

ANNO LXXV - 2008

NUOVA SERIE A - N. 59,4

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



# STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

FERDINANDO GASCÓN INCHAUSTI, *Le “transazioni collettive”: La disciplina spagnola e quella francese*, 493

GIUSEPPE GILIBERTI, *Sussidiarietà e diritti sociali*, 577

CARLO MAGNANI, *Comunicazioni elettroniche e convergenza tecnologica: concorrenza e pluralismo*, 585

**Direttore responsabile:** GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

**Comitato scientifico:** MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, LANFRANCO FERRONI, GIUSEPPE GILIBERTI, PIERO GUALTIERI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, ALDO SANDULLI

**Redazione:** VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

**Direzione e redazione:** Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

**Stampa:** Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXV - 2008

NUOVA SERIE A - N. 59,4

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO



FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

LE «TRANSAZIONI COLLETTIVE»:  
LA DISCIPLINA SPAGNOLA E QUELLA FRANCESE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – PRIMA PARTE: LE TRANSAZIONI COLLETTIVE IN SPAGNA. – 2. *Considerazioni preliminari: transazione collettiva prima del processo e transazione collettiva nel corso del processo.* – 3. *Il sistema delle «azioni collettive» in Spagna: pretese collettive ammissibili, soggetti legittimati a formularle in giudizio ed effetti delle sentenze emanate nei processi collettivi;* 3.1. Le azioni collettive in materia di consumo secondo la legislazione spagnola: le pretese che possono essere esercitate per la tutela collettiva degli interessi dei consumatori; 3.2. La legittimazione all'esercizio delle azioni collettive; 3.3. L'efficacia delle sentenze emanate nei processi collettivi. – 4. *La transazione collettiva nell'ordinamento spagnolo: tentativo di definizione del suo regime giuridico:* 4.1. Regime ordinario della transazione e della conciliazione nell'ordinamento giuridico spagnolo; 4.2. Primo approccio alla transazione collettiva: la necessità di distinguere a seconda della natura dei diritti e degli interessi che entrano in gioco nel processo; 4.3. La transazione collettiva nelle azioni a tutela di diritti o interessi sovraindividuali; 4.4. La transazione collettiva nelle azioni a tutela di diritti o interessi pluriindividuali. – SECONDA PARTE: LE TRANSAZIONI COLLETTIVE IN FRANCIA. – 5. *La tutela dei diritti dei consumatori nel sistema processuale francese;* 5.1. Strumenti di tutela dei consumatori; 5.2. Bilancio e recenti iniziative finalizzate allo sviluppo della tutela degli interessi dei consumatori. – 6. *Il regime giuridico della transazione collettiva.*

## 1. Introduzione

§. Il problema della tutela dei diritti e degli interessi «collettivi» (sovraindividuali e pluriindividuali) ha assunto i contorni di una delle maggiori sfide per la legislazione sostanziale e processuale dei nostri tempi. In effetti, il fenomeno del consumo di massa di beni e servizi obbliga il legislatore a garantire in modo efficace un reale equilibrio nei rapporti giuridici tra imprenditori e consumatori, la qual cosa obbliga a modificare parzialmente le norme ordinarie di una legislazione civile generale fondata sulla uguaglianza dei contraenti. Accanto a ciò, anche la società consumistica accresce la necessità di predisporre sistemi di tutela giurisdizionale che permettano un effettivo ed efficace accesso alla giustizia da parte dei consumatori nei casi di lesione dei loro diritti ed interessi, poiché

spesso accade che lo scarso valore della controversia, le spese di lite e le difficoltà sotto il profilo probatorio – tra vari altri fattori – li dissuadano dal richiedere in via giurisdizionale quanto loro spetterebbe, con evidente detrimento della reale osservanza della normativa generale dettata in materia.

Nel contesto processuale, una delle risposte offerte al problema si incentra nel fenomeno che si può genericamente definire delle «azioni collettive» e dei «processi collettivi»<sup>1</sup>: benché la loro concreta configurazione varii – talvolta in modo significativo – da un ordinamento all'altro, essi condividono l'obiettivo di far sì che un conflitto che coinvolge i diritti o gli interessi di una collettività o di una pluralità omogenea di soggetti venga deciso nell'ambito di un unico processo ed attraverso una sola sentenza, senza necessità che ognuno di essi partecipi attivamente alla causa, ma prevedendo che tutti possano beneficiare degli effetti di una eventuale decisione favorevole.

§. Fermi questi tratti comuni, ecco affacciarsi le differenze e le modalità proprie di ciascun sistema giuridico, che si fondano su aspetti molto diversi: ciò, ad es., si verifica in relazione al tipo di azioni collettive esercitabili o, se si preferisce, al tipo di tutele collettive che ogni singolo ordinamento considera ammissibili (solo tutele «astratte», a contenuto cessatorio o inibitorio, oppure anche pretese più «concrete», di carattere risarcitorio o addirittura risolutorio); variazioni si riscontrano altresì in relazione ai soggetti ai quali è attribuita la legittimazione all'esercizio di

---

<sup>1</sup> Qui come nel resto del lavoro, l'aggettivo «collettivo» viene utilizzato in modo volutamente generico ed in una accezione atecnica, per far riferimento a tutte le ipotesi in cui l'ambito di una controversia coinvolge *lato sensu* una pluralità di soggetti, tenuto conto di due diverse variabili:

a) vi sono casi in cui ad essere lesa è un diritto o un interesse di cui sono titolari, in modo indivisibile, una pluralità o collettività di soggetti, mentre in altre ipotesi ad essere in gioco è una pluralità di diritti ed interessi individuali e, pur tuttavia, tra loro omogenei, i quali sono stati lesi dallo stesso fatto o dalla medesima condotta illecita;

b) vi sono casi in cui è possibile procedere all'individuazione delle singole persone fisiche che risultano essere titolari dei diritti o interessi individuali lesi o che rientrano nel gruppo al quale appartiene in modo unitario la titolarità del bene giuridico lesa, mentre in altre ipotesi tale individuazione *a posteriori* non risulta possibile (in ragione della natura stessa del bene giuridico lesa o per l'impossibilità di dimostrarne in giudizio la titolarità).

Molte legislazioni – inclusa quella spagnola – sono solite riferirsi a queste situazioni utilizzando termini diversi: ove si renda necessario, si provvederà dunque a fornire le precisazioni ed i chiarimenti opportuni, per quanto, in generale, si debba ritenere che il termine «collettivo» ricomprenda tutte le ipotesi appena descritte.

queste azioni (alle persone fisiche appartenenti alla categoria di soggetti che risentono di una attività o di un fatto illecito, e/o a determinati enti selezionati dal legislatore in virtù di una loro particolare rappresentatività?); ancora, per fare un ultimo esempio, ulteriori divergenze sono riscontrabili sotto il profilo della portata attribuibile agli effetti della sentenza che pone fine al processo (estensione *ultra partes*, giudicato *secundum eventum litis*, ammissibilità di un secondo processo nel caso in cui il primo si sia concluso con una sentenza di rigetto per carenza di prove, possibilità per i singoli consumatori di agire in via individuale o di richiedere di essere esclusi dall'ambito soggettivo del processo e della decisione?).

§. Da un punto di vista teorico, ritengo che si debba ormai procedere dando per esaurita la fase iniziale di studio dei modelli di tutela collettiva, e che sia giunta l'ora di approfondire alcuni aspetti più concreti di tali sistemi: penso che questo approccio costituisca il modo più adatto per migliorare ciascun modello legislativo ed, al contempo, per progredire nell'elaborazione e nella realizzazione di efficaci meccanismi di tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Di tali aspetti più concreti, meritevoli di ogni attenzione da parte dei giuristi, uno è certamente rappresentato dalla conciliazione o transazione collettiva, materia a cui è dedicato il convegno nel cui ambito si inquadra il presente lavoro.

Si tratta di un argomento complesso, che presuppone il compimento di un passo in avanti nello studio del fenomeno della tutela collettiva: assunta – a volte con difficoltà – da molte legislazioni l'esistenza di processi collettivi, si deve ora procedere nella direzione di configurare sistemi che consentano di giungere ad una soluzione alternativa delle controversie collettive – una *alternative collective dispute resolution*, se mi è concessa la licenza linguistica. Per questa ragione, in molti ordinamenti il fenomeno non trova una disciplina normativa apposita e completa e, sempre per tale motivo, la sua analisi può risultare particolarmente agevolata da un approccio di tipo comparatistico, nella misura in cui esso serve a fare luce sulle discipline adottate e, soprattutto, sulle esperienze maturate in altri ordinamenti.

In questo senso, le pagine che seguono vogliono offrire un quadro della situazione negli ordinamenti spagnolo e francese: due paesi che, per quanto geograficamente vicini, si sono muniti di sistemi processuali abbastanza diversi e sono andati sviluppando esperienze differenti nel settore della tutela collettiva dei diritti dei consumatori. Per questa ragione, il presente studio si svilupperà tenendo separata l'analisi della situazione

che connota ciascuno dei due ordinamenti considerati, con l'ulteriore avvertenza che l'attenzione si concentrerà in via preferenziale sul primo di essi, per motivi che risultano ovvi se si tiene conto della nazionalità e dell'ambito professionale di chi scrive.

## PRIMA PARTE

### LE TRANSAZIONI COLLETTIVE IN SPAGNA

#### **2. Considerazioni preliminari: transazione collettiva prima del processo e transazione collettiva nel corso del processo**

§. Nello studio della conciliazione e della transazione collettiva – così come, in generale, nello studio dei meccanismi di tutela collettiva in materia di consumo – occorre sempre assumere come premessa il compimento di un «fatto illecito»<sup>2</sup> che abbia pregiudicato gli interessi sovraindividuali dei consumatori oppure i diritti o interessi di una pluralità di consumatori singolarmente considerati. In effetti, è in un contesto siffatto che solitamente si colloca la tematica del «collettivo»: da un lato, quando si producono lesioni a beni giuridici che appartengono indistintamente ad una generalità di soggetti o ad un gruppo più definito di essi, e che si sogliono inquadrare nella nozione di «interessi sovraindividuali» (ad es., il ricorso a forme di pubblicità illecita; i danni all'ambiente; le pratiche commerciali di concorrenza sleale che provocano un rincaro ingiustificato dei prezzi); dall'altro lato, quando una medesima azione o una pluralità di azioni connesse, poste in essere da un imprenditore o da un professionista, pregiudicano i diritti o gli interessi individuali di una pluralità di soggetti – siano questi determinabili o no –, situazione questa, nella quale suole parlarsi di «interessi pluriindividuali» oppure di «diritti o interessi individuali omogenei» (ad es., l'ottenimento, da parte di un istituto di credito, di somme di denaro non dovute attraverso l'impiego di una condizione generale abusiva che prevede un arrotondamento al rialzo nella

---

<sup>2</sup> Anche in questo caso, si tratta di una nozione che va intesa in senso ampio, in modo da includervi sia i danni concreti, sia i danni generici e perfino i pericoli più astratti: così, si avrà un fatto illecito quando si sia effettivamente verificato un risultato meritevole di ricevere tale qualificazione; ma si avrà pure un fatto illecito nei casi, ad es., di minaccia ad un bene giuridico collettivo, casi che consentono il ricorso alla tutela inibitoria.

determinazione di un certo tasso di interesse variabile; la vendita ai consumatori di un prodotto difettoso).

In tutti i casi, il fatto illecito si proietta su una materia che individua la propria regolamentazione nel diritto privato e della quale è di conseguenza possibile affermare *a priori* il carattere disponibile, fatta salva – è chiaro – l'eventualità che la natura *stricto sensu* collettiva (ossia, a titolarità unica ed indivisibile) di certi beni, diritti o interessi possa escludere o in qualche misura limitare la loro disponibilità, come si vedrà più oltre. Pertanto, la regola generale della disponibilità dei diritti e degli interessi aventi natura privata giustifica pienamente la possibilità di postulare, nel contesto qui considerato, l'esistenza di eventuali conciliazioni e transazioni.

§. Assodata la possibilità di intavolare trattative e di giungere a transazioni e conciliazioni in relazione a materie che vedono coinvolti gli interessi collettivi dei consumatori, penso che le questioni chiave sollevate da questi accordi collettivi si incentrino nella necessità di dare risposta a questi tre quesiti:

a) a chi spetta il potere di portare avanti le trattative e di stipulare una transazione che riguarda i diritti o interessi di una collettività in quanto tale di persone oppure di una pluralità di soggetti?

b) può e/o deve una transazione, negoziata da un soggetto che non è titolare dei diritti o degli interessi controversi in gioco, vincolare chi ne possiede la titolarità pur non avendo sottoscritto in nome proprio l'accordo?

c) possono e/o devono essere stabiliti limiti e meccanismi di controllo ulteriori nei confronti di questo genere di accordi collettivi?

Come si può notare, si tratta di tre questioni tra loro indissolubilmente connesse; infatti, la determinazione dell'ambito di efficacia della transazione e la necessità di sottoporre il contenuto ad eventuali limiti e controlli dipendono, nella sostanza, dalla individuazione di chi ha o non ha il potere di transigere.

§. Peraltro, al fine di proseguire oltre e di delimitare la portata di questo lavoro, ritengo anche opportuno distinguere le transazioni che precedono l'eventuale instaurazione della causa da quelle altre che hanno luogo durante lo svolgimento del processo.

Entrambe le ipotesi generano questioni problematiche tra loro simili; peraltro, in funzione del contesto in cui si situa la transazione – prima o nel corso del processo – possono emergere alcune differenze, quantomeno su due piani diversi:

a) da un lato, il piano dei soggetti o enti eventualmente dotati del potere di portare a termine le trattative con l'imprenditore o il professionista e di perfezionare un accordo:

– in caso di transazione *ante causam*, non vi è ragione che si abbia nessun tipo di limitazione giuridica o normativa: tutto dipenderà dal grado di fiducia che il soggetto o l'ente saprà ispirare nella controparte (affinché questa sia disposta a intavolare delle trattative ed a raggiungere un accordo) e, soprattutto, nei consumatori in generale (affinché siano disposti ad accettare l'accordo); anzi, tale fiducia può talvolta risultare irrilevante (ad es., quando il fatto lesivo consiste in una pubblicità asseritamente ingannevole ed, a richiesta di una associazione di consumatori, essa viene ritirata senza indugio dal mercato<sup>3</sup>).

– al contrario, è soltanto se la transazione si colloca nel corso della causa che ha senso analizzare la legittimazione a negoziare e a concludere accordi degli enti legittimati ad agire come attori nel processo, poiché soltanto in tal caso l'accordo potrà essere sottoposto all'omologazione del giudice e vedere così incrementata la propria efficacia.

Non si potrebbe neppure escludere – almeno in ipotesi – che una trattativa condotta da un altro soggetto, che non partecipa al processo – o che addirittura non può prendervi parte, per difetto di legittimazione – sfoci in un accordo unanimemente accettato dall'imprenditore convenuto e da tutti i soggetti direttamente coinvolti<sup>4</sup>. In questo caso, tuttavia, ci troveremmo dinanzi ad una situazione di sopravvenuta carenza di interesse, che imporrebbe al giudice di disporre la conclusione del processo a norma dell'art. 22 LEC; ma in un caso del genere non si tratterebbe, in

---

<sup>3</sup> Un esempio recente – tra i moltissimi che si potrebbero fare – è quello di cui è stata data notizia sull'edizione *on line* del quotidiano «El País» ([www.elpais.com](http://www.elpais.com)) del 25 agosto 2008, in ordine al carattere asseritamente ingannevole della pubblicità riguardante le tariffe applicate dalle società di telefonia mobile: tale notizia narra di come un gestore abbia disposto l'immediata rimozione dal mercato della propria *reclame* «la migliore tariffa unica», a fronte della richiesta avanzata in tal senso da una associazione di consumatori.

<sup>4</sup> Ad es., si supponga che, durante lo svolgimento di una causa collettiva instaurata da una associazione di consumatori al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla morte dei passeggeri (consumatori) che si trovavano a bordo di un aereo precipitato a Madrid, l'intervento diretto del Presidente del Consiglio induca la compagnia aerea e le assicurazioni convenute ad accettare di pagare un *quantum* per ogni passeggero deceduto e tale importo venga anche accettato non già dall'associazione parte attrice, bensì da tutti gli eredi dei passeggeri deceduti.

senso proprio, di una transazione ritualmente omologata, idonea a spiegare gli effetti che le sono propri, a meno che attore e convenuto non provvedano a stipulare una transazione aggiuntiva all'unico scopo di farla omologare.

b) Le differenze tra transazione *ante causam* e transazione *lite pendente* emergono anche sul terreno dell'efficacia attribuibile all'accordo raggiunto: come vi vedrà più oltre, nell'ordinamento spagnolo l'efficacia di una transazione varia, in generale, a seconda che il suo contenuto sia o no stato omologato dal giudice investito della cognizione della causa (cfr. artt. 19 e 517 LEC).

– Di conseguenza, una transazione collettiva omologata dal giudice – e, pertanto, raggiunta nel corso del processo – può astrattamente beneficiare della particolare efficacia che l'ordinamento giuridico può decidere di attribuire alla decisione con la quale il giudice omologa l'accordo collettivo. In concreto, si può pensare ad una efficacia esecutiva della transazione, che consentirà a quanti ne possono beneficiare di intraprendere direttamente un processo esecutivo nel caso in cui le pattuizioni contenute nell'accordo non fossero adempiute.

– La situazione è invece diversa nel caso in cui l'accordo conciliativo o transattivo venga raggiunto al di fuori del processo, dal momento che in questi casi non esiste alcun organo giurisdizionale al quale rivolgersi per ottenere l'omologazione della transazione e, per questa via, per incrementarne l'efficacia: è ad es. indubbio che un imprenditore o un professionista, dopo aver intrattenuto trattative con alcune associazioni o soggetti più o meno rappresentativi, possa obbligarsi a risarcire, per mezzo di determinati versamenti in denaro, una categoria di soggetti con i quali non aveva direttamente intavolato nessun negoziato; sennonché, obblighi di questo tipo non sono assistiti dall'efficacia esecutiva, né possono vincolare i consumatori danneggiati dal fatto illecito che aveva dato origine alla trattativa stragiudiziale; d'altra parte, l'ambito soggettivo dell'accordo potrebbe non ricomprendere soggetti che, a rigore, avrebbero diritto di essere risarciti al pari degli altri.

Per queste ragioni, pare preferibile concentrare l'attenzione sulle transazioni raggiunte nel corso del processo: un processo la cui cognizione è affidata ad un concreto organo giurisdizionale; nel quale ad assumere la qualità di parti sono soggetti determinati; e, soprattutto, che verte su un oggetto già delimitato tramite la domanda giudiziale. Si rende in questo modo possibile procedere ad un'analisi più completa e, soprattutto, più sicura dei problemi sollevati dalle transazioni collettive.

### 3. Il sistema delle «azioni collettive» in Spagna: pretese collettive ammissibili, soggetti legittimati a formularle in giudizio ed efficacia delle sentenze emanate nei processi collettivi

§. Innanzitutto, va rilevato che l'ordinamento giuridico spagnolo non prevede una regolamentazione espressa della transazione o della conciliazione collettiva. Vero è che l'entrata in vigore della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000 (d'ora innanzi, LEC) è servita a generalizzare il ricorso ai processi collettivi come strumenti per la tutela dei consumatori – processi in precedenza contemplati solo nell'ambito delle condizioni generali di contratto, e solamente dal 1998 –; peraltro, nessuna delle norme che la LEC dedica a questa materia – così come nessuna di quelle dettate al riguardo che si trovano disseminate in altri testi normativi – si occupano di questioni così specifiche come quelle qui affrontate. In modo alquanto frammentario, è dato rinvenire un accenno di disciplina normativa della materia nel recente *Real Decreto* 15 febbraio 2008, n. 231, che disciplina il *Sistema Arbitral de Consumo*<sup>5</sup>: in esso è stato introdotto un nuovo «arbitrato collettivo del consumo» (artt. 56-62), tra le cui disposizioni compare un riferimento assai conciso ad una sorta di conciliazione collettiva, il cui regime giuridico non viene peraltro sviluppato ed alla quale ci si riferirà più oltre.

In ogni caso, va pure rilevato che il silenzio tenuto al riguardo dalla legge non può essere inteso alla stregua di un divieto, posto dal sistema processuale civile spagnolo, nei confronti delle transazioni collettive. In effetti, i processi collettivi non sono stati fatti oggetto di una regolamentazione esaustiva e completa, dalla quale poter desumere la volontà del legislatore di non permettere quanto da essa non esplicitamente disciplinato.

Anzi, al contrario, benché il legislatore spagnolo non abbia delineato un vero e proprio processo speciale per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori, limitandosi a configurare i processi collettivi come dei processi ordinari, resta il fatto che, secondo la LEC, ad essi devono ciononostante applicarsi una serie di norme speciali – ovvero, eccezionalmente, non devono applicarsi certe norme generali –; inoltre, queste norme speciali non compaiono raggruppate in uno stesso capo della LEC, ma si trovano disseminate lungo tutto il suo articolato, essendo state collocate dal legislatore in corrispondenza delle parti della LEC che si occu-

---

<sup>5</sup> *Boletín Oficial del Estado* (BOE) 25 febbraio 2008, n. 48.

pano della regolamentazione generale dei vari istituti processuali o delle fasi del processo in cui esse risultano applicabili; ancora, deve tenersi conto del fatto che l'applicazione di alcune di queste norme speciali varia in funzione del tipo di azione collettiva esercitata – specialmente se si tratta di una «azione di cessazione a tutela degli interessi collettivi o diffusi dei consumatori e degli utenti»<sup>6</sup>.

Alla luce di quanto precede, si può affermare senza timore che la transazione collettiva semplicemente non è disciplinata dall'ordinamento

---

<sup>6</sup> Questa tecnica legislativa produce un effetto immediato nei confronti di chi si accosti per la prima volta alla normativa processuale spagnola in materia. Oltre a conoscere le regole processuali generali applicabili ai processi ordinari di cognizione, occorrerà «rastrellare» lungo tutto l'articolato della LEC le norme alle quali va data speciale applicazione ove ad essere esercitata sia un'azione collettiva. Queste disposizioni si trovano quindi apparentemente disperse all'interno della LEC, per quanto in realtà risultino collocate nella sede sistematicamente più opportuna. Si tratta, in concreto, delle seguenti norme: (1) l'art. 6.1.7<sup>a</sup>, che si occupa del riconoscimento della capacità di essere parte nei confronti dei gruppi di consumatori pregiudicati da un fatto illecito nonché, in conformità ad esso, l'art. 7.7. che disciplina la loro costituzione in giudizio. (2) L'art. 6.1.8<sup>o</sup>, che pure riconosce la capacità di essere parte in questo tipo di cause agli enti a ciò abilitati secondo la normativa europea. (3) L'art. 11, che contiene la normativa generale in materia di legittimazione all'esercizio di azioni collettive a tutela degli interessi dei consumatori. (4) L'art. 15, che si occupa della pubblicità che deve essere data a questo tipo di cause nonché dell'eventuale intervento dei singoli consumatori nei processi collettivi. (5) L'art. 52.1, che ai cc. 14<sup>o</sup> e 16<sup>o</sup> detta regole particolari in tema di competenza territoriale nei casi in cui vengano esercitate determinate azioni collettive. (6) L'art. 78.4, che fa riferimento all'eventuale riunione di più processi collettivi, o di un processo collettivo con uno o più processi generati dall'esercizio di azioni individuali. (7) L'art. 217, che ai cc. 4, 6 e 7 prevede alcune norme speciali sull'onere della prova, potenzialmente applicabili ai processi collettivi in materia di consumo. (8) L'art. 221, che stabilisce lo specifico contenuto che devono possedere le sentenze emanate in questo contesto e che, soprattutto, ne definisce l'ambito soggettivo di efficacia. (9) L'art. 222.3, che prevede la possibilità che il giudicato sostanziale prodotto dalle sentenze emanate in questo tipo di processi si estenda ai terzi. (10) Gli artt. 249 e 250, che determinano il tipo di procedimento che si dovrà seguire per la decisione delle pretese qui considerate (il giudizio ordinario o il giudizio orale, che sono i due procedimenti-tipo disciplinati dalla LEC). (11) L'art. 256.1.6<sup>o</sup>, che disciplina una procedura che si svolge anteriormente alla proposizione della domanda e che mira all'individuazione dei singoli consumatori pregiudicati dal fatto illecito. (12) L'art. 519, che disciplina il procedimento da seguire per ottenere che degli effetti prodotti dall'eventuale sentenza di condanna del convenuto possano avvalersi anche i consumatori in essa non espressamente menzionati. (13) L'art. 711.2, che stabilisce severe misure coercitive dirette a rafforzare l'esecuzione delle sentenze che accolgono azioni collettive di cessazione. (14) Infine, l'art. 728.3, che agevola l'ottenimento di misure cautelari nell'ambito dei processi in cui si fa valere un'azione collettiva di cessazione, talvolta dispensando la parte istante dalla prestazione della cauzione.

spagnolo, però non è vietata. Il vuoto normativo impone pertanto di ricostruire il suo regime giuridico con l'ausilio di vari strumenti: avvalendosi dell'applicazione analogica di altre norme che si occupano di altri aspetti dei processi collettivi; attraverso l'applicazione in via sussidiaria delle norme generali, processuali e sostanziali, che appaiano pertinenti – a seconda che la transazione di cui trattasi si sia perfezionata prima (o comunque al di fuori) anziché nel corso del processo –; ed, in ogni caso, facendo uso dei principi generali del diritto.

§. A questo compito vanno dedicate le pagine che seguono, sulla base di una precisa premessa: il funzionamento della transazione collettiva può essere analizzato soltanto muovendo dall'osservazione della configurazione del sistema di tutela collettiva dei diritti sovraindividuali e pluriindividuali attualmente vigente in Spagna. E se si tiene conto di quali sono i problemi e le difficoltà di fondo sollevate dalla tutela collettiva, si comprende anche che gli elementi del sistema spagnolo di tutela collettiva che necessitano di essere esaminati in via preliminare sono essenzialmente tre:

– in primo luogo, è necessario sapere quali sono le pretese collettive il cui esercizio è ammesso dall'ordinamento spagnolo: il regime giuridico della transazione collettiva può infatti risultare alquanto diverso a seconda che l'oggetto del processo sia costituito da un'azione finalizzata alla tutela di un bene giuridico sovraindividuale o collettivo in senso stretto (attraverso la formulazione di pretese di carattere più astratto o generico, come quella di cessazione), oppure da un'azione diretta ad ottenere il ristoro dei danni patiti in conseguenza della lesione di una pluralità di diritti o interessi individuali, più o meno individualizzabili (mediante la proposizione di pretese a più concreto contenuto condannatorio).

– In secondo luogo, è opportuno aver chiaro quali sono i soggetti legittimati all'esercizio delle azioni collettive ammesse dall'ordinamento, posto che in linea di principio saranno loro a dover partecipare alle transazioni collettive stipulate nel corso del processo, con la conseguenza che ciò che occorrerà analizzare sarà la loro attitudine a stipulare accordi vincolanti.

– In terzo luogo, è importante conoscere altresì qual'è, in termini generali, l'efficacia che l'ordinamento riconosce alle sentenze emanate nei processi collettivi. Si tratta di un dato utile, perché può servire da parametro per misurare l'ambito di efficacia attribuibile ad una transazione collettiva, specialmente qualora ci si proponga di assimilare la decisione che la omologa ad una sentenza *stricto sensu*, come tale dotata del medesimo ambito soggettivo.

Pertanto, la nostra attenzione si concentrerà prevalentemente su questi aspetti, senza avere la pretesa di fornire una esposizione esaustiva del sistema spagnolo di tutela collettiva degli interessi dei consumatori<sup>7</sup>.

§. Ciononostante, ai fini di una corretta comprensione della disciplina giuridica della materia, occorre compiere una precisazione preliminare, che concerne la distinzione effettuata dalla LEC (in particolare dall'art. 11) tra «interessi collettivi» ed «interessi diffusi»: la LEC spagnola parla di «interessi collettivi» in senso proprio quando ad essere danneggiato da un fatto illecito è un gruppo di consumatori i cui componenti risultano perfettamente determinati o facilmente determinabili; sussistono invece «interessi diffusi» quando ad essere pregiudicata dal fatto illecito è una pluralità indeterminata o difficilmente determinabile di consumatori o utenti. Questa distinzione assume importanza sotto vari profili, in particolare quello relativo alla pubblicità iniziale che va data dell'instaurazione del processo collettivo, così come quello riguardante la facoltà di richiedere l'intervento del giudice al fine di riuscire ad individuare, anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale, i singoli consumatori danneggiati dal fatto illecito.

Come si può notare, si tratta di una distinzione che riguarda uno dei due fattori chiave in materia di azioni collettive, quello relativo alla determinabilità o meno nel processo – o preliminarmente al suo inizio – dei singoli individui danneggiati dal fatto o dalla condotta illecita che ha

---

<sup>7</sup> La letteratura giuridica spagnola al riguardo è molto abbondante, includendo numerose opere di taglio sia monografico, sia articolistico. A livello monografico, si possono consultare BARONA VILAR (dir.), *Tutela de los consumidores y usurarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GONZÁLES CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usurarios en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999; DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usurarios*, Madrid, 2005. Sul versante degli articoli cfr., tra i molti, BELLIDO PENADÉS, *La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Tribunales de Justicia*, 2002, n. 12; BUJOSA VADELL, *La protección de los consumidores y usurarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, n. 4; GARNICA MARTÍN, *Las acciones de grupo en la LEC 1/2000*, in quotidiano *La Ley*, n. 5391, 8 ottobre 2001; GASCÓN INCHAUSTI, *La tutela de los consumidores y usurarios a través del proceso penal*, in *Consejo General del Poder Judicial – Manuales de Formación Continuada: «Protección penal de consumidores y usurarios»*, 2001; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados*, in *Consejo general del Poder Judicial – Estudios de Derecho Judicial: «Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía»*, 2001.

dato origine alla controversia. Per ciò stesso, dev'essere pure chiaro che la distinzione tra interessi «collettivi» ed interessi «diffusi», utilizzata dalla legislazione spagnola, non ha nulla a che vedere con l'altro parametro che assume rilevanza in questa materia, quello relativo alla natura dei beni, diritti o interessi che sono in gioco nel processo. Da questa seconda prospettiva, è possibile distinguere due tipi fondamentali di situazioni: da un lato, i casi in cui un fatto illecito o antigiuridico ha leso beni, diritti o interessi dei quali risultano essere titolari, in forma congiunta ed indivisibile, una pluralità o collettività di consumatori, sia o no possibile la loro concreta individuazione (nel qual caso suole parlarsi di interessi «sovraindividuali»); dall'altro lato, le ipotesi caratterizzate dal verificarsi di un fatto illecito che ha leso una pluralità di diritti o interessi individuali di natura omogenea (e qui si parla di interessi «pluriindividuali»), anche in questo caso indipendentemente dal fatto che la concreta determinazione dei singoli consumatori danneggiati, titolari di tali diritti o interessi, risulti più o meno semplice<sup>8</sup>.

Queste due variabili – determinabilità o no dei singoli consumatori danneggiati, da un lato, e carattere sovraindividuale o pluriindividuale degli interessi in gioco, dall'altro lato – non possono essere perse di vista nell'analisi della transazione collettiva, alla quale si procederà più oltre.

### 3.1. *Le azioni collettive in materia di consumo secondo la legislazione spagnola: le pretese che possono essere esercitate per la tutela collettiva degli interessi dei consumatori.*

§. La prima questione di cui dobbiamo occuparci consiste nell'esaminare le azioni che, in conformità all'ordinamento spagnolo, possono essere esercitate in difesa dei diritti ed interessi dei consumatori: in modo sintetico ed omnicomprensivo, la dottrina e la giurisprudenza spagnole si riferiscono ad esse con l'espressione «azioni collettive», senza effettuare alcuna distinzione a seconda del loro possibile contenuto.

In primo luogo, esiste una serie di azioni di carattere collettivo espressamente previste e qualificate come tali dal legislatore: a mio giudizio, si può parlare in questo caso di azioni collettive «tipiche», nella mi-

---

<sup>8</sup> Di conseguenza, quello indicato nel testo è il significato attribuito dal legislatore spagnolo alle espressioni «interessi diffusi» e «interessi collettivi», ed è in tale accezione che li si dovrà intendere qualora appaiano utilizzati nel contesto di una qualche norma giuridica.

sura in cui il loro ambito di applicazione ed il loro contenuto risultano predefiniti dalla legge: nella grande maggioranza di tali casi, si tratta di azioni di cessazione o inibitorie, che forniscono una tutela piuttosto generica ad interessi di natura sovraindividuale.

Accanto a queste azioni, si può inoltre prospettare l'esistenza di azioni collettive «atipiche», cioè esercitabili malgrado non risultino legalmente previste o definite come tali, tra cui vanno incluse soprattutto quelle miranti alla tutela di interessi pluriindividuali ed in grado di consentire l'ottenimento, ad esempio, di condanne al pagamento di somme in favore di singoli soggetti o la risoluzione simultanea di una pluralità di contratti.

### 3.1.1. *L'«azione di cessazione a tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti»*

§. La prima e più importante categoria di azioni collettive tipiche è quella data dalle cd. «azioni di cessazione a tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti»<sup>9</sup>, introdotta nel diritto spagnolo in conseguenza del recepimento della Direttiva comunitaria 98/27/CE, del 19 maggio, avvenuto per il tramite della Legge 28 ottobre 2002, n. 39. Non esiste un'unica azione di questo tipo, essendo prevista sia dalla *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios* (LGDCU), sia da ciascuna delle rimanenti norme settoriali dettate in materia di consumo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> La denominazione attribuita all'azione include volutamente gli interessi collettivi e quelli diffusi: in questo modo, il legislatore ha inteso coprire ogni genere di ipotesi, sottolineando l'irrelevanza del fatto che sia o meno possibile procedere all'individuazione dei singoli soggetti danneggiati dal fatto illecito.

<sup>10</sup> Va tenuto in considerazione che, a differenza di quanto è dato riscontrare in altri paesi, in Spagna non esiste un Codice del Consumo o un testo normativo equivalente che includa tutte le norme emanate in questo settore dell'ordinamento. Nel 1984, per la prima volta, si è provveduto all'approvazione della prima versione della LGDCU (*Ley General por la Defensa de los Consumidores y Usurarios*, 19 luglio 1984, n. 26), alla quale è stato affidato il ruolo di testo base in materia. Successivamente, tuttavia, è stata emanata una pluralità di testi normativi settoriali ed autonomi – spesso in occasione del recepimento di direttive comunitarie. Di recente, la versione originale della LGDCU ed il testo di alcune di tali normative di settore sono confluiti in un nuovo testo normativo, il *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios y otras leyes complementarias*, approvata con il *Real Decreto Legislativo* 16 novembre 2007, n. 1 (i richiami alla LGDCU, compiuti nel presente lavoro, si riferiscono a questa nuova versio-

In ogni caso, il contenuto dell'azione è il medesimo, e può essere duplice, a seconda delle circostanze:

– In primo luogo, questa azione può essere legittimamente esercitata nell'ipotesi in cui un imprenditore o un professionista stia svolgendo un qualche tipo di attività che risulti contraria ai diritti o agli interessi dei consumatori, così come definiti dalla specifica norma di cui si tratta. In tal caso, attraverso l'azione di cessazione si può domandare una duplice tutela: innanzitutto, la condanna del convenuto alla cessazione della condotta; ed, in secondo luogo, il divieto di porla in essere in futuro. L'ordine di non dar ulteriormente corso ad una condotta antigiuridica esplica dunque un effetto che si produce nel presente e si proietta nel futuro.

– Questa azione può essere esercitata anche nel caso in cui la condotta dell'imprenditore o del professionista, contraria ai diritti ed interessi dei consumatori, sia ormai cessata: in questa ipotesi, l'azione consente di ottenere una sentenza che proibisca di tenere tale condotta in futuro, laddove esistano indizi sufficienti che facciano temere la sua reiterazione nel breve periodo.

Risulta così dimostrato che, sotto l'espressione «azione di cessazione», il legislatore disciplina due diverse possibili pretese: una di cessazione in senso stretto ed un'altra di carattere inibitorio. Tuttavia, queste due pretese non coprono tutte le possibili situazioni in cui può risultare necessario adire l'Autorità giudiziaria in difesa degli interessi dei consumatori: in effetti, non viene contemplato l'eventuale esercizio di una azione inibitoria nel caso in cui, nonostante l'imprenditore o il professionista non abbia ancora posto in essere la condotta lesiva, un provvedimento di tipo inibitorio potrebbe rivelarsi molto utile a fronte della già avvenuta realizzazione di attività preparatorie finalizzate a tale scopo.

Per quanto riguarda l'ambito entro il quale può essere esercitato questo tipo di azioni di cessazione, esso possiede la più ampia estensione: tali

---

ne). Nondimeno, continuano ad esistere ulteriori testi di legge contenenti norme a tutela dei consumatori, tra i quali si distinguono i seguenti: (1) la *Ley General de Publicidad*, 11 novembre 1988, n. 34; (2) la *Ley del Medicamento*, 20 dicembre 1990, n. 25; (3) la *Ley de Competencia Desleal*, 10 gennaio 1991, n. 3; (4) la Legge 12 luglio 1994, n. 25, relativa all'esercizio dell'attività di radiodiffusione televisiva; (5) la *Ley de Crédito al Consumo*, 23 marzo 1995, n. 7; (6) la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 13 aprile 1998, n. 7; (7) la Legge 15 dicembre 1998, n. 42, sui diritti di utilizzo in regime di turnazione dei beni immobili adibiti ad uso turistico e sulle relative norme tributarie («multiproprietà»); (8) la *Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, 11 luglio 2002, n. 34; (9) la Legge 11 luglio 2007, n. 22, sul commercializzazione a distanza di servizi finanziari destinati ai consumatori.

azioni sono infatti previste da tutte le norme, generali e di settore, poste a tutela dei consumatori rispetto a condotte di imprenditori o di professionisti che ledono i loro diritti ed interessi così come riconosciuti in ognuno dei rispettivi ambiti normativi. Inoltre, quale sistema di chiusura, l'art. 54.3 LGDCU ammette l'esercizio dell'azione di cessazione «in mancanza di una normativa settoriale specifica», onde contrastare le condotte, poste in essere da imprenditori e professionisti e lesive degli interessi collettivi e diffusi di consumatori ed utenti, che risultino contrarie a quanto disposto da tale legge.

### 3.1.2. Altre azioni collettive «tipiche», con particolare riguardo al settore delle condizioni generali di contratto

§. Al di là delle azioni appena considerate, esistono inoltre specifiche leggi che disciplinano altre azioni di carattere collettivo, ancorché caratterizzate da un contenuto diverso<sup>11</sup>. Tra di esse, l'attenzione va ora concentrata su quelle previste dalla *Ley de Condiciones Generales de la Contratacion*. In effetti, anche l'art. 12 LCGC contiene un catalogo di azioni collettive a tutela degli interessi degli aderenti, i quali, sotto il profilo processuale – ossia rispetto all'esercizio di tali azioni collettive – godono della medesima considerazione riservata ai consumatori, a prescindere dal fatto che tra gli aderenti vi siano dei professionisti o dei soggetti diversi dalle persone fisiche (cfr. la Disposizione Finale 6<sup>a</sup>, c. 5, della LEC).

