



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DSG
DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

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

Audizione alla II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati, 18
settembre 2018

Una premessa. La disciplina proposta risolve una buona parte dei problemi applicativi che si erano posti nel vigore della disciplina attuale. Non sempre lo fa tenendo conto delle interpretazioni che si erano affermate nella giurisprudenza, neppure della Cassazione (è il caso, in particolare, della ricorribilità per cassazione del provvedimento che nega o ammette l'azione di classe), ma in ogni caso propone delle soluzioni.

Il mio intervento perciò non vuole difendere il testo attuale, ma, semmai, muovendo dal testo proposto, individuare alcuni aspetti che potrebbero essere migliorati.

Non entrerà, volutamente, su alcuni temi di natura, per così dire, più “politica” (ad esempio, la scelta di riconoscere la cd. quota lite e il come reagisca su uno strumento introdotto nel 2009 il fatto che oggi la Cassazione a sezioni unite abbia aperto la strada ai danni punitivi, pur condizionandone, in concreto, la risarcibilità ad una espressa previsione di legge, affermando che “*nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*”: Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601) e, sia pure per cenni, mi concentrerò, invece, da processualcivilista, su alcuni dei problemi che i tribunali coinvolti si troveranno, nei casi meno banali, a dover affrontare.

1. L'art. 840 bis amplia l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo dell'azione di classe

Scompaiono gli interessi collettivi, rimangono i diritti individuali omogenei senza alcun riferimento a utenti e consumatori.

Scompare l'indicazione delle fattispecie lesive, sostituita dal più ampio riferimento ai “fatti cagionati nello svolgimento delle rispettive attività” da imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità”.

Prof.ssa Ilaria Pagni

Ordinario di diritto processuale civile

Via delle Pandette, 35 – 50127 Firenze

Telefono +39 055 2759208 | e-mail: ilaria.pagni@unifi.it

Sito web: www.dsg.unifi.it



L'azione può essere proposta dal titolare del diritto (menzionato come “componente della classe”) e dall'associazione o comitato che abbia come scopo la tutela dei predetti diritti.

*

Il profilo soggettivo. Non è chiarita la posizione dell'associazione o del comitato 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 si parla più di mandato, ma al tempo stesso scompare ogni riferimento agli interessi collettivi (che potevano essere di titolarità degli enti), sicché non è chiaro a quale titolo gli enti propongano la domanda.

Il punto rileva al fine di stabilire quali siano i poteri processuali dell'associazione o del comitato, e cosa fare quando è richiesta la disponibilità del diritto a fini probatori.

Il punto – vista anche l'abrogazione dell'art. 139 Cod. cons. - rileva inoltre per l'ipotesi di un intervento dell'associazione o del comitato in un giudizio promosso non nelle forme della *class action* ma dell'art. 33 c.p.c., tenuto conto del modo in cui la questione, ritenuta di massima importanza, è stata affrontata e risolta da Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2016, n. 23304, ritenendo l'iscrizione nell'elenco costitutiva della legittimazione e facendo la differenza con l'art. 140 bis Cod. cons. (caso Carige, ma analogo problema si è posto anche nel caso Uber, sia pure in un giudizio cautelare, a riprova della rilevanza del tema).

La categoria dei diritti omogenei – che non esiste nel codice processuale (a mente del quale era peraltro erroneo parlare di diritti identici perché già la differenza soggettiva rende il diritto diverso) - necessita di una specificazione che viene cercata dalla giurisprudenza sotto il profilo della condotta: quei diritti la cui violazione sia il risultato di un unico evento che abbia prodotto danni di natura seriale (con puntualizzazioni diverse: cfr. Trib. Milano 8 novembre 2013 e Trib. Venezia 12 gennaio 2016). Cass. civ. 31 gennaio 2018, n. 2320, ha puntualizzato che la finalità è quella di tutelare verso condotte illegittime che esplicano i propri effetti, in maniera analoga, su una pluralità di individui, mentre nell'art. 840 bis si fa riferimento, più generico, a “fatti cagionati nello svolgimento delle attività”. Forse sarebbe opportuna una modifica (v. subito *infra*). Si potrebbe inoltre mutuare quanto si legge nell'art. 103 c.p.c. che, regolando il cd. litisconsorzio facoltativo improprio, vi ricomprende le ipotesi in cui “la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni”.

*

Il profilo oggettivo. Il riferimento a “fatti cagionati nello svolgimento delle attività”,



che sembra riferirsi soprattutto a ipotesi di illecito extracontrattuale e che non menziona neppure la plurioffensività della condotta, potrebbe essere sostituito con “atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti”, come nell’art. 840 sexiesdecies (l’inibitoria collettiva) o con una formulazione simile.

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.

2. I raccordi tra azioni

Cosa è previsto.

Resta fermo il diritto all’azione individuale (per l’aderente, purché abbia revocato l’adesione).

