



La nuova disciplina dell'azione di classe e della inibitoria collettiva

Contributo sul DDL n. 844

Una premessa. Rispetto al testo sul quale ero stata ascoltata sono stati fatti passi avanti, con modifiche e integrazioni che corrispondono ad alcuni dei suggerimenti che mi ero permessa di dare.

Mi concentrerò perciò sui punti che maggiormente, a mio parere, meritano ancora intervento sotto il profilo delle regole del processo. Non entrerò nei temi di natura per così dire, più “politica”, sui quali rimando alle considerazioni che ho ascoltato durante le audizioni, né sull’impianto di fondo del DDL, o sulla eccessiva complessità di alcune previsioni, ma mi limiterò a individuare alcuni aspetti che, ferma l’impostazione di fondo che i proponenti hanno scelto di dare, potrebbero essere ulteriormente migliorati.

1. L’inibitoria collettiva

È lo strumento maggiormente utilizzato nella pratica, e nonostante questo è quello che, nel DDL, ha ricevuto minore attenzione.

Rispetto al testo sul quale si erano svolte le audizioni, è stata correttamente modificata la previsione per cui il tribunale, anche d’ufficio, avrebbe potuto ordinare al convenuto di adottare le misure più opportune ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate, perché in contrasto frontale col principio della domanda.

Rimangono però alcune criticità, che segnalo di seguito:

- è troppo ampia una legittimazione ad agire riconosciuta “a chiunque vi abbia interesse”. Questa formula, che nell’art. 1421 si riferisce al titolare del diritto dipendente dal diritto fatto valere in giudizio, qui invece, sganciata com’è dal rapporto contrattuale, **allarga troppo il ventaglio dei legittimati**, anche per la difficoltà di individuare quale sia il diritto pregiudiziale, rendendo



possibile a chiunque agire per ottenere un ordine particolarmente invasivo, e scaricando sul giudice il non semplice compito di far ricorso al solo criterio dell'interesse ad agire.

Suggerirei di utilizzare una formula del tipo “*i titolari dei diritti che possono ricevere pregiudizio da atti e comportamenti posti in essere nei confronti di una pluralità di individui o enti possono agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva*”.

- L'inibitoria, per sua natura, si avvia con un procedimento cautelare, che infatti era previsto nell'art. 140 Cod. cons. Qui invece scompare il riferimento all'inibitoria cautelare che poteva essere chiesta per “*giusti motivi di urgenza*” (e non solo negli stretti limiti dell'art. 700 c.p.c.), sicché l'inibitoria cautelare nel DDL è ammissibile soltanto in virtù dell'art. 700 c.p.c. ma allora solo sul presupposto del pregiudizio imminente e irreparabile, che, in ipotesi di danno patrimoniale, è clausola assai più difficilmente invocabile. Suggerirei di reintrodurre l'inibitoria cautelare, agganciandola al presupposto dei “*gravi motivi*” o ad analogo requisito.
- Se verrà prevista l'inibitoria cautelare, il problema del rito dell'inibitoria collettiva sarà nei fatti superato, perché le cause di inibitoria, per la necessità di un intervento rapido del giudice, si giocano sempre sul piano cautelare e, trattandosi di misure anticipatorie e non conservative, la causa di merito può non essere iniziata se alle parti non interessi farlo.
- Senza la misura cautelare, invece, il problema del rito applicabile rimane. Dal momento che siamo in presenza di una forma di giurisdizione contenziosa, e non volontaria, non è opportuno il richiamo alle “*forme del procedimento camerale regolato dagli articoli 737 ss., in quanto compatibili*” (formula, quest'ultima, che è sempre fonte di dubbi interpretativi e che sarebbe meglio non utilizzare chiarendo invece quali norme si ritiene di richiamare). Il richiamo agli artt. 737 ss., pensato dal legislatore del codice per la giurisdizione volontaria, porta con sé da sempre il problema della compatibilità del rito con le regole del giusto processo regolato dalla legge e con la ricorribilità per cassazione del provvedimento reso in sede di reclamo avente natura decisoria. Se si vuole un procedimento snello in luogo del rito ordinario è meglio disciplinarlo con poche norme chiare, che tratteggino in modo puntuale i poteri del giudice e delle parti (un modello è quello



dell'attuale art. 15 della legge fallimentare, o quello del rito Fornero nella fase dell'opposizione) e che consentano così il controllo in cassazione delle eventuali violazioni dell'art. 360, primo comma, n. 4 c.p.c.

