*, 2011, 78 ss.

² Cfr. Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 617, con nota di richiami di A.D. DE SANTIS.

³ A quanto consta nei primi mesi del 2011 sono intervenute quattro ordinanze di inammissibilità: due rese dall'ottava sezione civile del Tribunale di Roma [Pres. Santamaria, Rel. D'Ovidio] in data 25 marzo 2011, contrassegnate dai nn. 2784 e 2794 (in tali controversie venivano suscitate questioni in materia di contratti bancari; in entrambi i casi lo *stop* è stato decretato in ragione dell'inapplicabilità *ratione temporis* della disciplina dettata dall'attuale versione dell'art. 140 *bis* cod. consumo, in quanto gli illeciti denunciati si sarebbero realizzati nel momento in cui era stata data comunicazione ai clienti delle modifiche di alcune clausole contrattuali, il che risaliva ad un'epoca non assoggettata alla sfera di influenza di detta disciplina); l'ordinanza emessa dalla prima sezione civile del Tribunale di Torino [Pres. Dominici, Rel. Liberati] in data 7 aprile 2011 (dove, a fronte di istanze rivolte ancora una volta contro una banca, si è evidenziata l'inconfigurabilità di una legittimazione straordinaria multipla del consumatore a far valere il diritto di cui egli è titolare sia in proprio, sia tramite un soggetto collettivo, con la conseguente inidoneità del mandato conferito all'associazione; e, quanto alla residua posizione del singolo, si è rilevata l'inadeguatezza di quest'ultimo a curare gli interessi della classe); nonché l'ordinanza resa dalla tredicesima sezione civile del Tribunale di Roma [Pres. Mangano, Rel. Maselli] in data 11 aprile 2011 (in questa circostanza, l'azione volta al risarcimento dei danni derivanti dal consumo di sigarette è stata bloccata sul nascere, oltre che per forti perplessità sulla fondatezza della pretesa avanzata, per via dell'eterogeneità delle situazioni dei singoli consumatori).

⁴ Per una preziosa sintetica ricostruzione del modello statunitense di *class action*, v. N. TROCKER, *Class actions negli Usa - E in Europa?*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2009, 178. L'Autore evidenzia come il modello d'oltreoceano «meriti di essere preso in attenta considerazione per le indicazioni utili che può dare al riformatore europeo» (p. 180), concludendo il proprio saggio con un chiaro monito: «per proteggere efficacemente i

giudizi con caratteristiche omogenee subiti da una pluralità di soggetti inquadrabili nella figura del consumatore⁵. L'impatto con la realtà si è rivelato davvero poco confortante per l'azione di classe prevista dall'art. 140 *bis* del codice di consumo, nella versione introdotta dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, che è stata consegnata nelle mani dei soggetti candidati a darvi impulso all'inizio del 2010, dopo aver preso il posto dell'azione collettiva risarcitoria contemplata da una precedente formulazione della medesima disposizione, che peraltro non era mai divenuta realmente operativa⁶. I primi provvedimenti giurisdizionali di cui si è avuta notizia, resi in una delle controversie che hanno fatto da apripista, non lasciano certo presagire un futuro roseo per l'azione in esame⁷, incapace di passare indenne il filtro preliminare dello scrutinio di ammissibilità della domanda. Nelle aule di giustizia torinesi, dove è andato in scena il debutto dell'azione di classe, sia il tribunale adito, sia la Corte d'appello, che si è pronunciata in sede di reclamo avverso l'ordinanza emessa in prime cure, hanno

propri cittadini e, se si vuole, per sostenere la competizione fra sistemi giurisdizionali, l'Europa è chiamata a predisporre un adeguato apparato di rimedi; e tra questi un efficiente sistema di tutela collettiva di funzionalità analoga a quello delle *class actions* americane» (p. 229). Sulle difficoltà di adattamento, v. A. FRIGNANI e P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2009, 5. Nel senso che «la vicinanza della nuova azione di classe rispetto alla *class action* americana è [...] solo apparente», v. M. WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Resp. civ.*, 2010, 1675.

⁵ Secondo A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizione degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori* in *Foro it.*, 2010, V, 252, si tratta dell'intervento legislativo «più importante in tema di cumulo nello stesso processo di azioni risarcitorie».

⁶ Sulle vicissitudini dell'art. 140 *bis* cod. consumo, con il passaggio dall'azione collettiva risarcitoria all'azione di classe, si rinvia al capitolo secondo.