Non è ammesso l’intervento di terzi ai sensi dell’art. 105 (come nel testo attuale).

Sono fatte salve le disposizioni della *class action* contro la PA (manca invece una previsione più dettagliata quale era contenuta nel comma 12 dell’art. 140 bis, dove si teneva conto di quanto riconosciuto agli utenti danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate)

È regolato, dall’art. 840 quater, il caso della pluralità delle azioni di classe, ad oggi disciplinato, in modo parzialmente diverso, dal comma 14 dell’art. 140 bis (dopo la scadenza del termine per l’adesione non sono possibili ulteriori azioni di classe “per i medesimi fatti e nei confronti del medesimo convenuto”; le cause promosse prima sono riunite d’ufficio se pendenti davanti allo stesso ufficio giudiziario, altrimenti il giudice adito per secondo ordina la cancellazione e assegna sessanta giorni per la riassunzione). Oggi si prevede che 1) prima della pronuncia sul merito, sia negata la possibilità di una seconda azione di classe davanti al medesimo ufficio giudiziario dopo la pronuncia dell’ordinanza sull’ammissibilità della domanda (solo *prima* è possibile la proposizione e la conseguente riunione, *dopo*, invece, la causa viene cancellata dal ruolo) o dinanzi a un ufficio diverso (in questo caso, già dopo la pubblicazione nel portale dell’atto di citazione si ha cancellazione e impossibilità di riassunzione); 2) dopo la pronuncia di merito, quando l’azione di classe è respinta (in questo caso, decorso un anno) o accolta (in questo secondo caso, con sentenza passata in giudicato), sia negata la possibilità di una nuova azione di classe per i



medesimi fatti e nei confronti del medesimo convenuto, con salvezza dell'azione di classe "a tutela dei diritti che non potevano essere fatti valere nel termine" previsto dalla norma.

È regolato, dall'art. 840 sexiesdecies, il caso in cui l'azione inibitoria sia proposta congiuntamente all'azione di classe: in questo caso si prevede che il giudice disponga la separazione delle cause. L'azione inibitoria collettiva è proposta da "chiunque abbia interesse alla pronuncia".

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. La sentenza definisce anche i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe. L'accertamento dei diritti individuali degli aderenti è successivo. Anche l'azione inibitoria, per la giurisprudenza, ha il medesimo oggetto dell'accertamento della responsabilità del convenuto.

*

Quali profili rimangono scoperti.

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

Non è compiutamente tratteggiato il rapporto con la *class action* verso la PA (ci si limita a fare salve quelle previsioni; sul punto era intervenuta Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2015, n. 19454, precisando che "*la class action pubblica di cui al Decreto Legislativo del 2009 appare funzionale al conseguimento di un risultato che arrechi giovamento, del tutto indistintamente, a tutti i contitolari dell'interesse diffuso, mentre la class action del codice del consumo postula necessariamente l'esercizio di un diritto individuale, oggetto di trasposizione in capo a ciascun titolare singolarmente identificato. Pertanto, l'utente di un servizio pubblico (quale, nella specie, il servizio ferroviario) non è sottratto alla normativa di carattere generale riguardante la tutela del consumatore, ed ha conseguentemente diritto di rivolgersi al giudice ordinario volta che il rapporto giuridico controverso non si instaura, indistintamente, tra gli utenti del servizio pubblico e l'ente erogatore, ma tra gli stessi utenti e il soggetto privato che si assume inadempiente in relazione al corrispondente contratto di trasporto pubblico nella sua fase attuativa*").

Manca anche il raccordo con i provvedimenti delle Autorità indipendenti (nel testo attuale dell'art. 140 bis si prevede la sospensione quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti ad una autorità indipendente ovvero un



giudizio davanti al giudice amministrativo; nell'art. 7 del D.Lgs. 3/2017, in materia di tutela antitrust si prevede il valore vincolante delle decisioni AGCOM).

Resta non compiutamente disciplinato il tema della proponibilità 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, 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 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, e non si tratta di diritti che non potevano essere fatti valere prima.

Nel vigore del comma 14 dell'art. 140 bis sulla pendenza separata di due azioni di classe v. Trib. Torino 28 aprile 2011, in Foro it. 2011, I, 188.

Resta aperto il tema del raccordo tra gli effetti dell'azione inibitoria che miri anche alla rimozione degli effetti (nell'art. 840 sexiesdecies si elimina l'aggettivo "dannosi") prodotti dalle violazioni accertate. La Cassazione (Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351) ha chiarito che con l'inibitoria collettiva non si possono richiedere misure consistenti nella condanna al risarcimento danni a favore dei singoli, ma ha poi finito per intendere in modo ampio le misure possibili (e soprattutto 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).

La giurisprudenza di merito ha consentito:

- 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.

3. 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)

Si segnala che 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.

