

Una domanda inoltrata al Tribunale Civile. Un fatto. Prove che lo attestano o lo negano (normalmente testimoniali o documentali). Ciascun difensore invoca le norme della fattispecie astratta da applicare al caso concreto nonché le norme processuali. Quindi un diritto non solo deve esistere, ma va anche saputo azionare in un giudizio. Di qui il bravo avvocato, di qui la sua professionalità. Ben più essenziale, la terzietà del giudice. Terzietà significa, semplicemente, essere terzo tra i contendenti. Al di sopra di ogni parte, senza partigianeria. Indipendente significa che deve rigettare pressioni politiche oppure raccomandazioni per privilegiare una parte. Da chiunque provengano. Il magistrato deve agire e pronunciare soltanto secondo diritto: art. 12 preleggi; artt. 50, 51, 112, 113 codice di procedura civile. Sembrerebbe tutto facile. Non è così. I gradi di giudizio in Italia sono tre: Tribunale, Appello, Cassazione, e poi (di fatto, il quarto) revisione/revocazione e che costituiscono il grande pozzo della giurisprudenza cui attingere. Il cittadino è, dunque, al riparo?” Il candidato disquisisca inquadrando la tematica nella irrinunciabile tutela derivante dalla Carta Costituzionale a partire dai Principi

SCARTO TRA GIUSTIZIA E DIRITTO

L'art. 24 della Costituzione garantisce l'accesso alla giustizia a tutti. Questo idealmente. Nella realtà c'è una differenza importante tra legge e giustizia. La legge non può prevedere ogni caso che si verifica in concreto così talvolta accade che a causa di una norma sostanziale ovvero processuale un diritto risulta non tutelabile: se la norma trascura delle circostanze che si presentano nel caso concreto, la sua applicazione rigida diventa – almeno per il sentire popolare - un'ingiustizia, come dice il famoso brocardo di Cicerone: *summus ius summa iniuria*.

L'ordinamento giuridico difatti generalmente preferisce sacrificare, in favore della certezza del diritto, la giustizia del caso singolo.

Degli esempi concreti chiariranno il concetto. L'articolo 129 del codice delle assicurazioni afferma che non hanno diritto ai benefici derivanti dai contratti di assicurazione obbligatoria, limitatamente ai danni alle cose: il coniuge non legalmente separato, il convivente more uxorio, gli ascendenti e i discendenti legittimi, naturali o adottivi dell'assicurato: la *ratio* è quella di evitare truffe in danno delle assicurazioni.

Ma poniamo il caso in cui accidentalmente due soggetti legati da un vincolo previsto dal suddetto art. 129 fanno realmente un sinistro tra di loro: essi non si vedranno risarciti i danni dall'assicurazione. Il legislatore, non essendo facile accertare in concreto quando vi sia una truffa o un vero sinistro, ha preferito propendere per la non risarcibilità di tali danni, il che però può generare un'ingiustizia nel caso concreto.

Un settore in cui lo scarto tra giustizia e realtà sociale si è manifestato prepotentemente negli ultimi anni è quello dei contratti con i consumatori. Da sempre ci insegnano che l'autonomia negoziale è un diritto tutelato quasi in assoluto, pertanto una volta concluso un contratto esso ha forza di legge tra le

parti (art. 1372 c.c.). Tuttavia si è rilevato che nei contratti tra imprenditori e consumatori spesso l'autonomia e la volontà negoziale appartengono solo al professionista (contrante forte), mentre il consumatore (contraente debole) "subisce" anche gravose condizioni, talvolta senza nemmeno saperlo: la mera sottoscrizione non implica difatti necessariamente consapevolezza del contenuto del contratto, sebbene per molto tempo il legislatore l'ha ritenuta sufficiente.