⁷ Nonostante le non disprezzabili intenzioni del legislatore, si mostrano pessimisti sulle sorti dell'azione di classe G. COSTANTINO e C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, cit., 985, i quali osservano che «La previsione della tutela collettiva risarcitoria dovrebbe realizzare una pluralità di obiettivi: dovrebbe contribuire a ristabilire fiducia nel mercato, rassicurando i consumatori e gli utenti con la previsione di efficaci strumenti di deterrenza e non solo di protezione; dovrebbe soddisfare l'interesse delle imprese convenute alla predeterminazione dei danni; dovrebbe contribuire alla deflazione del contenzioso; dovrebbe consentire l'emersione di una domanda di giustizia altrimenti inespressa; dovrebbe, infine, orientare verso gli uffici giudiziari nazionali il *forum shopping*. Appare ragionevole dubitare che la nuova disciplina, pur migliorata non poco, possa dirsi idonea a questi scopi».

ravvisato (sconfessando ambedue le richieste del pubblico ministero, che è tenuto ad intervenire in causa proprio ed esclusivamente ai fini dell'ammissibilità della domanda) la sussistenza di un impedimento alla prosecuzione del giudizio, preclusivo rispetto all'eventuale aggregazione di portatori di pretese analoghe a quella vantata dall'attore e all'esame dei profili di merito. Il fattore ostativo ha assunto nel caso di specie le sembianze del difetto di interesse ad agire in capo al singolo che, per il tramite di un'associazione rappresentativa dei consumatori, aveva promosso la causa; carenza, questa, che si riverbera sulle probabilità di accoglimento della domanda, facendola apparire *prima facie* infondata. Il cammino dell'azione di classe sin dalle prime battute si presenta, dunque, in salita; e ciò, al di là delle secche in cui si è arenato il cennato tentativo, per una serie di intoppi che fanno pensare all'azione come ad una "corsa ad ostacoli", oltre che per la ragione di fondo derivante dall'ostracismo alla logica dell'*opt-out*⁸.

Difficoltà, quelle che aleggiano sull'azione di classe, e che in parte sono già state sperimentate, cui fanno da contrappunto i successi (parziali) ripetutamente mietuti dal fronte consumeristico mercé l'innescamento di differenti meccanismi di tutela superindividuale, ispirati al modello dell'azione rappresentativa, nel quale l'iniziativa è in mano a un soggetto collettivo che persegue gli interessi degli appartenenti alla categoria, cercando di ottenere misure da cui potranno trarre vantaggio tutti coloro che subiscono una determinata prevaricazione. Si allude, in particolare, alle vittorie riportate, non di rado anche in tempi sufficientemente rapidi grazie all'attivazione della tutela cautelare, sul terreno della c.d. azione inibitoria collettiva, ossia dell'azione prevista dall'art. 140 cod. consumo, disposizione che abilita le associazioni rappresentative a livello nazionale dei consumatori e degli utenti, iscritte nell'apposito elenco, a rivolgersi al giudice competente affinché adotti una serie di provvedimenti finalizzati a contrastare, in chiave preventiva o repressiva, le viola

⁸ Propende decisamente verso l'*opt-out* V. VIGORITI, *Finalmente, l'azione di classe: primi rilievi*, in *Futuro. Giustizia. Azione collettiva. Mediazione*, a cura di V. VIGORITI e G. CONTE, Torino, 2010, 22, secondo cui la scelta del legislatore italiano per *opt-in* «pare l'unico aspetto veramente criticabile del nuovo sistema, perché rischia di minare il fondamento stesso della tutela collettiva». Osservano, al proposito, R. PARDOLES-I. LINCESSO, «Glorious Basterds»: *meraviglie e sortilegi del Google Books Settlement*, in *Foro it.*, 2011, V, 14, che senza l'*opt-out* «piaccia o no, qualunque azione collettiva viene soffocata dall'apatia più o meno razionale dei potenziali interessati».

zioni degli interessi facenti capo a consumatori e utenti⁹. Quantunque la tutela prefigurata dall'art. 140 cod. consumo non metta capo a provvedimenti di condanna al pagamento di somme, di cui possano essere destinatari diretti i consumatori che abbiano sofferto una qualche penalizzazione di carattere economico, è accaduto che i giudici abbiano emesso nei confronti dei professionisti convenuti ordini che in via mediata tendono ad un risultato paragonabile a quello della reintegrazione patrimoniale. Si pensi, in forma più blanda, ai provvedimenti con cui si è imposta un'informazione capillare in ordine alla spettanza in capo a determinati consumatori di un credito pecuniario¹⁰ ovvero, con ben altro piglio, agli ordini congegnati in maniera tale che l'adeguamento al *decisum* postula pressoché inevitabilmente un versamento nelle mani dei consumatori¹¹.

C'è un ulteriore aspetto che va rimarcato: l'invocazione della tutela ri-

⁹ In virtù del comma 1 dell'art. 140 cod. consumo, le associazioni legittimate possono chiedere: «a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate».