Per la precisione, tale legge disciplina quattro azioni collettive:

– l'*azione di cessazione*, prevista per contrastare l'impiego di condizioni generali che risultino contrarie a quanto disposto dalla stessa *Ley* o da altre leggi contenenti imposizioni o divieti al riguardo. Questa azione consente di ottenere una sentenza che condanni il convenuto ad eliminare dalle proprie condizioni generali quelle ritenute nulle e ad astenersi

---

<sup>11</sup> Ulteriori azioni collettive tipiche sono anche previste in altri testi normativi. Così, la *Ley General de la Publicidad* permette l'esercizio, oltre che dell'azione collettiva di cessazione, di una azione collettiva finalizzata ad ottenere la rettifica del contenuto di una pubblicità illecita e pregiudizievole per gli interessi dei consumatori. Dal canto suo, la *Ley de Competencia Desleal* consente alle associazioni dei consumatori di esercitare determinate azioni di carattere collettivo a tutela degli interessi dei consumatori (azione di accertamento della slealtà della condotta, se la turbativa da essa creata persiste; azione di cessazione della condotta o di proibizione della stessa, nel caso in cui non sia stata ancora posta in essere; azione di rimozione degli effetti generati dalla condotta; azione di rettifica delle informazioni ingannevoli, scorrette o false).

dal loro successivo impiego, determinando o accertando, ove necessario, il contenuto del contratto da considerarsi valido ed efficace (art. 12.1 LCGC). L'azione può essere esercitata nei confronti di qualsiasi professionista che utilizzi condizioni generali ritenute nulle (art. 17.1 LCGC).

– *L'azione di restituzione di somme* percepite in virtù dell'impiego delle condizioni oggetto della sentenza (azione di indebito arricchimento) e la *azione di risarcimento dei danni* causati dall'applicazione delle stesse (art. 12.2 II LCGC). Il tenore letterale della legge subordina l'esercizio di questa azione alla condizione che essa venga proposta in via accessoria rispetto ad una azione di cessazione. A mio giudizio, tuttavia, la norma non impone che entrambe le azioni siano esercitate congiuntamente, ma si limita semplicemente a permettere la loro proposizione in via cumulativa; non si può pertanto escludere che questa azione possa essere esercitata in via autonoma e principale, qualora quella di cessazione non risulti ancora necessaria (ad es., perché il predisponente ha spontaneamente smesso di utilizzare le clausole invalide, senza peraltro essere disposto a provvedere alla restituzione delle somme indebitamente percepite o al risarcimento dei danni).

– *L'azione di ritrattazione*, avente ad oggetto le dichiarazioni con cui si raccomanda l'impiego di condizioni generali che risultino contrarie a quanto disposto dalla stessa *Ley* o da altre leggi contenenti imposizioni o divieti al riguardo. L'esercizio di questa azione permette di ottenere una sentenza che dichiari ed imponga al convenuto, coincida o no con colui che ha predisposto le clausole, l'obbligo di ritrattare la dichiarazione con cui egli raccomandava l'utilizzo delle clausole delle condizioni generali che si considerano nulle e di astenersi dal continuare a raccomandarle in futuro (art. 12.3 LCGC).

– Infine, *l'azione dichiarativa*, diretta ad ottenere una sentenza che attribuisca ad una certa clausola il valore di condizione generale di contratto e ne ordini l'inserimento tra le condizioni stesse, ogni qual volta ciò sia previsto dalla legislazione in materia. Questa azione può essere esercitata nei confronti di tutti i professionisti che utilizzino condizioni generali (art. 17.3 LCGC).

Va notato che l'azione di cessazione e quella di ritrattazione – al pari di quella dichiarativa – forniscono una tutela generica, benché con alcune riflessi favorevoli *pro futuro* per tutti i consumatori-aderenti: tutelano, pertanto, interessi sovraindividuali. Diversamente, le azioni di restituzione di somme e di risarcimento producono effetti molto più incisivi, poiché comportano la condanna al pagamento di somme di denaro in favore di

singoli aderenti, che possono essere assai numerosi: ad essere in gioco è, pertanto, la tutela di interessi pluriindividuali.

Va altresì posto in evidenza che, dal punto di vista pratico, sono state proprio le azioni collettive previste dalla LCGC – in particolare quella di cessazione ed, in alcuni casi, con carattere accessorio, quelle di restituzione e risarcitoria – ad aver maggiormente inciso sulla prassi giurisprudenziale spagnola: esse hanno infatti costituito le vie seguendo le quali si è potuto contrastare l'impiego delle clausole di arrotondamento al rialzo contenute nei mutui ipotecari a tasso di interesse variabile<sup>12</sup>; di certe clausole abusive inserite nei contratti in materia di televisione digitale<sup>13</sup>; di alcune clausole relative alle tariffe applicate nel settore della telefonia mobile<sup>14</sup> o in quello dei parcheggi pubblici<sup>15</sup>.

### 3.1.3. Ammissibilità delle azioni collettive «atipiche», con particolare riguardo alle azioni risarcitorie

§. Sulla scorta di tutto quanto sin qui esposto, è possibile apprezzare lo sforzo compiuto dal legislatore spagnolo nel senso di tipizzare una serie di azioni di natura collettiva – per il cui esercizio si sono previste alcune forme particolari di legittimazione – dirette a promuovere la tutela dei diritti ed interessi la cui titolarità trascenda il terreno individuale. Peraltro, l'esistenza di siffatto «catalogo» genera un dubbio: si tratta di una elencazione tassativa o, al contrario, può dirsi ammissibile l'esercizio di azioni collettive aventi un contenuto diverso da quello che caratterizza le azioni previste dalla legge?

Assunta una prospettiva restrittiva, si potrebbe argomentare che se l'esercizio di diritti ed interessi in forma collettiva ha carattere eccezionale, così come presenta carattere straordinario la legittimazione su cui tale esercizio si fonda, si dovrebbe da ciò far discendere che *inclusio unius, exclusio alterius*, ossia che non si possano far valere pretese ulteriori rispetto a quelle legalmente tipizzate.

---

<sup>12</sup> Si vedano, tra le altre, le seguenti decisioni: sentenza della *Audiencia Provincial* di Madrid (sezione 11<sup>a</sup>), 10 ottobre 2002; sentenza della *Audiencia Provincial* delle Baleari (Sezione 5<sup>a</sup>), 17 marzo 2003; sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 2 di Madrid, 25 ottobre 2002; sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 34 di Barcellona, 26 marzo 2003; sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 21 di Barcellona, 17 ottobre 2003.

<sup>13</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* di Madrid (Sezione 11<sup>a</sup>), 4 marzo 2003.

<sup>14</sup> Sentenza del *Juzgado de lo Mercantil* n. 4 di Madrid, 21 novembre 2005.

<sup>15</sup> Sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 46 di Madrid, 20 marzo 2004.

A mio giudizio, tuttavia, la soluzione opposta individua un sufficiente sostegno nell'ordinamento positivo<sup>16</sup>. L'esistenza di un elenco di azioni collettive, deducibile dalla lettura congiunta di una pluralità di testi normativi, non risponde allo scopo di limitare tali azioni escludendone altre, ma di attribuire ad esse un valore esemplificativo o orientativo: di fronte al carattere di novità espresso da questa materia ed ignorando l'esistenza di strumenti di tutela collettiva sempre più efficaci, il legislatore ha voluto incentivarli, «rendendoli visibili» attraverso la loro regolamentazione nei testi normativi.

La tipizzazione di alcune azioni collettive, quindi, non persegue l'esclusione di quelle non espressamente disciplinate: di conseguenza, vige il sistema generale della libertà delle azioni. In effetti, nell'ordinamento spagnolo la proponibilità di un'azione non dipende dall'esistenza di norme specifiche che la prevedano, bensì dalla mera possibilità giuridica del *petitum*: pertanto, un'azione potrà dirsi sussistente tanto in quanto esista una norma giuridica che riconosca l'esistenza di diritti o interessi sostanziali ed alla condizione che la tutela richiesta all'organo giurisdizionale corrisponda al contenuto ed all'efficacia giuridica di tali diritti o interessi.

§. Partendo da queste premesse, l'esistenza di azioni collettive ulteriori rispetto a quelle già tipizzate in norme espresse, può essere ammessa al verificarsi di due condizioni. In primo luogo, occorre che ci si trovi di fronte a situazioni in cui si possa individuare l'esistenza di una ipotetica lesione ai danni di diritti o interessi facenti capo ai consumatori e provvisti di un concreto contenuto, siano o no determinati i soggetti che ne sono stati pregiudicati. In secondo luogo, è inoltre necessario che, in conformità alla legislazione processuale, la tutela giurisdizionale dovuta nei confronti di tale lesione possa essere invocata in forma unitaria, indipendentemente dal fatto che si tratti di invocare una tutela genuinamente collettiva o generale anziché una tutela unitaria per situazioni giuridiche pluriindividuali. In altri termini, è necessaria l'attribuzione di una legittimazione collettiva o rappresentativa.

Come si può notare, la prima condizione riveste carattere sostanziale: non si può negare che la normativa in materia riconosca ai consumatori determinati diritti, per la cui tutela l'azione di cessazione non risulta adeguata o sufficiente, rendendosi necessarie ulteriori azioni collettive a con-

---

<sup>16</sup> Sulla questione, cfr. anche GARCÍA VILA, *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Valencia, 2006, p. 124-130.

tenuto positivo o «prestazionale», ossia tali da comportare la condanna al pagamento di una somma di denaro, alla consegna di una cosa determinata o alla esecuzione di una specifica prestazione. Il soddisfacimento di tali diritti, riconosciuti dalla LGDCU o da norme speciali, integrerà il *petitum* di queste azioni collettive atipiche (ad es., il risarcimento dei danni causati ai consumatori o l'adempimento delle garanzie a cui l'imprenditore o il professionista sia tenuto nei loro confronti).

La seconda condizione riveste carattere maggiormente processuale: è necessario che il legislatore ammetta l'esercizio congiunto o collettivo di questi diritti nell'ambito di un solo processo e da parte di un solo ente, che presenti carattere rappresentativo dei diritti o degli interessi lesi. Orbene, come si vedrà più oltre, l'art. 11 LEC contiene una disciplina piuttosto chiara riguardo alla legittimazione ad agire nei casi in cui si siano verificati «fatti illeciti» dannosi per i consumatori, e non la assoggetta ad alcun limite. Da questa ampia previsione normativa si può in sostanza desumere il riconoscimento della proponibilità non solo delle azioni dirette ad ottenere la cessazione del fatto illecito, ma anche di quelle finalizzate ad ottenere una riparazione *lato sensu* dei relativi danni, che vada a diretto beneficio dei consumatori pregiudicati, a prescindere dal fatto che non siano stati loro a proporre la domanda<sup>17</sup>. Questo risultato interpretativo trova conferma nel contenuto degli artt. 221 e 519 LEC, i quali stabiliscono che delle sentenze ottenute da enti dotati di legittimazione collettiva possano direttamente beneficiare, anche a fini esecutivi, i singoli consumatori o utenti che non hanno preso parte al processo, dalla qual cosa si deduce la possibilità di postulare la sussistenza di concrete pronunce di condanna diverse dal mero ordine di cessazione – che, naturalmente, pure possiede carattere condannatorio.

In definitiva, combinando la legislazione sostanziale, che riconosce specifici diritti ai consumatori ed agli utenti, e quella processuale, che istituisce una legittimazione collettiva per l'esercizio di azioni, anch'esse di carattere collettivo, a fronte del verificarsi di qualunque genere di fatto dannoso per tali categorie di soggetti, si può concludere nel senso dell'ammissibilità di pretese atipiche che, in ogni caso, vanno al di là dell'ambito della mera cessazione. Pertanto, è sufficiente che si ravvisi una

---

<sup>17</sup> La Sentenza della *Audiencia Provincial* di Madrid (Sezione 14<sup>a</sup>), 29 gennaio 2002, ha giustamente negato la possibilità di far valere in giudizio una pretesa risarcitoria collettiva, argomentando che, all'epoca della proposizione della domanda (prima dell'entrata in vigore della LEC), non esisteva alcuna norma che riconoscesse all'associazione parte attrice la legittimazione ad agire in giudizio per la tutela di diritti altrui.

situazione di danno generalizzato alla posizione giuridica dei consumatori e degli utenti perché si possa esercitare una azione collettiva mirante ad ottenerne il ristoro, a condizione che ciò che viene richiesto al giudice sia conforme al contenuto dei diritti lesi.

La prassi giurisprudenziale spagnola offre già alcuni esempi di quanto si è appena descritto: così, nel caso noto come «Opening», è stata disposta la risoluzione di una pluralità di contratti di prestito al consumo, vincolati al pagamento di corsi d'inglese, a carico della società che aveva cessato di fornire tali servizi<sup>18</sup>; ed ancora, l'impresa concessionaria di una autostrada è stata condannata al risarcimento dei danni patiti dagli automobilisti rimasti bloccati varie ore in conseguenza di una nevicata della quale non erano stati adeguatamente avvertiti<sup>19</sup>.

### 3.2. *La legittimazione all'esercizio delle azioni collettive*

§. L'esercizio di azioni collettive – *lato sensu* intese – presuppone che nel processo vengano fatti valere diritti o interessi che non rientrano nella stretta titolarità del soggetto o ente che invoca la tutela giurisdizionale, nella misura in cui non sono consumatori coloro i quali, a titolo individuale, richiedono, *ciascuno per se stesso*, il ristoro del loro diritto o interesse leso. Si tratta dunque di ipotesi nelle quali la titolarità dell'azione va necessariamente attribuita a determinati soggetti, non tanto perché essi hanno visto la propria posizione giuridica pregiudicata in conseguenza del verificarsi di un fatto illecito per i consumatori, ma perché essi vantano una certa «rappresentatività» in questo settore della vita economica e sociale. Peraltro, questa «rappresentatività» dei diritti ed interessi dei consumatori non può considerarsi «naturalmente» attribuita a determinati soggetti: non esiste, quindi, un «legittimato nato» o «naturale» all'esercizio delle azioni collettive. È tuttavia necessaria, perché così esige la natura propria del processo, l'esistenza di due parti. Se la determinazione aprioristica della parte convenuta può essere agevolmente derivata dai fatti che hanno dato origine al processo, la determinazione del soggetto a cui compete il ruolo di parte attiva non può non soggiacere alla volontà

---

<sup>18</sup> In realtà, si sono avuti vari processi collettivi, sfociati in altrettanto numerose decisioni: cfr. la Sentenza della *Audiencia Provincial* di Madrid (Sezione 19<sup>a</sup>), 16 gennaio 2006; la Sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 1 di Madrid, 15 dicembre 2006, e la Sentenza del *Juzgado de Primera Instancia* n. 15 di Zaragoza, 13 gennaio 2004.

<sup>19</sup> Sentenza della *Audiencia Provincial* di Burgos (Sezione 3<sup>a</sup>), 31 luglio 2006.

del legislatore. È il legislatore che decide a chi spetta la legittimazione attiva all'esercizio di queste azioni e che attribuisce la titolarità dell'azione a determinati soggetti o enti. Posto che, in linea di principio, nessuno è titolare a margine della legge di un diritto all'esercizio di azioni finalizzate alla tutela di diritti sovraindividuali o pluriindividuali, è al legislatore che spetta tale decisione: non è dato rinvenire alcun soggetto o ente la cui legittimazione *debba* essere riconosciuta, ma si possono individuare vari *soggetti ai quali risulta (molto) conveniente attribuirli*, dal momento che essi, di fatto, nell'ambito dei rapporti giuridici svolgono funzioni di tutela nei confronti dei molteplici interessi legati al consumo di massa di beni e servizi.

È perciò il legislatore a dover decidere a chi attribuire la titolarità delle azioni collettive. E la concede a determinati enti o soggetti che, a suo giudizio – un giudizio che non può prescindere dalle coordinate storiche e sociali vigenti nel momento in cui esso viene formulato – godono di una «adeguata rappresentatività» degli interessi che, su un piano collettivo, sono posti in gioco dal fenomeno del consumo e dell'utilizzazione in massa di beni, prodotti e servizi.

Da ciò discende la natura evidentemente *contingente* che connota la scelta dei singoli enti ai quali, nell'ambito qui considerato, è stata attribuita la legittimazione all'esercizio delle azioni collettive. Al di là di ciò, il principale tratto che caratterizza l'ordinamento spagnolo per ciò che concerne l'attribuzione di tale legittimazione collettiva consiste nella *eterogeneità* dei soggetti a cui essa risulta conferita, soggetti che variano da un testo normativo ad un altro nonché in funzione del tipo di azione collettiva esercitata.

### 3.2.1. *Legittimazione all'esercizio della «azione di cessazione a tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti»*

§. Come si è già detto, la legislazione spagnola ha introdotto questa azione tipica di cessazione in vari testi normativi di diritto sostanziale; testi che si sono inoltre incaricati di individuare, per quanto in maniera non uniforme, il soggetto o i soggetti titolari della legittimazione attiva necessaria per esercitare tali azioni.

In primo luogo, esiste un nucleo comune di soggetti legittimati, ai quali spetta sempre la titolarità dell'azione collettiva qui considerata. Essi sono: (1) l'Istituto Nazionale del Consumo e gli organi o enti ad esso equiparabili istituiti dalle Comunità Autonome e dalle Corporazioni locali

competenti in materia di tutela dei consumatori; (2) le associazioni dei consumatori e degli utenti in possesso dei requisiti stabiliti dalla LGDCU; (3) il Ministero delle Finanze e (4) gli enti di altri Stati membri della Comunità Europea istituiti per la tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori, che risultino a ciò abilitati mediante la loro inclusione nella apposita lista pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea». Le disposizioni contenute in altri testi normativi estendono ulteriormente l'elenco dei soggetti legittimati<sup>20</sup>.

In ogni caso, va tenuto presente che la legge attribuisce agli organi giurisdizionali il potere di verificare il corretto esercizio della legittimazione: «Il giudice ammette tale lista [ossia l'elenco di soggetti legittimati contenuto in ciascun testo normativo] come prova della capacità di essere parte propria del ente abilitato, fermo il potere di valutare se le finalità da questo perseguite e gli interessi coinvolti legittimano l'esercizio dell'azione».

### 3.2.2. *Legittimazione all'esercizio delle altre azioni collettive tipiche*

§. In modo parzialmente diverso, l'art. 16 della *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* legittima all'esercizio delle azioni collettive di cessazione, di restituzione e di risarcimento, di ritrattazione e dichiarativa, i seguenti soggetti: (1) le associazioni o corporazioni di imprenditori, professionisti ed agricoltori tenute per statuto a provvedere alla difesa degli interessi dei loro membri; (2) le Camere di Commercio, dell'Industria e della Navigazione; (3) le associazioni dei consumatori e degli utenti; (4) l'Istituto Nazionale del Consumo e gli organi o enti ad esso equiparabili istituiti dalle Comunità Autonome e dalle Corporazioni locali competenti in materia di tutela dei consumatori; (5) i Consigli degli Ordini professionali legalmente costituiti; (6) Il Ministero delle Finanze e

---

<sup>20</sup> Così, la *Ley General de la Publicidad* ed anche la Legge sulle attività di radio-diffusione televisiva concedono la legittimazione ai titolari di un diritto o di un interesse legittimo, la qual cosa implica l'attribuzione di legittimazione a qualunque tipo di soggetto, indipendentemente dal fatto che si tratti di una persona fisica o giuridica. Inoltre, la *Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* amplia il novero dei soggetti dotati di legittimazione attiva, attribuendola ai «gruppi di consumatori ed utenti danneggiati, nei casi ed alle condizioni previste dalla Ley de Enjuiciamiento Civil».

(7) gli enti di altri Stati membri della Comunità Europea istituiti per la tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori, che risultino a ciò abilitati mediante la loro inclusione nella apposita lista pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea».

### 3.2.3. Norme generali sulla legittimazione collettiva: la legittimazione all'esercizio delle azioni collettive atipiche

§. Le norme, sin qui considerate, che si occupano della legittimazione straordinaria all'esercizio di azioni collettive rivestono tutte carattere speciale, essendo tutte vincolate all'esercizio di pretese collettive in specifici settori dell'attività giuridica-economica nei quali si possono verificare lesioni agli interessi dei consumatori.

Peraltro, al di là di tali norme, l'attribuzione della legittimazione all'esercizio delle azioni collettive individua una ulteriore fonte di regolamentazione in alcune norme generali, contenute nell'art. 11 LEC, norma che parte dalla distinzione, già esposta, tra «interessi collettivi» ed «interessi diffusi», a seconda che risulti o no possibile l'individuazione dei singoli concreti consumatori che si siano visti direttamente pregiudicati dal fatto dannoso che ha determinato l'esercizio dell'azione.

a) Qualora si tratti di azioni dirette ad ottenere la tutela di *interessi collettivi*, la legittimazione attiva è riconosciuta: (1) alle associazioni dei consumatori e degli utenti; (2) agli enti legalmente costituiti aventi ad oggetto la difesa o la protezione dei consumatori (come l'Istituto Nazionale del Consumo); (3) agli stessi gruppi di individui danneggiati dal fatto illecito<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Questa legittimazione attiva, attribuita ai «gruppi di consumatori pregiudicati da un fatto illecito» e finalizzata all'esercizio di azioni collettive, presuppone che il gruppo in quanto tale sia dotato di personalità processuale, ossia di una sufficiente attitudine ad assumere la condizione di parte nel processo. In linea di principio, il diritto sostanziale spagnolo non riconosce la capacità giuridica o di agire a semplici gruppi di persone, ove queste non risultino costituite nella forma di una persona giuridica. Viceversa, la legge processuale attribuisce capacità a questi gruppi, i quali vengono pertanto considerati alla stessa stregua di un soggetto unitario. A tale scopo, l'art. 6.1.7° LEC stabilisce due requisiti: a) che i componenti del gruppo siano individuati o facilmente individuabili; b) che il gruppo risulti composto dalla maggioranza dei soggetti danneggiati. Come si può intuire, la necessità di soddisfare entrambi i requisiti circoscriverà l'ambito di azione dei gruppi ad ipotesi di scarsa rilevanza collettiva (ad es., ai casi di soggetti danneggiati dalla cancellazione di un volo da parte di un compagnia aerea, oppure dalla mancata esecuzione del programma previsto in un pacchetto turistico). Inoltre, la stessa LEC ha previsto all'art.

*b)* Se invece si tratta di azioni in difesa di interessi diffusi, l'attribuzione della legittimazione segue criteri molto più restrittivi: essa è riconosciuta *esclusivamente* alle associazioni di consumatori ed utenti che, in conformità a quanto disposto dalla LEC, *risultino essere rappresentative*<sup>22</sup>. Inoltre, se l'azione atipica esercitata è quella di cessazione, l'art. 54.3 LGDCU estende la legittimazione, riconoscendola anche al Ministero delle Finanze ed all'Istituto Nazionale del Consumo (nonché ad altri enti pubblici che perseguono analoghe finalità).

Queste disposizioni della LEC possiedono carattere generale, il che significa che la loro applicazione è subordinata all'assenza di norme speciali. Per questa ragione, nei particolari settori poc'anzi segnalati, nel contesto dei quali la legittimazione è attribuita da norme speciali, ci si dovrà attenere a quanto in esse stabilito, senza poter dare applicazione, nemmeno in via suppletiva o complementare, a quanto disposto dalla LEC. Per lo stesso motivo, la generalizzata introduzione, nella normativa di settore, di azioni di cessazione e di elenchi di soggetti appositamente legittimati ad esercitarle – introduzione operata mediante la L. 39/2002 – ha drasticamente ridotto il campo di applicazione dell'art. 11 LEC, che è rimasto confinato all'ambito delle azioni collettive «atipiche».

Il sistema risulta inutilmente complicato ed in questo senso assurdo, poiché le differenze nell'attribuzione della legittimazione non rispondono all'esigenza di offrire una migliore tutela agli interessi coinvolti in questo o in quel settore, ma piuttosto ad una difettosa tecnica legislativa, che è andata sovrapponendo, in modo disarmonico, norme dotate di ambiti di applicazione parzialmente coincidenti.

---

256.1.6° che, anteriormente alla proposizione della domanda giudiziale, si svolga una procedura finalizzata ad ottenere informazioni circa i possibili soggetti danneggiati da un fatto illecito, procedura che può essere utilizzata allo scopo di determinare la composizione del gruppo onde poter dare dimostrazione della ricorrenza dei requisiti ai quali risulta subordinato il riconoscimento, in capo al gruppo stesso, della capacità di essere parte e, con ciò, della legittimazione attiva. L'art. 6.1.7° risolve il problema della capacità di essere parte spettante ai gruppi di soggetti danneggiati. Tuttavia, proprio perché si tratta di un gruppo, è necessario determinare la specifica persona fisica che si costituisca in giudizio in nome del gruppo. La risposta è data dall'art. 7.7° LEC, in forza del quale deve agire in giudizio in nome del gruppo il soggetto che, di fatto o in virtù di un accordo interno al gruppo, agisce in suo nome nei confronti dei terzi.

<sup>22</sup> A questi fini, secondo l'art. 24.2 LGDCU si ritiene siano rappresentative le associazioni che fanno parte del Consiglio dei Consumatori e degli Utenti (un organo consultivo di livello nazionale).

### 3.2.4. *L'intervento dei singoli consumatori nel processo collettivo*

§. L'esercizio di una azione collettiva a tutela degli interessi dei consumatori dà luogo ad un processo i cui effetti si propagano al di là degli specifici soggetti che in esso agiscono nelle vesti di attore e convenuto: le sentenze finiscono con l'esprimere effetti *ultra partes*. Per questo motivo, è necessario che l'esistenza del processo non rimanga occulta: se gli effetti del processo sono destinati ad estendersi ai terzi, diviene essenziale che essi abbiano notizia della sua pendenza: per di più, in determinate ipotesi il legislatore spagnolo ha inteso consentire ai consumatori la possibilità di influire sull'andamento del processo collettivo, intervenendo in esso.

Innanzitutto, sono stati istituiti alcuni particolari meccanismi finalizzati a fornire al processo una pubblicità iniziale, attraverso un «*llamamiento colectivo al proceso*» nei confronti di coloro i quali abbiano subito un danno in conseguenza del fatto di aver consumato il prodotto o di aver fatto uso del servizio da cui ha tratto origine il processo. Tale «*llamamiento*» si effettua mediante la divulgazione della domanda, una volta che ne sia stata ritualmente dichiarata l'ammissibilità, con i mezzi di comunicazione che godono di diffusione nell'ambito territoriale in cui si è manifestata la lesione dei diritti ed interessi dei consumatori (art. 15.1 LEC).

Inoltre, nel caso in cui ad essere esercitata sia una azione in difesa di interessi collettivi dei consumatori (si rammenti: in questa ipotesi i soggetti pregiudicati dal fatto dannoso sono determinati o facilmente determinabili), la LEC esige che l'attore, prima della proposizione della domanda, ne dia comunicazione a tutti i soggetti interessati: vale a dire, dovrà essere loro comunicata l'intenzione di proporre la domanda (art. 15.2 LEC).

§. Questi meccanismi di pubblicità sono finalizzati a consentire l'intervento nel processo, nella veste di attori a titolo individuale, di quei consumatori che desiderino farlo. Siffatto intervento non è necessario, dal momento che i consumatori possono beneficiare dell'esercizio dell'azione collettiva da parte del soggetto o ente a ciò legittimato anche se non partecipano alla causa. Ma poiché ad essere in gioco sono i loro diritti o interessi, il legislatore offre ai consumatori la possibilità di divenire protagonisti attivi del processo, riconoscendo loro, in tal caso, il diritto di ottenere che la sentenza contenga una specifica pronuncia sulla specifica posizione giuridica di ognuno di essi.

Attraverso il suo eventuale intervento, il singolo consumatore non entra nel processo all'unico scopo di sostenere l'esercizio dell'azione collettiva, bensì al fine di far valere il «suo diritto o interesse individuale», la qual

cosa determina la formazione di un vero e proprio cumulo di azioni: da un lato, l'azione collettiva; ed accanto ad essa, l'azione individuale proposta da ciascuno dei consumatori che abbiano optato per l'intervento in causa.

La LEC ha assoggettato questo intervento ad una serie di particolari regole, a seconda che gli interessi in gioco siano collettivi o diffusi.

– Se gli interessi in gioco hanno natura collettiva, il «*llamamiento colectivo*» e la pubblicazione della domanda devono essere precedute dalla preventiva comunicazione di quest'ultima agli interessati da parte dell'attore: di conseguenza, effettuato il «*llamamiento*», i consumatori che lo desiderino potranno aggregarsi al processo in qualunque momento, pur potendo compiere soltanto gli atti che non risultino preclusi (art. 15.2 LEC).

– Se invece gli interessi presentano carattere diffuso, e dato che i consumatori danneggiati non sono stati previamente avvisati dell'intenzione di instaurare la causa, il «*llamamiento*», ossia la pubblicazione della domanda, a seguito della sua proposizione e del controllo della sua ammissibilità da parte del giudice, sospende lo svolgimento del processo per un termine non superiore a due mesi. Durante questo periodo di tempo, i consumatori che desiderino intervenire in causa devono formulare apposita istanza al giudice. Decorso il termine di sospensione, il processo riprende con l'intervento di tutti i consumatori che abbiano risposto al «*llamamiento*», restando per gli altri preclusa la possibilità di intervenire in un momento successivo del processo (art. 15.3 LEC).

Peraltro, le norme appena esposte non ricevono applicazione nei processi intrapresi in funzione dell'esercizio di una azione di cessazione a tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti: in queste ipotesi, non si ha alcuna comunicazione preliminare, né alcun «*llamamiento*» generale attraverso la pubblicazione del provvedimento che ammette la domanda proposta; tanto meno è consentito ai consumatori ed agli utenti di intervenire a titolo individuale nel processo (art. 15.4 LEC).

### 3.2.5. *Un'ultima precisazione: le azioni collettive di diritto spagnolo non possono essere equiparate alle «class actions» del sistema statunitense*

§. Se si tiene conto di quali sono i soggetti e gli enti a cui la legislazione spagnola attribuisce la legittimazione ad agire, così come della tipologia di azioni collettive suscettibili di essere esercitate a tutela degli

interessi dei consumatori, si può agevolmente concludere che il legislatore spagnolo non disciplina delle vere e proprie azioni di classe o di gruppo, ossia non disciplina autentiche *class actions*, analoghe a quelle previste dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. In effetti, la legislazione spagnola non muove dalla definizione iniziale di una classe, destinata ad essere «rappresentata» nel processo da uno o più dei suoi membri, ma adotta un sistema diverso: in buona parte dei casi, e specialmente nelle ipotesi in cui si siano verificati dei danni che esigono di essere ristorati, i meccanismi predisposti dalla LEC risultano mirati a concentrare in una sola domanda ed in capo ad un unico legittimato l'esercizio unitario di pretese che, in realtà, sono molteplici, per quanto, agli effetti processuali e limitatamente al giudizio di cognizione, si finga che l'azione sia una sola.

### 3.3. *L'efficacia delle sentenze emanate nei processi collettivi*

§. Le particolarità previste dal legislatore spagnolo in relazione ai processi aventi ad oggetto azioni collettive si riverberano altresì sulla sentenza che li conclude, e ciò sotto profili tra loro molto diversi, concernenti sia il contenuto in sé della sentenza, sia la sua efficacia.

#### 3.3.1. *La determinazione dell'ambito soggettivo di efficacia della sentenza*

§. In primo luogo, si deve tener conto di quanto stabilito dall'art. 221.1 LEC in ordine all'ambito soggettivo di efficacia della sentenza ed, in particolare, in ordine alle pronunce che essa deve contenere<sup>23</sup>. Così, oltre a fornire risposta alla pretesa collettiva avanzata dalla parte attrice, nei termini in cui essa è stata formulata, la LEC esige da parte del giudice l'emanazione di una serie di pronunce ulteriori:

a) nel caso in cui singoli consumatori o utenti siano intervenuti nel processo, la sentenza deve pronunciare sulle pretese da essi avanzate (art. 221.1.3<sup>a</sup> LEC): per quanto si tratti in buona misura di una norma super-

---

<sup>23</sup> La norma parte dalla premessa che l'azione sia stata esercitata da una associazione di consumatori ed utenti. Tuttavia, la dottrina prevalente ritiene che essa debba trovare applicazione anche nei casi in cui la domanda sia stata formulata da qualsiasi altro soggetto legittimato, in funzione del tipo di azione esercitata (cfr. per tutti CALDERÓN CUADRADO, *Tutela civil declarativa*, Valencia, 2008, p. 471-474).

flua (posto che il suo contenuto discende dallo stesso principio di esaudività delle sentenze e da quello di generale corrispondenza delle decisioni con le richieste delle parti, enunciati dall'art. 218 LEC), essa serve a mettere in risalto come l'intervento dei singoli consumatori costituisca il veicolo per mezzo del quale essi possono esercitare le pretese loro proprie.

b) È possibile che l'azione collettiva esercitata possieda natura condannatoria, vuoi al pagamento di una somma di denaro, vuoi ad un fare o ad un non fare, oppure alla consegna di una cosa specifica o individuata solo nel genere. In tal caso, si aprono nuovamente due alternative: che la prestazione oggetto della condanna sia generica o astratta (per es., il ritiro dal mercato di una campagna pubblicitaria ingannevole), nel qual caso non vi è bisogno che la LEC disponga alcunché di particolare; oppure che della prestazione debbano direttamente beneficiare specifici consumatori ed utenti. Per questa seconda ipotesi, l'art. 221.1.1<sup>a</sup> LEC sancisce due regole diverse, in funzione del grado di individuazione dei beneficiari della sentenza:

– Se risulta possibile procedere alla individuazione di tutti i soggetti che possono trarre vantaggio dalla decisione – e lo sarà nella misura in cui fin dall'inizio del processo o durante il suo svolgimento si sia potuto predisporre un loro elenco, con la sicurezza che sia esaustivo – il giudice deve fare menzione nella sentenza dei singoli consumatori ed utenti che, ai sensi della normativa emanata a loro tutela, devono intendersi inclusi tra coloro che possono beneficiare degli effetti della decisione.

– Se la specifica individuazione dei singoli consumatori ed utenti non è possibile, la sentenza deve stabilire i dati, le caratteristiche ed i requisiti necessari affinché ciascuno di essi possa esigere il pagamento ed, eventualmente, instaurare il processo esecutivo o intervenire in esso qualora sia stato promosso dall'associazione parte attrice.

c) Infine, può anche accadere che, come presupposto della condanna – ossia della pronuncia principale o unica – venga dichiarata l'illiceità di una determinata attività o condotta posta in essere dall'imprenditore o professionista convenuto. In tal caso, la sentenza stabilisce se, in conformità alla legislazione adottata a tutela dei consumatori e degli utenti, tale accertamento debba produrre «effetti processuali non limitati a quanti hanno rivestito la qualità di parti nel corrispondente processo» (art. 221.1.2<sup>a</sup> LEC), vale a dire se di essa possano o no beneficiare anche altri consumatori i cui diritti o interessi non hanno direttamente formato oggetto del processo.

### 3.3.2. *Determinazione dell'ammontare della condanna*

§. Oltre alla possibilità che la sentenza pronunci direttamente sui diritti dei terzi che non hanno partecipato al processo, si possono prospettare ulteriori particolarità nel caso in cui l'azione collettiva esercitata miri all'ottenimento di una condanna al pagamento di somme, in specie per quanto riguarda il contenuto della decisione in relazione con la determinazione dell'ammontare della condanna. In effetti, l'art. 219 LEC stabilisce la regola generale secondo la quale nella domanda l'attore deve – alternativamente – quantificare con precisione l'ammontare della somma di denaro richiesta oppure, qualora ciò non sia possibile, fissare con chiarezza gli indici sulla cui base procedere alla liquidazione, in modo che quest'ultima consista in una pura operazione aritmetica. Dal canto suo il giudice, nella sentenza, fissa l'importo esatto della condanna ovvero i criteri per la sua liquidazione, nei medesimi termini di cui sopra. Peraltro, qualora non risulti possibile procedere né all'esatta quantificazione dell'ammontare dovuto, né alla determinazione di criteri precisi per calcolarlo, la sentenza produce effetti di mero accertamento dell'obbligo di pagamento gravante sul convenuto, con ciò rendendo necessario lo svolgimento di un successivo processo di cognizione, appositamente finalizzato alla quantificazione dell'ammontare dovuto.

In linea di principio, ove ad essere in gioco siano interessi collettivi i cui asseriti titolari, nella duplice veste di consumatori pregiudicati dal fatto illecito e di potenziali beneficiari della condanna al pagamento di somme, risultano determinati, è lecito pensare che questa regola generale possa trovare applicazione.

Tuttavia, se gli interessi in gioco hanno carattere diffuso, è praticamente impossibile procedere alla quantificazione dell'importo dovuto, neppure in forma relativa, attraverso criteri meramente matematici, slegati dalle circostanze del caso concreto. Qualora si applicasse la regola generale stabilita dall'art. 219 LEC, la conseguenza sarebbe che – da sé sola – la sentenza emanata all'esito della causa collettiva non sarebbe suscettibile di essere eseguita, rendendosi necessario lo svolgimento di un successivo processo finalizzato alla quantificazione dell'importo. Si tratterebbe peraltro di un risultato non compatibile con il principio di effettività della tutela dei consumatori a cui si ispira la disciplina della LEC. È pertanto ragionevole ritenere che l'art. 219 LEC non trovi applicazione nell'ambito dei processi collettivi, come di fatto si desume dal tenore dell'art. 221.1.1<sup>a</sup> LEC, norma speciale che si limita a richiedere che il giudice indichi i dati, le caratteristiche ed i requisiti necessari affinché i

consumatori possano esigere il pagamento. Di conseguenza, se l'ammontare della condanna non viene liquidato nella sentenza, la sua quantificazione dovrà aver luogo nel corso del corrispondente processo esecutivo, nei modi che si esamineranno poco più oltre.

### 3.3.3. *Ambito della cosa giudicata*

§. Quello dei limiti soggettivi del giudicato prodotto dalle sentenze emanate nei processi collettivi costituisce uno dei temi più complessi con i quali ci si deve misurare nel momento in cui si intenda delineare un sistema di azioni miranti alla tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti. A questo riguardo, il legislatore spagnolo ha optato per una scelta tanto drastica quanto chiara, accolta nell'art. 222.3 LEC: «La cosa giudicata vincola le parti del processo in cui si forma (...), così come i soggetti, diversi dalle parti, titolari dei diritti sui quali si fonda la legittimazione delle parti in conformità a quanto previsto dall'articolo 11 di questa legge».

Come si dovrebbe ricordare, l'art. 11 LEC è proprio la norma che si occupa della legittimazione all'esercizio delle azioni in difesa degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori. Di conseguenza, si deve ritenere che la sentenza emanata all'esito del processo instaurato a seguito dell'esercizio di una di tali azioni produrrà effetti di cosa giudicata non solo nei confronti delle singole parti in causa, ma anche, e soprattutto, nei confronti di tutti i consumatori che si siano visti pregiudicati dal fatto illecito che ha giustificato l'esercizio dell'azione e la pronuncia della successiva sentenza passata in giudicato.