Non è solo il diritto sostanziale che talvolta crea ingiustizie. Vi sono infatti casi in cui il diritto alla tutela giudiziaria del singolo risulta sacrificato a causa delle regole processuali, pensiamo ad esempio all'ipotesi dei danni bagatellari. Cosa sono? Sono danni talmente minimi che la loro tutela giudiziaria costerebbe decine di volte più del danno stesso e pertanto rimangono in sostanza a carico del danneggiato. Quando il valore della singola controversia non supera quella soglia che induce mediamente un soggetto a far valere il suo diritto in giudizio, emerge pertanto il profilo del diritto all'accesso alla giustizia dal punto di vista processuale. Anche in tal caso frequentemente si tratta di danni subiti dai consumatori. I soggetti che esercitano attività di produzione industriale, di commercio, di prestazione di servizi di grandi dimensioni spesso mantengono comportamenti di poco riguardo nei confronti degli utenti proprio perché sono consci del ruolo di predominio nella società rispetto ai singoli soggetti, i quali si trovano invece in una posizione di "impotenza" e di incapacità di far valere le proprie posizioni. Infatti anche se il danneggiato decidesse di sopportare i costi del processo (più alti del danno stesso), per la grande impresa (c.d. parte abituale) può essere ragionevole investire, nella prima controversia proposta, ingenti somme superiori al valore della pretesa per vincere la causa, in quanto un precedente favorevole, sia che abbia un'efficacia meramente persuasiva sia vincolante, ha un'influenza decisiva per le successive controversie di serie, ossia aventi ad oggetto pretese omogenee. La tutela della singola pretesa, specialmente se di modica entità, della c.d. parte occasionale, nei confronti di una controparte avente grandi disponibilità di denaro risulta, così, di fatto economicamente insostenibile.

Il legislatore ha talvolta preso atto di questo scarto tra diritto e giustizia e ha approntato degli strumenti per porvi rimedio.

L'art.113, secondo comma, e l'art. 114 c.p.c. consentono al giudice di decidere non secondo diritto bensì secondo equità, ricomponendo quindi il conflitto tra legge e giustizia. Questa possibilità però è limitata a casi marginali, ossia quando il valore della causa non supera i 1100 euro (art. 113, secondo comma, c.p.c.) e quando, trattandosi di diritti disponibili, le parti facciano concorde richiesta affinché il giudice decida secondo equità (art. 114 c.p.c.). L'equità, quindi, sebbene potrebbe essere uno strumento di giustizia del caso singolo, come deroga alla norma scritta con riferimento a una determinata situazione concreta, in funzione di peculiari esigenze presenti in tale situazione, in realtà è stata vista dal legislatore solo come mezzo di economia processuale, difatti il giudice può discostarsi dalla ricerca di una soluzione valida secondo stretto diritto solo per cause di scarsa entità (oltre che quando vi è la richiesta delle parti). Ciò porta a ritenere che il legislatore ha semplicemente preso in considerazione il costo che richiederebbe un'attività istruttoria necessaria

per giungere a una sentenza strettamente giuridica e pertanto ha valutato che in tali casi sia più adeguata una soluzione “equa”, a prescindere dalla circostanza che nel caso concreto ci sia una scissione tra diritto e giustizia.

In merito alle clausole "imposte" dai professionisti ai consumatori, a seguito di direttive comunitarie, è stato infine introdotto il codice dei consumatori (d.lgs. n. 206 del 2005) al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti. L'art. 33, secondo comma, del codice presume fino a prova contraria che determinate clausole siano vessatorie e pertanto sono nulle anche se, in ipotesi, il consumatore le avesse accettate (nuovo tipo di nullità, cosiddetto di protezione, art. 36, cod. cons). Viene quindi intaccato il principio d'intangibilità dell'autonomia negoziale: le parti non sono più libere di determinare il contenuto di un contratto concluso tra di esse. Ma a ben vedere, a parere di chi scrive, la disciplina delle clausole vessatorie restituisce al contratto la sua funzione propria, ossia la regolamentazione libera degli interessi delle parti: per essere valida una clausola – anche vessatoria – è necessario che sia data prova che essa è frutto effettivamente dell'autonomia negoziale esercitata da entrambe le parti, e non dell'imposizione della parte più “forte”.

Per quanto concerne gli *small claims*, o danni bagattellari, finalmente anche in Italia, dopo tradizione centenaria in USA, nel 2009 è stata introdotta la *class action* o azione di classe (art. 140-bis, d.lgs n. 206 del 2005), la quale fin dalle sue origini nasce con lo scopo di fronteggiare squilibri di potere tra un soggetto in posizione di superiorità, soprattutto operatore economico, che si è reso responsabile di una condotta illecita plurioffensiva, e le sue “vittime”.

Difatti se le parti occasionali si coalizzano per esercitare i loro diritti, potendo ripartire i costi processuali tra di loro, ottengono un potere che il singolo non avrebbe.