¹⁰ Cfr. Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3514, che ha ordinato ad un operatore televisivo satellitare di avvisare a sue spese, attraverso l'invio di una missiva cartacea e la pubblicazione sul suo sito Internet, i propri ex clienti dell'esistenza del diritto alla restituzione dei corrispettivi versati per l'esercizio del recesso anticipato. Il provvedimento è stato confermato, in sede di reclamo da Trib. Roma, ord. 17 aprile 2009, *ibid.*, 3513, dove si è sottolineato che l'esigenza di assicurare una tempestiva informazione dei consumatori interessati dagli effetti del provvedimento giustifica l'ordine di inviare una missiva cartacea ai propri ex clienti, tenuto conto della sostanziale estraneità dei destinatari ai consueti canali informativi utilizzati dall'impresa per comunicare con i propri abbonati.

¹¹ Cfr. Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2679, con nota di A.D. DE SANTIS (commentata dallo stesso A.D. DE SANTIS, *Questioni in tema di tutela inibitoria collettiva, misure «ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2008, 2800, che ha ordinato al gestore di una *pay-tv* satellitare di riaccreditarne in unica soluzione, in occasione della prima fatturazione successiva all'emanazione del provvedimento, in favore di tutti gli abbonati in data antecedente al 1° gennaio 2008, cui era già stato addebitato un costo aggiuntivo rispetto a quello previsto contrattualmente per la spedizione delle riviste contenenti informazioni sul palinsesto delle trasmissioni dei canali satellitari, l'intera somma percepita, maggiorata degli interessi legali dalle date di ogni addebito.

sarcitoria “di classe”, sonoramente bocciata dai giudici piemontesi, si muoveva sul campo dei rapporti bancari, nel quale l’inibitoria collettiva aveva prodotto risultati significativi, anche nella sua variante (settoriale e con alcuni adattamenti¹²) in cui prende di mira le clausole abusive contenute nelle condizioni generali di contratto circolanti o destinate ad essere immesse sul mercato per governare i rapporti seriali tra uno o più professionisti e la loro clientela di impronta consumeristica. In effetti, i modelli contrattuali più diffusi nel settore bancario sono stati sottoposti ad un’indagine puntigliosa alla ricerca di vessazioni foriere di significativi squilibri a carico del consumatore. Lo scrutinio giudiziale ha provocato la messa al bando di un cospicuo numero di condizioni generali predisposte da alcune banche o elaborate dalla principale associazione di categoria¹³.

¹² Sull’azione inibitoria di clausole abusive, attualmente disciplinata dall’art. 37 cod. consumo, si rinvia al secondo paragrafo del secondo capitolo.

¹³ Il giudizio di più ampio respiro è quello che si è svolto dinanzi ai giudici capitolini: in primo grado, v. Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045, con nota di P. LAGHEZZA e A. PALMIERI, *Consumatori e clausole abusive: l’aggregazione fa la forza* (annotata altresì da A. ORESTANO, *L’inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori*, in *Corriere giur.*, 2000, 496; A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, *ibid.*, 527; V. BUONOCORE, *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 237; M. DE POLI, *Clausole vessatorie, norme bancarie uniformi e azione inibitoria*, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 495; P. SIRENA, *Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*, *ibid.*, 501; S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove*, *ibid.*, II, 513; V. MARICONDA, *Il provvedimento del Tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Contratti*, 2000, 561; D. SALOMONE, *Clausole vessatorie e contratti bancari - Una innovativa sentenza del Tribunale di Roma*, in *Giur. it.*, 2000, 1849; S. D’ARIENZO, *L’inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori*, in *Nuovo dir.*, 2000, 737; F. DI MARZIO, *Clausole abusive e contratti bancari*, in *Dir. fallim.*, 2001, II, 200; F. BOCHICCHIO, *Il controllo sostanziale sulle clausole vessatorie nei contratti d’impresa ed il settore bancario e finanziario: controllo dell’attività d’impresa a tutela dei consumatori o negazione del potere d’impresa?*, *ibid.*, 450), che è stata parzialmente riformata da App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332, con nota di A. PALMIERI (annotata altresì da A.A. DE MARCO, *L’inibitoria delle clausole abusive nei contratti bancari con i consumatori*, in *Contratti*, 2003, 113; L. DE RENTIIS, *La tutela inibitoria collettiva accordata alle associazioni rappresentative dei consumatori verso le condizioni generali di contratto connotate dal carattere della abusività* in *Giur. it.*, 2003, 904; A. FICI, *Ancora sull’inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche*, in *Corriere giur.*, 2003, 478; G. BERTOLO, *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 497; P. FABBIO, *Questioni in materia d’inibitoria*