L'opzione legislativa si presenta alquanto chiara, lasciando poco spazio all'interpretazione. Il legislatore ha voluto che i fatti produttivi di danni alla sfera dei consumatori vengano conosciuti e decisi nell'ambito di un solo processo o, al massimo, di un solo processo collettivo e di vari processi individuali, autonomi o cumulati a quello collettivo. Pertanto, una volta che in un processo collettivo, instaurato da un soggetto provvisto della necessaria legittimazione, sia stata emanata una sentenza passata in giudicato formale, la volontà del legislatore va chiaramente nel senso di impedire lo svolgimento di ulteriori processi ed, in particolare, di impedire che i consumatori possano far valere, *uti singuli*, pretese individuali o diverse da quella che forma oggetto della sentenza collettiva.

§. Questa limitazione alla possibilità di esercitare azioni successive da parte dei consumatori diviene accettabile se si tiene conto del fatto che il

processo collettivo è preceduto da un «*llamamiento*» collettivo rivolto nei confronti dei soggetti destinati a vedersi successivamente interessati dalla estensione *ultra partes* degli effetti di giudicato prodotti dalla sentenza: se a tali soggetti preme veder riconosciuta la loro singola posizione giuridica, il «*llamamiento*» renderà loro possibile fare ingresso in causa mediante un intervento che, come si è visto, può racchiudere l'esercizio di una azione individuale. Peraltro, nei casi in cui ad essere esercitati siano diritti o interessi pluriindividuali, sarebbe ugualmente necessario concedere ai singoli consumatori la facoltà di auto-escludersi dall'ambito del processo. Il problema è che la LEC spagnola non ha previsto espressamente alcun meccanismo in grado di consentire l'esercizio di una eventuale facoltà di *opt-out*.

Di fronte a questo silenzio normativo, si potrebbe innanzitutto pensare che tale mancata previsione costituisca il risultato di una scelta deliberatamente voluta, e derivata dal fatto che nell'ordinamento spagnolo la legittimazione all'esercizio delle azioni collettive in difesa di interessi pluriindividuali è attribuita ad enti capaci di garantire in modo adeguato una corretta tutela giurisdizionale di tutti i consumatori individualmente coinvolti – a differenza, pertanto, di quanto accade nel sistema statunitense delle *class actions*, ove tale funzione rappresentativa è assunta da un singolo consumatore. Una simile lettura, tuttavia, non mi pare soddisfacente, per lo meno se si tengono in considerazione due dati: a) credo che ad un privato non possa essere imposto di riporre nell'operato di enti pubblici o privati un grado di fiducia così elevato da indurlo ad accettare in modo irrevocabile le conseguenze della attività processuale da essi compiuta; b) non va dimenticato che la legittimazione all'esercizio di azioni volte alla tutela di interessi *stricto sensu* collettivi spetta anche a gruppi la cui costituzione è condizionata all'adesione di più della metà dei consumatori pregiudicati dal fatto illecito, e sarebbe paradossale che un privato, il quale ha espressamente preferito non entrare a far parte di nessun gruppo, si vedesse obbligato ad accettare le conseguenze dell'attività processuale svolta dallo stesso.

Per tali ragioni, considero ragionevole ritenere che il «*llamamiento colectivo*» che ha luogo all'inizio di questo tipo di processi debba servire a consentire ai singoli consumatori di intervenire in causa non solo al fine di far valere i loro diritti in forma individuale, ma anche allo scopo di chiedere di essere esclusi dall'ambito del processo. In questi casi, quindi, la decisione emanata dal giudice ai sensi dell'art. 221.1.3<sup>a</sup> LEC dovrebbe affermare espressamente che i suoi effetti non si estendono nei confronti del consumatore avvalso dell'*opt-out*.

§. Al di là delle questioni che precedono, l'art. 222.3 I LEC non chiarisce neanche se gli effetti del giudicato si estendano, oltre che nei confronti dei singoli consumatori, anche agli altri enti legittimati che, in potenza, avrebbero anch'essi potuto esercitare l'azione collettiva decisa con sentenza passata in giudicato. A mio giudizio, si deve ritenere che l'azione collettiva resti una ed una sola, indipendentemente dal soggetto che si sia concretamente avvalso della speciale legittimazione occorrente per esercitarla. Pertanto, è come se il suo esercizio e la sua corrispondente decisione con sentenza passata in giudicato formale la «esaurissero» o la «consumassero», con la conseguenza che essa dovrebbe considerarsi ormai estinta allorché, ad es., un'altra associazione di consumatori ed utenti oppure l'Istituto Nazionale del Consumo pretendesse, in un secondo tempo, di esercitarla. Peraltro, non si tratterebbe tanto di una estensione del giudicato nei confronti dei terzi, dato che una simile estensione non è prevista da alcuna norma, quanto di una ipotesi caratterizzata dall'inesistenza *ab initio* dell'azione, una ipotesi alla quale sarebbe opportuno dedicare una apposita disciplina nelle fasi iniziali del processo.

### 3.3.4. *Pubblicità della sentenza*

§. la LEC non stabilisce in via generale un dovere di dare pubblicità alle sentenze pronunciate nell'ambito dei processi finalizzati alla tutela degli interessi dei consumatori. Si tratta di un silenzio inopportuno, dal momento che la predisposizione di un adeguato regime di pubblicità della sentenza sarebbe molto utile affinché le pronunce in essa contenute potessero acquisire una reale efficacia, in special modo nei casi in cui da esse derivino concreti benefici ai consumatori.

Ancorché non lo si dica a chiare lettere, la sentenza verrà – questo sì – notificata ai singoli consumatori la cui posizione giuridica abbia formato oggetto di una pronuncia espressa, vuoi in ragione del fatto di essere intervenuti nella causa, vuoi perché, pur non avendo svolto alcun intervento, essi risultavano individuati (art. 221.1.1<sup>a</sup> LEC).

Discostandosi dalla regola generale, l'art. 221.2 LEC impone nondimeno la pubblicazione delle sentenze di accoglimento delle azioni di cessazione a tutela degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori e degli utenti. Peraltro: 1) siffatta pubblicazione non è obbligatoria, prevedendosi che essa venga concessa dal giudice ogni qual volta la ritenga conveniente; 2) può essere totale o parziale; 3) le relative spese sono a carico

del convenuto soccombente. Inoltre, ove la violazione che ha giustificato l'esercizio dell'azione ed il suo accoglimento in sentenza sia tale da poter produrre effetti durevoli nel tempo, il giudice può consentire la pubblicazione, anziché della sentenza, di una dichiarazione di rettifica da parte dell'imprenditore o del professionista usciti sconfitti dalla causa<sup>24</sup>.

### *3.3.5. L'esecuzione forzata: determinazione dei soggetti che possono beneficiare degli effetti favorevoli della condanna*

§. Ai sensi dell'art. 221.1.1<sup>a</sup> LEC, il giudice può emanare una sentenza contenente specifici capi di condanna direttamente favorevoli a singoli consumatori. Trattandosi di soggetti già individuati nella sentenza, è evidente che, qualora l'imprenditore o il professionista condannato non adempia spontaneamente la prestazione oggetto della condanna, essi dispongono di un titolo esecutivo che permette loro di intraprendere un processo di esecuzione forzata. Peraltro, può anche darsi che non tutti i soggetti che si potrebbero avvalere della sentenza di condanna risultino in essa individuati, nel qual caso si richiede che la decisione indichi i dati, le caratteristiche ed i requisiti necessari affinché un certo soggetto possa esigere l'adempimento della prestazione a cui è tenuto il convenuto soccombente. In situazioni come questa, ogni consumatore che si ritenga ricompreso nell'ambito della categoria definita dalla sentenza ha diritto di ottenere una prestazione da parte dell'imprenditore condannato, ma dovrà preliminarmente accreditare la ricorrenza, in capo a sé, di tutti i requisiti indicati dalla sentenza. Si rende pertanto necessaria la predisposizione di un qualche meccanismo che consenta al giudice di verificare, caso per caso, se un singolo soggetto possa o no avvalersi degli effetti favorevoli della sentenza.

Un siffatto meccanismo individua la propria regolamentazione nell'art. 519 LEC: data per presupposta la situazione appena descritta, tale norma prevede lo svolgersi di un incidente di cognizione che ha luogo nel contraddittorio dinanzi al giudice competente per l'esecuzione (quello che ha conosciuto della causa in primo grado); l'incidente in que-

---

<sup>24</sup> La pubblicazione della sentenza di accoglimento della domanda è prevista anche nel caso in cui siano state esercitate azioni in materia di pubblicità (art. 31 LGP) ed in materia di condizioni generali di contratto (art. 21 LCGC).

stione prende avvio ad istanza di uno o più interessati ed, a seguito di una eventuale fase di istruzione probatoria, si conclude con una decisione nella quale il giudice stabilisce se includere o no la parte istante tra i soggetti che possono avvalersi degli effetti della sentenza di condanna<sup>25</sup>.

La norma, quindi, non si occupa dell'esecuzione in quanto tale della sentenza, bensì delle formalità preliminari che devono essere poste in essere allorché si intenda agire esecutivamente sulla base di sentenze emanate ai sensi dell'art. 221.1.1<sup>a</sup> LEC. In realtà, tale norma risponde allo scopo di determinare con esattezza a chi spetta la legittimazione attiva necessaria ad instaurare la successiva esecuzione «individuale» fondata sulla sentenza collettiva ed, in questa misura, essa assolve la funzione di formare un titolo esecutivo completo, in quanto risultante dall'unione della sentenza di condanna generica con l'ordinanza che include un determinato soggetto nel novero di coloro che possono beneficiare degli effetti di tale sentenza. Per ciò stesso, deve altresì essere chiaro che tale incidente non si conclude con l'avvio dell'esecuzione forzata, bensì con un'ordinanza che – laddove il beneficiario intenda avvalersene – potrà essere utilizzata, data la situazione, come fondamento di un successivo processo esecutivo.

#### **4. La transazione collettiva nell'ordinamento spagnolo: tentativo di definizione del suo regime giuridico**

§. L'assenza, all'interno dell'ordinamento spagnolo, di una regolamentazione espressa delle transazioni collettive obbliga ad effettuare un lavoro di «costruzione» o «formulazione» del suo regime giuridico partendo dai principi e dalle norme su cui si regge il sistema di tutela collettiva dei diritti, nonché sulla base di alcune regole generali, sostanziali e processuali, che si riferiscono a questo tipo di accordi. Prima di procedere oltre, è perciò opportuno dar conto, in modo sintetico, della disciplina a cui, ordinariamente, si vedono assoggettate le transazioni e le conciliazioni nell'ordinamento giuridico spagnolo.

---

<sup>25</sup> Questa disciplina presuppone la conoscenza della sentenza da parte dei soggetti che, pur potendosi avvalere dei suoi effetti, non risultano in essa individuati singolarmente; come si è poc'anzi osservato, il problema è che tale conoscenza non sempre è garantita, dal momento che la pubblicazione della sentenza non è obbligatoria.

#### 4.1. *Disciplina ordinaria della transazione e della conciliazione nell'ordinamento giuridico spagnolo*

§. Prima di tutto, è bene notare che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, la distinzione tra «conciliazione» e «transazione» non sempre è chiara. Come è ovvio, entrambe le figure sono accomunate dal fatto di esprimere il risultato di un accordo di volontà delle parti, attraverso il quale esse giungono ad una autonoma soluzione della controversia; per questo motivo, la legislazione talvolta le assimila, oppure utilizza il termine «accordo» per riferirsi congiuntamente ad entrambe (cfr., in part., gli artt. 414, 415 e 428 LEC). Peraltro, il dato che le differenzia pare risiedere nello specifico contesto in cui si svolgono le trattative e si perfeziona l'accordo:

– il termine «conciliazione» sembra essere utilizzato per descrivere gli accordi raggiunti dalle parti alla presenza di un terzo qualificato: nell'ambito del processo civile, quest'organo suole coincidere con il giudice stesso, nei casi in cui la causa risulti già pendente; e si postula sia il cancelliere rispetto alle conciliazioni raggiunte prima dell'inizio della causa.

– Per esclusione, sembra quindi potersi parlare di «transazione» allorchè lo svolgimento delle trattative ed il raggiungimento dell'accordo avvengano in forma privata – benché il processo sia già in corso –, ferma la possibilità, a seguito del perfezionamento dell'accordo, di sottoporre il contenuto alla omologazione dell'organo giurisdizionale.

In ogni caso, ritengo che, ai fini che ci interessano, questa differenza terminologica non sia granché rilevante, ragion per cui entrambi i termini verranno qui di seguito utilizzati in modo indifferenziato e come se si trattasse di due vocaboli di contenuto equivalente, al pari di quanto si farà con i termini «accordo» e «patto»: invero, per quanto la regolamentazione della transazione e quella della conciliazione siano parzialmente diverse, è indubbio che le norme che si occupano della conciliazione danno per scontato che essa rappresenti una forma di transazione.

§. Tanto la transazione, quanto la conciliazione possiedono una duplice natura, sostanziale e processuale: sostanziale, nella misura in cui si tratta di contratti; processuale, perché esse si proiettano su beni e diritti in ordine ai quali sussiste una controversia tra le parti, normalmente assoggettata ad un giudizio, e – soprattutto – perché si tratta di contratti destinati ad esplicitare una efficacia processuale. È per questa ragione che, nell'ordinamento spagnolo, la transazione gode di una duplice regolamentazione.

Essa individua la sua *disciplina sostanziale* negli artt. 1809-1819 del

Codice civile (CC), il cui testo si è sul punto mantenuto inalterato dalla sua promulgazione, avvenuta nel 1889. Del contenuto di tali norme conviene mettere qui in rilievo quanto segue:

– l'art. 1809 CC definisce la transazione come il «contratto per mezzo del quale le parti, dando, promettendo o trattenendo ciascuna una data cosa, evitano la formazione di una causa o pongono fine a quella che sia già stata intrapresa». Come si può notare, si dà in questo modo accoglienza all'interno dell'ordinamento alle transazioni stipulate prima del processo e finalizzate ad evitarlo; ciononostante, si è già segnalato che, in questa sede, la nostra attenzione si concentrerà sulle transazioni raggiunte nel corso del processo. La norma riportata – ritorneremo su di essa in seguito – stabilisce inoltre il carattere bilaterale o reciproco del contratto in questione, nella misura in cui esige che entrambe le parti assumano reciprocamente una qualche obbligazione.

– Dagli artt. 1810 e 1812 CC si può desumere che, in linea di principio, si può transigere solo in ordine a beni e diritti di cui si sia titolari, o in ordine a quelli altrui di cui si abbia la facoltà di disporre; mentre dagli artt. 1813 e 1814 CC si deduce che possono formare oggetto di transazione solo i beni o i diritti disponibili.

– Gli artt. 1817-1819 CC fanno riferimento alla possibilità di impugnare una transazione alla stessa stregua di un contratto, operando un rinvio alle norme generali in materia di nullità ed annullabilità contrattuale e prevedendo talune regole particolari.

– L'art. 1816 CC, dal canto suo, stabilisce che la transazioni giudiziali possiedono efficacia esecutiva; tale norma contiene inoltre un inciso che è stato fonte di una importante disputa dottrinale e giurisprudenziale: «la transazione produce effetti di cosa giudicata nei confronti delle parti». Ciò fa sorgere il dubbio se sia o no possibile attribuire ad una transazione giudiziale effetti *stricto sensu* di giudicato, per quanto io sia personalmente incline a pensare che tale formulazione normativa volesse soltanto porre in evidenza che l'accordo transattivo pone fine al processo nello stesso modo in cui lo farebbe una sentenza, senza che alla transazione possano attribuirsi in senso proprio gli effetti processuali che discendono dall'istituto della cosa giudicata, posto che – a rigore – non si è avuta alcuna attività di giudizio<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr., in questo senso, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DIEZ PICAZO GIMÉNEZ), 3ª ed., Madrid, 2004, p. 482; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 7ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 467-468.

Per quanto riguarda la *dimensione processuale* della transazione, varie sono le norme della LEC che occorre tenere in considerazione:

– in primo luogo, l'art. 19.1, in virtù del quale «le parti possono disporre dell'oggetto del giudizio e possono rinunciare agli atti, desistere dalla causa, accordarsi, compromettere la controversia in arbitri e *stipulare transazioni riguardanti tale oggetto*, salvo che la legge lo vieti o stabilisca delle limitazioni per ragioni di interesse pubblico o a vantaggio dei terzi». Questa norma si ricollega alla disciplina sostanziale del contratto di transazione e ne stabilisce, in conformità ad essa, i limiti generali: il divieto posto dalla legge e l'interesse generale o del terzo che risultino legalmente riconosciuti.

– Più concretamente, l'art. 19.2 LEC fa riferimento all'eventuale omologazione della transazione da parte del giudice, disciplinandola nei seguenti termini: «se le parti intendono addivenire ad una transazione giudiziale e l'accordo o patto da esse raggiunto è conforme a quanto stabilito al comma precedente, la transazione è omologata dal giudice a cui spetta la cognizione della causa alla quale si intende porre fine». Il controllo giurisdizionale delle transazioni risulta pertanto limitato: esso non consiste nel verificare se la transazione è in sé stessa accettabile dal punto di vista della reciprocità e dell'equilibrio delle prestazioni che le parti si impongono l'un l'altra, dal momento che si muove dal presupposto che i beni o i diritti che sono in gioco rientrano nella libera disponibilità dei loro rispettivi titolari – anzi, la dottrina e la giurisprudenza ammettono la stipulazione di transazioni miste<sup>27</sup>, ossia concernenti diritti ed interessi in ordine ai quali non sussiste alcuna controversia tra le parti, ma la cui inclusione nell'accordo può risultare necessaria ai fini del perfezionamento del medesimo. L'unica cosa che il giudice può verificare è che non si stia violando nessuna norma giuridica ed, in particolare, che la pattuizione non leda l'interesse generale o quello di un terzo<sup>28</sup>: stando così le cose, la transazione sarà omologata ed acquisirà natura *stricto sensu* giudiziale.

– In effetti, l'art. 517.2.3<sup>a</sup> LEC attribuisce efficacia esecutiva – nonché natura di titolo esecutivo – alle «decisioni che approvano o omologano le

<sup>27</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 465.

<sup>28</sup> La norma, pertanto, corrisponde a quanto stabilito con valenza generale dall'art. 6.2. CC, in virtù del quale «la disapplicazione volontaria della legge applicabile e la rinuncia ai diritti in essa riconosciuti sono valide nei soli casi in cui non risultino in contrasto con l'interesse o l'ordine pubblico e non pregiudichino i terzi».

transazioni giudiziali e gli accordi raggiunti nel corso del processo». In assenza di approvazione o di omologazione (in realtà, si tratta della stessa cosa) da parte del giudice, non può aversi efficacia esecutiva. Viceversa, la LEC nulla dice riguardo ad una ipotetica efficacia di giudicato, che l'art. 222 riserva alle sentenze divenute non più impugnabili.

– La LEC consente alle parti di stipulare transazioni in qualunque momento del processo, sia in primo grado, sia in fase di impugnazione (art. 19.3); tuttavia, essa si fa carico in modo particolare di promuovere il raggiungimento di transazioni e/o di conciliazioni in un momento specifico del processo ordinario, e cioè durante l'udienza preliminare (cfr. artt. 414, 415 e 428 LEC). Di fatto, a questo riguardo la LEC utilizza indistintamente i termini «transazione», «conciliazione» ed «accordo», lasciando intendere che, agli effetti processualmente rilevanti, essi esprimono un'unico ed identico concetto.

Al di là dei riferimenti alla conciliazione contenuti nel testo della LEC, una specifica regolamentazione della *conciliazione anteriore al processo* è rinvenibile negli artt. 460-480 della LEC del 1881 – che, sotto questo profilo, continuerà a rimanere in vigore fin tanto che non verrà approvata una nuova *Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Tali norme disciplinano una conciliazione giudiziale che ha luogo prima della proposizione della domanda e che permette alle parti, che intendano avvalersene, di addivenire ad un accordo dotato, per regola generale, di efficacia esecutiva: l'accordo raggiunto in questo modo, attraverso una conciliazione giudiziale stipulata prima del processo, possiederà pertanto la natura di una transazione giudiziale<sup>29</sup>.

#### 4.2. *Primo approccio alla transazione collettiva: la necessità di distinguere a seconda della natura dei diritti e degli interessi che entrano in gioco nel processo*

§. Svolte le considerazioni che precedono, ed assunta come ipotesi generale la possibilità di stipulare accordi che si proiettano sull'oggetto di una controversia collettiva, occorre stabilire chi ha il potere di stipulare tale accordi, quale sarà la loro efficacia vincolante rispetto ai terzi e, na-

---

<sup>29</sup> Questa identificazione tra conciliazione e transazione è agevolmente riscontrabile nello stesso art. 460 LEC 1881, in virtù del quale si esclude che possano formare oggetto di conciliazione le «materie non suscettibili di transazione».

turalmente, se esistano limiti e controlli a cui tali patti possano essere assoggettati.

Come si può intuire a seguito di una prima riflessione al riguardo, la risposta a queste questioni dipende direttamente dal modo in cui si articola il potere di alcuni soggetti di prendere decisioni che incidono in modo vincolante sulla sfera giuridica di altri – al di là, resta inteso, del caso in cui ricorra un mandato diretto di rappresentanza. Nel momento in cui ci si muove sul terreno della tutela degli interessi collettivi dei consumatori, bisogna tener conto del fatto che la legittimazione è attribuita a soggetti che, in quanto tali, non coincidono con i titolari dei beni o dei diritti in contesa; piuttosto, i soggetti ai quali la legge attribuisce legittimazione fanno valere nel processo diritti ed interessi altrui, propri «dei consumatori» *lato sensu*. Per questo motivo, al fine di procedere nell'analisi è indispensabile distinguere in funzione della natura dei beni, diritti o interessi oggetto di controversia ai quali andrà a riferirsi la transazione collettiva e, soprattutto, in funzione del modo in cui «gli altri» – ossia i soggetti a cui vantaggio l'ente legittimato agisce nel processo – risultano essere «titolari» dei diritti e degli interessi che sono in gioco nel processo.

A mio modo di vedere, transigere una controversia su diritti o interessi sovraindividuali non può non integrare qualcosa di diverso dal transigere un lite concernente diritti o interessi pluriindividuali, posto che diverso è il modo in cui i consumatori che non partecipano al processo risultano essere titolari di quanto in esso entra in gioco:

– se si tratta di diritti o interessi sovraindividuali, non esiste un titolare definito: si afferma che essi appartengono a tutta la comunità, all'insieme dei consumatori, o ad un sottoinsieme o un gruppo di essi, ma sempre in modo comune ed unitario, vale a dire senza che nessun singolo soggetto possa affermare di essere titolare di una parte o dell'intero. È questa la ragione per la quale – a rigore – può persino risultare discutibile parlare di «titolarità» in senso stretto. Per lo stesso motivo, in questi casi il processo collettivo costituisce un fatto inevitabile se si vogliono tutelare i beni giuridici lesi da una condotta illecita, dato che non è concepibile postulare l'instaurazione di molteplici processi individuali. Avendo gli interessi in gioco carattere sovraindividuale, quindi, un'eventuale transazione collettiva avrà luogo su «cose» – diritti o interessi – che non appartengono in via autonoma a nessun singolo soggetto, bensì a molti ed in modo indivisibile: pertanto, nel momento in cui su di essi si avvia una trattativa, non si può affermare che l'attore ed il convenuto stiano agendo

su una ben definita sfera giuridica altrui, rispetto alla quale potrebbero agire direttamente – «con più titolo», se si preferisce – altri soggetti.

– Al contrario, nei processi finalizzati alla tutela di diritti o interessi pluriindividuali entrano in gioco beni giuridici privati, la cui titolarità pertiene a soggetti determinati (sia prima del processo, sia al termine di esso, nella sentenza, sia attraverso l'incidente di cognizione successivo alla conclusione del processo e mirante all'individuazione dei soggetti che si possono avvalere della sentenza di condanna generica che lo ha definito); anzi, per quanto vi possano essere dei casi in cui non si possa procedere a tale individuazione, ciò non implica che si debba disconoscere il carattere individuale che contrassegna la titolarità di ciascuno dei plurimi diritti ed interessi che sono stati riuniti in un unico processo in vista della loro tutela congiunta. In queste ipotesi, lo svolgimento di una controversia collettiva non rappresenta, in realtà, uno scenario inevitabile, bensì una opzione più comoda ed efficace: non è inevitabile in ragione del fatto che si potrebbe altrettanto legittimamente prospettare l'instaurazione di una pluralità di processi individuali, in ciascuno dei quali ogni singolo soggetto leso reclama quanto ritenga essergli dovuto da parte del convenuto (quantunque, da un punto di vista pratico, debba in molti casi riconoscersi che questa rappresenta l'unica reale alternativa per ottenere tutela); nondimeno, la causa collettiva apporta evidenti vantaggi, non solo per i consumatori, ma anche per il convenuto, che deve affrontare un solo processo anziché una eventuale molteplicità di giudizi.

Ne consegue che, nel processo collettivo, lo specifico ente legittimato che ha proposto la domanda fa valere dinnanzi al giudice diritti all'evidenza altrui e riconducibili a determinati terzi: a giudizio di molti, sarebbe questa la ragione per la quale, in questi casi, più che una legittimazione collettiva o rappresentativa si verificherebbe un fenomeno di sostituzione processuale su larga scala<sup>30</sup>. E, proprio per tale ragione, la stipulazione, da parte di tale ente, di una eventuale transazione implicherebbe il compimento di atti che incidono direttamente sulla singola sfera giuridica di individui concreti, atti che questi individui potrebbero anche compiere da soli e, se possibile, «con più titolo».

Stando così le cose, è opportuno esaminare separatamente la transazione collettiva in funzione di questa variabile, dal momento che, nell'uno e nell'altro caso, occorre porre l'accento su sfaccettature diverse di tale istituto: nel primo caso, sulla disponibilità dei beni giuridici colletti-

---

<sup>30</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 152.

vi; nel secondo, sulle vie attraverso le quali si rende possibile giungere ad una accordo in grado di esprimere concreti effetti vincolanti nei confronti dei terzi.

#### *4.3. La transazione collettiva nelle azioni a tutela di diritti o interessi sovraindividuali*

§. Incominciando dai processi che vertono su diritti o interessi sovraindividuali, prendiamo ad esempio, ai fini dello sviluppo dell'analisi, due azioni collettive che presentano tale caratteristica:

– un'azione mirante ad ottenere la cessazione dell'utilizzo di una determinata condizione generale di contratto affetta da nullità, azione proposta da un'associazione di consumatori ed utenti (qui di seguito, ACU), finalizzata a tutelare in forma generica l'interesse dei consumatori all'espunzione della clausola dalle condizioni generali di contratto e capace di recare vantaggio, indistintamente, sia a coloro che hanno già sottoscritto contratti regolati da tale condizione generale, sia a coloro che potrebbero stipularli in futuro.

– Un'azione di cessazione di una campagna pubblicitaria considerata ingannevole, promossa dall'Istituto Nazionale del Consumo (d'ora in poi, INC), grazie alla quale è possibile tutelare l'interesse – generico ed indivisibile – dei consumatori a non vedersi erroneamente indotti ad acquistare beni o a fruire di servizi non rispondenti alle loro aspettative.

##### *4.3.1. Alcune obiezioni preliminari: confutazione e messa a fuoco della questione*

§. Nelle ipotesi in cui l'oggetto del processo sia costituito da una azione collettiva a tutela di diritti o interessi sovraindividuali dei consumatori, si è talvolta revocata in dubbio la possibilità di stipulare accordi in grado di meritare la qualifica di transazioni in senso proprio. Vari sono stati gli argomenti addotti per giustificare questa affermazione: che non sussisterebbe un vero e proprio negozio bilaterale e reciproco; che le questioni puramente giuridiche non possono formare oggetto di transazione; che i beni giuridici sovraindividuali hanno carattere indisponibile. Esaminiamoli con un po' più di attenzione.

§. a) Secondo la definizione contenuta nell'art. 1809 CC, si deve ritenere necessario, affinché possa parlarsi di transazione, che le parti «dia-

no, promettano o trattengano qualche cosa», vale a dire che, in relazione alla materia controversa, entrambe le parti possiedano qualcosa suscettibile di reciproco scambio. Una prima analisi potrebbe condurre alle seguenti conclusioni:

– Da un lato, si potrebbe affermare che, rispetto alla materia del contendere, l'ente che riveste il ruolo di attore (l'ACU o l'INC) non abbia nulla da offrire al soggetto convenuto: tutt'al più, oggetto di offerta potrebbe essere la rinuncia alla domanda e la conclusione del processo, ma non si tratterebbe di una prestazione o di una rinuncia direttamente correlate all'oggetto del processo<sup>31</sup>. Tuttavia, bisogna tener conto del fatto che la titolarità dei beni in gioco ha natura sovraindividuale, ragion per cui si dovrà precisare in cosa consiste tale «dare, promettere o trattenerne qualche cosa» da parte del legittimato attivo: il fatto è che, nel primo esempio, la ACU potrebbe accontentarsi di una riformulazione della condizione generale affetta da nullità, in luogo della sua espunzione dal contratto; mentre nel secondo esempio, l'INC potrebbe anche considerare soddisfatto l'interesse dei consumatori a seguito dell'introduzione di una modifica del testo dell'annuncio pubblicitario oggetto di contestazione. E questo «accontentarsi» della riformulazione o della modifica costituisce propriamente quella «qualche cosa» che, rispetto alla materia del contendere, l'ente che agisce in qualità di attore offre al convenuto.

– Dall'altro lato, ed in senso opposto, si potrebbe anche affermare che l'imprenditore o il professionista convenuti non abbiano nulla da offrire all'attore in quanto tale, vale a dire qualcosa in grado di soddisfare il diritto o l'interesse dell'attore, per la semplice ragione che quest'ultimo non si avvale del processo per la difesa dei propri diritti: anzi, se una simile eventualità si verificasse (ad es., l'imprenditore promette all'ACU la corresponsione di una somma di denaro), si potrebbe pensare all'esistenza di una frode. Peraltro, sempre il carattere sovraindividuale degli interessi in gioco impedisce di negare, in astratto, che il convenuto offra all'attore «cose» che quest'ultimo consideri soddisfacenti per gli interessi dei consumatori e sufficienti a condurre ad una soluzione del conflitto: il fatto è, a rigore, che non è l'attore il soggetto a cui occorre offrire qualcosa, bensì che bisogna offrire qualora che possa andare a beneficio del

---

<sup>31</sup> Perplexità al riguardo sono espresse da BACHMAIER WINTER, in *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (a cura di DIEZ PICAZO e MENÉNDEZ), Madrid, 2002, p. 637.

diritto o dell'interesse sovraindividuale leso, in modo tale che quanto viene offerto arrechi un vantaggio complessivo a tutti i soggetti che ne sono titolari. Richiamando gli esempi proposti nel precedente paragrafo, la riformulazione della clausola o la modifica dell'annuncio pubblicitario non si dirigono direttamente in favore dell'AUC o dell'INC, bensì di tutti i consumatori. Inoltre, tenuto conto della possibilità di stipulare transazioni miste, non si può neppure escludere che a quanto offerto rispetto all'azione collettiva si vadano a sommare altri beni o altre prestazioni vantaggiose per i consumatori: si immagini che la pubblicità ingannevole si riferisca alla salubrità del cibo offerto da una multinazionale operante nel settore del *fast food* e che questa, oltre ad una modifica dei suoi annunci pubblicitari, metta a disposizione lo sviluppo di un programma mirante alla promozione dell'attività sportiva giovanile: è indubbio che questo secondo elemento costituirebbe certamente qualcosa di positivo da offrire all'interesse sovraindividuale in gioco nel processo.

Di conseguenza, si può pervenire alla conclusione che sia possibile parlare di reciprocità nelle prestazioni, tenendo conto del fatto che il parametro per misurarla è costituito dal bene giuridico sovraindividuale leso nonché dal modo in cui su di esso si proietta quanto viene offerto dal convenuto ed accettato dal legittimato attivo<sup>32</sup>.

§. b) Un secondo argomento utilizzato per mettere in dubbio la transigibilità delle controversie che vertono su beni di natura sovraindividuale si fonda sul rilievo che, molto spesso, in questo tipo di cause la controversia si riduce a questioni di carattere puramente giuridico (se la condizione generale è o non è abusiva; se la pubblicità è o non è ingannevole); e, si aggiunge, le questioni strettamente giuridiche non possono formare oggetto di transazione, dal momento che non esiste un potere di disposizione sul diritto oggettivo in quanto tale, con la conseguenza che i privati non possono fare in modo che sia valido ciò che è nullo, o corrispondente al vero ciò che è ingannevole (cosa diversa è che essi possano, ove lo ritengono, trattare ciò che è nullo come se fosse valido, o conside-

---

<sup>32</sup> In ogni caso, la giurisprudenza spagnola ha in varie occasioni avuto modo di far luce su due importanti questioni: la prima, che lo scambio reciproco di prestazioni non rappresenta un requisito essenziale della transazione; la seconda, che non è nemmeno richiesto che ricorra un rapporto di equivalenza o un altro genere di uguaglianza tra le concessioni che le parti reciprocamente si fanno, né si esige che queste concessioni debbano sempre avere carattere economico (a titolo esemplificativo, v. la Sentenza del *Tribunal Supremo*, sez. civ., 20 ottobre 2004).

rare corrispondente al vero ciò che è ingannevole, ma la realtà giuridica, la qualificazione giuridica, rimangono inalterate)<sup>33</sup>.

Si tratta di affermazioni che vanno considerate corrette, per quanto si debba tener conto che oggetto di transazione non sono le qualificazioni giuridiche, ma i beni giuridici che sono in gioco nel processo. Pertanto, sebbene non possa formare oggetto di transazione il carattere valido o nullo di una clausola generale, nondimeno ci si può accordare per una modifica della clausola che soddisfi gli interessi dei consumatori; e lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, in relazione alla pubblicità ingannevole: in entrambi i casi, la pretesa dell'attore si fonda su una qualificazione giuridica di certi fatti (la nullità della clausola, il carattere ingannevole della pubblicità); tuttavia, la transazione non si proietta su questo, bensì sulla tutela richiesta al giudice, vale a dire sul modo migliore di ristorare il bene giuridico. Ciò chiarito, diviene possibile respingere anche l'argomento fondato sull'inammissibilità delle transazioni che vertono su diritti o interessi sovraindividuali.

§. c) Il terzo argomento avanzato a questo riguardo presenta una maggiore profondità, fondandosi sull'affermata indisponibilità dei beni giuridici sovraindividuali, carattere che escluderebbe alla radice la loro transigibilità. Questa premessa è assunta, in modo paradigmatico, dal Codice Modello sui processi collettivi per i paesi iberoamericani<sup>34</sup>, il cui art. 11.3<sup>a</sup> dispone quanto segue: «Ferma l'indisponibilità del bene giuridico collettivo, le parti possono transigere in ordine alle modalità di esecuzione della obbligazione». Come ora spiegherò, quantunque ritenga fondata l'obiezione qui discussa, credo che essa non possa essere utilizzata per escludere *a radice* l'ammissibilità delle transazioni collettive in questo ambito, quanto piuttosto per mettere a fuoco in modo corretto l'ambito ed il contesto in cui esse possono aver luogo.

In effetti, da molti dei rilievi sinora svolti emerge come, in fondo, i beni giuridici sovraindividuali non risultino «disponibili», nel senso in cui questo termine viene abitualmente impiegato, non essendo possibile ipotizzare che il loro titolare compia su di essi atti di natura giuridica che comportino una «disposizione» o, se si vuole, un esercizio di «titolarità»: non possiamo concepire che l'insieme dei consumatori rinunci al diritto

---

<sup>33</sup> Per i rilievi riportati nel testo, cfr. ancora BACHMAIER WINTER, *Comentarios a la LGCG*, cit., p. 634.

<sup>34</sup> Approvato il 28 ottobre 2004 a Caracas dall'Istituto Iberoamericano di diritto processuale e consultabile accedendo al sito web del suddetto Istituto ([www.iidp.org](http://www.iidp.org)).

di vedersi proporre condizioni generali di contratto non abusive o di essere destinatario di una pubblicità veritiera. A ciò, naturalmente, si aggiunge l'ulteriore considerazione che molti tra i beni giuridici a carattere sovraindividuale appaiono correlati a valori che, in ragione del loro stesso contenuto, li convertono in irrinunciabili ed indisponibili: così accade, ad es., con le disposizioni che mirano a tutelare la salute o la sicurezza dei consumatori.

Penso, dunque, che più che di una indisponibilità in termini assoluti, ciò di cui realmente si tratta sia una indisponibilità relativa. Lasciando da parte i beni giuridici appena menzionati (la salute e la sicurezza), ciò che occorre è che questi beni sovraindividuali «appaiano» come indisponibili – ed in questa misura lo sono –, perché si sottraggono alla disponibilità delle parti in causa in quanto tali; da un lato, perché non appartengono all'attore – che è semplicemente un legittimato straordinario –; e, dall'altro lato, perché non si può nemmeno seriamente affermare che il convenuto, nel momento in cui ha inciso su tali beni con la propria attività, lo abbia fatto considerandosi titolare del diritto o dell'interesse in questione.

Ritornando agli esempi proposti all'inizio, si può anche affermare che le parti di un concreto processo non sono adatte a disporre della onestà delle condizioni generali o del carattere veritiero della pubblicità, costituenti, come tali, beni o valori; ma il fatto è che, in verità, tali beni e diritti non individuano un titolare specifico e definito, in grado di vantare un potere di disposizione diretta sul bene; se si preferisce, il fatto è che i titolari di detti beni e diritti – i consumatori in generale, o certi settori della categoria – non possono, come tali, agire su di essi: è per questa ragione che, nelle pagine precedenti, si è sottolineata la difficoltà di parlare di titolarità in senso proprio rispetto a beni di questo tipo; ed in assenza di titolarità, risulta altrettanto difficile parlare di disponibilità, a meno di trascendere dalle categorie dogmatiche ordinarie. Il fatto è, inoltre, che con tutta probabilità non vi è nessun altro soggetto al di là del legislatore che possa definire e delimitare quali siano i diritti e gli interessi sovraindividuali dei consumatori: è il legislatore che li crea e li definisce e che, in questa limitata misura, può «disporne»; ma, anche sotto questo profilo, si tratterebbe di una disposizione generica ed astratta, non di un concreto atto di disposizione compiuto nel contesto di un processo generato da un determinato fatto lesivo di taluni beni e diritti previamente definiti dall'ordinamento.

Peraltro, la circostanza che le parti in causa non siano titolari dei diritti dedotti in giudizio e non possano, in senso stretto, disporre di essi

non si oppone alla possibilità di riconoscere loro un potere di disposizione per quanto concerne le modalità in cui definire la controversia originata dalla condotta del convenuto che ha in qualche modo colpito il bene sovraindividuale: non si starebbe quindi disponendo del bene giuridico in quanto tale, ma ci si starebbe accordando in ordine alle modalità in cui potrebbe considerarsi efficacemente ristorata, in modo soddisfacente per tutti, la lesione cagionata al bene giuridico in questione. Disporre in modo tale da raggiungere un accordo su questi aspetti non implica disporre di un bene giuridico sovraindividuale; tuttavia, ai fini che qui interessano, va notato come, grazie a questi accordi, le parti assumano reciprocamente degli obblighi che consentono di porre fine al processo: questa è l'essenza della transazione come contratto processuale.