La peculiarità degli strumenti collettivi non sta nel fatto di permettere l'aggregazione di domande omogenee, situazione già possibile mediante l'istituto del litisconsorzio facoltativo e la riunione di cause connesse, bensì di permettere la trattazione collettiva delle controversie in regime di economia ed efficienza processuale. E' vero che pure il litisconsorzio facoltativo, in Italia, realizza un'esigenza di economia processuale, ma allo stesso tempo, tutti i soggetti coinvolti sono considerati parti, quindi devono essere citati in giudizio (a pena di nullità) ed esercitano tutti i poteri concessi alle parti, rendendo gravoso, in caso di molteplicità dei soggetti coinvolti, lo svolgimento del processo e comunque inutile nel caso in cui il valore della controversia sia moderato.

Le forme di tutela collettiva generalmente legittimano un solo soggetto (che sia un ente esponenziale o un singolo) ad agire anche a tutela degli interessi degli altri soggetti coinvolti (che non diventano formalmente parti del processo), quindi si pongono come obiettivo l'effettività della tutela giurisdizionale.

Purtroppo lo strumento introdotto in Italia non è così funzionale come pretende di essere, tant'è che in verità l'azione collettiva non ha avuto molto successo. Bisogna infatti considerare che prevede

delle regole poco efficienti: innanzitutto legittimati attivi possono essere solo consumatori e utenti e non qualunque soggetto, inoltre non è possibile instaurare un'azione di classe dal lato passivo (solo un'impresa può essere citata), infine uno dei problemi principali di queste cause con pluralità di attori, la competenza, non è stato risolto, anzi, si può dire che l'art. 140-*bis* peggiora la situazione: il codice del consumo prevede come foro inderogabile la residenza del consumatore (art. 63, cod. cons.), in deroga alla regola generale che prevede il foro del convenuto, art. 18 c.p.c., proprio per un *favor* nei confronti del contraente debole.

L'azione di classe riporta invece la competenza presso il tribunale avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa. Ma non solo, per determinate regioni è competente un'altra regione, ad esempio, se il danno viene provocato da un'impresa trentina o friulana, per la domanda è competente il Tribunale di Venezia, se l'impresa è della Basilicata, è competente il Tribunale di Napoli. Il consumatore ne esce ovviamente svantaggiato: per danni di modica entità la *class action* non risulta conveniente in quanto anche solo raggiungere il Tribunale diventa economicamente gravoso. Come detto, strumento alternativo all'azione di classe può essere il litisconsorzio facoltativo, il problema rimane però la competenza in quanto è vero che il codice del consumo prevede come foro inderogabile quello del consumatore ma se vi sono più consumatori in teoria bisognerebbe iniziare un processo presso ciascun foro, a meno che non si faccia ricorso alla regola generale del foro del convenuto, circostanza che comunque va a sfavore del consumatore.

Chi scrive ha proposto una tesi, accettata da un giudice, utilizzando gli strumenti già previsti dall'ordinamento: l'art. 104 c.p.c. consente la proposizione nel medesimo processo di più domande contro la stessa parte anche non altrimenti connesse. A tali cause si applica l'art. 33 c.p.c. che prevede che le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 e 19 dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio di una di esse, per essere decise nello stesso processo. Nel caso in cui attori siano consumatori però la regola che determina il foro non è l'art. 18 c.p.c., ossia il foro del convenuto, bensì l'art. 63 cod. cons. che prevede il foro del consumatore, regola derogabile solo a favore del consumatore: per analogia, quindi, se vi sono più attori consumatori si applica l'art. 33 c.p.c. che consente di instaurare la causa scegliendo uno dei fori dei consumatori, anziché proporre le cause presso ciascun giudice competente per ciascun consumatore. In tal modo è stato possibile instaurare una sorta di *class action* ma rimanendo nel foro più favorevole al gruppo di consumatori, senza dover spostarsi di regione (come sarebbe dovuto succedere applicando l'art. 140-*bis* cod. cons), realizzando pienamente la *ratio* di tutela del codice del consumo, sacrificata tuttavia da norme processuali predisposte da un legislatore forse poco attento.

E' possibile quindi per l'avvocato, anche quando il legislatore "rema contro", riportare la fattispecie a giustizia, affinché tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti.

Cristina Rainis