Il contenzioso è approdato anche in Cassazione, dove è stata in modo inoppugnabile acclarata l'abusività di alcune clausole contestate – segnatamente quelle in tema di *ius variandi* e di limitazioni alla responsabilità nel servizio di cassette di sicurezza –, con l'importante puntualizzazione che la sentenza con cui il giudice inibisce l'uso di clausole abusive produce effetto non soltanto *pro futuro*, ma anche rispetto ai rapporti già esistenti al momento della pronuncia¹⁴. L'altro fronte dove la temperatura si è surriscaldata ha riguardato le pendenze dei rapporti di conto corrente nei quali si era innestata, per quanto riguarda il computo degli interessi, la prassi anatocistica secondo modalità considerate perfettamente legittime fino all'importante e clamoroso *revirement* della Suprema Corte nel 1999¹⁵. Nell'ottica di agevolare il recupero, da parte di correntisti ri-

collettiva ex art. 1469 sexies c.c. alla luce della l. 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti, ibid., 722). Consta un altro intervento, dalla portata senza dubbio più circoscritta, ad opera del Tribunale di Bolzano, che ha inibito l'uso della clausola, contenuta nelle condizioni generali predisposte da una banca per disciplinare i contratti di conto corrente bancario, che obbligava il cliente a corrispondere una somma a titolo di commissione per la richiesta di estinzione del conto, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo eserciti il diritto di recesso, a seguito della comunicazione da parte dell'istituto di credito della unilaterale modificazione dei tassi, dei prezzi e altre condizioni, senza che la somma richiesta risulti corrispondere a spese effettivamente sostenute da parte della banca e adeguatamente motivate (v. sent. 11 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3245).

¹⁴ Cfr. Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, 2474, con nota di A. PALMIERI, *Contratti bancari e clausole abusive: l'inibitoria collettiva e i suoi effetti* (nonché in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1245, con nota di G. LA MARCA, *Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari*; *Resp. civ.*, 2008, 2465, con nota di E. GRAZIUSO, *Il giudizio di vessatorietà nei contratti dei consumatori e la legittimazione passiva delle associazioni dei professionisti*; *Giust. civ.*, 2009, I, 693, con nota di M. COSTANZA, *I consumatori: clienti speciali delle banche*), che ha respinto tutti i ricorsi proposti avverso App. Roma, 24 settembre 2002, cit.

¹⁵ La svolta della Cassazione si materializzava con due pronunce depositate a distanza di pochi giorni l'una dall'altra: iniziava la prima sezione civile che, con sent. 16 marzo 1999, n. 2374, in *Foro it.*, 1999, I, 1153, con osservazioni di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, dichiarava la nullità della clausola che prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale; seguiva dopo due settimane la terza sezione che, con sent. 30 marzo 1999, n. 3096, *ibid.*, ribadiva la natura non normativa dell'uso, negando che la predetta capitalizzazione trimestrale potesse operare automaticamente con effetto integrativo del contratto. Passavano altri diciotto giorni e il quadro era completato da Cass. 17 aprile 1999, n. 3845, *ibid.*, 1429, che escludeva la capitalizzazione degli interessi (moratori) dovuti dal cliente sul saldo debitore finale del conto corrente bancario dopo la chiusura dello stesso.

Il definitivo consolidamento di tale indirizzo si è avuto con Cass., sez. un., 4 novem-

masti vittime del fenomeno nel periodo in cui esso era tollerato, diversi tribunali, su impulso delle associazioni rappresentative, hanno sfruttato il meccanismo dell'inibitoria di condotte lesive dei diritti dei consumatori, per tentare di vincere le resistenze delle banche. All'uopo sono stati escogitati ordini aventi pressappoco il seguente contenuto: il comando rivolto alle banche convenute è quello di astenersi dal respingere le istanze avanzate da consumatori, titolari di rapporto di conto corrente bancario, finalizzate al ricalcolo dell'esposizione debitoria, previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30 giugno 2000, ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della capitalizzazione trimestrale applicata agli interessi a debito sino a tale data, qualora il rifiuto sia fondato esclusivamente sulla piena validità ed efficacia della clausola che prevedeva detta capitalizzazione e la banca non abbia alcuna diversa eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente.

Da questo rapido *excursus* sulla casistica in tema di azioni collettive in materia bancaria, si nota come le potenzialità della tutela inibitoria non siano rimaste allo stato latente, consentendo di raccogliere alcuni risultati che, seppure non eclatanti, fanno parlare di un bilancio comunque positivo. A fronte di tali risultati, stride pertanto il macchinoso avvio dell'azione di classe, bloccata sul nascere per intoppi *lato sensu* procedurali. Sussiste però un singolare parallelismo, quanto allo specifico profilo su cui si sono appuntate le doglianze, tra il fallimento dell'azione di classe intentata dinanzi ai giudici piemontesi, e la vera e propria *debacle* cui è andata incontro un'azione di diversa natura, ma pur sempre orientata a riscattare la situazione dei consumatori, che si è invece sviluppata nel Regno Unito. Infatti, la vertenza italiana si prefiggeva l'obiettivo di trovare un'adeguata compensazione per i pregiudizi che i consumatori risentono a causa delle

bre 2004, n. 21095, *id.*, 2004, I, 3294, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*; G. COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*; F. FERRO-LUZZI, *Canone inverso - Le Sezioni Unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*, secondo cui la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con cui la Suprema Corte, ponendosi in contrasto con l'orientamento prima d'allora seguito, ha accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c., in quanto difettano i presupposti per riconoscere, anche con riguardo a detto periodo (e nonostante l'opposto orientamento espresso dalle pronunce dell'epoca), la convinzione dei clienti circa la doverosità giuridica di tale prassi.

