

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

## ANGELO DANILO DE SANTIS

### **L'azione inibitoria collettiva.**

SOMMARIO – Viene analizzata la struttura e la funzione della nuova azione inibitoria collettiva, esercitabile anche da singoli individui, oltre che dalle associazioni iscritte in un apposito elenco ministeriale. La tecnica di tutela e le forme processuali pongono non secondarie questioni interpretative, anche alla luce della scelta di assoggettarla alle forme del rito camerale, integrato con il richiamo ad alcune disposizioni dettate in tema di azione di classe. L'esecuzione del comando inibitorio è garantita dal richiamo all'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c., che, per l'occasione, parrebbe essere privo del limite della inapplicabilità alle controversie di lavoro.

*1. Premessa.* Il clamore suscitato dall'introduzione dell'azione inibitoria collettiva generale è certamente inferiore rispetto a quello che sta accompagnando l'azione di classe nei primi mesi dalla promulgazione della l. 31/19; eppure, la portata innovativa della scelta del legislatore appare non secondaria, giacché, pur a fronte della ormai comunemente ammessa atipicità dell'inibitoria (cfr. A. MOTTO, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 911), quale forma di tutela di natura condannatoria, la pratica applicazione non sembra suggerire un elevato grado di confidenza degli operatori del diritto con tale strumento.

Forse, la scelta del legislatore di positivizzare l'inibitoria c.d. atipica, la cui portata potrebbe essere in grado di incrementare gli standard di tutela rispetto a situazioni di potenziale danno diffuso e di affiancarlo alla inibitoria collettiva di clausole abusive (art. 37 c. cons., non abrogato dalla l. 31/19, al contrario degli art. 139, 140 e 140 *bis*), nonché all'azione di classe di nuovo conio, si rivelerà opportuna.

Il rimedio inibitorio si configura infatti come efficace strumento di perequazione economica, dato che, in alcuni casi, i vantaggi che un'impresa è in grado di trarre dal protrarsi di una condotta illecita sono superiori ai costi che questa corre il rischio di sostenere nel caso in cui debba far fronte al risarcimento di tutti i danni prodotti (cfr. R.B. BONE, *The Economics of Civil Procedure*, New York, 2003).

Il punto è che l'esperimento della tutela inibitoria non sembra essere legato alla realizzazione di un danno, considerando che «la peculiarità dell'inibitoria risiede specificamente in un delicato equilibrio tra le contrapposte posizioni giuridiche, il quale si sorregge proprio sulla commissione dell'illecito» (cfr. G. BASILICO, *In tema di tutela inibitoria e diritti di libertà*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 410 ss.).

Il legislatore, quando ha previsto l'esperimento di forme di inibitoria, ha operato un arretramento della soglia di accesso alla tutela giurisdizionale al momento che precede il verificarsi del danno; in tal senso, l'inibitoria sembra rappresentare uno strumento di prevenzione proprio del danno, ma non dell'illecito.

Altro è incidere sulle cause del pericolo di danno, altro incidere sugli effetti dell'illecito.

L'inibitoria ha il pregio di garantire tutela nei confronti di beni della vita che stanno subendo un pregiudizio, ma che non sono ancora andati perduti, in quanto la condotta illecita è in essere, ma

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

potrebbe non aver ancora arrecato un danno (cfr. G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013).

Le *rationes* delle forme di tutela collettiva partono proprio dal diverso bisogno di giustizia che viene in rilievo.

Possono, in primo luogo, consistere in quelle di una pluralità di soggetti esposti al rischio della lesione dei propri diritti o della propria sfera patrimoniale: in tal caso, si tratta di prevenire un evento dannoso ovvero di limitarne le conseguenze, evitando il protrarsi dell'illecito.

In secondo luogo, possono essere considerate le esigenze di coloro che abbiano già subito un danno e pretendano di essere risarciti.

Si tratta di situazioni affatto diverse, che richiedono approcci altrettanto diversi (cfr. G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140 ss.).

Soltanto nella prima ipotesi, l'interesse collettivo o superindividuale assume effettiva rilevanza sul piano formale, perché la cessazione della condotta plurioffensiva è idonea a soddisfare congiuntamente ciascuno e tutti i portatori.

Nella seconda, invece, si è in presenza di una pluralità di interessi individuali: sebbene, infatti, la fonte del danno sia unica e comune a tutti, la soddisfazione di ciascuno implica la reintegrazione dei singoli patrimoni.