È molto probabile che il citato art. 11.3 del Codice Modello si riferisca a questo aspetto laddove, dopo aver sancito la natura indisponibile del bene giuridico collettivo, stabilisce che «le parti possono transigere in ordine alle modalità di esecuzione della obbligazione»<sup>35</sup>. In effetti, le azioni collettive a tutela di interessi sovraindividuali mirano di solito a pronunce che presentano carattere condannatorio, essendo usuale che per loro mezzo si richieda, ad es., che il convenuto cessi una certa condotta, che desista dal realizzare ciò che aveva progettato o che rettifichi quanto posto in essere in modo illecito; si aspira dunque ad ottenere dal convenuto una prestazione, alla quale tutto lascia pensare si riferisca anche il Codice Modello con il termine «obbligazione». È questo aspetto che può formare oggetto di transazione: di fatto gli esempi offerti nei precedenti paragrafi (che il convenuto riformuli una condizione generale di contratto o che modifichi un annuncio pubblicitario) costituiscono manifestazioni di questo modo di concepire la transazione collettiva in questi ambiti.

§. L'attenzione va dunque focalizzata non tanto sul bene giuridico di cui si assume la lesione, quanto sul modo in cui ristorare tale lesione: è

---

<sup>35</sup> Di fatto, lo stesso Codice Modello promuove questo tipo di soluzioni alternative: l'art. 11.1° stabilisce che nell'udienza preliminare il giudice «tenta la conciliazione e, in ogni caso, può suggerire ulteriori opportune modalità di risoluzione della controversia, come la mediazione, l'arbitrato e la valutazione imparziale di un terzo»; l'art. 11.2° precisa che la valutazione imparziale del terzo è unicamente finalizzata ad orientare le parti «nel tentativo di giungere ad una amichevole composizione della controversia»; l'art. 11.4° attribuisce efficacia esecutiva al contenuto della conciliazione, prescrivendo che, «raggiunta la conciliazione, essa è omologata con sentenza, che costituisce titolo esecutivo giudiziale»; e l'art. 11.5° riconosce la possibilità che la conciliazione sia soltanto parziale.

questo l'ambito sul quale si può proiettare una transazione collettiva. Pertanto, è importante tener in considerazione qual è l'oggetto del processo: qual è il fatto illecito imputato al convenuto, qual è la tutela che si invoca ed, a fronte della situazione, quali obblighi di condotta del convenuto – magari in parte diversi da quelli che, nel *petitum* dell'azione, si è chiesto al giudice di pronunciare nei suoi confronti – potrebbero nondimeno essere accettati dall'attore con forza vincolante per il giudice, dinanzi al rilievo che della loro esecuzione il bene giuridico collettivo beneficerebbe in misura sufficiente a far ritenere ristorata la lesione.

#### 4.3.2. *Requisiti ed effetti delle transazioni collettivi rispetto a beni sovraindividuali*

§. Quanto sin qui esposto consente di ritenere possibile la stipulazione di transazioni collettive per mezzo delle quali le parti della controversia si accordino in ordine a quale o quali prestazioni dovranno essere effettuate dal convenuto al fine di ristorare la lesione sofferta dal bene sovraindividuale: di conseguenza, ci si può accordare nel senso che, in luogo della cessazione dell'impiego di una condizione generale, questa venga redatta in modo da non pregiudicare i consumatori; così come ci si può accordare – per seguire con i nostri esempi – nel senso che, anziché interrompere una campagna pubblicitaria, l'annuncio venga modificato in modo da privarlo del suo carattere ingannevole.

Transazioni di questo tipo incidono sul bene giuridico sovraindividuale, ma è chiaro che non implicano un atto di disposizione diretta su di esso. Altrettanto chiaro è che, per la loro stessa natura, esse non hanno ripercussioni dirette sui diritti o interessi individuali dei singoli soggetti – al di là dello stesso convenuto, si intende. In definitiva, tali transazioni esplicano i loro effetti sui terzi/consumatori in un modo peculiare: la prestazione in cui si è concretizzata la transazione va a vantaggio – o almeno a ristoro – di tutti i terzi che compongono la massa di soggetti titolari di tali bene sovraindividuale; tali effetti, tuttavia, non si proiettano su nessun diritto o interesse dei quali tali terzi siano titolari in forma individuale.

§. Proprio per questo motivo, gli effetti di tali transazioni non incidono in modo diretto sulla sfera giuridica di terzi determinati – si deve riconoscere che, accanto al convenuto, sono facoltizzati a stipulare questo tipo di transazioni gli stessi soggetti legittimati all'esercizio dell'azione – *rectius*, il concreto soggetto che l'abbia esercitata nel caso di specie. In effetti, l'attribuzione della legittimazione straordinaria comporta il ricono-

scimento, da parte del legislatore, che certi soggetti sono abilitati a tutelare gli interessi sovraindividuali dei consumatori: in definitiva, si accorda ad essi il potere di verificare se la condotta di un imprenditore o di un professionista determina una lesione di tali interessi, essendo questa considerazione a spingere uno di questi enti all'esercizio dell'azione collettiva. Ma se questi enti hanno il potere di misurare il livello della lesione determinata dalla condotta di un imprenditore o di un professionista nei confronti di un bene giuridico sovraindividuale, si deve ritenere che essi abbiano anche il potere di verificare se il complesso di reciproche controprestazioni a cui conduce la trattativa che precede la transazione sia in grado di ristorare in modo adeguato tale lesione.

In definitiva, dato che solo i soggetti legittimati dalla legge possono stabilire se un bene giuridico è stato leso ed agire di conseguenza, si deve riconoscere che essi siano anche legittimati a valutare quale tipo di prestazione – oltre a quella che integra il contenuto dell'azione collettiva esercitata – possa portare alla risoluzione del conflitto, implicando una adeguata riparazione del bene lesionato. Qualsiasi altra opzione, di fatto, non risulterebbe funzionale, posto che ci si potrebbe domandare – senza individuare una risposta soddisfacente – quale altro soggetto, diverso dall'attore, potrebbe assolvere questa funzione. Anzi, di fronte a quanto stabilito in termini generali dalla LEC e dal CC in materia di transazione, appare indubbio che sono le parti del processo gli unici soggetti che possono stipulare accordi di questo tipo. Una soluzione diversa presupporrebbe pertanto una speciale disposizione normativa, che non esiste.

§. Nondimeno, ci si può chiedere se il potere di transigere attribuito al soggetto che ha esercitato l'azione non debba essere assoggettato ad un qualche tipo di controllo aggiuntivo, al fine di evitare la realizzazione di frodi o il perfezionamento di accordi il cui contenuto non fornisca un adeguato ristoro al bene giuridico leso. *De lege lata*, non esiste alcuna norma che preveda un controllo di questo genere, con la conseguenza che si dovrà far affidamento unicamente sul consueto controllo giurisdizionale, in virtù del quale ogni transazione a cui si intenda attribuire efficacia esecutiva deve essere omologata. In linea di principio, è vero che il controllo del giudice non si può estendere sino al punto di valutare il grado di equilibrio che connota la transazione; è però anche vero che il giudice deve vigilare affinché la transazione risulti rispettosa della legge e, soprattutto, degli interessi generali e di quelli dei terzi legalmente riconosciuti; ed è evidente che nell'ambito di queste nozioni possono essere inclusi anche gli interessi sovraindividuali dei consumatori. Questa previsione normativa, posta nelle mani di giudici realmente consapevoli del si-

gnificato dei processi collettivi, deve costituire una sufficiente garanzia, tenuto anche conto del fatto che non sono in gioco, in senso stretto, concreti diritti dei terzi.

Una transazione collettiva di questo tipo – ove definisca integralmente la controversia – avrà l'effetto di provocare la conclusione del processo ed, a seguito della sua eventuale omologazione da parte del giudice, esplicherà anche efficacia esecutiva. Di conseguenza, ove l'imprenditore o il professionista non adempia spontaneamente la prestazione alla quale si è obbligato, l'ente che ha assunto nella causa la veste di attore potrà instaurare un processo esecutivo mirante ad ottenere l'esecuzione in via coattiva di quanto pattuito. In sostanza, se si escludono gli effetti di giudicato, la transazione collettiva esplicherà la medesima efficacia che l'ordinamento avrebbe attribuito alla sentenza che dovesse accogliere la domanda.

In linea di principio, dato che il processo non verte su specifici diritti ed interessi dei singoli consumatori, è ovvio che l'efficacia della transazione collettiva si propagherà sulla loro sfera giuridica soltanto indirettamente: l'adempimento della prestazione che ha costituito l'oggetto della transazione andrà a beneficio di un bene giuridico del quale i consumatori sono titolari in modo unitario ed inscindibile. Tuttavia, la circostanza che essi sono privi della legittimazione necessaria all'esercizio dell'azione ed alla stipulazione della transazione li priverà anche del potere di agire in via esecutiva nel caso in cui la prestazione non venga spontaneamente eseguita.

Nondimeno, può anche verificarsi il caso che l'accordo transattivo abbia carattere misto, e che quindi l'imprenditore o il professionista abbia assunto su di sé, oltre ad obbligazioni di natura più generica, anche specifici obblighi risarcitori in favore di soggetti determinati o determinabili sulla scorta dei parametri fissati dalla stessa transazione: per quanto un obbligo del convenuto di eseguire prestazioni di questo genere non abbia formato oggetto dell'azione inizialmente intrapresa, può essere che l'assunzione di siffatto obbligo risulti necessaria al fine di giungere ad un accordo che, in una qualche misura, riduca l'entità della pretesa *stricto sensu* collettiva originariamente esercitata. In questi casi, non può negarsi che la transazione produca un'efficacia diretta sulla sfera giuridica dei terzi. Tenuto conto di ciò, ritengo che a questa porzione del contenuto della transazione possano essere applicate per analogia le norme dettate dall'art. 1257 II CC in materia di contratto a favore dei terzi: «Se il contratto prevede una prestazione a favore di un terzo, questo potrà esigerne l'adempimento, a condizione che abbia comunicato la sua accettazione

all'obbligato prima dell'eventuale revoca». Di conseguenza, rispetto a quanto qui interessa: a) per la stipulazione e l'omologazione di una transazione avente tale contenuto non sarà necessario il consenso dei beneficiari; b) nel caso in cui la transazione venga omologata, i terzi beneficiari potranno autonomamente farne valere l'efficacia esecutiva (in applicazione analogica degli artt. 221.1.3<sup>a</sup> e 519 LEC); c) la transazione non produce effetti di giudicato nei confronti dei terzi, con la consenzienza che, ove essi non siano soddisfatti dell'importo o di qualche altro aspetto della prestazione, potranno, se del caso, esercitare in giudizio l'azione corrispondente.

In questi casi, la mia propensione per una applicazione analogica delle norme relative al contratto a favore del terzo deriva dal fatto che si tratta di prestazioni che sono state aggiunte in pendenza di trattative, e non di questioni che costituivano l'oggetto del processo: nell'ambito di un accordo tra due parti in ordine al modo migliore per ristorare una lesione ad un bene giuridico sovraindividuale, è considerato un fatto positivo che chi ha provocato il danno si obblighi ad eseguire una prestazione a favore di uno o più terzi. Peraltro, siccome la controversia non verteva sul diritto del terzo, non si può ritenere che, per mezzo della transazione, si stia disponendo in senso proprio di tale diritto: si tratta semplicemente del fatto che un soggetto si rende disponibile ad obbligarsi ad eseguire tale prestazione in beneficio del terzo, al fine di rendere possibile il raggiungimento di una transazione dotata di un ambito più ampio. In queste ipotesi, pertanto, non sorgono i problemi che, come si vedrà, la transazione è in grado di produrre qualora la materia del contendere – ossia quella sulla quale si transige – sia costituita da diritti ed interessi pluriindividuali.

§. Ci si deve infine domandare cosa occorra fare nel caso in cui le parti siano giunte ad una transazione, ma questa non sia stata sottoposta all'omologazione del giudice. Norme giuridiche alla mano, due sono le possibili risposte:

a) La prima di esse consiste in ciò, che la stipulazione della transazione non si riflette in alcun modo sul processo: la conclusione della causa discende dalla rinuncia alla domanda, formulata dall'attore ed accettata dal convenuto, di modo che il processo si conclude con un'ordinanza di estinzione priva di efficacia di giudicato. È evidente che in questi casi non esiste alcun controllo sulla transazione; in caso di frode, tuttavia, la lesione al bene giuridico sovraindividuale si manterrebbe e non potrebbe quindi escludersi la riproposizione della domanda collettiva da parte di

qualche altro legittimato – o del medesimo –. Si può ritenere che questa possibilità salvaguardi in modo sufficiente gli interessi in gioco (fatta salva una eventuale responsabilità penale in capo a chi ha prestato il proprio consenso alla stipulazione di una transazione fraudolenta).

b) Può anche accadere che le parti si limitino a rendere edotto il giudice del raggiungimento di un accordo, ma decidano di non sottoporlo alla omologazione: si tratta di una ipotesi ammissibile, poiché *de lege lata* l'omologazione non è consustanziale alla transazione, ma è richiesta al solo fine di farle acquisire efficacia esecutiva. Peraltro, il raggiungimento della transazione – quantunque il giudice ne ignori il contenuto – determina, in linea di principio, una situazione di sopravvenuta carenza di interesse, tale da imporre, ai sensi dell'art. 22 LEC, la conclusione del processo attraverso l'emanazione di un'ordinanza avente i medesimi effetti di una sentenza di rigetto della domanda. Questo risultato, tuttavia, racchiude vari rischi: in assenza di omologazione, la transazione rimarrebbe priva di efficacia esecutiva, con la conseguenza che un eventuale inadempiamento da parte del convenuto renderebbe necessaria l'instaurazione di un nuovo processo; ma, soprattutto, l'assenza di omologazione equivale ad assenza di controllo, con l'aggiunta che, in caso di transazione fraudolenta e di sussistenza di una lesione al bene giuridico sovraindividuale, non sarebbe possibile proporre una nuova domanda collettiva, ciò essendo impedito dall'efficacia di giudicato prodotta dalla decisione che ha posto fine al processo.

Per queste ragioni, sarebbe opportuno un mutamento normativo che rendesse sempre obbligatorio sottoporre questo tipo di transazioni collettive alla omologazione del giudice: non solo al fine di far acquisire ad esse efficacia esecutiva, ma anche allo scopo di renderle idonee a produrre l'effetto di provocare la conclusione del processo senza la pronuncia di una sentenza sul merito. Questa eccezione alla regola generale individua una sufficiente giustificazione nella natura dei diritti e degli interessi in gioco.

#### 4.4. *La transazione collettiva nelle azioni a tutela di diritti o interessi pluriindividuali*

§. Nel caso in cui il processo collettivo venga instaurato per la tutela di diritti o interessi pluriindividuali cambia, in larga misura, la prospettiva da cui occorre esaminare la transazione collettiva, dal momento che

questa ipotesi suscita difficoltà di diverso genere: ad essere in gioco sono diritti ed interessi concreti e individuali, ma nessuno dei loro titolari è parte nel processo. Di conseguenza, queste ipotesi non si espongono ad alcuna delle obiezioni appena analizzate rispetto alle transazioni aventi ad oggetto beni sovraindividuali, dato che: a) essendo in gioco diritti ed interessi privati, si può parlare di reciprocità nelle prestazioni pattuite nella transazione; b) di solito la controversia non presenta un carattere prevalentemente giuridico; c) i beni ed i diritti oggetto del contendere hanno natura privata e rientrano nella disponibilità dei loro titolari. Il nucleo del problema si concentra, piuttosto, nella legittimazione a stipulare la transazione e, specificamente, nella possibilità che enti come una ACU o l'INC transigano controversie che vertono su diritti ed interessi altrui.

Analogamente a quanto fatto nel precedente paragrafo, anche in questa sede ci avvarremo di due esempi di base:

– Un istituto di credito ha inserito nelle condizioni generali dei propri contratti di mutuo ipotecario a tasso variabile una clausola che prevede l'applicazione di un arrotondamento al rialzo, in coincidenza del secondo decimale, in sede di determinazione del tasso di interesse annuale. Benché la banca abbia già eliminato la clausola dalle proprie condizioni generali, una ACU propone una azione collettiva finalizzata ad ottenere la condanna dell'istituto di credito a restituire ai clienti le somme indebitamente percepite in conseguenza dell'applicazione di tale clausola.

– Una società che si occupa dell'insegnamento di lingue straniere organizza la riscossione degli importi ad essa dovuti per i propri servizi attraverso un sistema di prestiti al consumo vincolati allo svolgimento dei corsi ed erogati da un istituto bancario. Senza preavviso, la società cessa di svolgere tale attività, ma la banca continua ad esigere dagli studenti il pagamento delle rate del prestito, cosicché l'INC instaura un'azione collettiva mirante ad ottenere la risoluzione dei contratti di finanziamento ed il rimborso delle rate versate in corrispondenza dei periodi durante i quali gli studenti non hanno fruito dei corsi concordati.

#### 4.4.1. *Transazione collettiva unica o pluralità di transazioni individuali? La regolamentazione della conciliazione collettiva nell'arbitrato in materia di consumo*

§. Gli esempi appena descritti offrono la possibilità di immaginare molteplici soluzioni transattive, specialmente per quanto concerne la de-

terminazione dell'importo che l'ente convenuto deve corrispondere a ciascun singolo consumatore: ciò trova la propria giustificazione nel carattere disponibile della materia controversa; e lo stesso si può dire, in termini generali, in relazione a molte altre ipotesi immaginabili. Peraltro, associato che il parlare di transazione non dà luogo ad alcun problema, i dubbi sorgono nel momento in cui si passa a verificare se, a rigore, ci si trovi realmente di fronte ad un'unica transazione collettiva oppure ad una pluralità di transazioni individuali.

In effetti, i processi collettivi miranti alla tutela di diritti o interessi pluriindividuali sono caratterizzati dal fatto che, a rigore, in essi viene fatta valere una pluralità di pretese esercitate in via di cumulo: è vero che la legislazione e la giurisprudenza si riferiscono ad una «azione collettiva», utilizzando il singolare; non si può tuttavia negare che si tratti di una mera semplificazione terminologica, utile a mettere in evidenza come un'unica istanza di tutela giurisdizionale serva a ristorare una pluralità di lesioni patite da una pluralità di beni giuridici individuali. L'impiego del singolare e dell'aggettivo «collettiva» mettono in risalto la ricorrenza di una importantissima peculiarità che distingue il caso qui considerato dalle ipotesi ordinarie di cumulo di azioni: l'istanza di tutela giurisdizionale viene formulata una sola volta da un ente che non coincide con i titolari dei diritti coinvolti; inoltre, tale ente agisce in questo modo a vantaggio di tutti i titolari e senza la necessità di dover contare su una loro autorizzazione. Dal punto di vista del legittimato attivo, e con una certa rilassatezza dogmatica, si può ritenere che ad essere esercitata sia un'unica azione, quella collettiva. Mentre dalla prospettiva del giudice, quanto precede giustifica che, in linea di principio, le diverse pretese fatte valere nel processo non ricevano un trattamento autonomo e separato, bensì omogeneo, in modo tale che, di norma, nella sentenza sia data ad esse una risposta congiunta ed altrettanto omogenea.

Peraltro, questioni terminologiche a parte, ciò che è certo è che il processo pone in gioco i diritti e gli interessi di una pluralità di soggetti, che possono essere determinati o no; e che gli accordi eventualmente raggiunti nel processo vanno ad incidere su ciascuno di tali diritti controversi. A rigore, quindi, si dovrebbe ritenere che, anziché un'unica transazione collettiva, sussistano tante transazioni individuali quante sono le singole pretese che esigono di essere decise nel processo. Nei casi di cui ci stiamo occupando, l'importante è determinare il modo in cui giungere a tale molteplicità di transazioni, e ciò attraverso un'unica trattativa che conduca ad un accordo dotato di una efficacia plurisoggettiva. Anzi, l'a-

spetto realmente interessante consiste nello stabilire quale forma debba assumere la transazione per ricomprendere tutti i rapporti giuridici di cui si compone la materia del contendere, in modo tale da porre fine alla controversia: se ciò si verifica, può risultare giustificato affermare che ha avuto luogo una transazione collettiva.

§. Ad una formula per giungere a questo risultato sembra accennare il cd. «arbitrato collettivo in materia di consumo», di cui si è già fatta menzione all'inizio di questo lavoro. Nel 1984, la LGDCU ha sancito la necessità di promuovere l'arbitrato come modalità di risoluzione delle controversie tra consumatori ed imprenditori. In ottemperanza al mandato legislativo, nel 1993 fu approvato un primo *Decreto* sull'arbitrato in materia di consumo<sup>36</sup>, recentemente sostituito dal *Real Decreto* 231/2008. L'arbitrato in materia di consumo ha come finalità la risoluzione stragiudiziale, con carattere vincolante ed esecutivo, delle «controversie sorte tra consumatori o utenti ed imprenditori o professionisti in relazione ai diritti legalmente o contrattualmente riconosciuti ai consumatori» (si esige, inoltre, che le controversie vertano su materie rientranti nella libera disponibilità delle parti, fatta eccezione per alcune di esse, come l'intossicazione, le lesioni, la morte e le ipotesi in cui sussistano ragionevoli indizi di un fatto di reato).

Il funzionamento dell'arbitrato in materia di consumo dipende da determinati organismi, le «*Juntas Arbitrales de Consumo*», che possono godere di competenze territoriali diverse (comunale, provinciale ed autonomo). Si tratta di organi amministrativi, che svolgono funzioni di mediazione e che si fanno carico di rendere possibile il concreto funzionamento dell'arbitrato in materia di consumo.

L'aspetto più tipico dell'arbitrato spagnolo in materia consumo consiste nel modo in cui si giunge alla stipulazione della convenzione d'arbitrato. Evidentemente, la convenzione sulla quale si fonda un arbitrato in materia di consumo non precede la nascita della controversia, ma prende corpo e si formalizza tra le parti una volta che il conflitto tra consumatore ed imprenditore è ormai sorto. Tutti i professionisti e gli imprenditori che lo desiderino possono aderire al sistema arbitrale effettuando una offerta pubblica con la quale si impegnano ad assoggettare all'arbitrato in materia di consumo le future eventuali controversie che dovessero sorger-

---

<sup>36</sup> Il *Real Decreto* 3 maggio 1993, n. 636.

re tra essi ed i consumatori<sup>37</sup>. Questa offerta pubblica si rivolge ad un novero di destinatari generico ed indeterminato: qualsiasi consumatore che in futuro possa avere una controversia con l'imprenditore. Una volta sorta la controversia, il consumatore, personalmente o per il tramite di una associazione di consumatori, può proporre una domanda di arbitrato alla corrispondente *Junta Arbitral de Consumo*: e se la controversia lo vede contrapposto ad un imprenditore che ha aderito al sistema arbitrale attraverso l'offerta pubblica, si ritiene che il perfezionamento della convenzione d'arbitrato abbia luogo a seguito della proposizione della domanda di arbitrato da parte del consumatore. Con il perfezionamento della convenzione di arbitrato prende avvio il procedimento arbitrale in materia di consumo.

Questo particolare arbitrato «ha ad oggetto la risoluzione, nell'ambito di un unico procedimento arbitrale, dei conflitti originati da una stessa situazione di fatto da cui sia derivata una lesione degli interessi collettivi di consumatori ed utenti, pregiudicando un numero determinato o determinabile di essi» (art. 56). Come si può notare, il modello corrisponde chiaramente alla nozione di procedimento per la tutela di interessi pluriindividuali: invero, l'art. 57, in relazione alla determinazione della *Junta Arbitral de Consumo* competente ad amministrare il procedimento arbitrale, fa riferimento ai «consumatori ed utenti i cui diritti ed interessi legittimi *patrimoniali* risultino essere stati pregiudicati dal fatto». Purtroppo, le norme che disciplinano questo particolare procedimento non ne forniscono una regolamentazione esaustiva, lasciando molte questioni prive di risposta. Noi ci occuperemo soltanto di quelle relative alla conciliazione collettiva.

Gli atti del procedimento hanno inizio per decisione del presidente della competente *Junta Arbitral de Consumo*: l'instaurazione può essere disposta d'ufficio o ad istanza delle associazioni dei consumatori dotate di rappresentatività nell'ambito territoriale entro il quale si è verificato l'illecito, così come ad istanza di *Juntas* fornite di competenze territoriali

---

<sup>37</sup> L'offerta pubblica di adesione al sistema arbitrale in materia di consumo concede determinati vantaggi all'imprenditore e gli attribuisce una caratterizzazione ufficiale. L'imprenditore può limitare l'ambito della sua offerta – ad es., circoscrivendola a certe controversie che riguardino certi beni o servizi – e può anche sottoporne l'efficacia ad un termine finale; al contempo, l'offerta è revocabile. L'adesione al sistema arbitrale in materia di consumo va fatta dandone comunicazione alla *Junta Arbitral de Consumo* per il tramite della quale l'imprenditore intende aderire al sistema.

inferiori (quando si riscontri la proposizione di una pluralità di domande di arbitrato in relazione ad un medesimo fatto illecito).

Dato corso al procedimento, la *Junta Arbitral de Consumo* deve sollecitare l'impresa o il professionista indicato come responsabile dell'illecito: a) in primo luogo, a dichiarare se acconsente a sottoporre al giudizio arbitrale, nel contesto di un unico procedimento, la decisione delle controversie con i consumatori derivate dal fatto illecito che gli è imputato; b) se del caso, «a formulare una proposta conciliativa in grado di soddisfare, in tutto o in parte, i diritti dei consumatori o utenti asseritamente danneggiati».

Se l'imprenditore o professionista accetta di compromettere la controversia in arbitrato, si procederà al «*llamamiento*» – attraverso gli strumenti pubblicitari che risultino adeguati – dei consumatori interessati affinché facciano valere i loro legittimi diritti ed interessi legittimi individuali nell'ambito del procedimento arbitrale. Tale «*llamamiento*» avrà una durata di due mesi, nel corso dei quali «gli interessati potranno esaminare, se del caso, la proposta conciliativa formulata dalle imprese o dai professionisti»; ma il Decreto non dice nient'altro riguardo a questa specie di «conciliazione collettiva».

Né la disciplina regolamentare chiarisce espressamente quale sia l'ambito soggettivo di un arbitrato collettivo in materia di consumo. A mio giudizio, possono assumere la qualità di parti nel relativo procedimento soltanto i singoli consumatori che abbiano dato seguito al «*llamamiento*»<sup>38</sup>: la via attraverso la quale un consumatore giunge ad assumere la qualità di parte è infatti precisamente quella di aderire ad esso e, conseguentemente, di formulare una domanda di arbitrato mirante ad ottenere il ristoro della lesione patita dal proprio diritto individuale. Per l'effetto, il lodo pronuncerà soltanto sulle pretese individuali dei singoli consumatori, senza esplicitare alcun effetto nei confronti di coloro che non hanno risposto al «*llamamiento*», i quali potranno far valere i loro diritti per le vie della giurisdizione ordinaria o mediante un ulteriore arbitrato in materia di consumo, autonomo rispetto a quello collettivo. Non ci trova pertanto di fronte ad un vero e proprio processo collettivo fondato sull'attribuzione di una legittimazione straordinaria, bensì ad un meccani-

---

<sup>38</sup> Non acquisteranno in nessun caso la qualità di parti le associazioni dei consumatori, alle quali è attribuita soltanto la facoltà – di cui, per di più, esse non dispongono in via esclusiva – di rivolgere istanza al presidente della *Junta Arbitral de Consumo* affinché proceda all'instaurazione del procedimento.

smo un po' particolare che consente di cumulare in un unico procedimento una pluralità di domande di arbitrato – un meccanismo la cui carente regolamentazione ne lascia presagire il fallimento applicativo.

Stando così le cose, si può anche ricostruire il significato dell'accordo conciliativo a cui fa riferimento il Decreto, che si occupa soltanto di due aspetti: a) l'imprenditore o il professionista, ove lo ritenga, farà una offerta transattiva, aperta ai consumatori che soddisfino i requisiti che lo stesso offerente ha la facoltà di indicare; b) questa offerta sarà esaminata dai consumatori che hanno risposto al «*llamamiento*» e sono interessati alla tutela dei loro diritti. Muovendo da queste premesse, si può dedurre quanto segue:

a) Il consumatore interessato può accettare l'offerta nei termini in cui è stata formulata, con conseguente perfezionamento dell'accordo transattivo o conciliativo; si darà dunque applicazione alle norme generali in materia di conciliazione dettate dalla disciplina sull'arbitrato in materia di consumo, con la conseguenza che l'organo arbitrale dovrà emanare un «lodo conciliativo» (artt. 48.2 e 49.2 LEC) che, proprio in quanto «lodo», godrà di efficacia esecutiva (art. 517.2.2<sup>a</sup> LEC).

b) Il consumatore può anche cercare di negoziare con l'imprenditore o il professionista affinché, rispetto alla sua specifica situazione giuridica, l'accordo presenti un contenuto diverso da quello offerto; il consenso della controparte in ordine a questo diverso contenuto determinerà il perfezionamento della transazione, con conseguente emanazione, anche in questo caso, di un «lodo conciliativo».

Ne deriva che la proposta transattiva rappresenta la base non già di una conciliazione collettiva, ma di una pluralità di possibili conciliazioni individuali. Non si giungerà ad un accordo che possieda un'efficacia vincolante nei confronti di tutti i consumatori, bensì a tante singole conciliazioni quanti sono i consumatori che decidano di accettare – o di rinegoziare con successo – l'offerta formulata dall'imprenditore.

#### *4.4.2. Due possibili modelli ricostruttivi della «transazione collettiva» in relazione ai diritti ed agli interessi pluriindividuali*

§. Ferme le premesse che precedono, occorre insistere – a costo di apparire ripetitivi – sul fatto che la costruzione di un regime giuridico mirante al raggiungimento di transazioni collettive nell'ambito della tutela dei diritti e degli interessi pluriindividuali presuppone che si stabiliscano

quali siano le possibilità di manovra concesse a tale riguardo agli enti legittimati all'esercizio delle corrispondenti azioni collettive.

A mio parere, infatti, per porre in essere un sistema di conciliazione «asseritamente collettiva», quale quello predisposto dall'arbitrato collettivo in materia di consumo, non occorre introdurre una norma specifica, né offrire alcun tipo di interpretazione innovativa a nessuna delle norme attualmente vigenti: durante la pendenza del processo collettivo, nulla impedisce allo stesso imprenditore convenuto di divulgare un'offerta transattiva e di stipulare specifici accordi con i consumatori. Ove all'accordo aderiscano i consumatori già intervenuti nella causa, rispetto a ciascuno di essi verrà emanata un'ordinanza esecutiva di omologazione della transazione ed il processo proseguirà in vista della decisione sulla pretesa collettiva e sulle altre pretese individuali. Se, invece, all'accordo aderiscono altri consumatori, la transazione non potrà essere omologata dal giudice, ma l'adempimento, da parte dell'imprenditore, delle obbligazioni in essa assunte impedirà al consumatore che ha aderito all'accordo di pretendere in un secondo tempo di beneficiare di una decisione a lui più favorevole eventualmente contenuta nella sentenza, dal momento che in un ipotetico incidente di cognizione *ex art. 519 LEC* l'imprenditore potrebbe efficacemente opporre di aver adempiuto a quanto pattuito nella transazione (è questa una manifestazione di quelli che l'art. 1806 CC impropriamente definisce «effetti di cosa giudicata» tra le parti prodotti dalla transazione). Anzi, offerte di questo tipo possono essere formulate dall'imprenditore anche prima che il processo abbia avuto inizio.

Si deve peraltro riconoscere che un sistema siffatto gode di una efficacia e di una rilevanza pratica alquanto limitate, poiché ad essere realmente utile sarebbe piuttosto la possibilità di raggiungere un solo accordo collettivo vincolante per tutti i titolari dei diritti e degli interessi in gioco nel processo, e di consentire che alla sua stipulazione possa procedere uno degli enti legittimati all'esercizio dell'azione.

Va ricordato che, in generale, le azioni a tutela di interessi pluriindividuali integrano delle azioni atipiche, al cui esercizio sono legittimati i soggetti contemplati dall'art. 11.2 LEC (associazioni di consumatori, enti legalmente costituiti per la tutela dei consumatori – come l'INC – nonché gruppi di soggetti interessati). In via di eccezione, un'azione collettiva tipica di questa natura può individuarsi in quella finalizzata alla restituzione di somme ed al risarcimento dei danni in materia di condizioni generali di contratto (art. 12 LCGC), al cui esercizio sono legittimati gli enti indicati all'art. 16 LCGC.

Questa attribuzione di legittimazione attiva spiega perché i legittimati,

quantunque lo siano a titolo straordinario, possono instaurare processi facendo valere in essi diritti altrui e, di conseguenza, perché le sentenze emanate in tali processi devono produrre effetti nei confronti dei terzi titolari di tali diritti. Ciò che peraltro ci si deve domandare è se tale attribuzione di legittimazione implichi anche la facoltà di stipulare transazioni concernenti tali diritti, o se essa si limiti a riconoscere il potere di chiederne la tutela giurisdizionale. Va considerato che la transazione continua ad essere un contratto e che, in assenza di norme speciali, trova applicazione l'art. 1259 CC, in virtù del quale «Nessuno può concludere un contratto in nome altrui senza essere da questi autorizzato o senza che la legge gli abbia conferito il potere di rappresentarlo. Il contratto concluso in nome altrui da chi non ne sia stato autorizzato o non disponga del potere di rappresentanza è nullo, a meno che il soggetto a nome del quale esso è stato stipulato lo ratifichi prima della sua eventuale revoca da parte dell'altro contraente».

Qualsiasi formulazione della transazione collettiva vertente su diritti pluriindividuali impone di superare questo ostacolo e, dal punto di vista teorico, si può pensare a due possibili modi per farlo: il primo, servendosi di finzioni e di presunzioni che si adattino alle norme generali sulla rappresentanza; il secondo, definendo in modo più completo il contenuto dell'attribuzione di legittimazione straordinaria. Entrambe le proposte, come si vedrà, risentono dell'assenza di un sufficiente sostegno normativo.

§. Una *prima possibilità* muove dalla regola di diritto sostanziale secondo la quale il potere di transigere compete soltanto al titolare del diritto controverso, salvo che tale potere venga esercitato da un altro soggetto in nome del titolare, ossia facendo affidamento su un potere di rappresentanza preventivamente conferito o su una successiva ratifica da parte del titolare<sup>39</sup>. Si può ritenere che la legittimazione straordinaria at-

---

<sup>39</sup> In generale, la giurisprudenza spagnola ritiene che la transazione produca effetti soltanto tra le parti che hanno sottoscritto l'accordo in nome proprio, senza vincolare i terzi: si tratta di una questione che sorge con una certa frequenza nell'ambito dei contratti di assicurazione, nei quali l'accordo raggiunto dall'assicuratore non vincola l'assicurato, e viceversa (cfr. la Sentenza della *Audiencia Provincial* di Murcia, Sezione 4<sup>a</sup>, 9 febbraio 2006, e la Sentenza della *Audiencia Provincial* di Tarragona, Sezione 1<sup>a</sup>, 8 marzo 2007); in materia di condominio, si è invece ritenuto che la transazione stipulata dal condominio vincola tutti i singoli proprietari, ma sulla base della disciplina legale dei rapporti tra condominio e singoli proprietari nell'ambito della proprietà orizzontale (Sentenza del *Tribunal Supremo*, Sez. civ., 21 giugno 2005).

tribuita per l'esercizio delle azioni a tutela di interessi pluriindividuali non si basi sull'esistenza di un mandato rappresentativo, ma sottenda piuttosto una sostituzione processuale su vasta scala o collettiva: a rigore, il legittimato attivo non agisce in rappresentanza dei titolari dei diritti tutelati, né potrebbe stipulare transazioni che incidano su tali diritti.

Ciò dà origine ad una rilevante disfunzione, nella misura in cui esclude la possibilità di offrire meccanismi di risoluzione alternativa di questo tipo di controversie: la regola generale contenuta nell'art. 1259 CC costituisce un limite ai poteri derivanti dall'attribuzione della legittimazione straordinaria di cui all'art. 11.2 LEC.

Per superare l'ostacolo, si dovrebbe quindi escogitare un meccanismo che permettesse di considerare conferita al legittimato attivo la «autorizzazione» (= rappresentanza) a cui si riferisce la norma sostanziale appena richiamata, oppure di ritenere sussistente una «ratifica» collettiva. A tal fine, si potrebbe pensare che rientri tra i poteri del legittimato attivo quello di portare avanti delle trattative con il convenuto, in vista di un accordo che appaia soddisfacente per gli interessi individuali in contesa. Raggiunto tale accordo, si potrebbe cercare di attribuirgli efficacia collettiva per mezzo di una norma che stabilisse una presunzione di adesione ad esso: all'accordo potrebbe essere data la pubblicità necessaria (attraverso la sua diretta notificazione ai consumatori già determinati o attraverso i mezzi di comunicazione), stabilendosi che esso si considererà accettato dai consumatori, i cui diritti sono in gioco nel processo, a meno che gli stessi non manifestino espressamente il loro dissenso entro un determinato termine. In una ipotesi siffatta, si potrebbe ritenere che l'ente legittimato possa contare sull'autorizzazione o sulla ratifica dei consumatori, con la conseguenza che alla transazione potrebbe essere attribuita la stessa efficacia che sarebbe stata prodotta da un'eventuale sentenza di accoglimento dell'azione collettiva: la transazione verrebbe omologata dal giudice, determinerebbe la conclusione del processo e godrebbe di efficacia esecutiva.

Naturalmente, occorre tener conto della possibilità che alcuni consumatori esprimano dissenso nei confronti dell'accordo: in tal caso, essi rimarrebbero esclusi dall'ambito soggettivo di efficacia della transazione, ed inoltre:

– qualora essi non siano intervenuti nel processo a titolo individuale, la loro opposizione non sarebbe di ostacolo a che il giudice ponesse fine alla causa collettiva.

– qualora abbiano svolto intervento, il processo, inizialmente instaura-

to come collettivo, vedrebbe il suo oggetto ridursi, proseguendo unicamente in vista della decisione sulle pretese individuali da essi avanzate.

In ogni caso, questo modello si fonda sulla presunzione – e sulla finzione – secondo la quale, una volta data pubblicità all'accordo, si dovrebbe ritenere che i consumatori che non vi si oppongono lo autorizzino o lo ratifichino – si possono ipotizzare ambedue le varianti, essendo entrambe desumibili dalla regola generale sancita dall'art. 1259 CC. È importante osservare che, a mio parere, siffatta presunzione o finzione necessita di un esplicito sostegno normativo, che attualmente non esiste e che rende questo modello per il momento inattuabile. Invero, a tutt'oggi, l'art. 1713 CC, nel disciplinare il contratto di mandato, continua a affermare a chiare lettere che «per *transigere*, alienare, iscrivere ipoteca o eseguire ogni altro atto che presuppone la titolarità del bene, è necessario il conferimento di un mandato *espresso*».