disposizioni con cui, nei contratti di conto corrente bancario, si affronta il tema delle commissioni applicate ai clienti in caso di esposizioni debitorie del correntista. Dal canto proprio, la controversia d'oltremarina, promossa dall'Office of Fair Trading (OFT) nei confronti delle principali banche del Regno Unito, si proponeva anch'essa di stigmatizzare, sotto il profilo della disciplina sulle clausole abusive, il sistema tariffario previsto per le scoperture di conto (le censure si dirigono contro quelle che sono definite "*charges levied on personal current account customers in respect of unauthorised overdrafts*"). Ebbene, anche in questo caso l'iniziativa processuale si è dissolta in una bolla di sapone, in quanto all'esito dei tre gradi di giudizio la Supreme Court for the United Kingdom, in uno dei primi verdetti emessi dopo la sua istituzione, ha negato che l'OFT potesse sindacare le predette somme addebitate ai consumatori, contestandole perché eccessive rispetto ai servizi ad essi offerti¹⁶.

Registriamo, dunque, un problema analogo, che è stato affrontato, pur sempre nella cornice della tutela consumeristica, da due angolazioni diverse in Italia e nel Regno Unito, approdando comunque a mete poco soddisfacenti per i consumatori coinvolti nelle pratiche messe sotto accusa.

2. La prima azione di classe in materia bancaria: l'impostazione del giudizio

Il tanto atteso 2 gennaio 2010, giorno fatidico in cui si è accesa la luce verde per la proponibilità delle azioni di classe, il meccanismo veniva innescato da una delle associazioni la cui rappresentatività è certificata tramite l'iscrizione nell'elenco ministeriale, su incarico di un cliente di una primaria banca italiana – che, detto per inciso, ricopre anche un ruolo dirigenziale in seno alla medesima associazione. L'associazione evocava in giudizio dinanzi al Tribunale di Torino la banca con cui il promotore dell'azione intratteneva un rapporto contrattuale, chiedendo la condanna della convenuta al risarcimento del danno subito non solo dal promotore, ma – in sintonia con la logica del meccanismo di tutela collettiva – anche dagli altri clienti del medesimo istituto creditizio che, presentandosi

¹⁶ Il *judgment* è stato reso in data 25 novembre 2009, nel caso *The Office of Fair Trading v. Abbey National plc & Others*, [2009] UKSC 6.

in qualità di consumatori e trovandosi in situazione paragonabile a quella del promotore, avessero deciso di “scendere in campo”, unendosi all’iniziativa giudiziaria. Opzione, quest’ultima, che nella vicenda in esame non è mai divenuta concreta, dal momento che la fase dell’adesione dei consumatori appartenenti alla classe scatta soltanto dopo il responso positivo in punto di ammissibilità, che invece non è stato superato nella vicenda in esame.

Per comprendere le motivazioni che hanno condotto il collegio giudicante a decretare l’inesorabile stop alla controversia – come si è detto, avallato in sede di appello – è importante soffermarsi ad analizzare le doglianze del promotore dell’azione, sia sotto il profilo della natura degli addebiti mossi alla banca, sia sotto quello del pregiudizio derivante dalle asserite violazioni.

Le lamentele dell’attore si appuntavano su un aspetto alquanto problematico delle relazioni tra banca e cliente, recentemente interessato da alcune significative innovazioni nell’ambito della c.d. legislazione anti-crisi e perciò ancora allo stato magmatico: le remunerazioni, per così dire aggiuntive, richieste a fronte degli importi messi a disposizione dalla banca¹⁷. Il fenomeno può essere sinteticamente descritto nel modo se -

¹⁷ Tale aspetto è stato affrontato dall’art. 2 *bis* del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, che al comma 1 così dispone: «Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall’effettiva durata dell’utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all’importo e alla durata dell’affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l’indicazione dell’effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento». Di lì a poco l’art. 2, comma 2, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, aggiungeva due periodi in coda al comma testé citato, con l’intento di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto della commissione di massimo scoperto; in virtù di tale aggiunta, «l’ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell’importo dell’affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il

guente: specifiche clausole contrattuali prevedono che ai correntisti i quali, nell'arco del rapporto, si vengano a trovare anche temporaneamente al di sotto della soglia del pareggio tra dare e avere, vengano applicati non solo gli interessi al tasso previsto per le operazioni attive in senso tecnico (ossia, quelle che appaiono tali dal punto di vista della banca, laddove nell'ottica del cliente si tratta evidentemente di poste passive), ma anche determinate commissioni. Tali oneri possono gravare sui conti c.d. affidati, a fronte di esposizioni debitorie che si mantengano nei limiti del fido; oppure possono andare ad aumentare il costo del credito erogato al cliente, a prescindere dall'affidamento o perché questo *ab origine* non era stato concesso al cliente ovvero perché il fido è stato oltrepassato. Nell'odierna prassi bancaria, dopo il tramonto forzato dal legislatore della "commissione di massimo scoperto" imperante nella seconda metà del ventesimo secolo e nel primo scorcio del ventunesimo, si rinvengono commissioni variamente denominate e variamente configurate, ammissibili nel rispetto dei vincoli imposti all'autonomia privata. Tali commissioni, del resto, hanno ripercussioni anche sulla valutazione del carattere usurario degli interessi¹⁸.