Non è chiaro neppure cosa implichi il richiamo all'art. 840 *quinquies*, senza riferimento specifico a questo o a quel comma, dato che quella norma disciplina un rito autonomo rispetto a quello dell'articolo in commento.

- Andrebbero reintrodotte forme di conciliazione e la necessità di una diffida stragiudiziale, che opera come forma opportuna di filtro.

- **È necessario disciplinare il raccordo tra gli effetti dell'azione inibitoria che miri anche alla rimozione degli effetti prodotti dalle violazioni accertate e l'azione di classe**, per come la giurisprudenza intende la prima. La sentenza di merito sull'azione di classe ha natura di accertamento (della responsabilità del convenuto). Diviene sentenza di condanna solo quando l'azione è proposta da un soggetto diverso dall'associazione o dal comitato. Anche l'azione inibitoria, per la giurisprudenza, ha il medesimo oggetto dell'accertamento della responsabilità del convenuto. La Cassazione (Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351), dal canto suo, ha ritenuto che l'azione possa servire all'accertamento dell'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale fra l'illecito e il danno, dell'esistenza ed entità potenziale dei danni e di ogni altra questione idonea ad agevolare le iniziative individuali, sollevando i singoli danneggiati dai relativi oneri e rischi. Per la Cassazione, infatti, l'illecito è accertato con efficacia di giudicato e questo, se favorevole, può essere speso nei giudizi individuali. Inoltre la Corte, pur stabilendo che con l'inibitoria collettiva non si possono richiedere misure consistenti nella condanna al risarcimento danni a favore dei singoli, ha finito per intendere in modo ampio le misure possibili. La giurisprudenza di merito, a sua volta, ha consentito, attraverso la misura dell'art. 140 Cod. cons., che venissero adottate:
 - pronunce con cui è stata condannata l'impresa a non rifiutare le richieste di risarcimento o restituzione avanzate dai singoli sulla base di argomentazioni già ritenute infondate o illegittime in sede giudiziale (così, in tema di interessi anatocistici, Trib. Milano 15 settembre 2004, Trib. Palermo 29 maggio 2006, Trib. Palermo 22 giugno 2006, Trib. Palermo 26 ottobre 2007, Trib. Palermo 20 febbraio 2008)
 - pronunce con cui è stato dichiarato il diritto alla restituzione del credito residuo (per i possessori di smart card Mediaset Premium) o è stato ordinato



direttamente di riaccreditare le somme in occasione della prima fatturazione successiva (per gli abbonati Sky, stante il costo aggiuntivo richiesto per la spedizione delle riviste Skymagazine o Skylife): Trib. Roma 23 maggio 2008, Trib. Roma 30 aprile 2008.

In questo modo con l'inibitoria collettiva si possono ottenere i medesimi risultati, o risultati analoghi, a quelli che si ottengono con l'azione di classe, senza che siano chiari i limiti soggettivi di efficacia della pronuncia ottenibile con l'art. 840-sexiesdecies quando non ci si limiti all'ordine di cessazione o al divieto di reiterazione della condotta, ma si chieda il provvedimento di cui al settimo comma dell'articolo in commento.

2. L'art. 840 ter ("forma e ammissibilità della domanda") prevede, correttamente, l'impiego del ricorso in luogo dell'atto di citazione.

La proposta di optare per il ricorso quale forma dell'atto introduttivo dei giudizi a cognizione piena è ragionevole e in ogni caso la forma del ricorso si attaglia meglio al processo telematico.

Assai meno convincente, e non imposta affatto dal richiamo al modello del ricorso, è invece la scelta di procedere col rito sommario di cognizione.

Il rito sommario di cognizione si presta a un certo tipo di controversie in cui l'istruttoria è semplificata, ma è un modello non particolarmente flessibile, che normalmente vede una riapertura in appello delle prove possibili.