Inoltre, e sempre in questo contesto, ci ci potrebbe domandare se sia necessario sottoporre la proposta transattiva a qualche forma di controllo aggiuntivo, tenendo conto del fatto che in partenza ne esistono due: da un lato, quello che può essere effettuato da ciascun singolo consumatore nel momento in cui viene informato della proposta; dall'altro, quello che deve compiere il giudice in sede di omologazione. Entrambi possono ritenersi insufficienti: il primo, perché il livello delle competenze giuridiche dei singoli consumatori in quanto tali può risultare non sempre adeguato; il secondo, perché il giudice deve limitarsi a vigilare affinché siano rispettati l'interesse generale ed i diritti dei terzi, senza valutare l'equilibrio interno della transazione. È dubbio che, dinnanzi all'esigenza di definire l'ambito del controllo giurisdizionale sulla transazione, si possano inquadrare come «terzi» i singoli consumatori una volta che la proposta transattiva sia stata loro comunicata; ciononostante, dati gli interessi in gioco, pare sensato ritenere che al giudice sia attribuito il potere di non omologare le transazioni collettive che appaiano palesemente inadeguate.

§. A livello teorico, si rende inoltre possibile prospettare un *secondo modello* di transazione collettiva in questo contesto, fondata su una generalizzata accettazione del fatto che l'attribuzione di legittimazione straordinaria non ricomprende soltanto l'esercizio «ordinario» di azioni collettive, ma anche il potere di compiere sull'oggetto del processo atti di disposizione dotati di efficacia vincolante nei confronti di tutti i titolari degli interessi coinvolti: ciò renderebbe possibile giungere a transazioni collettive le quali, una volta omologate, risulterebbero munite di un ambito soggettivo di efficacia identico a quello che contraddistingue le sentenze.

Come si può notare, questo modello implica una concezione più avanzata dell'ambito di efficacia della legittimazione straordinaria attribuita per la tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi pluriindividuali. La sostituzione processuale collettiva, sottesa a tale configurazione, non si limiterebbe ad attribuire al sostituto il potere di domandare che sia accordata tutela giurisdizionale nei confronti dei diritti e degli interessi dei sostituiti, ma abbraccerebbe anche altri aspetti dei rapporti giuridici sottostanti: per la precisione, quegli aspetti dei quali è ragionevole che il sostituto possa disporre al fine di giungere ad una effettiva composizione della controversia, tra i quali si situerebbe – è evidente – la possibilità di stipulare accordi conciliativi vincolanti. Si potrebbe quindi affermare che la legittimazione straordinaria sia attribuita a certi soggetti non già al fine di proporre azioni collettive, ma, in un senso più ampio, allo scopo di promuovere la risoluzione della controversia in un contesto giurisdizionale, vuoi attraverso la pronuncia di una sentenza, vuoi mediante la stipulazione di un accordo che risulti soddisfacente e che, di conseguenza, appaia idoneo ad essere omologato dal giudice. In sostanza, se si vuole che la risoluzione dei conflitti collettivi sia gestita da certi soggetti, pare coerente dotarli di tutti i poteri necessari per il raggiungimento di una soluzione – in forma di sentenza o di transazione: argomentare in senso contrario significherebbe limitare gli strumenti per conseguire tale scopo. In ogni caso, ci si troverebbe dinnanzi ad una legittimazione attribuita al fine di promuovere una soluzione delle controversie di carattere collettivo – generalizzato, se si vuole –, ragion per cui, così come gli effetti della sentenza si estenderebbero *ultra partes*, allo stesso modo anche l'accordo transattivo omologato dal giudice dovrebbe esplicare efficacia vincolante nei confronti dei terzi/consumatori: in entrambi i casi, si tratterebbe di una estensione coerente con i poteri che la legittimazione straordinaria conferisce ai soggetti a cui il legislatore ha inteso attribuirli.

Per chiudere il discorso su questo modello, è necessario fare chiarezza su altri due punti:

– In primo luogo, si dovrebbe offrire ai singoli consumatori la facoltà di svincolarsi dall'accordo transattivo, in coerenza con la regola generale che consente ad essi di intervenire nel processo per difendere la loro posizione giuridica (nonché, a mio giudizio, per chiamarsi fuori dalla causa): il mancato intervento in causa (o la mancata autoesclusione da essa) può implicare una accettazione tacita del processo nei termini in cui era stato originariamente instaurato – con conseguente accettazione anche del *petitum* formulato nella domanda –, ma non consente senz'altro di desumerne l'accettazione di un accordo il cui contenuto sarà probabil-

mente diverso. A tale effetto, occorrerebbe attribuire alla transazione un adeguato livello di pubblicità e fissare ai consumatori un termine entro il quale essi dovrebbero dichiarare espressamente di volersi svincolare dall'accordo. Trattandosi di consumatori che sarebbero intervenuti in causa, tale svincolamento comporterà sì la necessità che il processo prosegua senza indugio, ma all'unico scopo di giungere ad una decisione sulle loro pretese individuali, non essendo tale comportamento di ostacolo alla approvazione della transazione da parte del giudice per quanto concerne la dimensione collettiva della pretesa.

– In secondo luogo, è necessario ritornare ad interrogarsi circa l'opportunità di predisporre delle forme di controllo a cui sottoporre la transazione. A mio parere, e sulla base delle stesse argomentazioni esposte nei paragrafi dedicati all'altro modello di transazione collettiva, risultano sufficienti i due controlli attualmente esistenti: da un lato, quello degli stessi consumatori, che mantengono sempre la facoltà di autoescludersi dall'accordo; dall'altro, quello effettuato dal giudice, alla cui omologazione la transazione va sottoposta, e che deve essere posto in condizione di esercitare con la dovuta ampiezza i poteri di controllo attribuitigli dall'art. 19.2 LEC. Per ciò stesso, analogamente a quanto si è rimarcato a proposito delle transazioni che vertono su beni sovraindividuali, pare indispensabile che anche gli accordi del tipo qui considerato vengano in ogni caso sottoposti alla omologazione del giudice a cui è affidata la cognizione della causa.

§. Come si può notare, questo secondo modello di transazione collettiva finisce con il condurre a risultati pratici simili a quelli prodotti dal primo: viste le cose dal di fuori, essi apparirebbero molto simili, poiché in entrambi i casi sarebbe necessario fornire all'accordo una pubblicità tale da consentire ai consumatori l'esercizio di una facoltà di *opt out* rispetto ad un accordo destinato, per il futuro, a godere di un'efficacia generalizzata. La differenza risiede nella giustificazione del risultato: a mio giudizio, è più corretto il secondo, risultando più coerente con la dimensione collettiva del conflitto sottostante.

In ogni caso, ritengo che l'attuale dato normativo non consenta di interferire che la legittimazione attiva prevista dall'art. 11.2 LEC includa il potere di stipulare transazioni aventi ad oggetto diritti altrui: non vi è alcun elemento che permetta di procedere lungo tale percorso interpretativo; anzi l'accenno di disciplina elaborato per l'arbitrato collettivo in materia di consumo punta nella direzione opposta. Perché si potesse parlare di transazioni collettive occorrerebbe, quanto meno, l'introduzione di quattro nuove norme: una che disciplinasse il regime di pubblicità del-

l'accordo transattivo, con l'indicazione di un termine entro il quale i consumatori dovrebbero richiedere di esserne svincolati; un'altra che sancisse espressamente l'obbligo di sottoporre la transazione alla omologazione del giudice; un'altra ancora che stabilisse espressamente l'efficacia *ultra partes* della decisione che approva la transazione, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 222.3 LEC; infine, un'ultima norma che permettesse, ai fini della successiva esecuzione dell'accordo collettivo, lo svolgimento dell'incidente cognitivo finalizzato alla individuazione dei singoli beneficiari – in questo caso, della transazione –, ai sensi dell'art. 519 LEC<sup>40</sup>.

#### 4.4.3. *Transazione collettiva e cumulo di azioni: il problema delle azioni di restituzione e risarcimento cumulate in via accessoria ad una azione di cessazione*

§. È possibile che, nell'ambito di un unico processo collettivo, vengano esercitate in via di cumulo azioni collettive di natura diversa: una finalizzata alla tutela di interessi sovraindividuali ed un'altra mirante alla tutela di interessi pluriindividuali dei consumatori. Questa possibilità è prevista dalla legge all'art. 12 LCGC, norma che, come si è visto a suo tempo, contempla il contestuale esercizio, nel medesimo processo, di una azione volta ad ottenere la cessazione dell'impiego di condizioni generali di contratto ed, in via accessoria, di un'azione diretta a conseguire la restituzione delle somme indebitamente percepite o il risarcimento dei danni derivati dall'utilizzo delle suddette condizioni generali.

In questi casi, transigere la controversia implica, in linea di principio, giungere ad una transazione in ordine a ciascuna delle azioni esercitate; e queste transazioni possono andare soggette ad esigenze parzialmente diverse, nella misura in cui stipulare accordi vincolanti rispetto a pretese che coinvolgono diritti pluriindividuali può risultare più complesso. Di conseguenza, dovrebbero applicarsi le regole appropriate per ciascuna delle azioni che compongono l'oggetto del processo, in modo tale che una conclusione transattiva della causa abbia luogo nel solo caso in cui si giunga ad un accordo che ne investa interamente l'oggetto.

In particolare, si può prospettare la possibilità che si giunga ad accordi che, accanto ad un soddisfacimento generico dell'interesse sovraindivi-

---

<sup>40</sup> Cfr., in termini analoghi, le proposte avanzate da GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de los consumidores y usurarios en el proceso civil*, cit., p. 93-94.

duale, comportino una rinuncia all'azione esercitata a tutela degli interessi pluriindividuali: in astratto, un simile risultato dovrebbe ritenersi possibile, dato che si tratta di diritti disponibili; va tuttavia tenuto conto del fatto che, rispetto a questi ultimi, l'accettazione della transazione richiede la sua sottoposizione al controllo giurisdizionale e che, in ogni caso, essa potrebbe venire rifiutata in massa dai consumatori danneggiati.

Ciò che è certo – e che in parte giustifica le considerazioni qui svolte – è che l'unico esempio di transazione collettiva di cui si sia avuta notizia si è verificato in una ipotesi di questo tipo, ed il suo esito è stato deludente. Una ACU conveniva in giudizio un potente istituto bancario, esercitando nei suoi confronti un'azione diretta ad ottenere la cessazione dell'impiego di una condizione generale, applicata ai contratti di mutuo ipotecario, che prevedeva un arrotondamento al rialzo nella determinazione del tasso di interesse variabile, nonché, in via di cumulo, un'ulteriore azione di restituzione delle somme indebitamente percepite dai clienti (il cui importo, come si può immaginare, era molto elevato). La sentenza di primo grado accoglieva integralmente entrambe le domande. In pendenza del giudizio d'appello, le parti transigevano la controversia alle seguenti condizioni: a) la transazione non sarebbe stata sottoposta all'omologazione da parte del giudice; b) in essa venivano previste prestazioni patrimoniali direttamente in favore della ACU; c) essa comportava l'accettazione, da parte dell'istituto di credito convenuto, della azione di cessazione, ma «si dimenticava» di prendere in considerazione l'azione accessoria finalizzata alla restituzione delle somme indebitamente percepite. Nondimeno, il giudice di secondo grado, reso edotto del raggiungimento di un accordo transattivo – ma non del suo contenuto – si limitava a rilevare la sopravvenuta carenza di interesse, facendone discendere le conseguenze giuridiche previste dall'art. 22 LEC. Di conseguenza, veniva emanata un'ordinanza di estinzione del processo, che privava di effetti la sentenza di primo grado e che, una volta passata in giudicato, avrebbe avuto la medesima efficacia di una sentenza di rigetto. Giunti a questo punto del discorso, credo che qualsiasi commento sia superfluo.

## SECONDA PARTE

### LE TRANSAZIONI COLLETTIVE IN FRANCIA

§. Analogamente a quanto accade in Spagna, neanche in Francia esiste una disciplina positiva delle transazioni o delle conciliazioni collettive

in materia di consumo<sup>41</sup>: pertanto, nell'analisi di questo fenomeno ci si potrà in larga parte avvalere delle categorie utilizzate sino ad ora ed, in particolare, della distinzione tra i processi elaborati per la tutela di interessi sovraindividuali – interessi ai quali la legislazione francese si riferisce con l'espressione *intérêt collectif des consommateurs* – ed i processi in cui l'oggetto della tutela è dato da diritti ed interessi pluriindividuali. In ogni caso, l'ambito normativo di base è costituito, per le questioni processuali di carattere generale, dal *Nouveau Code de Procédure Civile* (d'ora in poi, NCPC) e, per ciò che concerne i procedimenti a tutela dei consumatori, soprattutto dal *Code de la consommation* (qui di seguito, CCons). Di fatto, anche ai fini dello studio dell'ordinamento francese è opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari sul sistema di tutela dei diritti dei consumatori, prima di affrontare la problematica delle transazioni e delle conciliazioni in tale contesto.

## 5. La tutela dei diritti dei consumatori nel sistema processuale francese.

§. Come si vedrà, il sistema di azioni collettive delineato dall'ordinamento francese diverge da quello spagnolo sotto molti profili, presentandosi inoltre un po' più limitato per quanto riguarda lo spazio, da esso concesso, alla tutela congiunta di interessi di natura pluriindividuale. Attualmente, gli strumenti predisposti a tale fine sono quattro: l'azione civile a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori; l'azione collettiva di cessazione; l'intervento delle associazioni di consumatori nei processi instaurati da singoli consumatori; e la *action en représentation conjointe*.

### 5.1. Strumenti di tutela dei consumatori

#### 5.1.1. L'azione civile a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori

§. Questa azione collettiva è stata la prima ad essere introdotta nell'ordinamento francese, precisamente nel 1973 (dalla cd. «Loi Royer» del 27 dicembre), e si trova attualmente collocata agli artt. da 421-1 a 421-5

---

<sup>41</sup> La categoria delle conciliazioni collettive è invece riconosciuta dalla dottrina, anche se per ora con una portata limitata al settore fallimentare ed altri ambiti ad esso assimilabili (cfr. CADIET-JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>a</sup> ed., Paris, 2006, p. 263-266).

CCons. Si tratta di una azione finalizzata al ristoro del danno sofferto dall'interesse collettivo dei consumatori in conseguenza di una condotta penalmente rilevante. Pertanto, l'esercizio di essa è subordinato alla ricorrenza di due presupposti:

- la constatazione della commissione di un fatto di reato;
- l'esistenza di un pregiudizio, diretto o indiretto, all'interesse collettivo dei consumatori, da tenere distinto dal pregiudizio patito direttamente dalle vittime della violazione.

Per quanto riguarda il contenuto, questa azione permette di ottenere due tipi diversi di tutela:

- Da un lato, il risarcimento del danno collettivo: va segnalato con chiarezza che l'importo del risarcimento non è destinato ai singoli consumatori, ma alla riparazione del danno collettivo in quanto tale: è per questa ragione che, nella pratica, i risarcimenti accordati sono esigui o simbolici (in alcune occasioni, si è arrivati a condannare al pagamento di un Euro)<sup>42</sup>. La legge non chiarisce neppure quale debba essere la concreta destinazione di queste somme: in caso di condanna, il versamento viene effettuato direttamente all'associazione parte attrice, senza che sia legalmente previsto alcun controllo in ordine all'utilizzo della somma ricevuta<sup>43</sup>.

- Dall'altro lato, ed almeno a partire dal 1988, attraverso questa azione si può pretendere anche la cessazione della condotta illecita nonché, se del caso, la soppressione di clausole illecite contenute nelle proposte di contratto rivolte ai consumatori.

La legittimazione all'esercizio dell'azione è riservata a determinate associazioni tra i cui obiettivi statuari risulti esplicitamente contemplata la difesa degli interessi dei consumatori; inoltre, tali associazioni devono aver ricevuto una speciale autorizzazione all'esercizio di questo tipo di azioni, per ottenere la quale occorrono tre requisiti<sup>44</sup>: che l'associazione risulti istituita da almeno un anno, che sia rappresentativa (il che si ha se

---

<sup>42</sup> Cfr. JEULAND, *Le azioni collettive delle associazioni di consumatori in Francia, in Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori* (a cura di Sergio Chiarloni e Paolo Fiorio), Torino, 2005, p. 111.

<sup>43</sup> Cfr. *Rapport sur l'action de groupe. Groupe de travail présidé par G. Cerrutti et M. Guillaume*, 16 dicembre 2005, p. 23.

<sup>44</sup> Cfr. JEULAND, *Le azioni collettive*, cit., p. 110; CADIET-JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 233-235.

essa può vantare 10.000 soci iscritti) e che eserciti la propria attività sociale in modo effettivo<sup>45</sup>.

Si deve insistere sul fatto che si tratta di una azione civile *ex delicto*, con la conseguenza che se ne possono ipotizzare due diverse forme di esercizio: l'associazione può esercitare l'azione costituendosi parte civile nell'ambito del processo penale – ove essa può coesistere con altre azioni civili esercitate dai singoli consumatori –, nel cui caso ci si dovrà attenere alle norme processuali penali (quantunque con alcune particolarità, previste dagli artt. L 421-3, L 421-4 e L 421-5 CCons); allo stesso modo, l'azione può anche essere esercitata separatamente nell'ambito di un autonomo processo civile, regolato dalle relative norme ordinarie.

### 5.1.2. *L'azione collettiva di cessazione*

§. Questo secondo strumento è stato introdotto nell'ordinamento francese nel 1988, allo scopo di permettere l'ottenimento, quale forma di tutela collettiva, di un provvedimento che ordini all'imprenditore la soppressione delle clausole abusive contenute nelle condizioni generali e nei contratti di adesione dallo stesso utilizzati, al di là dei casi di illeciti e di conseguenti processi penali. Nel 2001, in conseguenza del recepimento della Direttiva 98/27/CE, relativa alle azioni di cessazione a tutela dei consumatori, l'ambito di applicazione dell'azione qui considerata è stato esteso alle materie contemplate da tale Direttiva. Essa è attualmente disciplinata dall'art. L 421-6 CCons.

Presupposto necessario per l'esercizio di questa azione è che si sia verificata una violazione dei diritti dei consumatori nelle materie regolate dalle Direttive ai cui si riferisce l'art. 1 della Direttiva 98/27/CE: proprio per questa ragione, l'ambito di applicazione dell'azione risulta dunque limitato, dato che non copre tutte le possibili condotte lesive degli interessi collettivi dei consumatori (così, ad es., è esclusa da tale ambito la responsabilità da prodotto difettoso<sup>46</sup>).

La natura dell'azione è puramente cessatoria, inibitoria: con essa si può soltanto pretendere la cessazione della condotta illecita o, come par-

---

<sup>45</sup> Nell'aprile 2006, le associazioni di consumatori autorizzate all'esercizio di questo tipo di azioni erano 18, secondo quanto affermato nella Relazione alla Proposta di Legge presentata all'Assemblea Nazionale il 26 aprile 2006.

<sup>46</sup> Come sottolineato da JEULAND, *Le azioni collettive*, cit., p. 113.

tiolare modalità di condotta, la soppressione di clausole illecite contenute nei contratti rivolti ai consumatori<sup>47</sup>.

La legittimazione ad esercitarla è attribuita alle stesse associazioni a cui è affidato l'esercizio dell'azione civile per la tutela dell'interesse collettivo dei consumatori (vale a dire, le associazioni dei consumatori autorizzate) nonché agli enti degli altri Stati membri dell'Unione Europea a ciò abilitati mediante il loro inserimento nell'elenco a tal fine pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Dato che l'esercizio di questa azione non rimane subordinato all'esistenza di alcun reato, essa dovrà essere proposta dinnanzi al giudice civile in conformità alle norme processuali generali. Per questa stessa ragione, nulla impedisce inoltre che la causa si sviluppi secondo vie processuali privilegiate, come quella delle *ordonnances de référé*<sup>48</sup> o della *injonction de faire*<sup>49</sup>.

### 5.1.3. *L'intervento delle associazioni dei consumatori nei processi instaurati dai singoli consumatori*

§. L'art. L 421-7 contempla una forma diversa di esercizio delle due azioni sin qui esaminate: le associazioni autorizzate, anziché promuovere essere stesse una causa avente tale oggetto, possono intervenire nel processo instaurato da uno o più consumatori al fine di ottenere il risarcimento dei danni dagli stessi singolarmente patiti; per mezzo di questo intervento, le associazioni potranno esercitare le azioni in questione. In ogni caso, è necessario che non sia stata integrata alcuna fattispecie penalmente rilevante.

Per questa via, ha luogo un intervento principale della associazione nel processo promosso dal singolo consumatore, finalizzato all'esercizio

---

<sup>47</sup> Peralto, una certa giurisprudenza ha consentito di richiedere anche un risarcimento a titolo di ristoro del pregiudizio collettivo (*Cour d'appel* de Grenoble, ch. urg., 13 giugno 1991, JCP 1992, II, 21819)

<sup>48</sup> In questo senso, si può vedere la *ordonnance de référé* del *Tribunal de Grande Instance* di Nanterre, 20 febbraio 2001, che accoglie una azione di cessazione proposta contro una società fornitrice di servizi internet.

<sup>49</sup> L'art. R 142-2 CCons stabilisce in generale che per tutte le controversie derivanti dalla sua applicazione è possibile adire l'Autorità giudiziaria nelle forme della *injonction de faire*, disciplinata dagli artt. da 1425-1 a 1425-9 NCPC.

di una azione collettiva – tale intervento pertanto, non mira a sostenere l'azione individuale del consumatore.

In linea di principio, la legge permette unicamente l'esercizio di azioni collettive di cessazione e di soppressione di clausole illecite; ciononostante, la dottrina pare ammettere anche l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno collettivo sofferto dai consumatori<sup>50</sup>: di conseguenza, nelle ipotesi in cui non sia stata integrata una fattispecie di reato, quella appena descritta costituirebbe l'unica strada per domandare in giudizio il ristoro del danno collettivo, strada la cui percorrenza rimarrebbe dunque condizionata alla proposizione di autonome azioni proposte da parte dei consumatori a titolo individuale.

#### 5.1.4. La «*action en représentation conjointe*»

§. Questa particolare azione è stata introdotta nell'ordinamento francese nel 1992, allo scopo di migliorare gli strumenti processuali utilizzabili dai singoli consumatori al fine di richiedere il risarcimento dei danni individualmente sofferti: a differenza di quelle appena esaminate, non si tratta quindi di una azione per la tutela di interessi sovraindividuali. Peraltro, non si può nemmeno affermare che si tratti di una azione collettiva in senso stretto, dal momento che la relativa legittimazione, anziché essere attribuita ad un soggetto affinché faccia valere nel processo diritti altrui in nome proprio, si fonda sulla esistenza di una rappresentazione, concepita nel suo senso più classico. Attualmente, la sua disciplina è contenuta negli artt. da L 422-1 a L 422-3 CCons, sviluppandosi ulteriormente negli artt. da R 422-1 a R 422-10 dello stesso corpo normativo.

Perché l'esercizio di questa azione risulti ammissibile, è necessario che ricorra una precisa situazione di partenza: più consumatori singolarmente determinati devono aver patito dei danni generati da uno stesso fatto imputabile al medesimo professionista. Sussistendo una simile situazione, due o più consumatori possono conferire mandato ad una associazione di consumatori – purché autorizzata ed in possesso del requisito della rappresentatività a livello nazionale – affinché questa proponga in loro nome una domanda giudiziale diretta ad ottenere il risarcimento dei danni patiti dai consumatori: tale domanda potrà essere proposta dinnan-

---

<sup>50</sup> Cfr. *Rapport sur l'action de groupe*, cit., p. 21.

zi al giudice civile, penale o amministrativo, a seconda dell'ambito in cui si sono verificati i danni.

L'azione, quindi, viene proposta dall'associazione di consumatori, ma sulla base di un mandato conferito da vari consumatori (il numero minimo previsto dalla legge è di due unità ma non esiste alcun limite massimo). Ne consegue che l'associazione non rappresenta tutti i consumatori che si trovino nella medesima situazione dei suoi mandanti, bensì solo ed unicamente quei consumatori che le abbiano espressamente conferito una procura a rappresentarli. In questo modo, gli effetti della sentenza si produrranno soltanto nei confronti di questi ultimi soggetti, senza estendersi *ultra partes*.

Il fondamento dell'esercizio della *action en représentation conjointe* consiste nel mandato che i consumatori conferiscono all'associazione: di conseguenza, una associazione che intenda avanzare una domanda di questo tipo deve riuscire ad ottenere il relativo mandato da parte dei soggetti asseritamente danneggiati da un fatto illecito. Tuttavia, la legislazione francese sottopone questa operazione a rilevanti limitazioni: il mandato non può essere richiesto attraverso la televisione, la radio o mediante manifesti e neppure per mezzo di corrispondenza inviata al singolo soggetto (il che esclude anche l'impiego della posta elettronica), di modo che, nella pratica, ci si può servire soltanto degli annunci pubblicati sulla carta stampata<sup>51</sup>.

Il mandato deve avere forma scritta e deve essere conferito individualmente da ciascun consumatore (art. L 422-1 CCons); il suo oggetto deve essere espressamente indicato ed in esso va attribuito all'associazione il potere di compiere in nome del consumatore tutti gli atti del processo (art. R 422-2 CCons). Il mandato può essere revocato in qualsiasi momento dal consumatore – dandone immediata comunicazione al giudice ed alla controparte –, nel qual caso il consumatore può continuare a far valere i suoi diritti nel processo come se lo avesse istaurato lui stesso (art. L 422-5 CCons).

Ai fini dell'esercizio dell'azione, la gestione dei mandati si presenta dunque complessa e paralizzante. Inoltre, l'esistenza di un vero e proprio mandato fa sorgere in capo all'associazione rilevanti responsabilità nei confronti dei consumatori rappresentati, responsabilità di cui le associazioni non sempre sono disposte a farsi carico. È molto probabile che

---

<sup>51</sup> Cfr. *Rapport sur l'action de groupe*, cit., p. 24.

questi fattori costituiscano la spiegazione del sostanziale fallimento di questo tipo di azione al livello pratico: a partire dalla sua introduzione, si è a conoscenza di soli cinque casi in cui essa è stata utilizzata<sup>52</sup>.

## 5.2. *Bilancio e recenti iniziative finalizzate allo sviluppo della tutela degli interessi dei consumatori*

§. Come si può notare, l'ordinamento francese dispone di strumenti processuali che consentono la tutela degli interessi sovraindividuali dei consumatori attraverso l'ottenimento di due possibili risultati, che non si escludono a vicenda: da un lato, la condanna dell'imprenditore al pagamento di un indennizzo che serva a ristorare il danno inflitto all'interesse collettivo – forma di tutela, questa, che ad es. non esiste in Spagna; dall'altro lato, un ordine avente ad oggetto la cessazione delle attività contrarie agli interessi dei consumatori ed il divieto di porle in essere in futuro, quantunque con una limitazione nel suo ambito materiale di applicazione.

Viceversa, non esistono meccanismi adeguati in grado di fornire una autentica tutela degli interessi pluriindividuali: l'*action en représentation conjointe* si fonda sul conferimento di un mandato e, più che un'azione collettiva, rappresenta un modo di semplificare, attraverso il sistema della rappresentanza unitaria, un processo caratterizzato da un cumulo di azioni.

Alla luce di ciò, è ormai da vari anni in atto un dibattito giuridico e sociale in ordine alla opportunità di superare la situazione attuale, introducendo nel sistema processuale francese azioni di classe o di gruppo che consentano di far valere in giudizio i plurimi interessi dei consumatori. Nel 2005, infatti, il Presidente della Repubblica convocò giuristi ed esponenti di enti operanti nel sociale per affrontare la questione; fu organizzato un gruppo di lavoro facente capo ai Ministeri dell'Economia e della Giustizia, che nel dicembre di quello stesso anno presentò una relazione, alla quale fecero seguito due proposte di legge di contenuto di-

---

<sup>52</sup> Stando a quanto riportato nel *Rapport sur l'action de groupe* (p. 24), seguito dalla Relazione alle proposte di legge presentate all'Assemblea Nazionale nel 2006 e nel 2008. Il suo scarso impatto pratico è constatato anche dalla dottrina: cfr. CADIEF-JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 239.

stinto, presentate nel 2006 rispettivamente dinnanzi all'Assemblea Nazionale ed al Senato<sup>53</sup>: entrambe le proposte si arenarono in conseguenza dei toni alquanto accesi della discussione e della feroce opposizione del settore imprenditoriale nei confronti dell'introduzione delle azioni di classe, sostenuta dalle associazioni dei consumatori. Molto più di recente, nel 2008, è stata presentata dinnanzi all'Assemblea Nazionale una nuova proposta di legge, che intende stavolta superare il precedente fallimento.

§. La prima proposta di legge, presentata all'Assemblea Nazionale il 26 aprile 2006, mirava ad introdurre una azione nell'interesse di un gruppo di consumatori. Questa azione avrebbe dovuto sostituire l'attuale *action en représentation conjointe* e la novità sarebbe consistita nell'attribuire alle associazioni di consumatori la legittimazione a proporre domande volte ad ottenere il risarcimento dei danni sofferti dai consumatori senza la necessità di ottenere alcun preventivo mandato. L'esercizio dell'azione sarebbe stato oggetto di un controllo preliminare da parte del giudice, che avrebbe dovuto valutare il numero dei consumatori e la loro diffusione sul territorio, la somiglianza delle situazioni giuridiche coinvolte e la verosimiglianza dei fatti e dei fondamenti di diritto allegati nella domanda. Ritenuta l'ammissibilità della domanda, il giudice avrebbe dovuto definire il gruppo – o i sottogruppi, a seconda dei casi –, disponendo la notificazione di essa a tutti i soggetti interessati (in forma individuale o collettiva). Si sarebbe seguito un sistema di *opt in* o di *opt out*, a seconda dell'ammontare del risarcimento individuale richiesto nella domanda per il danno patito da ogni singolo consumatore: nel caso in cui tale importo non avesse ecceduto una determinata soglia, fissata con decreto, i consumatori che non avessero chiesto di essere esclusi dal processo sarebbero stati considerati rappresentati dall'associazione, con la conseguenza che la sentenza avrebbe prodotto effetti nei loro confronti; qualora l'importo avesse superato tale limite, l'associazione avrebbe agito esclusivamente in rappresentanza di quei consumatori che avessero optato per la loro inclusione nell'ambito soggettivo del processo. Veniva inoltre stabilita una disciplina processuale più dettagliata riguardo agli atti di disposizione sull'oggetto del processo, alla sua dimensione economica (con la creazione di un fondo finalizzato ad agevolare l'accesso alla giustizia), prevedendosi inoltre l'introduzione di varie formule, tra loro diverse, per determinare

<sup>53</sup> Cfr. anche JEULAND, *Droit Processuel*, Paris, 2007, p. 291-292.

l'ammontare dell'indennizzo e le modalità da seguire per procedere alla sua distribuzione tra i consumatori <sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Nella specie, la proposta di legge intendeva abrogare i vigenti artt. da L 422-1 a L 422-3 Ccons e sostituirli con le seguenti norme:

*Art. L. 422-1.* – Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, ont subi des préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel, et ayant une origine commune, toute association visée à l'article L. 421-1 peut agir en réparation au nom de ces consommateurs, sans avoir à justifier de l'existence d'un mandat devant le tribunal de grande instance du siège social du professionnel mis en cause.

*Art. L. 422-2.* – Préalablement à toute décision statuant sur le bien-fondé des prétentions, le juge saisi statue sur la recevabilité de l'action visée à l'article L. 422-1.

Il s'assure que le recours à cette action est justifié par les circonstances tenant:

- au nombre ou la dispersion des consommateurs;
- à la similarité des situations juridiques des membres du groupe de consommateurs;
- à la vraisemblance des moyens de fait et de droit invoqués à l'appui des prétentions au regard de l'objet du litige;

*Art. L. 422-3.* – S'il déclare l'action recevable, le juge définit en fonction de la similarité des questions de faits et de droit, la composition du groupe, ou, au besoin, des sous-groupes de consommateurs représentés par l'association.

Il détermine dans cette décision, les conditions de la notification d'un avis aux consommateurs représentés, qui peut être individuelle ou collective.

La notification individuelle peut se faire par courrier électronique.

Lorsque la notification individuelle est impossible ou serait susceptible d'entraîner des frais manifestement disproportionnés, le juge ordonne une notification collective par tous moyens appropriés.

Les frais de notification peuvent être avancés par le fonds d'aide prévu à l'article L. 571-1 ou le bureau d'aide juridictionnel de la juridiction saisie.

La décision qui déclare recevable l'action ne peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond.

*Art. 422-4.* – L'avis visé à l'article L. 422-3 mentionne:

- l'indication de la juridiction devant laquelle l'action est introduite ;
- l'identification précise de l'association demanderesse ;
- l'extrait de la décision du juge qui définit la composition du groupe ou du sous-groupe de consommateurs;
- la composition du groupe de consommateurs représentés;
- a faculté pour tout consommateur, soit d'intervenir en qualité de partie à l'instance, soit de s'exclure du groupe des consommateurs représentés ;
- tout renseignement que le juge estimerait utile à l'information des consommateurs;
- la date de prononcé de la décision devant statuer sur le bien-fondé des prétentions.

*Art. L. 422-5.* – La déclaration du consommateur visant à s'exclure ou à intervenir à l'instance est adressée au greffe de la juridiction saisie, par voie postale, par courrier électronique, ou par émargement d'un registre tenu au greffe de la juridiction saisie.

Lorsque le consommateur déclare vouloir être partie à l'instance, il indique le nom de son représentant à l'instance, qui peut être l'association demanderesse.

Dans le cas d'une instance pour laquelle le montant du préjudice individuel allégué est

§. La seconda iniziativa, presentata al Senato il 25 aprile 2006, concerneva l'introduzione nell'ordinamento francese della figura del *recours*

---

inférieur à un montant défini par décret en Conseil d'État, le consommateur qui ne s'est pas exclu volontairement de l'instance avant le prononcé de la décision statuant sur le bien-fondé des prétentions, est réputé être partie à l'instance.

Il peut à tout moment intervenir à l'instance pour soutenir l'action de l'association demanderesse.

*Art. L. 422-6.* – Toute décision au fond revêt un caractère contradictoire à l'égard des consommateurs représentés dès lors que l'association demanderesse a régulièrement comparu devant la juridiction saisie.

Elle a autorité de la chose jugée à l'égard de l'association demanderesse et à l'égard de tous les consommateurs représentés.

*Art. L. 422-7.* – Toute transaction, renonciation, ou conciliation doit être homologuée par le juge saisi. Ce dernier vérifie qu'une telle décision ne lèse pas les intérêts des consommateurs représentés.

Le désistement de l'association demanderesse, n'empêche pas la poursuite de l'instance par tout consommateur représenté.

*Art. L. 422-8.* – Lorsque le juge saisi de l'action de groupe décide d'indemniser le préjudice subi par les consommateurs, en condamnant le professionnel mis en cause au paiement de dommages et intérêts, il procède:

- par voie d'allocation individuelle, à condition que les consommateurs représentés puissent être identifiés et que leurs préjudices puissent faire l'objet d'une évaluation. Dans cette hypothèse, il fixe les conditions et délais dans lesquels les consommateurs représentés pourront faire valoir leur droit de créance.

- par voie d'allocation collective, s'il n'est pas en mesure d'identifier les consommateurs représentés ou si la distribution d'allocations individuelles doit entraîner des frais manifestement disproportionnés.

Tout reliquat des sommes allouées est successivement attribué:

- en premier lieu à l'association demanderesse en défraiement des dépenses qu'elle a engagées et qui, non comprises dans les dépens, n'ont pas été remboursées par la partie adverse en application de l'article 700 du code de la procédure civile;

- en deuxième lieu et à condition qu'il ait attribué une aide à l'association demanderesse, au bureau de l'aide juridictionnelle en remboursement du montant de ladite aide;

- et, en dernier lieu, au fonds d'aide d'accès à la justice visé à l'article L. 571-1.

*Art. L. 422-9.* – Le juge saisi peut ordonner à l'encontre du professionnel mis en cause par l'action de groupe chacune des mesures prévues aux articles L. 421-1, L. 421-2, L. 421-6 et L. 421-9.

À moins que le juge n'en dispose autrement, chaque consommateur représenté peut se prévaloir à l'encontre de ce professionnel, de tout injonction prononcée sur le fondement des dispositions précitées.

*Art. L. 422-10.* – Lorsque, en application des articles 696 et 700 du code de la procédure civile, l'association demanderesse est condamnée au paiement des frais et dépens, ce paiement ne peut excéder un montant fixé par décret.

Les frais et dépens de l'instance ne peuvent être mis à la charge des consommateurs représentés.

*collectif*. Per questa via, si intendeva perfezionare l'attuale *action en représentation conjointe* pur mantenendone inalterata la natura giuridica, e ciò in due modi diversi: da un lato, si sarebbe permesso alle associazioni di servirsi di qualsiasi forma di pubblicità onde ottenere l'adesione dei consumatori all'azione da esse proposta; dall'altro lato, si stabiliva che la tutela giurisdizionale invocata dalle associazioni potesse avere ad oggetto l'accertamento della responsabilità del convenuto per aver cagionato un pregiudizio di massa, accertamento che avrebbe dovuto condurre all'emanazione di una pronuncia di condanna generica sulla base della quale si sarebbe in un secondo tempo proceduto alla valutazione del danno individuale sofferto da ciascun singolo consumatore<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Precisamente, si propone di sostituire l'art. L 422-1 CCons con il seguente complesso di norme (però verrebbero mantenuti gli attuali artt. L 422-2 y L 422-3 del medesimo testo normativo):

*Art. L. 422-1* – Lorsque plusieurs personnes, ou plusieurs consommateurs, ont subi des préjudices individuels multiples ayant une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative en application des dispositions du titre 1<sup>er</sup> du Livre IV du Code de la consommation peut, si elle a été mandatée par au moins deux des personnes ou des consommateurs concernés, agir en réparation du préjudice subi par les mandants devant une seule juridiction.

*Art. L. 422-1-1* – Le mandat peut être sollicité dans les conditions prévues par l'article L. 422-1-4 du code de la consommation.

*Art. L. 422-1-2* – Le recours collectif s'applique à tout litige entre un non professionnel et un professionnel. L'étendue du champ d'application par secteur sera déterminée par décret en conseil des ministres.

*Art. L. 422-1-3* – L'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse appartient exclusivement à toute association agréée et reconnue représentative en application des dispositions du titre 1<sup>er</sup> du Livre IV du code de la consommation.

À l'expiration d'un délai de 1 mois au cours duquel l'instance est suspendue, et en l'absence de recours, le juge procède à l'évaluation individuelle des préjudices de chaque victime et fixe les dommages intérêts dus à chacun. Le recours ne peut être intenté que dans le mois qui suit la déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. Le recours ne peut avoir lieu qu'en référé.

*Art. L. 422-1-4* – En l'absence de recours au terme du mois qui suit la déclaration de responsabilité pour préjudice de masse, ou en cas de rejet du recours, l'association doit retrouver les victimes du préjudice de masse. À cet effet, elle peut utiliser le démarchage et la publicité par tous moyens.