Torniamo a questo punto all'azione intentata all'ombra della Mole per illustrare le clausole contestate e ritenute foriere di pregiudizio per i consumatori dalle stesse vincolati. Essenzialmente le censure si appuntavano, da un lato sulle clausole che prevedevano, per i conti non affidati, le "commissioni per scoperto di conto", computate a partire da una somma forfetaria destinata ad incrementarsi in ragione del saldo debitore, tenendo conto del fattore cronologico e di quello quantitativo, e con la previsione di un tetto massimo¹⁹; e dall'altro sulle clausole che stabilivano, per i conti affidati, l'operatività del "tasso debitore annuo nominale sulle somme utilizzate", suscettibile di essere applicato, nell'ipotesi di sconfi-

Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo». Per un primo commento sulle novità normative, v. B. INZITARI-P. DAGNA, *Commissioni e spese nei contratti bancari*, Padova, 2010.

¹⁸ Si veda il comma 2 del citato art. 2bis del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185.

¹⁹ Nel caso in esame, a quanto risulta dalla motivazione della pronuncia del Tribunale, le "commissioni per scoperto di conto" erano applicate nella misura di 2 euro per ogni giorno in cui sul conto si era determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 euro di saldo debitore (o frazione); si prevedeva altresì che l'importo massimo addebitabile sul conto per un trimestre solare non potesse valicare i 100 euro.

namento oltre il fido, in misura predeterminata e superiore a quella del saggio degli interessi praticati entro il fido stesso²⁰.

Il promotore dell'iniziativa sfociata nell'azione di classe, sul presupposto indiscusso di aver acceso un conto corrente bancario presso l'istituto convenuto, attaccava le clausole testé descritte, da cui affermava di essere stato colpito sì da risentire una diminuzione patrimoniale ed altre conseguenze sfavorevoli. L'attacco veniva sferrato sotto diverse angolazioni. La stessa (ingombrante) presenza delle predette clausole nel regolamento contrattuale e la loro applicazione comporterebbero, a detta dell'attore, molteplici violazioni foriere di pregiudizi per le situazioni soggettive facenti capo al promotore, come ad altri consumatori coinvolti in rapporti contrattuali dello stesso genere con l'identica impresa, riconducibili all'ambito di operatività dell'azione di classe. Invero, uno solo dei motivi di illiceità del *modus operandi* della banca, tra quelli evocati dall'attore, rimanda ad ambiti di protezione di esclusiva pertinenza consumeristica. Si allude evidentemente alla doglianza che inquadra nell'alveo delle pratiche commerciali scorrette la predisposizione e l'utilizzo delle clausole su cui si fonda l'obbligo pattizio di pagare commissioni aggiuntive in caso di esposizioni debitorie. Viene, dunque, ventilato l'accorpamento sotto l'egida di una ben precisa pratica commerciale delle condotte complessivamente poste in essere dalla banca al fine di programmare e realizzare il risultato preso di mira, e cioè l'ottenimento di compensi supplementari, assumendo poi che tale pratica presenti le caratteristiche che la rendono scorretta – e, come tale vietata – ai sensi dell'art. 20 cod. consumo²¹, ove posta in essere nei confronti dei consumatori. Quanto agli altri due profili di criticità individuati dall'attore, la valutazione sfavorevole dell'operato dell'impresa viene sollecitata alla stregua di corpi di regole che hanno una più vasta platea di destinatari, tra i quali evidentemente sono ricompresi anche i consumatori. Per un

²⁰ Dalla motivazione si apprende che, nel caso sottoposto al collegio giudicante, il “tasso debitore annuo nominale sulle somme utilizzate”, ammontava al 12,5%, applicabile sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito nel caso in cui si fosse determinato un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa; invece, per il credito concesso nei limiti del fido il tasso previsto era pari al 12%.