Gli esempi di azioni collettive inibitorie non mancano, sin dal 1940, cioè almeno sin dall'art. 2601 c.c. – azione delle associazioni professionali – e poi ricorrono nell'art. 28 st. lav., negli abrogati art. 1469 *sexies* c.c. e 3 l. 281/1998, nonché, appunto, agli art. 37 e 140 c. cons.

Non è un caso che le azioni collettive siano fiorite con riferimento a materie nelle quali emergono profili attinenti alla tutela del mercato (sebbene è noto che non manchino esempi in ambiti diversi, come in quello della repressione delle condotte discriminatorie).

Il modello sinora conosciuto al nostro ordinamento è riconducibile alla *Verbandsklage* (R. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 1229), che prevede la legittimazione ad agire attribuita *ex lege* ad enti esponenziali.

La prima e principale novità dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. consiste nella legittimazione ad agire c.d. diffusa, estesa cioè anche ai singoli individui, che vantino un interesse alla condanna del comune convenuto alla cessazione o alla non reiterazione di una condotta commissiva o omissiva.

2. *Legittimazione ad agire*. La rubrica dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. recita «Azione inibitoria collettiva», ma il primo comma della disposizione stabilisce che «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione»; il secondo periodo del primo comma prevede che le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro, purché iscritte nell'elenco pubblico di cui al comb. disp. degli art. 840 *bis*, 2° comma, c.p.c. e 196 *ter*, disp. att., c.p.c., sono legittimate parimenti ad agire.

Sembrerebbe profilarsi un corto circuito, giacché la restrizione delle maglie della legittimazione agli enti iscritti in un elenco ministeriale parrebbe collidere con l'estensione rappresentata dal «chiunque», con cui si apre l'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Parrebbe dunque disvelarsi un'inibitoria collettiva in senso proprio, azionabile soltanto da enti e organizzazioni legittimati *per tabulas*, a condizione che gli obiettivi statuari comprendano «la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta omissiva o commissiva».

Accanto a questa forma di tutela, ben nota alla nostra esperienza (v. A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 361 ss.), si aggiunge quella individuale, quella cioè del singolo (persona fisica, persona giuridica o ente dotato di soggettività giuridica), che vanta un interesse alla cessazione di una condotta (curiosamente non indicata come illecita, ma tale omissione non dovrebbe impedirne la più corretta lettura). Presupposto per l'esperimento della inibitoria, per così dire, individuale ma con finalità collettiva, è che l'interesse del singolo coincida con quello di un gruppo (o di una classe), giacché il pregiudizio - che comunque dovrebbe essere ingiusto - deve essere diffuso o collettivo, deve cioè riguardare «una pluralità di individui o enti».

Le implicazioni sistematiche poste da questa nuova norma appaiono numerose, ma, in prima battuta, parrebbero collidere con l'atipicità dell'inibitoria, a meno di ritenere che il singolo possa esperirla, con le forme ordinarie, fuori quindi dall'ambito di applicazione dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., nelle ipotesi in cui non esista – *rectius*, non si deduca l'esistenza – di una pluralità di individui o enti pregiudicati dalla medesima condotta.

L'azione inibitoria, al pari di quella di classe, vede come contraddittori le imprese, gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità «relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività».

3. *La tutela conseguibile*. L'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. fa riferimento alla condanna alla cessazione di condotte omissive o commissive.

Che l'inibitoria rientri nell'alveo della tutela di condanna è quindi positivizzato e confermato dalla adottabilità del provvedimento *ex art. 614 bis* c.p.c.; un discorso a parte e in altra sede meriterà la categorizzazione del provvedimento e i dubbi circa la sua attitudine, per esempio, a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e a trasformare la prescrizione breve in prescrizione decennale.

Assai significativa appare la scelta del legislatore di consentire l'esperimento dell'inibitoria anche rispetto a condotte commissive, il che dovrà tradursi nel comando da parte del giudice di un *facere* specifico; si tratta di un aspetto nient'affatto scontato e che parrebbe risolvere definitivamente una questione antica (cfr., per riferimenti contrari, G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, cit., 217 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 32, nonché A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1109; a favore, A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 406 ss.; per un'ampia disamina delle diverse posizioni, v. D. AMADEI, *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele ed attuazione*, Torino, 2018, 232 ss.).

La condanna inibitoria consiste in un comando che vale solo per il futuro, che presuppone un illecito – sebbene la disposizione non sembri curarsene – e che prescinde dal danno.

L'attore – o anche il pubblico ministero, come si vedrà nel paragrafo seguente – potrà domandare al giudice di «ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate». Si tratta di una formula già ben nota alla tradizione delle inibitorie

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

consumeristiche e che evoca le c.d. misure ripristinatorie, la cui funzione non è, tradizionalmente, di facile comprensione.