*Art. L. 422-1-5* - Seules les personnes qui auront expressément manifesté leur volonté d'être partie à l'action sont considérées comme victime du préjudice de masse.

*Art. L. 422-1-6* – Le juge alloue à chacune des victimes ayant manifesté la volonté d'être partie à l'action la réparation qui lui est due.

*Art. L. 422-1-7* – L'association répartit, à l'issue de l'instance, les dommages intérêts entre les membres du groupe victime du préjudice de masse.

§. Preso atto che le due iniziative legislative si erano incagliate in Parlamento, il 26 maggio 2008 è stata presentata all'Assemblea Nazionale una nuova proposta di regolamentazione del fenomeno, diversa dalle precedenti e consistente nella creazione di una *action de groupe*, un istituto nuovo che andrebbe ad aggiungersi alle quattro forme di tutela attualmente esistenti. Questa azione di gruppo avrebbe ad oggetto il risarcimento dei danni patiti dai consumatori, ma con la peculiarità di fissare per ciascuno di essi un indennizzo minimo stabilito in via forfettaria. La legittimazione spetterebbe esclusivamente alle associazioni dei consumatori autorizzate e l'ammissibilità della domanda sarebbe sottoposta ad un controllo compiuto dal giudice ed incentrato su tre questioni: che esista un gruppo determinabile e significativo di consumatori danneggiati da un medesimo professionista; che si siano verificati danni materiali originati da situazioni di fatto o di diritto tra loro identiche o simili; che appaia verosimile la ricorrenza di un nesso di causalità tra i danni sofferti dai consumatori e la condotta dell'imprenditore. In linea di principio, gli effetti della sentenza si proietterebbero sulla situazione giuridica di tutti i consumatori coinvolti, senza che risulti necessario il conferimento di un mandato espresso all'associazione o un loro eventuale intervento nel processo: la sentenza che accertasse la responsabilità dell'imprenditore determinerebbe l'importo minimo dell'indennizzo spettante a ciascun consumatore, così come il termine entro il quale ognuno di essi – accreditando la propria situazione – potrebbe esigerne il pagamento; per rendere tutto ciò possibile, si prevede inoltre la diffusione della sentenza; peraltro, l'emanazione della sentenza non impedirebbe a ciascun consumatore di agire successivamente in giudizio a titolo individuale al fine di ottenere un importo superiore a quello già percepito grazie all'azione di gruppo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> In concreto, si propone di aggiungere, dopo l'art. L 422-3 CCons (l'ultimo di quelli dedicati alla *action en représentation conjointe*), un nuovo Capo III:

Chapitre III – L'action de groupe

Section 1

Champ d'application et recevabilité de l'action de groupe

Art. L. 423-1. – L'action de groupe a pour objet la réparation forfaitaire des préjudices matériels subis par des consommateurs, personnes physiques, soit du fait de la violation par un professionnel de ses obligations contractuelles ou légales relatives à la vente d'un produit ou à la fourniture d'un service ou des règles relatives aux pratiques commerciales, soit du fait de l'exercice d'une pratique anticoncurrentielle telle que définie

## 6. Il regime giuridico della transazione collettiva

§. In generale, il sistema processuale civile francese si mostra molto favorevole nei confronti dei meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie ed, in particolare, esprime una netta preferenza per la mediazione e la conciliazione<sup>57</sup>.

---

aux articles L. 420-1 à L. 420-5 du code de commerce et aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.

Les associations de consommateurs, agréées sur le plan national en application de l'article L. 411-1, peuvent seules exercer l'action de groupe.

Art. L. 423-2. – À peine d'irrecevabilité de l'action, l'association doit rapporter la preuve:

1 de l'existence d'un groupe identifiable et significatif de consommateurs, personnes physiques, lésés par les pratiques d'un même professionnel;

2 de l'existence de préjudices matériels ayant pour origine des situations de droit ou de fait identiques ou similaires;

3 du caractère vraisemblable du lien de causalité entre les préjudices allégués et les pratiques énoncées à l'article L. 423-1.

### Section 2

#### Procédure

Art. L. 423-3. – Lorsqu'il déclare le professionnel responsable, le juge statue sur les indemnités individuelles forfaitaires destinées à réparer les préjudices, mises à la charge du professionnel, ainsi que sur les modalités du règlement de ces sommes aux consommateurs lésés.

Il détermine, dans les limites fixées par voie réglementaire, le délai pendant lequel les consommateurs peuvent demander réparation au professionnel.

Il ordonne, aux frais du professionnel, la diffusion, par tous moyens appropriés, du jugement afin de permettre aux consommateurs lésés d'en avoir connaissance.

Art. L. 423-4. – Au terme du délai prévu à l'article L. 423-3, le juge constate le règlement intégral par le professionnel des préjudices subis par les consommateurs et prononce la clôture de la procédure d'action de groupe.

Art. L. 423-5. – La décision statuant définitivement sur l'action de groupe a autorité de chose jugée à l'égard des parties et des consommateurs déclarés.

Les consommateurs qui ont obtenu une réparation dans le cadre de l'action de groupe conservent leur droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices non couverts par cette procédure.

Art. L. 423-6. – La procédure judiciaire interrompt les délais de prescription des actions de droit commun jusqu'à la date du jugement de clôture.

À compter de l'acte introductif d'instance et jusqu'au jugement de clôture de l'action de groupe, seul le ministère public peut mettre en mouvement l'action publique en vue de poursuivre des faits procédant de la même cause et ayant un même objet. La prescription de l'action publique est suspendue durant ce délai.

<sup>57</sup> Cfr. CADIET-JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 242-243 e 256-269; JEULAND, *Droit Processuel*, cit., p. 295-319.

Su questa linea, l'art. 21 NCPC stabilisce che «rientra tra i doveri del giudice quello di promuovere la conciliazione tra le parti». In modo un po' più dettagliato, gli artt. da 127 a 131 disciplinano la conciliazione, prevedendo che le parti possano perfezionare il relativo accordo in ogni momento del processo, di loro iniziativa o su sollecitazione del giudice; dell'accordo raggiunto dalle parti verrà formato processo verbale che avrà efficacia di titolo esecutivo. La legge promuove in modo evidente anche le conciliazioni stipulate al di fuori del processo – nell'ambito delle quali vanno incluse quelle raggiunte prima dell'instaurazione della causa –, stabilendo che il giudice attribuisce efficacia esecutiva alla scrittura, che a tal fine gli venga esibita, da cui risulti l'esistenza di una transazione (art. 1441-4 NCPC).

§. Di fronte al silenzio normativo che attualmente circonda le transazioni e le conciliazioni collettive, si può ritenere che l'applicazione delle regole generali possa contribuire a dare risposta ai casi in cui vengano esercitate azioni collettive a tutela di interessi sovraindividuali (vale a dire, tutte quelle attualmente previste, salva l'*action en représentation conjointe*). Di conseguenza:

– Deve ritenersi ammissibile la stipulazione, tra l'imprenditore convenuto e l'associazione di consumatori parte attrice, di una transazione riguardante azioni di cessazione o di soppressione di clausole contrattuali illecite: questa conclusione individua la propria giustificazione nelle medesime ragioni già esposte allorché la stessa questione è stata analizzata dal versante dell'ordinamento spagnolo (la transazione non verte su diritti di cui siano titolari altri soggetti individuabili).

– Sempre per le medesime ragioni, non vi dovrebbero neppure essere ostacoli che si frappongano alla stipulazione di transazioni in ordine a pretese di carattere risarcitorio proposte a fronte del verificarsi di un danno collettivo: tanto per cominciare, perché – come si è già osservato – le somme erogate a titolo di indennizzo finiscono nelle mani delle associazioni di consumatori; ed inoltre, perché non si tratta in ogni caso di risarcimenti destinati ai singoli consumatori.

Per quanto riguarda l'*action en représentation conjointe*, a rigore non si profila alcuna questione relativa alla possibilità di stipulare transazioni o conciliazioni propriamente «collettive»: dato che l'associazione agisce in stretta rappresentanza dei consumatori che le hanno conferito mandato, tutto dipenderà dai termini in cui questo mandato è stato conferito all'associazione che esercita l'azione. Pertanto, così come si può ipotizzare che il mandato abbia fin dall'inizio conferito all'associazione il potere di transigere la controversia, nel qual caso l'accordo raggiunto tra l'asso-

ciazione e l'imprenditore esprimerebbe effetti vincolanti nei confronti del consumatore, allo stesso modo è anche possibile che, in pendenza del processo, si intavolino delle trattative con l'imprenditore, tali per cui l'associazione si veda costretta a richiedere a ciascun consumatore il conferimento di un potere, ulteriore ed aggiuntivo, specificamente finalizzato a consentirle di concludere un accordo in loro nome. In nessun caso, tuttavia, può essere concepita la stipulazione di una transazione dotata di effetti *ultra partes*.

§. Per ciò che concerne l'introduzione di un sistema di azioni collettive a tutela degli interessi pluriindividuali, il problema delle transazioni e delle conciliazioni collettive sembra essere stato maggiormente avvertito. In questo senso, il *Rapport sur l'action de groupe* presentato nel 2005 sottolinea varie questioni<sup>58</sup>:

– Si consiglia la promozione della mediazione come tecnica di risoluzione stragiudiziale rispetto a questo tipo di controversie.

– Si ritiene prevedibile che l'introduzione di un sistema di azioni collettive serva a promuovere il raggiungimento di accordi tra imprenditori e rappresentanti dei consumatori, miranti ad evitare lo svolgimento di processi collettivi, tenuto conto dell'immagine negativa che questo tipo di azioni è in grado di arrecare.

– Si osserva come debba ritenersi generalmente ammissibile la stipulazione di transazioni collettive negoziate e sottoscritte dalle parti; nondimeno, si lascia intendere che parti dovrebbero essere gli stessi consumatori, e non le associazioni che agiscono in veste di attrici.

– Per quanto riguarda l'eventualità di disciplinare in modo autonomo una fase di conciliazione *ante causam*, se ne sottolinea la scarsa utilità, dal momento che il numero dei consumatori non sarebbe definito, con la conseguenza che l'imprenditore non saprebbe ancora con quanti soggetti dovrebbe transigere e quanti di essi dovrebbe risarcire.

Ciononostante, di questo interesse per la transazione si rinvencono scarse tracce nelle proposte normative: delle tre iniziative presentate negli ultimi due anni, della materia si è occupata soltanto la proposta di legge presentata all'Assemblea Nazionale nel 2006, che contiene un nuovo art. L 422-7 CCons<sup>59</sup> il cui tenore mi pare possa essere valutato positivamente, incidendo su due questioni la cui fondamentale importanza è già stata evidenziata parlando del sistema spagnolo:

<sup>58</sup> Cfr. *Rapport sur l'action de groupe*, cit., p. 27, 45 e 46.

<sup>59</sup> Per il cui tenore letterale si rinvia *supra*, alla n. 54.

– Nei processi finalizzati alla tutela di interessi collettivi, è necessario che le transazioni e le conciliazioni siano sempre sottoposte all'omologazione del giudice a cui è affidata la cognizione della causa.

– In sede di omologazione, il giudice deve verificare che la transazione non leda gli interessi dei consumatori rappresentati.

Nulla si dice circa l'ambito di efficacia che dovrebbe caratterizzare la transazione in questi casi, per quanto tutto lasci pensare che essa vincoli ogni consumatore che, secondo le diverse formule previste dal nuovo modello di azione collettiva proposto in tale testo, si consideri rappresentato dall'associazione parte attrice.

§. In ogni caso, tutto porta a ritenere che, prima o poi, nell'ordinamento francese sarà approvata una riforma finalizzata ad introdurre qualche nuovo strumento per la tutela degli interessi pluriindividuali dei consumatori, che superi le limitazioni proprie dell'*action en représentation conjointe*. Sarebbe auspicabile che la nuova normativa non si scordasse di disciplinare le transazioni o conciliazioni collettive, adottando quanto già proposto al riguardo nel 2006; così facendo, essa si proporrebbe a sua volta come un modello per gli ordinamenti vicini, come quello spagnolo, che mantengono il silenzio su una materia che riveste sempre più importanza, ma la cui incidenza pratica è subordinata all'esistenza di una adeguata regolamentazione normativa.

GIUSEPPE GILIBERTI

*SUSSIDIARIETÀ E DIRITTI SOCIALI*

La tutela dei diritti fondamentali viene assicurata da ordinamenti e sistemi di garanzia di natura e ambito territoriale diverso: internazionale, comunitario, nazionale, infra-statuale. Di questi livelli di tutela, quello statale resta ancora di gran lunga il più efficace, anche nel mondo globalizzato. Si può dire che il Leviatano, per quanto ferito, da questo punto di vista sia ancora il Dio mortale di Hobbes. Lo Stato dà, lo Stato toglie. È il maggior nemico, ma nello stesso tempo l'unico credibile difensore dei diritti. Questo dovrebbe essere vero soprattutto per quanto riguarda i diritti di seconda generazione (sanità, previdenza, istruzione, lavoro eccetera), che esigono dallo Stato "the obligations to respect, to protect and to fulfill"<sup>1</sup>, e quindi anche prestazioni positive, come adeguati investimenti pubblici o la predisposizione di efficaci strumenti amministrativi. Ma proprio in questo campo, la versione democratica e sociale del Leviatano mostra una crescente incapacità di fare fronte ai propri compiti, dovendo piegarsi alla globalizzazione e alle regole del mercato e della concorrenza. In tutti i paesi dell'UE, il "modello sociale europeo" sta abbandonando lo schema classico del welfare State, per sistemi di protezione più esternalizzati e ridotti<sup>2</sup>.

Una via di uscita dalla crisi dello Stato sociale sembra essere la riscoperta del principio di sussidiarietà, tipico della tradizione tomista, teorizzato da Althusius e, in età contemporanea riproposto dalla *Rerum Novarum* di Leone XIII, nel 1891, e dalla *Quadragesimo anno* di Pio XI, nel 1931. La comunità politica non deve assorbire le comunità minori, ma limitarsi a "*subsidium afferre*". Lo Stato è sussidiario rispetto alle formazioni interme-

---

<sup>1</sup> Così il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali riguardo al diritto all'alimentazione. Cfr. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 12, para. 15, UN Doc. E/C.12/1999/5, in <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>.

<sup>2</sup> Cfr. T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lav. Dir.*, 2000, 429 ss.

die, che sono sussidiarie rispetto alla persona. La ‘società sussidiaria’ è idealmente un sistema di gruppi sociali autonomi, reciprocamente funzionali e diretti alla salvaguardia della dignità umana. Lo scopo generale di questa società solidaristica e *communitarian* è, quindi, la realizzazione di un bene comune e nello stesso tempo particolare, che si suppone oggettivo e conoscibile. Si tratta della dignità dell’uomo, vista nei termini aristotelici della “fioritura”. La persona, che precede ontologicamente e moralmente la società, deve realizzare le proprie naturali potenzialità. A questo lo scopo, lo Stato deve rispettare sia le libertà dell’individuo che quelle dei gruppi intermedi, soprattutto quelli più vicini alla persona, sulla base di una precisa concezione della natura umana e dei suoi bisogni essenziali. A provvedere alle necessità della persona dev’essere l’ente pubblico funzionalmente o territorialmente più vicino (“sussidiarietà verticale”). Ove possibile, l’interesse comune deve essere realizzato dagli enti intermedi, o dai privati, al limite dalla persona stessa, piuttosto che dallo Stato (“sussidiarietà orizzontale”). Ma lo Stato sussidiario è diverso dallo Stato minimo di Nozick, in quanto non lascia l’individuo solo di fronte alla forza impersonale del mercato. Sui gruppi “maggiori” e sulle pubbliche istituzioni, infatti, incombe l’obbligo di aiutare i gruppi “minori” e lo stesso individuo nella realizzazione dei propri scopi, anche promuovendo forme di eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Come notavano già Dossetti e La Pira, il compromesso forgiato nella I Sottocommissione della Costituente dette vita a una carta costituzionale né liberale né statalista, ma personalista e pluralista (nel senso che riconosce valore e autonomia alle formazioni sociali). Si può quindi argomentare che un principio di sussidiarietà orizzontale fosse già implicito nell’art. 3 della Costituzione, che richiama un’idea sostanzialistica e teleologica della persona. Il riconoscimento della libertà di esprimersi e realizzare propri fini, sia per l’individuo che per le formazioni sociali, ha lo scopo di assicurare le condizioni per una piena realizzazione della personalità. Tale concezione della libertà degli individui e delle formazioni sociali non è più quella liberale classica, che era intesa come una sfera di autonomia o addirittura di anomia, creata dalla decisione dello Stato di auto-limitare il suo originario potere<sup>3</sup>. Non è nemmeno una concezione

---

<sup>3</sup> Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963, 15 ss. Sovente il principio di sussidiarietà viene collegato a concezioni pluralistiche come quelle di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico* (1918), Firenze 1951, in quanto lo Stato “riconosce” norme e ordinamenti giuridici anteriori o esterni rispetto ad esso.

organicistica, in quanto la libertà delle formazioni sociali è strumentale rispetto alla libertà e alla capacità di auto-realizzazione della persona. Lo Stato rinuncia al monopolio della costituzione o autorizzazione delle formazioni sociali, ne rispetta l'autonomia organizzativa e negoziale, assegna loro dei diritti distinti da quelli degli individui che le compongono (art. 2 e 18 della Costituzione). Pretende, però, che esse rispettino i principi dell'ordinamento, si aprano alla tutela giurisdizionale e salvaguardino i diritti fondamentali della persona. La Costituzione vale, quindi, anche all'interno delle formazioni sociali, tendendo a superare la contrapposizione tra pubblico e privato che è tipica della concezione liberale dello Stato. I fini generali dello Stato e quelli dei gruppi particolari che compongono la società civile (partiti, sindacati, confessioni religiose, scuola, associazioni, famiglia e altre comunità a carattere volontario o naturale) tendenzialmente si compenetrano<sup>4</sup>.

Concezioni analoghe le troviamo nel concetto di dignità che è alla base della Dichiarazione Universale e di tutti i principali strumenti internazionali sui diritti umani, dai Patti, alla Convenzione di New York sui diritti del bambino, alla Carta Araba dei Diritti Umani, per finire con Carta di Nizza. Tutti questi strumenti internazionali sono ben lontani dal riferirsi a concezioni individualistiche astratte. In tutti ricorre il grande tema umanistico della dignità, e quindi del rispetto della persona così com'è, cioè situata all'interno di gruppi che ne assicurano il pieno sviluppo. È una concezione antropologica, di carattere umanistico e solidaristico, del tutto compatibile con teorie liberali di matrice laica. Si pensi al "capacity approach" di Amartya Sen, nel quale lo sviluppo umano è inteso come processo di soddisfacimento dei bisogni essenziali dell'individuo mediante l'ampliamento della libertà, la partecipazione dei cittadini, e uno sviluppo centrato sul territorio. Non a caso, Martha Nussbaum, come Sen teorica dello sviluppo umano, ricava dalla "teoria delle capacità" la proposta di una "socialdemocrazia aristotelica", che ha come programma il soddisfacimento di una lista di bisogni psico-fisici, sia materiali che relazionali o cognitivi. Sono bisogni oggettivi, naturali, che debbono essere soddisfatti perché la personalità possa fiorire<sup>5</sup>.

Il principio di sussidiarietà, caro a Jacques Delors, è stato introdotto

---

<sup>4</sup> Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) (2003).

<sup>5</sup> Cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna 2002, 27 ss.

nell'architettura istituzionale comunitaria dai Trattati di Maastricht del 1992 e di Amsterdam del 1997 e dalla Carta di Nizza del 2000<sup>6</sup>. In Italia, dopo la legge Bassanini del 1997, la legge quadro 328/2000 sul sistema integrato dei servizi sociali, e la legge costituzionale n. 3/2001, l'applicazione di questo principio ha portato ad una radicale modifica del rapporto tra pubblico e privato e ad un vero e proprio sovvertimento della gerarchia delle istituzioni. Infatti il principio di sussidiarietà costituzionalizzato comporta che l'assolvimento delle funzioni pubbliche venga di norma esercitato dagli enti territorialmente e funzionalmente più vicini alla persona, e di preferenza attraverso l'autonoma iniziativa delle formazioni sociali e dei privati. La Repubblica non è costituita da individui, ma da persone collocate in formazioni sociali un tempo definite 'minori', la cui azione autonoma costituisce in sé una manifestazione di sovranità popolare<sup>7</sup>. Per il nuovo testo costituzionale, lo Stato non è più sinonimo di Repubblica, ma è solo un elemento costitutivo di essa, insieme con altri soggetti. La legislazione statale non è automaticamente espressione della volontà generale. Il popolo non è più un elemento dello Stato, ma ne è letteralmente il sovrano.

Tutto questo andrebbe molto bene, se la sussidiarietà, oggi ripresa in numerosi statuti regionali, non funzionasse sempre più come un mantra liberal-conservatore, che utilizza federalismo e teorie sostantive della natura umana e del bene comune, per coprire un'effettiva riduzione delle tutele universalistiche e del controllo democratico. E non è nemmeno detto che la vicinanza al cittadino-utente sia di per sé indice di buon governo, come l'applicazione dell'autonomia scolastica dimostra ampiamente.

La riformulazione del Titolo V della Costituzione relativo alle Regioni e agli Enti Locali nel 2001 rischia di determinare un consistente affievoli-

---

<sup>6</sup> Cfr. preambolo e art. 51. Cfr. G. ARRIGO, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Dir. Lav.*, 2001, 607 ss. A partire dalla fine degli anni Sessanta, le istituzioni comunitarie erano state chiamate ad assicurare la tutela dei diritti sociali dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Essa ritenne di dovere imporre un bilanciamento tra mercato e valori sociali, in conformità con i principi generali del diritto e con le tradizioni costituzionali degli stati membri. Cfr. G. ARRIGO, *Politica sociale e sussidiarietà: "una sola moltitudine" di diritti?*, in *Riv. Giur.Lav.*, 1992, 629 ss. L'Atto Unico del 1986 riformulò a tal proposito il Trattato di Roma, attribuendo alla CEE la funzione essenziale di mantenere la "coesione economica e sociale" (art. 23), tramite l'imposizione di standard minimi di tutela.

<sup>7</sup> Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Autonomia e sovranità popolare nell'ordinamento costituzionale italiano*, in <http://federalismi.it> (2006).

mento dei diritti sociali e del principio di eguaglianza<sup>8</sup>, a causa della stringente combinazione della sussidiarietà orizzontale e di quella verticale. Il nuovo art.117 distingue le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, quelle la cui competenza legislativa esclusiva è riservata alle Regioni e quelle su cui si esercita la “legislazione concorrente”, tra cui istruzione, sanità e tutela e sicurezza del lavoro. In questa categoria intermedia, la potestà legislativa spetta alle Regioni, nel “rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (comma 1) e nel quadro dei “principi fondamentali” determinati dalla normazione statale. Quindi il principio di sussidiarietà verticale determina un trasferimento di funzioni verso le Regioni e gli Enti Locali, riservando alla competenza esclusiva dello Stato la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, comma 2, lett. m). In particolare, l’attuazione del diritto all’assistenza sociale previsto dall’art. 38 della Costituzione è sostanzialmente devoluto alle Regioni, anzi in origine avrebbe dovuto essere attribuito loro in via esclusiva.

Il meccanismo della sussidiarietà orizzontale assegna all’iniziativa privata un ruolo determinante nella garanzia dei diritti e nel soddisfacimento dei bisogni essenziali: “Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà” (art. 118). Questo comporta il rischio che l’universalità dei servizi necessari ad assicurare i diritti fondamentali di cittadinanza venga messa in discussione, nonostante il fatto che tali prestazioni saranno finanziate integralmente sulla base del fabbisogno; prevedibilmente, l’esternalizzazione dei servizi genera clientelismo e sfruttamento, particolarmente odioso nelle organizzazioni del privato sociale, che negli ultimi anni si stanno di fatto sempre più allontanando dal modello del volontariato. Si innesca anche un meccanismo di sperequazione territoriale, che danneggia soprattutto i soggetti deboli, che rischiano di perdere diritti sociali effettivamente esigibili, a tutela della loro dignità umana, in cambio di semplici aspettative di beneficenza pubblica o privata. Al riguardo,

---

<sup>8</sup> Cfr. L. ANTONINI, *Federalismo e devoluzione tra modelli astratti e funzionamento concreto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (2003); S. GAMBINO, *Stato, diritti sociali e devolution: verso un nuovo modello di welfare*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/revisione/gambino\\_20060202.h](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/revisione/gambino_20060202.h) (2006).

le prestazioni necessarie ad assicurare i diritti fondamentali di cittadinanza saranno finanziate integralmente sulla base del fabbisogno.

La normativa sul federalismo fiscale stabilisce che, per quanto attiene a diritti fondamentali come la sanità o la scuola, i Lep ( Livelli essenziali delle prestazioni) saranno finanziati sulla base di “costi standard” (a quanto sembra, parametrati a quelli sostenuti dalle Regioni più virtuose) e di “obiettivi di servizio”. Quindi le sperequazioni territoriali dovrebbe essere controbilanciate dalle entrate derivanti dalla fiscalità sub-statale (essenzialmente regionale), alla luce delle recenti normative sull’attuazione del federalismo fiscale. In subordine, interverrà il fondo perequativo previsto dall’art. 119 per interventi supplementari a favore delle Regioni svantaggiate. Ma, in linea di principio, le quote del fondo perequativo non serviranno a soddisfare pienamente i bisogni essenziali, e quindi a promuovere la dignità e piena realizzazione della personalità, ma semplicemente a mantenere dei livelli minimi di assistenza, compatibili con le risorse finanziarie disponibili.

Nonostante l’ottimismo dei teorici della “democrazia della cittadinanza” (F. Pizzetti) o del “nuovo modo di amministrare” (G. Arena), il timore che la combinazione di entrambi gli aspetti del principio di sussidiarietà possa portare a ridurre il carattere universalistico di alcune fondamentali prestazioni sociali ai soli livelli essenziali, sembra ancora fondato. Non è detto che all’abbandono del sistema della finanza derivata si accompagnerà necessariamente l’abbandono dei criteri universalistici fin qui adottati dal sistema sanitario nazionale o dal sistema scolastico pubblico. In effetti, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 509/2000 in materia di livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, stabilì che la sussidiarietà dovesse essere collegata ad altri principi, generalmente riconosciuti come indisponibili alla revisione costituzionale: quello di eguaglianza (art. 3) e quello personalistico e solidaristico dell’art. 2. Coerentemente con quest’impostazione, nel testo di legge sul federalismo fiscale in via di approvazione (marzo 2009) sono incluse, oltre alle misure destinate all’accesso, anche quelle rivolte al successo scolastico. Ma nella direzione opposta – di declassare da diritto giustiziabile a disposizione programmatica tutto quello che non rientra nei livelli essenziali delle prestazioni – premono fenomeni molto concreti, come la reale disomogeneità del territorio italiano, il debito pubblico, l’aumento delle aspettative di vita, il dumping sociale creato dall’immigrazione e della globalizzazione.

CARLO MAGNANI

COMUNICAZIONI ELETTRONICHE  
E CONVERGENZA TECNOLOGICA:  
CONCORRENZA E PLURALISMO  
NELLA SOCIETÀ EUROPEA DELLA INFORMAZIONE

## 1. La Società europea dell'informazione: la libertà di comunicare e le tecnologie

La libertà di informazione costituisce un aspetto assai significativo della più generale libertà d'espressione, il cui riconoscimento nelle carte dei diritti accompagna l'affermazione del costituzionalismo europeo. Il diritto alla informazione, tuttavia, non riceve sovente una esplicita inclusione nelle carte costituzionali<sup>1</sup>, risultando per lo più incluso nella più "classica" libertà d'espressione<sup>2</sup>. Si possono rintracciare comunque significative affermazioni del diritto alla informazione già in occasione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, dove all'art. 19 si fissa proprio la libertà di scambiare informazioni<sup>3</sup>.

Per quanto riguarda invece il livello dell'ordinamento europeo<sup>4</sup>, la

---

<sup>1</sup> Sulla dimensione della informazione nell'ordinamento italiano, A. LOJODICE, *Informazione*, in *Enciclopedia del diritto*; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001. Da ultimo il ponderoso volume, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

<sup>2</sup> La Costituzione italiana nell'art. 21 dedicato alla libertà d'espressione, come è noto, non cita mai esplicitamente il termine informazione preferendo quello di libertà di manifestazione del pensiero. Una soluzione diversa si rintraccia nell'art. 5 della (coeva) Costituzione dello Stato tedesco, dove si parla di diritto «di informarsi»; anche la Costituzione spagnola nell'art. 20 garantisce il «diritto a trasmettere e ricevere liberamente informazioni». Già dal 1919 la Costituzione finlandese all'art. 10 afferma il «diritto di divulgare, pubblicare e ricevere informazioni».

<sup>3</sup> Lo stesso Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici delle Nazioni Unite (19 dicembre 1966), riconosce altresì all'art. 19 la libertà di informazione.

<sup>4</sup> Si veda, G. FERRANTI, *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004; M. MIGLI-

CEDU all'articolo 10 e successivamente la Carta di Nizza all'art. 11 con una formulazione testuale pressoché analoga, consacrano direttamente il contenuto della libertà di informazione nei suoi profili costitutivi essenziali: cioè la libertà di informare, di essere informati, e di ricercare le informazioni. L'art. 6 del Trattato della Unione europea, prima che la Carta dei diritti esplicitasse<sup>5</sup> il catalogo europeo dei diritti fondamentali, riferendosi ai diritti fondamentali e alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri già introduceva nell'ordinamento comunitario il rispetto delle articolazioni della libertà d'espressione<sup>6</sup>. La Dichiarazione di Nizza ha comunque innovato la normazione comunitaria sul diritto fondamentale alla informazione, recependo nel paragrafo 2 dell'art. 11 il significativo riferimento alla garanzia del «pluralismo dei media», prima assente nella CEDU<sup>7</sup>.

A partire da questi testi giuridici primari che affermano il riconoscimento dell'informazione quale diritto fondamentale riconosciuto dal diritto europeo, l'Unione europea ha prestato una attenzione sempre crescente all'insieme dei fenomeni che concorrono a definire il bene-giuridico informazione. I processi di socializzazione hanno infatti dimostrato la crescente centralità assunta dalla comunicazione entro l'insieme comples-

---

AZZA, *Il diritto all'informazione nell'Unione europea*, Milano, 2002. Per una analisi delle principali questioni costituzionali del rapporto tra ordinamento comunitario e diritto interno, si veda il contributo di P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, Parte I, in *Pol. dir.*, 2, 2005, 171-242; Parte II, in *Pol. dir.*, 3, 2005, 413-449.

<sup>5</sup> Sulla portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, E. PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali: una novità istituzionale*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 441; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 565 ss; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti e la costituzione italiana*; AA. VV., *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea: studi in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, 108 ss.; S. BAER, *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza*, in *Diritto pubblico*, 3, 2001; S. DELLA VALLE, *I diritti umani e i diritti del cittadino europeo*, Ivi; G. F. FERRARI, L. MONTANARI, *I diritti nel progetto di Costituzione europea*, in *Diritto pubbl. compar. ed eur.*, 4, 2003, 1713; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2003, 1723 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

<sup>6</sup> Si veda, F. DONATI, *Art. 11*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, cit., 101.

<sup>7</sup> G. E. VIGEVANI, *Il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa nella Carta dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1247 ss.

sivo della sfera sociale, politica e istituzionale<sup>8</sup>. L'informazione è diventata sempre più un crocevia complesso in cui si incontrano plurime dimensioni e soggettività, che chiamano direttamente in causa il diritto<sup>9</sup>. Muovendo dalla posizione classica dell'individuo, titolare della libertà di esprimersi attraverso l'uso (attivo, passivo o riflessivo) di informazioni, non si può non vedere come tale figura della cittadinanza costituzionale sia diventata rappresentabile giuridicamente solo a patto di tenere conto di un aggregato di fattori ben più complesso rispetto a quanto poteva essere richiesto solo alcuni anni addietro. L'informazione (o meglio, la comunicazione) non può più essere ricondotta infatti ad un determinato mezzo di diffusione: la stampa, la radio, la tv. Si sono moltiplicate le agenzie informative, le tecnologie, i mezzi di comunicazione, con un impatto anche sul contenuto dei messaggi, sulla qualità della libera espressione del pensiero e non solo sugli strumenti<sup>10</sup>.

La diffusione delle tecnologie e degli strumenti di comunicazione ha reso il bene informazione una delle principali risorse in circolazione a livello non solo europeo ma mondiale<sup>11</sup>. Si è modificata la percezione dello spazio e delle modalità della vita di relazione, in virtù della più ampia possibilità di scambiare messaggi in assenza di un latore materialmente presente<sup>12</sup>.

La consapevolezza del carattere cruciale per le libertà civili dello sviluppo delle tecnologie della informazione e della comunicazione, si è tra-

---

<sup>8</sup> Si ricorda soltanto, in via generale, la centralità dell'agire comunicativo nella elaborazione delle scienze sociali (Habermas, Apel, Luhmann) e nella relativa proiezione istituzionale e giuridica.

<sup>9</sup> Sulle problematiche poste dalla diffusione delle tecnologie della informazione nel contesto della cittadinanza nella forma di stato democratico, si vedano le osservazioni di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004. La dimensione delle nuove fenomenologie comunicative impone al diritto una vigilanza particolare, cioè una vera e propria «ricostruzione di libertà e diritti aderente all'ambiente tecnologico nel quale vengono esercitati» i diritti fondamentali stessi. Si veda anche, E. CUCCODORO (a cura di), *Libertà e comunicazione*, Roma, 2002.

<sup>10</sup> Si veda per la irriducibilità della libertà d'espressione alla sola dimensione professionale e imprenditoriale, M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quad. cost.*, 3, 2006, 510.

<sup>11</sup> A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 9, nota che con «la rivoluzione multimediale degli anni Novanta, per la quale, grazie all'integrazione in unico sistema tecnologico del telefono, della televisione e del computer, si è realizzata una rete cibernetica capace di permettere a ciascun uomo di avere una comunicazione interattiva (cioè bi- o multi-laterale) potenzialmente estesa all'intero globo terrestre».

<sup>12</sup> A. GIDDENS, *Il mondo che cambia*, Bologna, 2000, 23 ss.

dotta presso le istituzioni europee nell'articolato progetto di creazione di una "Società della informazione" come elemento caratterizzante l'intera società europea. Entro la tematica della Società dell'informazione sono venuti a ricadere una molteplicità di profili strettamente interconnessi tra loro: la politica delle reti e dei servizi di telecomunicazione; l'innovazione e la ricerca nelle tecnologie delle comunicazioni; aspetti della disciplina del settore dei mass media, specie in relazione all'audiovideo; tutela degli utenti e dei consumatori; tutela della privacy e dei dati personali; informazione pubblica delle istituzioni comunitarie.

Il ruolo strategico delle tecnologie delle informazione e della comunicazione è la premessa da cui muovono le politiche dell'Unione in merito alla Società dell'informazione. In questo quadro, la disciplina dei mezzi, cioè delle reti e dei servizi di supporto alla circolazione mediatica dei contenuti informativi, è sicuramente l'aspetto privilegiato dalle normative e dalle politiche comunitarie. Le linee di azione delle politiche europee si sono concentrate soprattutto sui profili economici e tecnologici delle attività di comunicazione e di informazione; pur senza trascurare però il profilo contenutistico dei messaggi veicolati dai media<sup>13</sup>.

Il settore delle tecnologie della comunicazione è diventato ben presto per le istituzioni comunitarie «un terreno di sperimentazione per lo sviluppo di normative e prassi innovative»<sup>14</sup>. Il processo di convergenza tecnologica delle reti e dei servizi, che è alla base della multimedialità e della affermazione della "rete delle reti", ha prodotto una radicale innovazione non solo nelle infrastrutture ma anche nella configurazione complessiva del sistema della informazione. Il rapporto tra mezzo e contenuto, assai complesso, fa sì che le trasformazioni del primo elemento (tecnico) determinino conseguenze anche sul secondo sistema (simbolico). Il solo esempio del cavo telefonico è di per sé più che significativo: esso si è evoluto da strumento esclusivo della comunicazione personale a strumento di connessione con una massa enorme di informazioni e di soggetti.

I documenti comunitari che pongono le basi della Società della informazione muovono dall'accostamento tra la realtà della convergenza tecnica e i diversi comparti delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e

---

<sup>13</sup> M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione*, Torino, 2000, 14.

<sup>14</sup> A. TIZZANO, *Intervento*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, 1 ss.

delle tecnologie di comunicazione<sup>15</sup>. L'ordinamento delle nuove telecomunicazioni è stato fortemente caratterizzato, per via di incisive riforme in tutti gli stati membri, dalle Direttive che sono state emanate dalla Unione europea. Questo quadro regolamentare si è sviluppato nell'ultimo ventennio indicando nuovi obiettivi strategici e considerando le innovazioni tecnologiche offerte: in particolar modo è emersa una nuova nozione, quella di comunicazione elettronica, che occupa un ruolo essenziale nella disciplina dei mezzi di informazione e di comunicazione. Essa riconduce ad una disciplina unitaria, comprensiva anche delle reti dei segnali radiotelevisivi, tutte le infrastrutture di comunicazioni a distanza, ponendo le basi per il nuovo diritto della comunicazione e dell'informazione nella fase della convergenza multimediale<sup>16</sup>.

## **2. Le telecomunicazioni “divise”: tra messaggio circolare e comunicazione privata**

La disciplina giuridica delle telecomunicazioni e quella delle radiodiffusioni hanno conosciuto, per un lungo periodo, una sostanziale estraneità dell'una rispetto all'altra, come se si svolgessero su due binari paralleli. Nonostante le non dissimili premesse tecnologiche, vale a dire la trasmissione di messaggi attraverso ponti radioelettrici, la differenziazione normativa si è innestata su una profonda diversificazione strutturale dell'insieme dei due fenomeni. Le telecomunicazioni sono state concepite come

---

<sup>15</sup> Cfr. Commissione Europea, *Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*, COM (87) 290 del 30 giugno 1987; *Libro Verde sul comune orientamento nel campo delle comunicazioni via satellite nella Comunità Europea*, COM (90) 490 del 20 novembre 1990; *Libro Verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali*, COM (94) 145 del 27 aprile 1994; *Libro Verde sulle infrastrutture di telecomunicazioni e delle reti televisive via cavo*, COM (94) 440; *Libro Bianco. Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*; sino alla Comunicazione della stessa Commissione, *La società dell'informazione: da Corfù a Dublino, le nuove priorità emergenti*, COM (96) 395 def. del 24 luglio 1996.

<sup>16</sup> E. CHELI, *Verso la comunicazione convergente*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 133 ss., secondo il quale un aspetto centrale di svolta è quello «dell'allargamento della nuova disciplina dall'area delle telecomunicazioni all'area della comunicazione elettronica».

mezzo di comunicazione inter-personale, principalmente fra due soggetti, o comunque tra soggetti (pochi numericamente e infungibili) ben determinati. Un mezzo, quindi, destinato a comunicazioni private e personali, caratterizzate dalla partecipazione attuale di tutti i soggetti partecipanti, i quali condividono il segreto e la riservatezza dei messaggi scambiati. Il medium esemplare è rappresentato dalle conversazioni telefoniche<sup>17</sup>.