4. Le tre fasi (ammissibilità, merito e liquidazione)

La soluzione prescelta è condivisibile. 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 ricorribilità per cassazione dell'ordinanza sull'ammissibilità contrasta coi principi in punto di decisorietà e definitività del provvedimento ricorribile, affermati fin dal 1953 dalla Cassazione e ribaditi, con riferimento a questo caso specifico, da Cass. civ., sez. un. 16 novembre 2016, n. 23304, ma tutto sommato una risposta al problema interpretativo, giusta o sbagliata che sia dal punto di vista dogmatico (probabilmente sbagliata), il legislatore la dà.

Non viene chiarito quale sia il termine per l'impugnazione (se i termini sono dimezzati anche qui: v. art. 840 decies, che si riferisce però alla sentenza sul merito) e se operi anche il termine lungo.

La **seconda fase**. Il procedimento non vede più quella previsione innovativa del case management che era piaciuta a molti, ma 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 forse precisare che non si deroga alle regole in punto di onere probatorio, ad evitare che la previsione – unita al fatto che si richiamano i dati statistici e le presunzioni semplici (v. *infra*) – sia letta, erroneamente (la specialità del procedimento non implica deroga all'art. 2697 cod. civ.), a supporto di questa interpretazione.

Si discuterà se sia un procedimento speciale (la relazione parla di un procedimento che segue le forme ordinarie, ma la formula dell'istruzione probatoria non è quella propria della cognizione piena; v. anche l'art. 840 *sexiesdecies*). Questo rileverà però più sotto un profilo dogmatico, visto che il problema della riunione con l'azione inibitoria è stato affrontato espressamente.

Sotto il profilo probatorio, il ricorso alla prova statistica e alle presunzioni semplici (previsto anche nell'art. 40 D.Lgs. 198/2006) risponde alle esigenze affermate dalla Corte di Giustizia ma nella tutela consumeristica (C. Giust. 17 ottobre 1989, causa 109-88, Danfoss, e 27 ottobre 1993, causa 127-92, Enderby) e rischia di allentare troppo le regole in punto di onere probatorio. L'importante è che ci sia consapevolezza di questa conseguenza.

La terza fase. È ricalcata sul diritto fallimentare (progetto di stato passivo), e questo probabilmente spiega – ma non giustifica – perché il rappresentante comune degli aderenti debba avere le caratteristiche dell'art. 28 l. fall. Non è del tutto corretta la disciplina della impugnazione del decreto (art. 840 *undecies*), che è ricalcata su quella dell'art. 99 l. fall., ma 1) dimentica la prova dei *nova* che pure consente (e che invece nell'art. 99 è prevista); 2) 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); 3) dimentica di precisare se il provvedimento è ulteriormente impugnabile (quello dell'art. 99 lo è).

5. L'inibitoria collettiva

Del raccordo con l'azione individuale e con quella di classe abbiamo già detto, e così anche dei presupposti. Vi è da aggiungere:

- come primo e principale rilievo, che non piace la possibilità che il tribunale, anche d'ufficio, ordini 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;

inoltre:

- che è troppo ampia una legittimazione ad agire riconosciuta “a chiunque vi abbia interesse”. Questa formula, che nell’art. 1421 evoca l’ipotesi del titolare del diritto dipendente dal diritto fatto valere in giudizio, rischia di aprire troppo il ventaglio dei legittimati, anche per la difficoltà di individuare il diritto pregiudiziale;
- che non è chiaro cosa voglia dire che “la domanda si propone con le forme del processo ordinario” visto che poi si richiama l’art. 840 quinquies (immagino quanto al rito, non quanto alla necessità dell’adesione: il punto andrebbe chiarito, eventualmente richiamando i soli commi 2 e 3);
- che è apprezzabile il richiamo all’art. 614 bis, ma dove si prevede “anche fuori dei casi ivi previsti” occorrerebbe chiarire se il richiamo vale anche per la materia del lavoro, se questa disciplina, com’è possibile per la sua natura generale, può riguardare anche le ipotesi dell’art. 151 disp. att. c.p.c.
- non sono più previste la conciliazione, la diffida stragiudiziale (che può essere un filtro opportuno) e l’inibitoria cautelare (che a questo punto è invocabile ex art. 700 c.p.c. ma solo sul presupposto del pregiudizio imminente e irreparabile, mentre nel testo attuale si parla di “giusti motivi di urgenza”, che, in ipotesi di danno patrimoniale, è clausola più facilmente invocabile).

In chiusura: tre rilievi sulla forma (che talora è anche sostanza).

Art. 840 bis: “Un’associazione o un comitato che hanno come scopo .. può agire”

Art. 840 septies: La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale, e, poco più sotto, la domanda di adesione interrompe la prescrizione.

Art. 840 octies: Il giudice delegato, con decreto succintamente motivato, ... condanna al pagamento delle somme o delle cose dovute. 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.

Prof. Ilaria Pagni
Ordinario di diritto processuale civile