²¹ Si ricordi che i requisiti essenziali per affermare la scorrettezza di una pratica commerciale sono (e se ne richiede la compresenza) la contrarietà alla diligenza professionale e (quanto meno) l'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio raggiunto dalla pratica.

verso, si denuncia l'anticoncorrenzialità della pratica in esame, in quanto sarebbe il frutto di un cartello tra i più importanti esponenti del mondo bancario nazionale. Il sospetto di una violazione della disciplina antimopolistica, che sicuramente protegge anche i consumatori (anzi, secondo una determinata visione, è volta principalmente ad innalzare i livelli di benessere del consumatore), ma non è limitata a tale dimensione, nasceva dall'osservazione di un certo parallelismo tra le strategie adottate dai principali istituti dopo le misure legislative che mettevano all'indice la tradizionale commissione di massimo scoperto²². Il terzo ed ultimo fronte su cui veniva sferrato l'attacco era quello delle patologie contrattuali. Ma anche qui l'elemento scatenante non era ricercato in una delle varie regioni in cui si articola l'ampio spettro della tutela degli interessi contrattuali dei consumatori. In altri termini, non si fa valere un vizio che trova la sua collocazione e disciplina nel codice del consumo o in un'altra sede dove sono presi in esame altri brandelli extra-vaganti della disciplina consumeristica. Piuttosto si invoca in primo luogo un istituto tratto dalla disciplina contrattuale generale che, per definizione, non è proiettata sui soli consumatori, e lo si valorizza prendendo come riferimento una disciplina a carattere cogente di taglio settoriale, perché riferita a un solo settore economico, segnatamente quello bancario, a sua volta riferibile alla generalità dei contraenti che si interfacciano a una banca. Le clausole che prevedono le più volte citate commissioni sono, infatti, tacciate di nullità per contrarietà ad una norma imperativa, individuandosi le norme insuscettibili di essere derogate proprio in quelle dettate per limitare l'autonomia dei contraenti nel modellare i compensi dovuti dal cliente che versi nelle particolari situazioni descritte dalle clausole medesime. A ben vedere, proprio quest'ultimo appare l'argomento "forte", utilizzando tale aggettivo non solo (e non tanto) con riferimento alle probabilità che la tesi prospettata dall'attore risulti fondata, quanto piuttosto in relazione alla speditezza del percorso che potrebbe teoricamente portare a detto risultato favorevole. Invero, se si cerca il ristoro del pregiudizio asseritamente determinato dalle clausole che disciplinano le commissioni non gradite, ascrivendo la sua genesi alla sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, il cammino appare alquanto sco-

²² Dalla motivazione della pronuncia del Tribunale di Torino, si apprende che l'attore dava per scontato che «tutti i grandi istituti bancari avevano tenuto la medesima condotta nel medesimo tempo e occasione».

sceso per il promotore dell'azione. In mancanza di un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – ovvero della Commissione europea –, che abbia accertato l'illecito antitrust e il coinvolgimento in esso dell'impresa convenuta, l'impegno sul terreno probatorio dell'istante, ancorché spalleggiato dall'associazione che lo supporta e tiene le redini del giudizio, appare davvero proibitivo, quasi al punto da non lasciar intravedere alcuno spiraglio. Meno impegnativa, quanto alla necessaria dimostrazione della condotta costitutiva dell'illecito, parrebbe la strategia che intendesse puntare l'indice sulla scorrettezza della pratica posta in essere dalla banca. Tuttavia, anche questa traiettoria implica la ponderazione di una serie di elementi connessi alla struttura del mercato in cui si innesta la singola transazione che, sebbene meno gravosa rispetto a quella richiesta per acclarare la violazione della disciplina posta a tutela della concorrenza, presenta comunque un apprezzabile coefficiente di difficoltà per il giudice ordinario, qualora non sia preceduta da una stigmatizzazione della medesima pratica ad opera dell'AGCM, competente anche su tale materia. Sicché, a confronto con i possibili scenari alternativi, la sfida sul terreno del diritto contrattuale generale si presenta senza dubbio come quella meno impervia. Imperniato com'è sull'invalidità di alcune clausole perché non in linea con il dettato di norme destinate comunque a imporsi sull'autonomia privata, tale capo d'accusa prospetta una verifica concettualmente semplice; si tratta di giustapporre i precetti ritenuti inderogabili e le regole forgiate dai privati, per stabilire l'eventuale deviazione di queste ultime dal solco tracciato dal legislatore. Il giudizio sulla validità delle clausole in esame sarebbe, peraltro, soltanto la premessa per sancire la condanna della banca che, in questo caso, dovrebbe consistere nell'ordine di riaccreditare a favore del cliente gli importi percepiti senza un'idonea giustificazione, il che si tradurrebbe: in una riduzione dell'esposizione debitoria, in relazione ai conti in rosso per i quali l'accredito non permette di ripianare il deficit; in un passaggio dal segno meno a quello più, per i conti in rosso in cui l'accredito è superiore all'entità della voce "dare"²³; e in un incremento del saldo attivo liberamente prelevabile dal cliente, nelle rimanenti ipotesi. Operazioni, queste, che possono portare a loro volta a obblighi di ver-

²³ Il caso limite è quello dell'azzeramento del debito, senza iscrizione di alcuna somma a credito, in caso di totale identità delle somme indebitamente percepite e delle passività per il cliente al momento dell'esecuzione della condanna.