La radiodiffusione, al contrario, è stata trattata come un mezzo destinato a comunicazioni di carattere pubblico e aperte a tutti, in cui un solo soggetto attivamente (emittente) diffonde messaggi potenzialmente fruibili da una platea indifferenziata di soggetti destinatari del messaggio. La radio, prima, e la televisione successivamente, sono i principali media in questione<sup>18</sup>.

A divaricare per tutto il Novecento le telecomunicazioni dalla radiodiffusione è una diversa configurazione strutturale e funzionale dei due settori delle comunicazioni di massa. Una configurazione che comprende non solo il riferimento a fattori tecnologici, ma anche il complessivo inquadramento giuridico.

Dal punto vista tecnologico la diversificazione strutturale ha trovato corrispondenza diretta nella differenza dei sistemi infrastrutturali di rete impiegati per la trasmissione e la ricezione dei messaggi. Il cavo è stato lo strumento principe delle telecomunicazioni, attraverso il quale si è modellata la comunicazione “da punto a punto” escludente nei riguardi di ogni altro terminale della rete non collegato in quel dato istante. Per la radiotelediffusione, invece, sono state le onde dell’etere il mezzo di gran lunga più diffuso, mediante le quali la comunicazione dei messaggi ha assunto la struttura “circolare”, o aperta, tale da consentire a tutti coloro che si trovano entro lo spettro trasmissivo di potere ricevere liberamente il messaggio, senza esclusione alcuna.

---

<sup>17</sup> M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967, include il telefono nei media «freddi» perché implica un alto grado di partecipazione o di completamento da parte di chi ne usufruisce.

<sup>18</sup> Cfr. G. MENTI, *Elementi di disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Torino, 2002. Secondo autorevole dottrina, «con il termine di “radiodiffusione” si ha riguardo ad una particolare forma di radiocomunicazione, caratterizzata dalla destinazione del messaggio ad una pluralità indeterminata di persone. Di conseguenza esso designa indifferentemente l’emissione “circolare” di onde elettromagnetiche così sonore che visive, diretta a diffondere al pubblico in genere messaggi di contenuto ricreativo, culturale, informativo», M. A. SANDULLI, *Radioaudizioni e televisione*, in *Enc. del diritto*.

Muovendo da questa premessa strutturale si è poi innestata una ulteriore differenziazione, questa volta di tipo funzionale, cioè relativa al profilo sociale e al regime giuridico che si è voluto assegnare ai due settori delle comunicazioni.

### 2.1. *Due destini diversi: i monopoli pubblici*

Le telecomunicazioni hanno seguito uno sviluppo prevalentemente orientato su paradigmi economici e privatistici<sup>19</sup>. La disciplina giuridica si è cioè preoccupata, in primo luogo, di garantire le «economie di scala» utilizzate e ricercate nel settore attraverso la massimizzazione della utilizzazione degli impianti e dell'estensione della rete, sia pure all'interno del generale monopolio pubblico del servizio. In secondo luogo, l'attività di telecomunicazione è stata percepita come strumentale rispetto a interessi di natura prettamente privata, non solo economici ma personali in senso lato, senza conferirle rilevanti scopi pubblicistici da raggiungere con la disciplina del mezzo.

Le reti di telecomunicazione hanno goduto della stessa sorte toccata alle altre grandi reti infrastrutturali della modernità, quali strade ferrate, rete elettrica. Hanno cioè visto iniziali investimenti privati per poi transitare entro l'alveo dell'economia pubblica, sia a causa delle attraenti remuneratività che delle ingenti risorse finanziarie necessarie per lo sviluppo e la gestione delle reti. I servizi della unificazione della rete, condotta viepiù nelle forme del monopolio pubblico in tutti gli stati industriali compresi gli Stati Uniti<sup>20</sup>, sono andati a costituire una importante risorsa per i soggetti privati, che l'hanno utilizzata quale strumento di attività economica e professionale, o più semplicemente quale mezzo di scambio di informazioni e comunicazioni personali.

Si è prodotta una sintesi particolare nelle telecomunicazioni, quando a partire dal monopolio naturale, giustificato da fattori tecnici e economi-

---

<sup>19</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, in R. Zaccaria, a cura di, *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999, 204 ss.

<sup>20</sup> E. BROGI, *Liberalizzazione e servizio universale: l'esperienza statunitense*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, cit., 431-468; C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003, 13 ss.

ci, si è giunti al monopolio pubblico che realizza economie di scala; la libertà dei privati è stata pertanto vista unicamente come libertà di fruizione dei servizi offerti all'interno del quadro giuridico ed economico monopolistico.

Il settore radiotelevisivo, per converso, ha conosciuto, pur entro la forma giuridica del monopolio pubblico, una funzionalizzazione del tutto diversa.

La diversa logica di sviluppo del mezzo è stata determinata dalla differente natura del messaggio, non destinato alle comunicazioni personali tra i privati bensì rivolto al pubblico e alla più ampia diffusione sociale. Il profilo economico-privatistico non ha qui un peso primario, ma passa in secondo piano.

Le linee di sviluppo del settore passano attraverso il dibattito sulla capacità persuasiva del mezzo e dei messaggi; e sulle relative misure di garanzia, controllo e limitazione. La comunicazione diventa libera espressione del pensiero nella sfera pubblica, cioè attività destinata a promuovere identità e idealità<sup>21</sup> di natura culturale, religiosa o politica. La questione che emerge, nei riguardi della libertà dei privati, non è quella del mero utilizzo del mezzo senza interferenze. Tale facoltà è interdetta dal carattere monodirezionale della comunicazione del messaggio, che consegna alla sola dimensione passiva la libertà dei destinatari. Ad essere posto al centro è invece il problema del pluralismo delle emittenti. Almeno all'inizio della televisione la soluzione prevalente in Europa consiste nel monopolio pubblico<sup>22</sup> della emissione, giustificato prevalentemente (come avvenne in Italia con la sentenza n. 59 del 1960 della Corte costituzionale) sulla base di motivi di ordine tecnico rappresentati dalla attribuzione della qualità di bene scarso alle frequenze analogiche terrestri, limitate nel numero e così sottratte alla libera concorrenza privata.

Il sistema ha pertanto conosciuto l'affermazione di un monopolio le-

---

<sup>21</sup> Sul significato della libertà di manifestazione del pensiero, V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, Bologna, 2004, nota come «l'esigenza è quella di poter diffondere, liberamente, idee critiche verso altre idee, verso le istituzioni, le regole, le condizioni politiche, economiche e sociali, le persone e il loro operato». Si veda anche, per la concezione della libertà d'espressione come libertà alla circolazione delle idee, A. Pace, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 23 ss.

<sup>22</sup> Cfr. E. MENDUNI, *La televisione*, Bologna, 2002; A. PERRUCCI, G. RICHERI (a cura di), *Il mercato televisivo italiano nel contesto europeo*, Bologna, 2003; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2005.

gale che si è coniugato, per la sua gestione, con la creazione di un servizio pubblico radiotelevisivo, il quale ha lasciato ai privati la sola dimensione di utenti, con alcuni diritti e libertà di fruizione, e non anche quella di imprenditori emittenti.

A partire da tali differenziazioni strutturali e funzionali, a cui corrispondeva una netta distinzione tecnica tra le reti di trasmissione impiegate, da un lato il cavo e dall'altro l'etere, anche la normazione dei due fenomeni è stata assolutamente diversa<sup>23</sup>.

Pur con il dato comune del monopolio pubblico (previsto per il nostro paese dalla Costituzione all'art. 43) le legislazioni dei due settori si sono dispiegate lungo direttrici e linee evolutive ben distinte. Da un lato, per le telecomunicazioni, la disciplina ha avuto come oggetto privilegiato le reti e le infrastrutture, rimanendo sostanzialmente indifferente verso ogni disciplina del contenuto dei messaggi. Dall'altro lato, per la radiotelevisione, sono proprio i profili relativi al contenuto delle comunicazioni che hanno costituito, oltre alle regole sull'uso dei mezzi, l'oggetto privilegiato delle normative. Lo stesso processo di trasformazione dei monopoli pubblici ha risentito di questa distinzione, collegandosi nei due settori con esigenze e interessi diversi. Se le telecomunicazioni si sono coniugate con la concorrenza, cioè con l'apertura ai privati della gestione di reti e servizi, la radiotelevisione ha battuto la strada del pluralismo, cioè l'apertura del sistema ai più ampi contenuti provenienti dalle varie espressioni soggettive della società.

### **3. La convergenza multimediale: la crisi del modello separato e monopolistico**

Il quadro generale, sommariamente descritto, è entrato in crisi nel corso degli anni '80 del secolo scorso allorché le innovazioni tecnologiche nel settore della comunicazione hanno prodotto forti discontinuità rispetto allo stato dei mezzi di informazione. Le trasformazioni delle reti e dei servizi hanno infatti radicalmente posto in discussione la netta bipartizio-

---

<sup>23</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, cit.; G. MENTI, *Elementi di disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit.

ne tra telecomunicazioni e radiotelevisione, favorendo piuttosto quella intersezione tra i due settori denominata «convergenza tecnologica»<sup>24</sup>.

Tali processi sono stati ben colti al livello normativo comunitario. Si è cominciato infatti a ragionare di Società dell'informazione proprio in relazione alle nuove possibilità offerte dalle tecnologie delle comunicazioni a distanza.

L'avvento della multimedialità ha ridefinito, tanto dal punto di vista strutturale che funzionale, non solo il rapporto tra telecomunicazioni e radiotelevisione, ma anche l'intero panorama dei servizi di informazione e comunicazione offerti sul mercato. La convergenza tecnologica indica proprio l'inedita integrazione tra sistemi e reti di trasmissione, segnando una tendenza al superamento del modello tradizionale delle comunicazioni a distanza, tutto strutturato sulla corrispondenza tra un determinato servizio e una apposita rete infrastrutturale di comunicazione<sup>25</sup>.

La portata della rivoluzione tecnologica non ha potuto non modificare la disciplina giuridica ed orientare i processi normativi di regolazione del settore delle comunicazioni di massa, specie a partire dalla fine degli

---

<sup>24</sup> A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 15 ss.; R. ESPOSITO, *La risposta normativa all'evoluzione tecnologica*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 231 ss.; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 180 ss.; S. LUBERTI, *Il mercato delle telecomunicazioni: aspetti tecnico-economici*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 23 ss. Dal punto di vista tecnico abbiamo registrato alcune significative applicazioni che hanno modificato i mezzi trasmissivi mutandone capacità, modalità, velocità, e ne hanno favorito l'integrazione nella cosiddetta "multimedialità". Si devono così segnalare la telematica, cioè l'applicazione della informatica alle reti di telecomunicazione, che ha consentito oltre alla trasmissione dei dati anche la loro elaborazione; il cavo a fibra ottica e il satellite a diffusione diretta, che hanno soppiantato il cavo coassiale e le tradizionali tecniche meno veloci e potenti; le tecniche di codifica dei messaggi, che consentono la selezione dei destinatari dei segnali attraverso l'accesso condizionato e segreto; infine, la tecnica digitale di trasmissione dei segnali, che ha soppiantato il vecchio sistema analogico, sintetizzando ogni segnale (dato, immagine, suono) in bit che ne riproduce i tratti essenziali privi di ridondanza.

<sup>25</sup> La rete ISDN aveva già inaugurato una integrazione fra segnali fonici, dati e video a frequenza bassa. Ma è soprattutto con la rete INTERNET che, grazie alla dimensioni globali del fenomeno, troviamo una gamma di servizi convergenti su un unico mezzo di diffusione, il cavo in questo caso. Le innovazioni, poi, riguardano anche i sistemi di rete mobile di telecomunicazione, che hanno dato via al mercato della telefonia mobile (analogica TACS, digitale GSM), sino alla tecnologia UMTS che consente al monitor del telefono mobile di ricevere ogni tipo di segnale e comunicazione digitale (internet, televisione, radio, dati, immagini, suoni). Per una analisi delle tecniche e dei soggetti della convergenza nelle telecomunicazioni, si veda, V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009.

anni '90. Anzi, proprio a partire dalle nuove capacità trasmissive offerte dalle tecnologie si è accelerato il dibattito politico verso il superamento del modello imperniato sul monopolio pubblico, fondato sulla gestione statale diretta o sull'affidamento ad un unico concessionario rientrante nel sistema della economia pubblica.

Il diritto delle comunicazioni e della informazione ha subito così una intensa trasformazione qualitativa, coniugandosi con lo sviluppo tecnologico pure in relazione alla riforma della natura giuridica dei mercati dei servizi. Da questo punto di vista, si fa ovviamente riferimento al processo normativo che ha transitato il settore delle telecomunicazioni dal regime del monopolio pubblico a quello della concorrenza.

Il modello tradizionale di disciplina è stato soppiantato non solo nei profili tecnologici ma anche nella normazione relativa alla imprenditorialità e al mercato dei servizi, grazie alle liberalizzazioni che hanno poi interessato tutti gli stati europei, rompendo la solida alleanza tra monopolio naturale e monopolio pubblico dei servizi e delle reti infrastrutturali<sup>26</sup>.

#### **4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni**

Mentre negli Stati Uniti, già negli anni '70, era iniziato il dibattito sulle trasformazioni del mercato delle comunicazioni nel senso si abbandonare il modello concessorio e ultra-regolato per favorire la concorrenza, in Europa il processo è stato avviato successivamente<sup>27</sup>. La liberalizzazione delle telecomunicazioni sul suolo europeo ha vissuto la sua fase iniziale solo nella seconda metà degli anni '90, ed ha visto come soggetto promotore la Comunità europea<sup>28</sup> che ha ispirato le legislazioni dei sin-

---

<sup>26</sup> F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 64 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 183 ss.

<sup>27</sup> C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, cit.

<sup>28</sup> P. COSTANZO, *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 5, nota come «l'abbandono del modello in questione nel settore delle telecomunicazioni non sia stato l'effetto di un meditato mutamento di rotta nel perseguimento di determinate politiche pubbliche, ma sia divenuto ineludibile solo a seguito della progressiva erosione della discrezionalità parlamentare da parte dell'ordinamento comunitario».

goli stati. Se il settore radiotelevisivo è stato riformato e liberalizzato secondo strategie e politiche quasi del tutto interne agli stati<sup>29</sup>, per le telecomunicazioni sono state le istituzioni comunitarie a svolgere un ruolo determinante.

Visti i risultati delle liberalizzazioni statunitensi<sup>30</sup>, la Comunità europea ha orientato le proprie scelte di politica industriale verso la modernizzazione del sistema delle comunicazioni a distanza, per ridurre i costi e favorire gli investimenti privati diretti a finanziare l'innovazione tecnologica. Si tratta di interventi su situazioni consolidate all'interno degli stati membri, i quali prevedono tutti la risalente e consolidata forma di gestione del monopolio pubblico o della concessione a enti del comparto pubblico dell'economia. Il passaggio è rappresentato dalla applicazione dei principi fondamentali dei Trattati comunitari, ispirati alla concorrenza<sup>31</sup>, anche al settore delle telecomunicazioni.

La sentenza della Corte di Giustizia sul caso *British Telecom* (Italia vs. Commissione) del 20 marzo 1985 (*Raccolta*, p. 873 ss.) afferma che il principio della libera concorrenza può riguardare anche l'attività di predisposizione di una rete di trasmissione di telecomunicazione comunitaria, la quale va a rappresentare un servizio economico a tutti gli effetti assoggettabile alle regole del libero mercato che ispirano il Trattato CE (artt. 2,3 lett. g, 3 A)<sup>32</sup>.

Nel 1987 la Commissione europea pubblica il *Libro verde* sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e apparati di telecomunicazione, a cui seguiranno altri rapporti che testimoniano la rilevanza che le comunicazioni assumono per le politiche della Comunità europea<sup>33</sup>. Il processo di liberalizzazione così avviato segue un andamento progressivo, concen-

---

<sup>29</sup> R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in AA.Vv., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, 279 ss.; J. N. DIBIE, *La sfida della televisione*, Milano, 2004.

<sup>30</sup> B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, 328.

<sup>31</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 53 ss.

<sup>32</sup> A. LOJODICE, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4 ss.; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2005, 180 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 21; F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit.

trandosi in una prima fase su alcuni segmenti particolari del mercato delle telecomunicazioni. Le politiche comunitarie, pur ispirandosi a fini complessi<sup>34</sup>, si orientano prevalentemente in due direzioni, da un lato, la disciplina degli operatori economici protagonisti della concorrenza, dall'altro lato, l'attenzione al nuovo tema delle esigenze degli utenti verso i nuovi servizi di comunicazione<sup>35</sup>.

La prima fase della liberalizzazione europea si apre allora con alcune Direttive della Commissione che liberalizzano, attraverso l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi, rispettivamente il mercato dei terminali (Dir. 88/301) e quello della fornitura di servizi di telecomunicazione (Dir. 90/388)<sup>36</sup>. Tali Direttive vengono accompagnate da altri interventi volti ad armonizzare le legislazioni degli stati membri per ciò che riguarda le condizioni di fornitura di reti aperte e pubbliche di telecomunicazione, e, per l'uso e l'accesso. Abbiamo così la Direttiva 90/387, detta anche *Open Network Provision*, la quale fissa principi per le imprese a tutela della accessibilità delle reti (principio di obiettività, trasparenza, non discriminazione, parità di accesso), nonché norme in materia di privacy e sicurezza per gli utenti. L'obiettivo evidente è quello di promuovere la formazione di uno spazio pubblico europeo attraverso reti aperte di telecomunicazione.

Questa prima fase di provvedimenti liberalizzatori si rivolge essenzialmente ad un segmento particolare delle telecomunicazioni, cioè a quei

---

<sup>34</sup> A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 25, dove si nota che «la politica comunitaria si fonda su un insieme composito di questioni che mal si presterebbero ad una sintesi schematica, ma che comunque si dispongono su due assi fondamentali», cioè la posizione delle imprese in concorrenza, e, quella degli utenti.

<sup>35</sup> G. NAPOLITANO, *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 275 ss.; A. BESI, *Il Consiglio nazionale degli utenti*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 174 ss.; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma-Bari, 1997, 127-145.

<sup>36</sup> F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 66. D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, Padova, 2003, 106, dove: «La scelta, ovviamente, non fu casuale: il mercato dei terminali era quello meno controllato dagli operatori pubblici di telecomunicazioni, i quali, in buona sostanza agivano come monopsonisti rispetto ai produttori e come monopoliisti nella vendita all'utenza finale degli impianti. Certamente essi non potevano addurre pretese di naturalità di un simile monopolio, né richiamarsi a ragioni di natura tecnica (esigenze di omologazione e standardizzazione)».

servizi cosiddetti “a valore aggiunto” (V.A.S.)<sup>37</sup> tra i quali si segnala soprattutto la trasmissione di dati: si tratta di un obiettivo di politica industriale indispensabile per porre le basi della digitalizzazione dell'intero settore, anticipando strutturalmente l'avvento della rete Internet.

Rispetto a queste prime liberalizzazioni altre Direttive integrative sono emanate per ampliare lo spettro dei servizi per i quali abolire il regime dei diritti speciali o esclusivi. Questi provvedimenti riguardano il settore delle apparecchiature e dei servizi per le comunicazioni via satelliti (Dir. 94/46); l'uso e l'accesso delle reti via cavo televisive per la fornitura dei servizi a valore aggiunto già liberalizzati (video on demand) (Dir. 95/51); l'offerta di servizi di comunicazione mobile e relative infrastrutture, con diritto di interconnessione per gli operatori con reti fisse o mobili (Dir. 96/2). Grazie alla Direttiva 96/19, detta “full competition”, si conclude poi il processo di liberalizzazione dell'intero settore attraverso l'apertura alla concorrenza di tutti i servizi di comunicazione vocali, sia di rete fissa che di rete mobile<sup>38</sup>.

Prende così avvio la seconda fase della liberalizzazione<sup>39</sup> che punta non più su una gamma limitata di servizi da sottrarre al monopolista pubblico, ma mira ad una organizzazione nuova del settore attraverso l'estensione della concorrenza a tutti i servizi, favorendo anche lo sviluppo e il consolidamento di reti alternative di comunicazione.

Conseguentemente alla Direttiva “full competition” la Commissione predispone una serie di interventi volti a stabilire le premesse normative per attuare la concorrenza tra servizi e tra reti: perché occorre guidare la trasformazioni dei mercati affidati ai monopoli pubblici o alle concessionarie dei servizi. Vengono emanate tutta una serie di direttive che hanno lo scopo di armonizzare talune situazioni dei singoli mercati nazionali. Così la normativa sui titoli abilitativi per le imprese (autorizzazioni gene-

---

<sup>37</sup> Si tratta di servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale tradizionale (teletext, videotel), cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 43 ss.

<sup>38</sup> La Commissione con questa Direttiva, in virtù dei poteri conferiti dal Trattato all'art. 86 par. 3 (già art. 90), completa definitivamente la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, attraverso l'abolizione dei diritti speciali e esclusivi degli stati sulla telefonia vocale e sulle reti pubbliche di telecomunicazione. Cfr., D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, cit., 138 ss.

<sup>39</sup> B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, 330 ss.; D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, cit., 111 ss.

rali e licenze individuali) (Dir. 97/33); sul diritto di interconnessione dei singoli operatori e di interoperabilità delle reti, come previsto già dalla *Open Network Provision* (Dir. 97/51); sui diritti degli utenti nella telefonia vocale e servizio universale (Dir. 98/10).

Vi sono tuttavia alcune differenze negli obiettivi che ispirano le due fasi di interventi, sia pure senza che ciò comporti veri e propri elementi di netta discontinuità o rottura. Il sistema previsto dalla Direttiva *Open Network Provision* era centrato tutto sulla concorrenza tra operatori nei vari servizi, da realizzare attraverso l'obbligo gravante sul proprietario delle reti, vale a dire il gestore del servizio pubblico in regime di concessione, di garantire il diritto di accesso ai concorrenti "new comers" in maniera non discriminatoria e trasparente.

La direttiva "full competition", e soprattutto gli interventi di armonizzazione, invece, puntano a disegnare un sistema concorrenziale basato anche su reti, fisse o mobili, alternative a quelle tradizionali del sistema pubblico. A tale scopo, più che sul diritto di accesso alle reti per i nuovi operatori si punta, come strumento principale per realizzare un mercato aperto, sul diritto di questi alla interconnessione degli apparati di rete. Senza una interconnessione<sup>40</sup> tra strumenti di comunicazione diversi sarebbe stata necessaria una duplicazione completa delle infrastrutture ad ogni livello, sia locale che a lunga distanza. Attraverso il diritto alla interconnessione ogni operatore può invece installare solo una rete a lunga distanza o reti locali in zone di intenso traffico, e così consentire ai propri clienti la comunicazione con tutti i terminali allacciati alla rete complessiva, nazionale e internazionale.

## 5. Una nuova nozione di servizio di telecomunicazione

La convergenza tecnologica e la multimedialità non hanno solo avuto l'effetto di modificare la nozione del servizio di telecomunicazione, integrando settori prima separati. Il superamento del modello pubblicistico

---

<sup>40</sup> B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit. Sui profili della interconnessione alle reti in questa fase delle liberalizzazioni, R. PEREZ, *La negoziazione dell'interconnessione*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 169 ss.; E. DIAMANTI, *Accesso e interconnessione alle reti di telecomunicazioni*, in *Ivi*, 182 ss.

verso la concorrenza tra più gestori dei servizi si è giovato, quale premessa essenziale dal punto di vista tecnologico, di una nuova definizione del concetto stesso di servizio di telecomunicazione o di comunicazione elettronica.

La definizione più risalente e tradizionale del sistema dei servizi di comunicazione a distanza è rappresentata dalla Convenzione di Madrid del 1932, che intendeva per telecomunicazione «ogni emissione, trasmissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura, per filo, radioelettrica, ottica o a mezzo di altri sistemi elettromagnetici»<sup>41</sup>. Tale definizione dei servizi di telecomunicazione, che venne tenuta in debito conto nel Codice postale del 1973 (d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156), oltre ad indicare i tre momenti in cui si struttura l'attività di comunicazione a distanza, cioè emissione trasmissione e ricezione, contiene una analitica indicazione dei vari tipi di messaggi che possono essere trasmessi (scritti, immagini, suoni). A questa tipizzazione corrisponde poi, a sua volta, l'indicazione dello strumento e della modalità trasmissive, stabilendo una stretta correlazione tra messaggio, medium e servizio. Si tratta di un approccio tipico della fase che precede l'avvento della multimedialità e della convergenza tecnologica, quando a dominare è la separazione tra i vari servizi di comunicazione a distanza: ad ogni mezzo è associato un determinato servizio che si regge su una rete infrastrutturale autonoma e distinta. Così il telefono è distinto dal telegrafo, come la trasmissione dei dati è distinta da quella vocale.

Il quadro normativo che definisce i servizi di telecomunicazione si presenta sensibilmente diverso, ma neppure troppo, nella definizione che troviamo nel Regolamento attuativo della normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni che viene approvato in esecuzione della legge Meccanico (legge n. 249 del 1997).

La nozione di rete di telecomunicazione ricalca ancora la vecchia concezione della disciplina postale: ad eccezione della mancata menzione della elencazione delle varie tipologie dei segnali trasmissibili; a favore quindi di una maggiore indeterminatezza. L'art. 1, comma 1, lettera h), del d.p.r. 318 del 1997 afferma infatti che per rete di telecomunicazione

---

<sup>41</sup> Questa stessa formula nel suo tenore letterale è stata poi adottata quale definizione elaborata dalla Unione Internazionale delle telecomunicazioni (UIT) nel 1952 a Buenos Aires. Si veda sul punto, F. CHIAPPETTA, *Telecomunicazioni*, in *Enc. del diritto*.

si deve intendere «un sistema di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o le altre risorse che permettono la trasmissione di segnali tra punti terminali di rete definiti con mezzi a filo, radio, ottici o altri mezzi elettromagnetici»<sup>42</sup>.

Lo stesso Regolamento, però, presenta anche un importante riconoscimento della multimedialità nella definizione dei servizi di trasmissione e telecomunicazione. Si legge infatti che per servizio di telecomunicazione si deve intendere, come precisa l'art. 1, comma 1, lettera q), «un servizio la cui fornitura consiste, in tutto o in parte, nell'instradamento di segnali su reti di telecomunicazioni, ivi compreso qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi, esclusa la diffusione circolare dei programmi radiofonici e televisivi».

Come si vede rientrano finalmente nell'ambito dei servizi di telecomunicazione anche il prodotto audiovisivo ed ogni tipo di servizio interattivo, riconoscendo così aspetti decisivi della multimedialità quali la possibilità di nuove forme di comunicazione in cui si integrano diverse tipologie di messaggi, tecnologie e servizi<sup>43</sup>. L'assunzione delle innovazioni prodotte dalla convergenza tecnologica è ancora solo parzialmente accolta, visto che permane la distinzione strutturale di fondo su cui si è imperniata tutta la disciplina delle telecomunicazioni, cioè la divisione tra rete e servizio di telecomunicazione (contrassegnato dalla congiunzione di punti chiusi), e, la emissione radiotelevisiva (contrassegnata dalla circolarità del messaggio). È il risalente dualismo grazie al quale per tutto un secolo si sono separate le radiocomunicazioni a distanza: da un lato, il servizio che collega punti stabiliti, sia attraverso il filo o le onde radio; dall'altro lato, la diffusione cosiddetta circolare, quella radiofonica o televisiva più tardi, raggiungibile potenzialmente da ogni apparecchio posto nello spettro di trasmissione.

---

<sup>42</sup> Rispetto alla definizione legislativa precedente, contenuta nel D. Lgs. n. 103 del 17 marzo 1995, di recepimento della Direttiva 90/388, scompare il riferimento al carattere necessariamente pubblico della rete di telecomunicazione (art. 1, lett. e).

<sup>43</sup> Il confronto con la normativa che recepisce la Direttiva 90/388, cioè il D. Lgs. n. 103 del 1995, è a proposito molto interessante. Si segnala infatti un progresso nella integrazione normativa tra telecomunicazioni e settore dell'audiovisivo. Nell'art. 1 lett. d), si leggeva infatti che per servizio di telecomunicazione si doveva intendere «un servizio la cui fornitura consiste totalmente o parzialmente nella trasmissione o nell'instradamento di segnali sulla *rete pubblica* di telecomunicazioni mediante procedimenti di telecomunicazioni, ad eccezione della radiodiffusione e della televisione».

## 6. Le comunicazioni elettroniche: integrazione tra media e servizi di telecomunicazione

Ancora alla fine degli anni '90 dunque persiste il dualismo tra legislazione per l'audiovisivo e per le telecomunicazioni, al cui superamento contribuisce in maniera decisiva la nuova regolazione comunitaria dei servizi di telecomunicazione prodotta dalle istituzioni europee agli inizi del XXI secolo. I principi giuridici delle nuove comunicazioni a distanza spostano l'attenzione sul concetto di «servizio di comunicazione elettronica» che integra al proprio interno servizi diversi di telecomunicazione. Ciò che prima era separato ora tende a integrarsi per effetto di quella «convergenza tecnologica» che riunisce in sé mezzi e applicazioni tecnologiche prima separate<sup>44</sup>. La rivoluzione digitale e la creazione di una rete universale di comunicazione rende obsoleto il vecchio dualismo tra trasmissioni chiuse e diffusione circolare<sup>45</sup>.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, D. Lgs. n. 259 del 1 agosto 2003, recepisce integralmente questa novità nella definizione di servizio di comunicazione elettronica, con il quale dobbiamo intendere, come recita l'art. 1, comma 1, lett. gg): «i servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, *compresi* i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad *esclusione* dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti».

L'integrazione tra radiodiffusione e telecomunicazioni avviene entro lo spazio tecnologico e normativo delle reti di comunicazione elettronica. Secondo l'art. 2 lett. dd) dello stesso Codice delle comunicazioni elet-

---

<sup>44</sup> M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 28, nota come la «separazione creata precedentemente tra disciplina della radiotelevisione e disciplina delle telecomunicazioni entra definitivamente in crisi all'inizio del nuovo secolo. Se fino a pochi anni prima appariva come necessaria, per la specificità del contenuto radiotelevisivo, una disciplina *ad hoc* del mezzo radio-televisivo, oggi le innovazioni tecnologiche la rendono recessiva».

<sup>45</sup> E. CHELI, *Verso la comunicazione convergente*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 135, dove si segnala che un fondamentale punto di svolta è rappresentato dalla nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche: «inizialmente non veniva colto fino in fondo il senso di questa trasformazione che, invece, rappresenta, a mio giudizio, un'autentica rivoluzione».

troniche, per rete di comunicazione elettronica dobbiamo intendere un insieme decisamente ampio di modalità trasmissive dei messaggi, cioè tutti «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

Radiotelevisione e telecomunicazioni cessano di appartenere a due settori radicalmente separati della disciplina delle comunicazioni e della informazione, per ritrovarsi, almeno dal punto di vista delle reti infrastrutturali e dei servizi di trasmissione, ricompresi entro la nozione più ampia di servizio di comunicazione elettronica. Si tratta di una significativa novità che si accompagna però, nello stesso testo della normativa comunitaria e nazionale, al mantenimento di uno spazio di autonomia e di specificità della radiotelevisione, rappresentato dalla disciplina dei «contenuti» dei programmi delle trasmissioni audiovisive. Per essi viene fatta valere la peculiarità del prodotto informazione, con le implicazioni relative alla responsabilità editoriale, sancendo così una disciplina necessariamente diversificata rispetto a quanto previsto per tutti i restanti servizi di comunicazione elettronica. Rimane, come si vede, una particolare attenzione al messaggio che passa attraverso il medium-rete di comunicazione elettronica audiovisiva, il quale, per gli altri profili, riceve invece una sostanziale assimilazione alle telecomunicazioni.

## **7. La Società dell'informazione tra pluralismo e concorrenza**

L'integrazione mediale tra telecomunicazioni e audiovisivo costituisce uno dei principi cardine attorno a cui si è sviluppata non solo la disciplina delle telecomunicazioni, ma tutta la produzione normativa e documentale della Unione europea che promuove la cosiddetta Società della informazione.

Questo particolare profilo delle politiche comunitarie, a cui è dedicato un rilievo autonomo dalle istituzioni europee, rappresenta un punto di convergenza di più tematiche distinte.

Vi confluiscono infatti, in primo luogo, le questioni relative allo svi-

luppo tecnologico ed economico del settore delle comunicazioni e della informazione, con una attenzione alle politiche di occupazione, di crescita economica e di apertura dei mercati dei servizi alle imprese. In secondo luogo, troviamo anche la prospettiva della disciplina giuridica del mercato dei servizi di comunicazione e di informazione, con l'attenzione ai diritti degli utenti e dei consumatori, alla riservatezza, al diritto di accesso alle tecnologie come risorsa per la cittadinanza europea. Sin dalla inaugurazione della prospettiva politica della Società dell'informazione questi due aspetti, il primo economico-tecnologico, il secondo giuridico-garantista, sono presenti nella elaborazione comunitaria.

Il Rapporto Bangemann del 1994<sup>46</sup> rappresenta il primo documento comunitario nel quale si pongono le linee fondamentali<sup>47</sup> per l'intervento

---

<sup>46</sup> Nell'incontro di Bruxelles del dicembre 1993, il Consiglio d'Europa chiese che per la successiva riunione, da tenere a Corfù il 24 e 25 giugno, venisse preparata una relazione da un gruppo di eminenti personalità sulle misure specifiche che la Comunità e gli Stati Membri avrebbero dovuto prendere in considerazione riguardo alle infrastrutture inerenti alla sfera dell'informazione. Sulla base di tale rapporto, il Consiglio intendeva adottare un programma operativo per definire precise procedure d'azione ed i mezzi necessari. Nasce così il Libro Bianco, elaborato da un gruppo di "Alto livello sulla Società dell'informatica" coordinati dal commissario Martin Bangemann, dal titolo "L'Europa e la società dell'informazione globale", presentato a Bruxelles il 26 maggio del 1994 in vista del vertice del Consiglio d'Europa di Corfù.

<sup>47</sup> Questa la sintesi delle principali raccomandazioni contenute nel capitolo VI del Rapporto Bangemann.

*Evolgere il settore della regolamentazione.* Gli Stati Membri dovrebbero accelerare il processo di liberalizzazione in atto nel settore delle Telecomunicazioni tramite: -apertura alla competizione delle infrastrutture e dei servizi ancora nel settore monopolistico; -rimozione dei pesi politici non commerciali e dei vincoli di bilancio imposti agli operatori delle telecomunicazioni; -messa a punto di tabelle di marcia e scadenze chiare, finalizzate alla realizzazione di misure pratiche, idonee a raggiungere i suddetti obiettivi. Dovrebbe essere istituita un'autorità il cui mandato richiedere un pronta attenzione.

*Interconnessione ed interoperabilità.* L'interconnessione delle reti e l'interoperabilità dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere obiettivi primari dell'Unione. Il processo di standardizzazione europea dovrebbe essere rivisto, in ordine ad aumentarne la rapidità e la rispondenza ai mercati. *Tariffe.* Dovrebbe essere considerata questione urgente la revisione delle tariffe relative alle linee e in affitto, alle linee di lunga distanza ed a quelle internazionali, al fine di abbassarle in conformità con quanto avviene nelle altre regioni di industrializzazione avanzata. La revisione delle tariffe dovrebbe essere accompagnata da una giusta condivisione tra gli operatori, degli obblighi di pubblico servizio.

*Massa Critica.* A tale riguardo dovrebbe essere promossa un'opera di sensibilizzazione pubblica. Un'attenzione particolare dovrebbe essere prestata al settore delle piccole e medie imprese, alle amministrazioni pubbliche e alle generazioni più giovani.

*Dimensione mondiale.* L'apertura del mercato europeo dovrebbe trovare il suo equiva-

lente in mercati e reti di altre regioni del mondo. È di somma importanza per l'Europa l'adozione di misure idonee a garantire uguali condizioni di accesso.

*Completare l'agenda.* La società dell'informazione ha dimensione globale. L'azione dell'Unione dovrebbe dunque puntare all'istituzione di una struttura regolamentare comune ed accettata per la protezione dei diritti della proprietà intellettuale, della riservatezza e della sicurezza dell'informazione in Europa e, dove ci sia appropriato, anche a livello internazionale.

*Protezione dei diritti della proprietà intellettuale (IPR).* La protezione della proprietà intellettuale deve aumentare di fronte alle nuove sfide della globalizzazione e dei multimedia e deve continuare ad essere altamente prioritaria sia a livello europeo che internazionale.

*Riservatezza.* Senza la sicurezza legale di un approccio unitario, l'insufficienza di fiducia da parte dei consumatori, comprometterà certamente un rapido sviluppo della società dell'informazione. Data l'importanza e la delicatezza del problema riservatezza, si richiede una rapida decisione da parte degli Stati Membri, in merito alla Direttiva proposta dalla Commissione, che enuncia i principi generali inerenti alla protezione dei dati.

*Protezione elettronica, protezione legale e sicurezza.* Dovrebbero essere accelerati i lavori a livello europeo, sia sulla protezione legale ed elettronica che sulla sicurezza.

*Proprietà dei Mezzi di comunicazione.* Un'attenzione urgente dovrebbe essere prestata alla questione di come poter evitare che differenti orientamenti legislativi nazionali sulla proprietà dei mezzi di comunicazione, possano indebolire il mercato interno. Devono emergere regole efficaci atte a proteggere il pluralismo e la competizione.

*Concorrenza.* La concorrenza un elemento chiave nella strategia dell'Europa. L'applicazione delle regole della competizione dovrebbe riflettere la realtà dei mercati mondiali emergenti recentemente e la velocità di cambiamento dell'ambiente. *I fondamenti della società dell'informazione*

*Reti.* Deve essere data priorità all'estensione della disponibilità di EURO-ISDN, in linea con le attuali proposte della Commissione, nonché alle riduzioni tariffarie atte ad incoraggiare il mercato. Il Consiglio dovrebbe sostenere la realizzazione della infrastruttura europea della banda larga ed assicurare l'interconnettività di questa con l'intero sistema europeo di telecomunicazioni, televisione via cavo e reti satellitari. Dovrebbe inoltre essere istituito un Comitato Direttivo della Banda Larga che coinvolga tutti i soggetti rilevanti, nell'intento di sviluppare una visione comune e di controllare e facilitare la comprensione del concetto generale, attraverso, in particolare, dimostrazioni e scelta e definizione degli standard. Relativamente alle comunicazioni mobili e satellitari sono necessarie le seguenti misure: – una riduzione delle tariffe delle comunicazioni mobili; – la promozione del GSM in Europa e a livello internazionale; – l'istituzione di una struttura di regole per le comunicazioni satellitari; – spingere l'industria europea dei satelliti a sviluppare progetti a priorità comune ed a partecipare attivamente allo sviluppo dei sistemi mondiali. *Servizi di base.* La fornitura e l'uso diffuso di servizi di base standard trans-europei, compresi la posta elettronica, il trasferimento di archivi e i servizi video, dovrebbero venire promossi tramite un'azione urgente e coerente sia a livello di Unione Europea che di Stati Membri. La Commissione dovrebbe dare inizio alla creazione di un Forum Europeo dei Servizi di Base al fine di accelerare la disponibilità di standard unificati per i servizi di base.