Al di là di ogni considerazione sull'opportunità del suo impiego, si segnala che le nuove norme vedono, ancora una volta, una proliferazione non opportuna di modelli processuali diversi: il rito sommario di cognizione nell'art.840-ter per il giudizio sulla ammissibilità della domanda e sul merito, un rito deformalizzato per la decisione sulle adesioni, che si conclude con un provvedimento opponibile, con un meccanismo parzialmente ripreso dall'art. 99 l. fall.; e, infine, come si è già detto, un rito camerale, che richiama l'art. 737 c.p.c. in quanto compatibile, per quanto riguarda l'azione inibitoria. Vista la richiesta che proviene da più parti di una semplificazione dei riti, forse è giunto il momento di fermarsi a riflettere sull'utilità di continuare a introdurre di nuovi.

3. Ancora sull'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo dell'azione di classe

Sul profilo soggettivo. Nella versione iniziale era prevista una verifica della rappresentatività dell'ente, mentre non era prevista l'iscrizione in alcun elenco. Opportunamente è stato introdotto l'elenco ed è stato soppresso il riferimento ai comitati.

Oggi dunque la verifica della rappresentatività è sostituita con un ritorno al



riscontro del requisito dell'*adequacy*, sul modello della *class action* nordamericana, accompagnata dall'iscrizione nell'elenco, il che dovrebbe evitare il rischio di azioni promosse da soggetti in cerca di facile pubblicità.

Sarebbe però opportuno chiarire la posizione dell'ente rispetto al diritto individuale: se sia cioè una legittimazione ordinaria, oppure sostitutiva *ex art. 81 c.p.c.*, o se si sia in presenza di un fenomeno di rappresentanza *ex art. 77 c.p.c.*, o altro. Non solo non si parla più di mandato, ma è anche scomparso ogni riferimento agli interessi collettivi, che, per loro natura, potevano essere di titolarità (anche) degli enti, sicché oggi come oggi non è chiaro a quale titolo gli enti propongano la domanda.

Ne possono derivare non pochi problemi: tra le altre cose, anche per la difficoltà di stabilire i poteri processuali dell'associazione o dell'organizzazione, e cosa fare quando sia richiesta la disponibilità del diritto a fini probatori.

Sul profilo oggettivo. La categoria dei diritti omogenei è molto ampia: la giurisprudenza ne ha cercato una specificazione sotto il profilo della condotta evidenziando che deve trattarsi di condotte illegittime che esplichino i propri effetti, in maniera analoga, su una pluralità di individui (Cass. civ. 31 gennaio 2018, n. 2320); potrebbe essere opportuno, anche per questa ragione, riprendere, anche per l'azione di classe, l'espressione "atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti" utilizzata già per l'azione inibitoria nell'art. 840 *sexiesdecies*.

Il codice processuale, per le azioni seriali, utilizza l'espressione "quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni", che potrebbe anch'essa essere ripresa allora per definire i contorni dei diritti omogenei (l'avverbio "parzialmente" supererebbe gli interrogativi che si sono posti in giurisprudenza circa la possibilità di predicare la natura omogenea dei diritti quando ricorrono diversi profili che incidono sul *quantum*).

La necessità di un coordinamento con le discipline speciali. L'ampiezza delle condotte lesive, e la soppressione del riferimento a consumatori e utenti porta a ritenere che la nuova disciplina sia applicabile a tutte le condotte plurioffensive che cagionino danno: dunque anche la materia discriminatoria, dove pure è prevista una disciplina speciale, che dovrebbe essere coordinata, anche per evitare che sorgano interrogativi a proposito della competenza del giudice.

Resta aperto il tema delle chiamate, soprattutto visto l'allargamento della tipologia di controversie.

Dato l'ampliamento dell'ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe, può darsi



il caso della proposizione di due azioni di classe da parte di due classi di soggetti diversi tra loro (ad esempio i consumatori tabagisti e i congiunti per il danno da fumo passivo, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi), e dunque **per diritti diversi ma per lo stesso fatto lesivo**.

L'art. 840 quater esclude la proponibilità di una ulteriore azione di classe “per i medesimi fatti e nei confronti del medesimo convenuto”, con salvezza dell'azione “a tutela dei diritti che non potevano essere fatti valere nel termine” previsto dalla norma. Il caso che menziono, e che così non prevede tutela, è quello di un'azione per i medesimi fatti e nei confronti del medesimo convenuto ma per diritti diversi e non sotto il profilo quantitativo; né si tratta di diritti che non potevano essere fatti valere in precedenza.