samento diretto nelle mani dell'una o dell'altra parte, qualoramedio tempore il rapporto si sia esaurito e non restino che da regolare le relative pendenze. Il tutto, peraltro, al di là delle varie alchimie contabili, si muove nella logica dello schema nullità (parziale)/restituzione, con tutto ciò che ne consegue in punto di disciplina della risultante obbligazione pecuniaria, *in primis* per quel che concerne la maggiorazione per interessi e altri accessori. In tale cornice, si fa fatica a scorgere uno spazio utile per l'ingresso di una tutela risarcitoria in senso proprio, suscettibile di compensare pregiudizi che non sono coperti dal descritto meccanismo del riaccredito. Esclusa, infatti, la ricorrenza dell'inadempimento del contratto – dal momento che viene dedotto un vizio genetico del rapporto e che, se si vuole, la malefatta sta proprio nella piena attuazione dei patti siglati – per sperare in un risarcimento occorrerebbe puntare sull'illecito aquiliano.

Senonché, a parte le difficoltà insite nel tentativo di dare una coloritura delittuale alla condotta che trova il suo fulcro nell'inserzione – verosimilmente non negoziata e pertanto ben qualificabile come unilaterale – della clausola nulla nel regolamento negoziale, la stessa delimitazione dell'ambito applicativo dell'azione di classe a specifici sottosistemi di responsabilità extracontrattuale, rifiutando un'apertura a trecentosessanta gradi, costringe a rifugiarsi negli ambiti già visti della violazione delle norme a presidio della genuinità del confronto concorrenziale e/o di quelle che combattono la slealtà nelle pratiche commerciali verso i consumatori. Infatti, esclusa in radice la configurabilità di una responsabilità del produttore, tale non essendo qualificabile la banca che offre il servizio di deposito in conto corrente e di apertura di credito, non resterebbe che rivolgersi all'illecito da violazione della normativa antitrust o a quello consistente in una pratica commerciale scorretta²⁴. Con il che si tornerebbe ad imbattersi nelle problematiche intorno alle quali poc'anzi si discettava in connessione col tema più generale dell'accertamento di tali figure di illecito. Indubbiamente, una volta superate tali asperità, l'ascrivibilità all'area della responsabilità aquiliana (in una delle poche epifanie rilevanti per l'azione di classe), del complessivo “disegno criminoso”

²⁴ Nel senso che la «responsabilità aquiliana svolgerebbe una funzione riequilibrativa e correttiva del contenuto contrattuale pienamente idonea a perseguire la *ratio* di tutela del consumatore danneggiato da una pratica commerciale scorretta», v. G. TADDEI ELMI, in *Codice del consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2009, 134.

ideato ed attuato dall'impresa, a prescindere dalla validità delle clausole che in tale piano trovano collocazione, consente di puntare al risarcimento di pregiudizi ulteriori rispetto all'entità delle spese addossate al consumatore. Pregiudizi che possono riguardare la sfera patrimoniale (*sub specie*, ad esempio, di ulteriori conseguenze pregiudizievoli dovute alla mancata disponibilità delle somme corrispondenti a quelle addebitate dalla banca o addirittura imputabili all'ulteriore aggravio nell'esposizione debitoria che a detti addebiti sia conseguito), così come quella non patrimoniale, a patto che l'operare del contestato meccanismo contabile abbia prodotto una lesione di interessi suscettibili di dare ingresso alla risarcibilità di tale voce di danno. A tale proposito, va ricordato che la giurisprudenza, una volta crollati i bastioni che tradizionalmente respingevano l'assalto alla cittadella dell'art. 2059 c.c. (che, tramite il ferreo posto di blocco rappresentato dalla riserva di legge, permettevano il passaggio soltanto agli illeciti civili di cui si dimostrasse altresì la natura di ipotesi criminose e a pochissime ipotesi sparse), ha sentito il bisogno di scongiurare l'esito opposto, arginando il rischio di un eccessivo dilagare del fenomeno. E così, dopo un periodo di grande incertezza contrassegnato dal progressivo affermarsi di una figura di matrice dottrinale dotata di notevole *appeal*, quale il danno esistenziale, si è arrivati all'enunciazione ai massimi livelli di alcune linee-guida, destinate ad orientare la prassi²⁵,

²⁵ Si allude alle quattro pronunce rese dalla Sezioni Unite della Suprema Corte in data 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975. Sulle implicazioni di tale svolta, v. A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 123; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*, *ibid.*, 128; G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, *ibid.*, 134; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, *ibid.*, 139; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un de profundis per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 32; M. FRANZONI, *Cosa è successo all'art. 2059 c.c.?*, in *La responsabilità civile*, 2009, 20; P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, 71; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2009, 56; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, *ibid.*, 94; F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Dir. famiglia*, 2009, 100; P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 520; M. ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, I, 930; A. PALMIERI e M. CASORIA, *Non c'è posto per il*