*Applicazioni.* Le iniziative nel campo applicativo sono i mezzi più efficaci per indizzare il lento decollo della domanda e dell'offerta. Esse hanno una funzione dimostrativa aiuterebbe a promuovere un loro più largo impiego. Il Gruppo ha identificato le se-

delle istituzioni europee nella costruzione della Società europea della informazione. A partire dalla premessa della rivoluzione tecnologica rappresentata dalle nuove applicazioni della informatica alle comunicazioni a distanza, concepita non senza giustificata enfasi come una “nuova rivoluzione industriale”, affiorano diverse linee: la liberalizzazione delle telecomunicazioni negli stati membri, la promozione delle nuove tecniche, la tutela dei consumatori. Tutti i profili interessati sono però osservati dal punto di vista generale di una profonda riforma dell’ordinamento delle comunicazioni, che assegna un ruolo preminente, nella costruzione della Società dell’informazione, alle forze del libero mercato, si legge infatti che «la creazione della società dell’informazione dovrebbe essere affidata al settore privato e alle forze del mercato. Il finanziamento pubblico esistente dovrebbe essere “rifocalizzato” con maggiore precisione, mirando a soddisfare le richieste della società dell’informazione».

Il vertice di Corfù del 1994, nel quale viene formalmente avviato il progetto<sup>48</sup>, incarica subito la Commissione di formulare un piano d’azione rivolto alla liberalizzazione delle telecomunicazioni, ponendo così le premesse per l’adozione di quel pacchetto regolamentare che la Commissione predispose e che guiderà le prime due fasi della liberalizzazione<sup>49</sup>. Nella comunicazione che la Commissione presenta due anni dopo troviamo tutta una serie di problematiche, tutte similmente prioritarie<sup>50</sup>, che

---

guenti iniziative: telelavoro, apprendimento a distanza, reti di università e centri di ricerca, servizi telematici per piccole e medie imprese, gestione del traffico stradale, gestione del traffico aereo, reti sanitarie, appalti elettronici, rete trans-europea delle pubbliche amministrazioni, autostrade dell’informazione cittadina.

*Finanziamento.* La creazione della società dell’informazione dovrebbe essere affidata al settore privato e alle forze del mercato. Il finanziamento pubblico esistente dovrebbe essere “rifocalizzato” con maggiore precisione, mirando a soddisfare le richieste della società dell’informazione. A livello di Unione ciò può comportare nuovi orientamenti nelle attuali ripartizioni delle risorse, sotto intestazioni quali il Fourth Framework Programme per la Ricerca e lo Sviluppo ed i Fondi Strutturali.

<sup>48</sup> Il Consiglio di Corfù del 24-25 giugno 1994 ha deciso di istituire un “Consiglio della società dell’informazione”, basandosi sulle conclusioni del Rapporto Bangemann.

<sup>49</sup> Il piano d’azione, “*La via europea verso la società dell’informazione*”, è stato approvato il 19 luglio 1994, ed è stato oggetto di discussione nei lavori del primo Consiglio sulla società dell’informazione tenutosi il 28 settembre 1994. Il Consiglio ha invitato la Commissione ad adottare una serie di provvedimenti; in particolare, gli indirizzi espressi dal Consiglio hanno dato un apporto decisivo alla liberalizzazione delle telecomunicazioni.

<sup>50</sup> Commissione europea, *La società dell’informazione: da Corfù a Dublino, le nuove priorità emergenti*, COM (96) 395 def. del 24 luglio 1996. «Si sono individuate quattro

andranno a costituire la base delle politiche comunitarie in materia di comunicazioni a distanza (Direttive sulle liberalizzazioni di cui si è detto sopra) e Società dell'informazione.

Emerge in queste linee di politica comunitaria tutta la complessità che caratterizza peculiarmente il diritto delle comunicazioni attuale. La dimensione giuridica deve infatti tenere conto di una pluralità di profili, tutti parimenti significativi, che sono implicati in ogni disciplina delle comunicazioni e delle tecnologie di informazione<sup>51</sup>. Vi è, in primo luogo, un insieme, talora conflittuale, di libertà che richiedono espressione e riconoscimento: gli utenti dei servizi, i consumatori, i cittadini destinatari delle informazioni, nonché le imprese che forniscono servizi. Vi è, in secondo luogo, il profilo necessariamente globale e internazionale delle comunicazioni, che non può essere normativamente colto se non integrando più ordinamenti giuridici. Compare poi, in terzo luogo, l'esigenza di di-

---

principali linee politiche, che hanno eguale priorità: 1- *Migliorare il contesto commerciale*. Le imprese europee hanno iniziato ad adattarsi alla crescente pressione concorrenziale e a cogliere le enormi opportunità offerte dalla società dell'informazione. Per realizzare questo difficile compito, esse hanno però bisogno di un favorevole contesto commerciale. Ciò significa, in particolare, che entro il 1 gennaio 1998 dovrà essere effettivamente realizzata in tutta l'Unione europea la completa liberalizzazione delle telecomunicazioni. Significa anche che per garantire una leale concorrenza e il funzionamento del mercato interno, è necessaria una maggiore trasparenza e coerenza della regolamentazione nazionale relativa alla società dell'informazione. Infine, è necessario prestare maggiore attenzione al rapido decollo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nei vari settori dell'economia, comprese le piccole e medie imprese. 2 - *Investire nel futuro*. Società dell'informazione significa società basata sulle conoscenze. Per potenziare la base di conoscenze dell'Europa, la ricerca connessa alla società dell'informazione deve svolgere un ruolo chiave nel Quinto programma quadro. 3 - *Al primo posto i cittadini*. Una delle priorità definite dalla Commissione consiste nell'assegnare ai cittadini un ruolo centrale nelle politiche relative alla società dell'informazione, vale a dire rispondere con più efficacia alle loro aspettative e preoccupazioni relative a problemi quali l'accesso ad una vasta gamma di servizi e di contenuti informativi. In pratica, la Commissione si propone di integrare più strettamente il meccanismo dei fondi strutturali e le politiche relative alla società dell'informazione, per affrontare problemi sociali, tutelare gli interessi dei consumatori e migliorare la qualità dei servizi pubblici. 4 - *Affrontare la sfida globale*. Data la crescente globalizzazione, bisogna sforzarsi di definire regole globali. La Commissione reputa che a tale scopo rivesta notevole importanza il completamento dei negoziati dell'OMC. Per realizzare una società dell'informazione di portata effettivamente globale, è necessario collaborare in modo crescente con i nostri vicini e contribuire all'integrazione dei paesi in via di sviluppo nella società dell'informazione del ventunesimo secolo».

<sup>51</sup> Cfr. sul punto, F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, cit., 4-5.

stinguere tra le varie forme di comunicazione, a seconda che ci trovi di fronte a contenuti informativi e pubblici o a contenuti di natura riservata. Infine troviamo, in quarto luogo, l'esigenza di individuare all'interno dei vari ordinamenti giuridici istituzioni di governo il quanto più possibile attrezzate, tecnicamente e istituzionalmente, a rappresentare un centro dinamico ed efficace di regolazione delle varie questioni giuridiche coinvolte.

## **8. La Direttiva “quadro” del 2002. Le comunicazioni elettroniche tra pluralismo e concorrenza**

Le direttive approvate dalla Comunità europea in materia di telecomunicazioni, sia nella primissima fase di avvio della liberalizzazione e sia nelle fasi successive, affrontano tutti i principali nodi problematici che attengono al ruolo delle comunicazioni integrate nella Società della informazione. Il pacchetto di direttive del 2002, che semplifica, riordina e riforma la disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, si rivolge a tali molteplici aspetti giuridici del settore delle tecnologie della comunicazione per leggerli in una ottica nuova. Tale intervento organico della Unione europea è stato originato dalla valutazione delle nuove esigenze emerse nel settore delle comunicazioni. Il 10 novembre 1999 la Commissione presenta al Parlamento, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni una comunicazione dal titolo *Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche ed i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni*, in cui passa in rassegna la legislazione vigente e formula una serie di proposte di riforma da esaminare con consultazioni pubbliche. L'esito della consultazione si ha con la comunicazione dal titolo *Risultati della consultazione pubblica sull'esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni e orientamenti per il nuovo quadro* che viene presentata dalla Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, il 26 aprile del 2000. Il Consiglio di Lisbona del 23 marzo 2000 ha confermato il carattere strategico del settore delle comunicazioni digitali per quanto riguarda la crescita economica, la competitività e la creazione di nuove possibilità di lavoro nel continente europeo. Sia le imprese che i cittadini sono riconosciuti quali soggetti a cui spetta l'accesso più ampio ed economico ad una rete unica di comunicazione.

La convergenza tecnologica nei settori delle comunicazioni di massa, dei nuovi media, delle telecomunicazioni e delle tecnologie della informa-

zione, rappresenta la premessa di fatto di una chiara esigenza di sottoporre tutto il sistema delle reti e dei servizi connessi ad un unico nuovo quadro normativo. Nasce così la Direttiva 2002/21 del 7 marzo, del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, cioè la cosiddetta “Direttiva quadro”. Alla quale si accompagnano, però, altre Direttive che in maniera coordinata completano il panorama giuridico di riferimento in un unico “pacchetto” normativo europeo. Si tratta delle Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, n. 19 relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate (direttiva accesso); n. 20 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); n. 22 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); e infine della Direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

L’obiettivo principale degli interventi comunitari è dato dal consolidamento economico e dallo sviluppo delle regole del mercato concorrenziale nel settore delle comunicazioni elettroniche<sup>52</sup>. La Direttiva quadro assume a questo proposito una centralità particolare, perché in essa si trovano bene evidenziate le aree strategiche di ingerenza e di riforma del settore: l’esame lascia infatti emergere almeno tre spazi tematici significativi. Un primo elemento è dato dalle nuove definizioni della nozione di servizio e di rete di comunicazione elettronica, maggiormente aderente alla realtà della convergenza tecnologica (*consideranda* nn. 6, 9, 10); un secondo fattore è costituito dalla individuazione di determinate caratteristiche tecniche e infrastrutturali che dovrebbero connotare l’intero sistema delle comunicazioni elettroniche (*consideranda* nn. 8, 19, 23, 30, 31); infine, in terzo luogo, vi è l’aspetto relativo alle regole della concorrenza del settore, volte a garantire la permanenza o il ristabilimento di un asset-

---

<sup>52</sup> Si vedano, R. PEREZ, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 1-13; M. D’ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in *Ivi*, 35-41; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 106.

to libero e concorrenziale in conformità con i principi del diritto europeo primario (*consideranda* nn. 25, 26, 27 e 28)<sup>53</sup>.

### 8.1. *Comunicazioni elettroniche e media audiovisivi: il pluralismo ideologico*

Per quanto riguarda la nozione di servizio e di rete di comunicazione elettronica, come abbiamo già segnalato, l'art. 2 lett. a) e c) della Direttiva quadro segna una radicale revisione rispetto alla configurazione tradizionale dei servizi di telecomunicazione, considerando in maniera finalmente nuova il ruolo della radiotelevisione nelle nuove vie di comunicazione<sup>54</sup>. Praticamente entro l'insieme delle reti di comunicazione elettronica vengono compresi tutti i sistemi di trasmissione a distanza, siano essi riferiti a segnali via cavo, via radio, via satellite, per via terrestre fissa o mobile, incluse le reti che servono alla diffusione di programmi radiotelevisivi.

La corrispondenza tra rete e servizio di comunicazione elettronica non è però completa, perché restano fuori dalla nozione di servizio due aspetti dell'impiego della rete per i quali vengono ravvisati motivi che rinviano per opportunità a ulteriori e diverse regolamentazioni. Si tratta, in primo luogo, di tutti quei servizi che riguardano la fornitura di contenuti o l'esercizio del controllo editoriale su tali contenuti, trasmessi impiegando le reti di comunicazione elettronica, vale a dire la predisposizione dei contenuti dei programmi audiovisivi. In secondo luogo, sono esclusi tutti quei servizi della società dell'informazione, indicati nella Direttiva 98/34/CE, che non consistono integralmente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni, ma che rientrano piuttosto nella applicazione della Direttiva sul commercio elettronico. In entrambi i casi si ritiene opportuno scorporare dai servizi di comunicazione elettronica attività che presentano evidenti elementi ultranei rispet-

<sup>53</sup> M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 15 ss.

<sup>54</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra gestori di reti e fornitura di contenuti nel contesto europeo*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 122, segnala che «ormai è difficile distinguere, dal punto di vista della funzionalità, una rete di telecomunicazioni da una radiotelevisiva e questa progressiva omologazione è ben colta dal pacchetto di nuove direttive comunitarie del 2002».

to alla mera trasmissione a distanza di segnali: in un caso aspetti legati alla disciplina dei commerci, nell'altro la predisposizione dei contenuti editoriali.

La posizione particolare assunta dai programmi audiovisivi è dunque significativa nel panorama della legislazione europea. Proprio il ruolo informativo-generale della programmazione radiotelevisiva suggerisce all'Europa di combinare diversamente il rapporto tra pluralismo e concorrenza rispetto a quanto non accada nelle comunicazioni elettroniche<sup>55</sup>. Alla base della politica comunitaria c'è infatti il riconoscimento di una posizione del tutto particolare del fenomeno della radiotelevisione, coerentemente con quanto affermato già nel 1997 nel Protocollo aggiuntivo al Trattato di Amsterdam<sup>56</sup>. Il profilo contenutistico sembra prevalere ri-

---

<sup>55</sup> L'art. 10 della CEDU garantisce il diritto di ognuno a ricevere e scambiare informazioni. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sostenuto che le normative poste a tutela della concorrenza, pur svolgendo un fondamentale ruolo di garanzia contro le concentrazioni di potere anche nel sistema generale dei mezzi di comunicazione, non sono tuttavia un rimedio bastevole ed efficiente contro la formazione di posizioni dominanti nel sistema delle comunicazioni di massa. Si afferma pertanto la necessità di normative che impongano obblighi *ex ante* che tutelino il cittadino sotto il profilo del pluralismo. Nella sentenza *Information-sveirein Lentia c. Austria*, del 24 novembre, 1993, la Corte di Strasburgo ha affermato che il pluralismo informativo può essere attuato dagli stati solo se il sistema radiotelevisivo risulta informato al principio pluralistico, di cui lo stato è «ultimate guarantor», aggiungendo che lo stesso principio pluralistico assume un valore specifico per la radiotelevisione vista la diffusione capillare dei programmi. Si veda in proposito, R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 82; nonché, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

<sup>56</sup> Uno dei Protocolli aggiuntivi al Trattato di Amsterdam è dedicato esclusivamente alla radiotelevisione intesa quale servizio pubblico statale, in esso si legge tra l'altro che: «il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché alla necessità di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione [...]. pertanto..] le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico [...] e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune». Si veda sul punto, R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, cit. Per una riflessione sulle principali questioni dinanzi al servizio pubblico televisivo nel contesto del diritto europeo, E. BROGI, *Dalla revisione della direttiva "tv senza frontiere" al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo: alcuni elementi di evoluzione del "diritto europeo della informazione"*, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'in-*

spetto allo strumento, cioè al medium, nella politica europea sull'audiovisivo. Il Protocollo di Amsterdam ha creato una area protetta, rispetto alla applicazione delle regole della concorrenza e della liberalizzazione, a favore dei servizi pubblici radiotelevisivi, i quali hanno potuto così continuare anche a beneficiare di una contribuzione diretta da parte degli stati. Tutto ciò in nome del pluralismo<sup>57</sup> ideologico e culturale, in una parola della libertà d'espressione ritenuta meritevole di affiancare e bilanciare il principio della libertà del mercato, perché evidentemente esposta al rischio di non essere adeguatamente protetta da questa ultima.

La Direttiva quadro muove dallo stesso presupposto quando dispensa la fornitura di contenuti editoriali radiotelevisivi dal novero dei servizi di comunicazione elettronica; infatti, si legge che «la politica audiovisiva e la regolamentazione dei contenuti perseguono obiettivi di interesse generale, quali la libertà d'espressione, il pluralismo dei mezzi di informazione, l'imparzialità, la diversità culturale e linguistica, la protezione di consumatori e la tutela dei minori» (*considerando* n. 6). Emerge quindi la consapevolezza che le politiche sulla concorrenza nei servizi di comunicazione elettronica, anche nel contesto di una società dell'informazione fortemente integrata e rinnovata nel rapporto di convergenza tra tecnologie e servizi, richiedono di essere affiancate da ulteriori politiche che, almeno per la radiotelevisione, si richiamino agli obiettivi del principio del pluralismo<sup>58</sup> ideologico e della garanzia della libertà d'espressione. Concorrenza e pluralismo quindi, nella Direttiva quadro, non sono concetti sovrapponibili, pur essendo fortemente intrecciati.

## 8.2. Reti e frequenze: le risorse del pluralismo

Un altro aspetto importante nel rapporto tra concorrenza e pluralismo è dato, nella Direttiva quadro, dalla configurazione tecnica e infrastrutturale degli apparati di comunicazione elettronica. Le problematiche di fondo sono qui sostanzialmente due: la prima riferita alle frequenze e,

---

*formazione*, Torino, 2006, 325 ss. Sulle evoluzioni della disciplina audiovisiva comunitaria, si veda anche, R. MASTROIANNI, *La Direttiva sui servizi di media audiovisivi*, cit.

<sup>57</sup> R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 82-85.

<sup>58</sup> M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione*, cit.

la seconda, riguardante il livello di integrazione e di interoperabilità delle apparecchiature e delle piattaforme di comunicazione.

Le frequenze sono definite come «risorsa essenziale per i servizi di comunicazione elettronica via radio», la Direttiva indica perciò alcuni principi che devono presiedere alla assegnazione di queste importanti risorse da parte della autorità nazionali di regolamentazione. Si stabilisce che esse devono essere attribuite in modo tale che siano fissati determinati «obiettivi e principi armonizzati», nonché secondo «criteri trasparenti, non discriminatori ed obiettivi che tengano conto degli interessi democratici, sociali, linguistici e culturali connessi con l'uso della frequenza» (*considerando* n. 19). Ancora una volta è la libertà d'espressione ad essere in gioco, oltre che la libera concorrenza e il diritto degli operatori di accedere alle risorse base del mercato. La Direttiva ha bene presente che dietro alle risorse materiali di trasmissione si trovano principi che richiamano l'essenza stessa della libertà di manifestazione del pensiero.

In questa visione si comprende anche l'aspetto relativo alla innovazione tecnologica: qui la Direttiva rivolge diversi indirizzi a favore della tecnologia digitale, che può consentire ai consumatori l'accesso a piattaforme aperte ed omogenee. Con riguardo alla politica audiovisiva, si prevede l'applicazione della Direttiva alle apparecchiature utilizzate dagli utenti della televisione digitale, prevedendo anche che le istituzioni nazionali incoraggino, da parte degli operatori televisivi, l'impiego di terminali che rendano ai consumatori più agevole l'accesso ai servizi di comunicazione elettronica.

La scommessa sulla diffusione della tecnologia digitale in generale (e per la radiotelevisione in particolare), è motivata dalla esigenza di razionalizzare e moltiplicare le frequenze disponibili, problema questo quanto mai vero per la televisione terrestre. Come per le frequenze, anche per le apparecchiature sono in questione interessi e diritti ultranei rispetto a quelli del mercato. Le tecnologie non sono indifferenti a proposito, così si afferma che «al fine di garantire il libero flusso delle informazioni, il pluralismo dei mezzi di informazione e la diversità culturale dovrebbe essere promossa l'interoperabilità dei servizi televisivi digitali interattivi e delle apparecchiature terminali avanzate per la televisione digitale, a livello del consumatore» (*considerando* n. 31).

Oltre al pluralismo culturale, però, l'impatto tecnologico del mercato dei servizi di comunicazione elettronica può incontrare anche altre esternalità. È il caso, ad esempio, della tutela dell'ambiente. Da questo punto di vista la Direttiva si preoccupa di indicare una linea politica che è quel-

la della condivisione degli apparati piuttosto che la proliferazione di reti e impianti<sup>59</sup>. Così si sancisce che «la condivisione delle strutture può presentare vantaggi sotto il profilo urbanistico, della salute pubblica o per motivi ambientali e dovrebbe essere incentivata dalle autorità nazionali di regolamentazione sulla base di accordi con le imprese su base volontaria». Sino al punto che «nei casi in cui le imprese non dispongano di alternative economicamente valide può essere opportuna la condivisione obbligatoria delle strutture o della proprietà». Occorre comprendere in proposito: la coubicazione fisica, la condivisione di condotti, piloni, antenne e sistemi di antenne (*considerando* n. 23).

### 8.3. *La concorrenza: la libertà del mercato*

Il rapporto tra pluralismo e concorrenza assume una declinazione sensibilmente diversa nel terzo dei profili indicati, cioè quello delle norme relative alla tutela della libertà dei mercati dei servizi di comunicazione elettronica. Se nella definizione dei servizi o nelle indicazioni sulle apparecchiature tecniche emerge chiaro il riferimento al pluralismo che tutela la diversità delle culture quale campo autentico della libertà d'espressione, in questa parte la Direttiva si preoccupa esclusivamente di mettere in campo gli strumenti volti a garantire lo sviluppo del mercato concorrenziale.

Le prime fasi delle politiche di liberalizzazione dei mercati di telecomunicazione sono state caratterizzate da norme che hanno voluto impedire la concentrazione di un eccessivo potere di mercato. La Direttiva 97/33/CE, per tutelare l'avvio della concorrenza, definiva obblighi e limiti *ex ante* che gli operatori dovevano rispettare. Il d.p.r. 318 del 1997 di attuazione della normativa comunitaria recepiva il limite massimo del 25% della quota di mercato che un solo operatore delle telecomunicazioni poteva controllare in un singolo mercato; limite che poteva però essere

---

<sup>59</sup> B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., segnala che dopo la seconda fase di liberalizzazione con la Direttiva "full competition", che aveva cercato di favorire la creazione di una pluralità di reti interconnesse tra loro da parte dei vari operatori, si è constatato che la costruzione di reti alternative o parallele (locali o nazionali) è un obiettivo, a causa dei costi elevati, difficilmente raggiungibile se si vuole garantire una effettiva pluralità di imprese di servizi.

derogato, sia al ribasso che al rialzo, in virtù di una analisi di mercato svolta dalla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Limiti *ex ante* quindi, ancorché flessibili<sup>60</sup>, cioè fissati in precedenza rispetto all'ingresso degli imprenditori sul mercato, da rispettare pena l'applicazione delle sanzioni che tendono a riequilibrare il mercato.

La flessibilità della normativa antitrust nella prima fase di liberalizzazione delle telecomunicazioni era motivata dal fatto che il mercato non presentava ancora profili di pieno sviluppo in senso concorrenziale, vista la presenza dei cosiddetti *incumbent* rappresentati dalle vecchie società in mano pubblica (ex titolari in via esclusiva o speciale del monopolio dei servizi), ora più o meno privatizzate ma comunque collocate in una posizione, tecnica e commerciale, di oggettivo vantaggio rispetto ai nuovi competitori. Anche gli obblighi di regolazione *ex ante* dovevano pertanto tenere conto di una realtà fortemente asimmetrica, dove accanto ad operatori titolari di contratti e reti infrastrutturali si affiancavano imprenditori appena entrati, i cosiddetti *new comers*, dotati di una posizione di mercato decisamente non paragonabile a quella dei primi. La normativa antitrust, pur fissando limiti rigidi e astratti da applicare in caso di posizione dominante, non poteva non introdurre elementi di discrezionalità nella valutazione della singola fattispecie a favore della crescita della concorrenza<sup>61</sup>. Così la quota massima di mercato, indicata nel d.p.r. 318 del 1997, controllata da un operatore al fine della qualificazione di operatore con notevole forza di mercato, fissata al 25% per ogni singolo mercato, poteva essere anche abbassata o al contrario innalzata dalla Autorità di garanzia, ottenendo una frontiera mobile nella applicazione dei provvedimenti antitrust. L'Autorità poteva infatti stabilire che in ragione della entità del mercato, del livello tecnologico o della peculiare capacità di influenzare il mercato e i consumatori da parte degli operatori, una impresa che controllasse quote anche maggiori o minori del limite fissato (25%) potesse ugualmente essere definita come titolare di una posizione dominante, in ragione del consolidamento della concorrenza.

---

<sup>60</sup> P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 203.

<sup>61</sup> A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal nuovo quadro regolamentare*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 103, sottolinea come «non sia corretta l'affermazione, alquanto ricorrente, per cui nel "vecchio" quadro regolamentare il meccanismo di individuazione delle imprese con SPM (significativo potere di mercato) avvenisse in modo automatico», poiché le Autorità nazionali dovevano tenere conto di altri parametri.

La Direttiva quadro del 2002 rivede criticamente questo impianto, considerando sostanzialmente avviato e sviluppato il processo di liberalizzazione, così che i limiti *ex ante*, utili nella fase iniziale di apertura dei mercati, possono lasciare il posto ad un modello diverso di normazione. La nuova disciplina si presenta ispirata al diritto comunitario della *concorrenza* più che al modello *regolativo* del mercato: si preferisce una diversa combinazione<sup>62</sup>, nella applicazione della normativa anti-trust per gli operatori con significativo potere di mercato, tra interventi *ex post* ed obblighi positivi predeterminati *ex ante*. Sono le singole condotte degli operatori ad essere di volta in volta valutate dalle autorità di garanzia preposte alla salvaguardia della libertà del mercato, a partire da obblighi negativi quali il divieto generale di operazioni che restringano la concorrenza<sup>63</sup>.

La Direttiva muove dal dato dell'effettiva affermazione, negli anni, di ampi spazi di concorrenza nel mercato dei servizi, a partire dal quale propone un sensibile mutamento nella politica anticoncentrazionista. Si precisa infatti che «è essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema» (*considerando* n. 27). Il fulcro della nuova normativa è rappresentato dalla nozione di impresa dotata di un *significativo potere di mercato*, che viene definita come colei che «individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori» (art. 14, par. 2). Come si vede è eliminato ogni rife-

---

<sup>62</sup> La netta contrapposizione tra modello regolativo e modello concorrenziale è criticamente discussa da F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, 55 ss. secondo il quale si può «negare con assoluta tranquillità la capacità di distinguere due nette e differenti categorie di interventi. Si tratta in realtà di uno spettro di differenti combinazioni».

<sup>63</sup> Per gli aspetti critici relativi alla normativa comunitaria come recepita dal Codice delle comunicazioni elettroniche, si vedano: M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 16 ss.; M. D'ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, *Ivi*, 35 ss.

rimento a obblighi preventivi o a quote di mercato predeterminate previamente, per lasciare posto a valutazioni successive dei singoli mercati e dei singoli comportamenti.

La valutazione della concorrenzialità dei mercati è il risultato di una complessa procedura di analisi degli stessi che coinvolge non solo le Autorità nazionali di regolamentazione ma anche la Commissione europea, la quale ha il compito di definire gli orientamenti da seguire «nel valutare se un'impresa esercita un'influenza significativa in un determinato mercato» (*considerando* n. 28). Infatti, previa consultazione con le Autorità nazionali, la Commissione «adotta una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti» le cui caratteristiche siano tali da «giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti dalle direttive particolari»: nel compiere questa opera di definizione dei mercati la Commissione si dovrà basare sui «principi del diritto della concorrenza» (art. 15, par. 1). Le singole Autorità nazionali, successivamente, dovranno concretamente individuare se due o più imprese godono congiuntamente di una posizione dominante sul mercato, e nel fare ciò si dovranno attenere al diritto comunitario tenendo «nella massima considerazione gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione».

Il quadro regolamentare proposto dalla Direttiva quadro innova le procedure antitrust secondo linee evolutive che ridisegnano gli strumenti normativi e che rivedono anche i profili istituzionali. Emergono quindi, in breve conclusione, alcuni profili sostanziali. In primo luogo, vi è l'adozione da parte della normazione europea per le comunicazioni elettroniche di istituti propri del diritto comunitario della concorrenza nonché della relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia; vi è poi una classificazione dei mercati rilevanti più dettagliata e analitica, che promana sostanzialmente dalla Commissione europea; la Commissione medesima, in terzo luogo, viene a trovarsi in una posizione di coordinamento e supervisione rispetto alle Autorità nazionali; le Autorità nazionali sono tenute a rispettare gli orientamenti della Commissione e a motivare e comunicare alla stessa le decisioni di notificare ad una impresa alcuni obblighi derivanti dall'essere titolare di significativo potere di mercato<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal nuovo quadro regolamentare*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 102-103.

## 9. La riforma del *Framework* 2002

La Direttiva quadro ha previsto un termine per la Commissione per promuovere il riesame della normativa sulle comunicazioni elettroniche<sup>65</sup>. Con un certo anticipo la Commissione ha avviato tale procedura già a partire dalla fine del 2005, promuovendo una consultazione pubblica sulle prestazioni complessive del pacchetto di riforme del 2002<sup>66</sup>. A seguito dei pareri raccolti la Commissione ha adottato nel giugno del 2006 una *Comunicazione sul riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*<sup>67</sup>. Parallelamente la Commissione ha avviato anche la riforma della Raccomandazione relativa alla determinazione dei mercati rilevanti che deve guidare tutte le Autorità nazionali di regolamentazione nella applicazione della normativa antitrust. Il 13 novembre del 2007 la Commissione ha infatti presentato sia la proposta di Raccomandazione sui mercati rilevanti sia quella della riforma complessiva del cosiddetto Framework 2002. Mentre la Raccomandazione sulla analisi e la determinazione dei mercati è entrata immediatamente in vigore<sup>68</sup>, la revisione del quadro normativo generale ha iniziato il procedimento legislativo comunitario.

La riforma della disciplina delle comunicazioni elettroniche è ampia e articolata, si struttura in due Direttive e un Regolamento. Si tratta di una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle Direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica<sup>69</sup>. Nonché di una proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei con-

<sup>65</sup> L'art. 25, Direttiva n. 21/2002, indicava il termine entro marzo 2006.

<sup>66</sup> La Commissione in una prima fase si è rivolta agli operatori chiedendo loro pareri sul funzionamento della riforma, ricevendo più di 150 informative.

<sup>67</sup> Pubblicato in COM (2006) 334 final.

<sup>68</sup> Pubblicato in GUCE C (2007) 5406 rev 1.

<sup>69</sup> COM (2007), 697 def. 13.11.2007

sumatori<sup>70</sup>. Infine, una proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche<sup>71</sup>. Proprio questo ultimo documento rappresenta l'aspetto centrale della riforma: alla creazione di una Authority europea per le comunicazioni elettroniche sono infatti connesse entrambe le direttive<sup>72</sup>.

La premessa da cui muove il pacchetto di progetti normativi è il raggiungimento, a livello europeo, di un sufficiente grado di apertura di mercati nazionali nel settore delle telecomunicazioni (*rectius*: comunicazioni elettroniche), che abbisogna però di una ulteriore razionalizzazione rispetto alla riforma del 2002. Si dà per conseguito l'obiettivo della liberalizzazione dei servizi mediante la decostruzione dei vecchi monopoli pubblici retti sul sistema dei diritti speciali o esclusivi: la legislazione

---

<sup>70</sup> COM (2007), 698 def. 13.11.2007. La proposta di Direttiva mantiene una nozione statica del servizio universale, sostanzialmente in linea con il dettato precedente, escludendo dal novero dei servizi minimi garantiti la banda larga, come nota criticamente, G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o Innovazione?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Si nota tuttavia che «Nell'ultima versione ancora in itinere della Direttiva Servizio universale (approvata il 6 maggio dal PE in seconda lettura11), il *Considerandum* 3 bis promuove la banda larga a prestazione facoltativa di servizio universale, nel senso che spetterà agli Stati decidere se aggiungerla o meno all'elenco, fermo restando che in caso di esito positivo, la stessa non graverà come onere economico sugli operatori, ma unicamente sul sistema di fiscalità generale. Va certamente considerato che si tratta di un *Considerandum* e non di una disposizione della Direttiva. Essa è dunque una un'indicazione politica *pro futuro*, non già una prescrizione giuridica attuale. Rimane però un indubbio valore di segnale, timido indizio di una certa apertura dell'Unione verso l'acquisizione della banda larga a *commitment* politico dei singoli Stati».

<sup>71</sup> COM (2007), 699 def. 13.11.2007. Sul quadro comunitario in materia di poteri e autorità di regolazione, si veda anche S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 33 ss.

<sup>72</sup> M. OROFINO, *Profili costituzionali*, cit., 224 ss. Si devono però segnalare alcuni passaggi istituzionali. In data 7 novembre 2008, infatti, la Commissione Europea ha elaborato nuove proposte legislative entro il pacchetto di riforma delle comunicazioni elettroniche, considerando gli elementi emersi dal voto del Parlamento Europeo del 24 settembre 2008, e, alcune critiche emerse dal Consiglio. Vi sono quindi importanti novità rispetto al testo originario della Commissione. In primo luogo sono state eliminate alcune proposte qualificanti, come la creazione di una Autorità Europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche. Anche l'obbligo della separazione funzionale viene mitigato, rimesso alla valutazione degli stati membri che potranno adottarlo in casi eccezionali. Infine si segnala l'aumento delle tutele per i consumatori in tema di trasparenza delle condizioni di servizio.

asimmetrica e della concorrenza<sup>73</sup> che ne è risultata costituisce il vero oggetto di valutazione da parte della Commissione. Il principale scopo da perseguire è intervenire sulla configurazione concreta che il mercato ha assunto, sui vari profili soggettivi delle figure coinvolte, dove si incontrano (e si scontrano) ancora i cosiddetti neo-competitori e i vari *incumbents*, cioè gli operatori che ereditano il loro assetto societario e industriale dai “vecchi” soggetti del monopolio pubblico. L’esigenza è quella di razionalizzare i principi per il bilanciamento degli interessi all’accesso alle reti con forme di intervento eteronomo rispetto alla autonomia contrattuale: il principio di eguaglianza degli operatori, il divieto di non discriminazione e l’obbligo di giungere alla contrattazione, infatti, derogano la libera determinazione imprenditoriale<sup>74</sup>.

Le proposte di riforma riguardano infatti sia le procedure per imporre obblighi asimmetrici, sia la tipologia degli obblighi asimmetrici stessi. Dal primo punto di vista, vengono sensibilmente espansi i poteri della Commissione rispetto al potere sanzionatorio esercitabile da parte delle singole Autorità nazionali di regolazione<sup>75</sup>. Per i nuovi obblighi asimmetrici, il più rilevante profilo è l’introduzione del dovere di separazione funzionale per gli operatori verticalmente integrati, che consiste nel distinguere le attività commerciali di offerta di servizi agli utenti dalla gestione della offerta di servizi di accesso alla rete all’ingrosso.

Un ulteriore livello di riforma riguarda le procedure per l’assegnazione delle frequenze radio. Le proposte segnano un avanzamento dell’intervento delle istituzioni comunitarie, puntando essenzialmente su tre aspetti: rafforzare il principio della neutralità tecnologica e quello della neutralità del servizio; aumentare le frequenze disponibili; istituzione di un sistema europeo di coordinamento per i servizi wireless paneuropei<sup>76</sup>.

Il principio della neutralità tecnologica limita al massimo le interferenze nell’uso delle tecnologie di comunicazione, consentendo agli stati membri deroghe per ragioni di salute pubblica o al fine di consentire

---

<sup>73</sup> L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 113.

<sup>74</sup> G. DE MINICO, *Le Direttive Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 al 2006. Un punto fermo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Si veda anche M. CLARICH, R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2009, 23-31.

<sup>75</sup> M. OROFINO, *Profili costituzionali*, cit., 228.

<sup>76</sup> M. OROFINO, *Ivi*, 235 ss.

l'accesso diffuso agli utenti. Il principio della neutralità del servizio è invece una novità del pacchetto di riforma che segna il principio di libertà degli operatori sulla modalità di utilizzazione della frequenza radio, contemplando anche la possibilità di cambiare il tipo di servizio offerto nel periodo di validità della licenza (così un operatore di telefonia mobile può decidere di offrire servizi internet o radiotelevisivi). Altri aspetti non meno significativi sono quelli legati alla commerciabilità e all'aumento delle risorse frequenziali: si tende a favorire l'uso condiviso e non esclusivo delle frequenze nonché la loro commerciabilità.

Il processo di adozione delle riforme del Framework 2002 è iniziato ponendosi sostanzialmente nel solco di una interpretazione evolutiva di istituti e problematiche già presenti nella Direttiva quadro. Non mancano certo diversi profili critici, che attengono innanzitutto al grado di maturità del mercato e alla scelta di regole che tutelino veramente la concorrenza e i nuovi operatori<sup>77</sup>. Un dato che deve però essere segnalato riguarda il nesso profondo tra mercato e pluralismo dei contenuti che emerge anche da queste linee di riforma. Non si comprenderebbe l'innovazione rappresentata dall'ordinamento unico delle comunicazioni elettroniche senza il riferimento obbligato al rapporto tra l'uso delle risorse di frequenze e libertà della concorrenza. Diritti esclusivi ed escludenti sull'uso delle infrastrutture di rete di comunicazione elettronica comportano infatti non solo la violazione del principio di libertà economica, ma altresì quello del pluralismo, visto che tutti i contenuti medialiali sono oggi veicolati attraverso le stesse reti di comunicazioni elettroniche.

La regolazione complessiva delle comunicazioni elettroniche è sempre più lo snodo centrale su cui passano diversi profili delle libertà costituzionali. La normazione europea ha indicato alle legislazioni nazionali proprio il coacervo di questioni intrecciate: si tratta di un contributo assai importante alla nuova dimensione costituzionale interna della libertà di espressione<sup>78</sup>. La libertà di iniziativa economica in mercati concorrenziali, e la connessa libertà di circolazione dei servizi, significano infatti libera circolazione di informazioni e di contenuti politico-culturali. Concorrenza, tecnologie e pluralismo delle opinioni determinano insieme il diritto delle comunicazioni (sia sul versante dei mezzi che su quello dei contenuti) riconducendolo alle tematiche assai classiche, e ugualmente sorte sul terreno europeo, del

---

<sup>77</sup> Si veda in particolare la critica svolta da G. DE MINICO, *Le Direttive Ce*, cit.

<sup>78</sup> Si veda per l'analisi dell'impatto costituzionale interno dei principi del diritto europeo, P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, cit.

fondamento della libertà d'espressione, che sono riassumibili nella libera diffusione di idee e nel pluralismo<sup>79</sup>. L'inedita concentrazione di vari servizi in un unico strumento di diffusione rende assai delicato il tema della proprietà e della concentrazione delle risorse trasmissive, così come quello della capacità di accedere agli stessi mezzi di comunicazione, facendone delle vere e proprie questioni di una moderna cittadinanza democratica.

---

<sup>79</sup> A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 27, nota efficacemente come «la proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero» nel costituzionalismo contemporaneo ha «un duplice rilievo» come «diritto di libertà (spettante a tutti) con riferimento al mezzo di cui si abbia la disponibilità giuridica in accordo con le leggi che lo disciplinano» e come «valore pluralistico per ciò che attiene alla disciplina dei mezzi di diffusione».