4. La competenza attribuita al Tribunale delle imprese (attualmente la competenza è del tribunale ordinario, in composizione collegiale, con sede nel capoluogo di regione sede dell'impresa convenuta)

Il D.Lgs. 3/2017 ha inserito nell'art. 4 D.Lgs. 168/03 il comma 1-ter che affida alle sole sedi di Milano, Roma e Napoli la competenza inderogabile sul *private enforcement* del diritto antitrust, anche per le azioni di classe basate su violazioni antitrust (in generale, il D.Lgs. 3/2017 stabilisce che la disciplina regolatoria delle azioni di risarcimento si applichi anche alle azioni collettive).

Un coordinamento con l'art. 3 D.Lgs. 168/2003 appare dunque opportuno e a tal fine **non sembra sufficiente** la troppo generica previsione, pure introdotta a tale scopo nel DDL 844, secondo cui “*restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3*”, senza richiamo alle norme specifiche e senza previsione di cosa accade quando si abbiano interferenze tra la disciplina generale e quella speciale del D.Lgs. 3/2017.

5. Ancora sulle tre fasi (ammissibilità, merito e liquidazione)

Come si era detto, la soluzione prescelta, in linea di massima, è condivisibile.

Ancora qualche rilievo.

La prima fase. La previsione del reclamo, in luogo dell'appello, rende come sempre necessario chiarire se si applichi però lo statuto dell'appello, per evitare i problemi interpretativi che sempre sono stati sollevati a questo proposito.

La seconda fase. Il procedimento non vede più quella previsione innovativa del case management che era piaciuta a molti, ma, per converso, è regolato in modo (appena) più rispettoso dei principi del contraddittorio e della difesa quanto all'istruzione probatoria (non più “il tribunale regola nel modo che ritiene più opportuno



l'istruzione probatoria", ma una formula ormai consueta, ripresa dal rito Fornero e dall'art. 669 sexies, con la sostituzione, rispetto a quest'ultimo, degli atti di istruzione "indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto" con gli atti di istruzione rilevanti).

Occorrerebbe però precisare che non si intende derogare alle regole in punto di onere probatorio: ciò, ad evitare che la previsione – unita al fatto che si richiamano i dati statistici e le presunzioni semplici - sia letta a supporto di un'interpretazione erronea (in realtà la specialità del procedimento non implica deroga all'art. 2697 cod. civ., ma spesso i due piani vengono sovrapposti).

La terza fase. È ricalcata sul diritto fallimentare (progetto di stato passivo), e questo spiega – ma non giustifica, sicché di nuovo si suggerisce una modifica - perché il rappresentante comune degli aderenti debba avere le caratteristiche dell'art. 28 l. fall. Può essere ulteriormente migliorata la disciplina della impugnazione del decreto (art. 840 undecies), che è ricalcata su quella dell'art. 99 l. fall., ma 1) prevede l'intervento di qualunque interessato, che è più logico nel fallimento per le caratteristiche di concorsualità che qui mancano (anche se si parla di una esecuzione forzata collettiva, ma con caratteristiche ben diverse); 2) non chiarisce se il provvedimento è ulteriormente impugnabile (quello dell'art. 99 lo è).

6. Le sanzioni

Nel testo del DDL sono previste sanzioni per la parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione o non adempie allo stesso. La previsione riecheggia quella che si vorrebbe introdurre in generale nel processo civile sempre con riferimento all'ordine di esibizione.

Osservo che, se è corretto prevedere una sanzione, il massimo edittale sembra però particolarmente elevato, anche tenuto conto del diverso importo previsto nel codice di rito per il rifiuto del terzo rispetto all'ordine di consentire le ispezioni (art. 118, terzo comma) e del fatto che l'art. 118 per la parte non prevede alcuna sanzione pecuniaria.

7. In chiusura, segnalo che all'art. 840 octies si continua a prevedere che "Il giudice delegato, con decreto, ... condanna al pagamento (..) delle cose dovute", oltre che delle somme, laddove è ovvio notare che le cose dovute non sono oggetto di "pagamento".

Tra l'altro, non si prevede alcun modo per effettuare l'adempimento spontaneo per le "cose dovute", mentre nell'art. 840 duodecies si prevede il versamento su conto corrente bancario o postale intestato alla procedura ecc.



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE
DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

Resto a disposizione per integrazioni e chiarimenti, se riterrete utile il contributo.

Prof. Ilaria Pagni
Ordinario di diritto processuale civile

Ilaria Pagni