Vengono considerate reintegratorie/ripristinatorie, per esempio, quelle misure finalizzate alla «rimozione degli effetti» della condotta antisindacale accertata *ex art. 28 st. lav.*, alla restituzione dei profitti e al risarcimento del danno, regolate dall'art. 125 d. leg. 30/2005, al ritiro dal commercio o alla distruzione, *ex art. 125 d. leg. 30/2005*, o «a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate», di cui all'art. 140, 1° comma, lett. b), c. cons.; lo stesso art. 28 d. leg. 150/2011 prevede, al 5° comma, che con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice, oltre a poter condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, può adottare «anche nei confronti della pubblica amministrazione», misure ripristinatorie consistenti in «ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti» e poi, al 7° comma, commina la sanzione con esclusiva funzione punitiva.

Dunque, mettendo da parte la nomenclatura che trae in inganno più di frequente di quanto aiuti a chiarire (si consideri che l'art. 2599 c.c. è rubricato «Sanzioni» ma in realtà attribuisce al giudice il potere di emettere gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti degli atti di concorrenza sleale e che l'art. 124 d. leg. 30/2005 è testualmente rubricato «Misure correttive e sanzioni civili»), le forme di tutela aventi funzione reintegratoria non sono finalizzate a reagire ad un illecito fonte di danno, ma ad assicurare la rimozione dell'alterazione di una situazione di fatto e/o di diritto e a (tendere a) ristabilire quella originaria; il presupposto per l'adozione di queste misure è quindi uno stato di fatto difforme dallo stato di diritto o, comunque, dallo stato di fatto *quo ante*.

La distinzione tra tutela ripristinatoria o restitutoria vera e propria e tutela risarcitoria pare tradizionalmente fondata sulla considerazione per cui la prima ambisce a rimuovere l'alterazione della situazione di fatto o di diritto che si sia verificata a prescindere dal danno che possa essersi eventualmente prodotto, mentre la seconda a porre il patrimonio, secondo una valutazione ipotetica, nella stessa consistenza quantitativa (risarcimento per equivalente) e ove sia possibile qualitativa (risarcimento in forma specifica) anteriore all'inadempimento. La linea di confine in realtà è labile e sorgono sovente interferenze, sia perché vi sono rimedi risarcitori che operano secondo tecniche restitutorie, come appunto nell'art. 2058 c.c., sia perché negli effetti da rimuovere potrebbero comprendersi gli effetti dannosi (sia consentito rinviare, per più ampi riferimenti, a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 347 ss.).

4. *Il procedimento.* Come per l'azione di classe, resta il dubbio dell'esperibilità dell'azione inibitoria nei casi in cui sussista la giurisdizione amministrativa; al momento, l'esperienza maturata con riguardo all'inibitoria di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori (art. 140 c. cons.) lascia supporre che ben pochi spazi possano aprirsi per questa forma di tutela preventiva davanti al giudice speciale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Giustizia amministrativa*, n. 238).

Quanto alla competenza, il criterio è identico a quello stabilito per l'azione di classe e prevede che la domanda sia proposta «esclusivamente dinanzi alla sezione specializzata in materia di impresa

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

competente per il luogo dove ha sede la parte resistente»; valgono dunque le medesime considerazioni svolte con riferimento all'azione di classe.

Non è regolata espressamente l'esperibilità dell'inibitoria in via cautelare, che invece è espressamente prevista dall'art. 140, 8° comma, c. cons.; anche alla luce della previsione superstite contenuta nell'art. 37, 2° comma, c. cons., non ci sono motivi per dubitare della possibilità che l'inibitoria possa essere concessa in sede cautelare, ma, probabilmente, la mancanza di una norma *ad hoc* finirà per subordinarne l'ammissibilità alle condizioni dell'art. 700 c.p.c.

In difetto di espressa esclusione, dovrebbero considerarsi applicabili le condizioni di procedibilità previste dalla disciplina della mediazione civile e commerciale (d. leg. 28/10) e della negoziazione assistita (d.l. 132/14, conv. in l. 162/14).

Quanto alle forme del procedimento, la scelta del legislatore è caduta, in modo alquanto inspiegabile, sul rito camerale *ex art. 737 e ss. c.p.c.*, la cui applicazione è richiamata in quanto compatibile. L'atto introduttivo sarà dunque un ricorso che dovrà essere notificato anche al pubblico ministero, la cui partecipazione, in difetto di espressa previsione, non sembra possa considerarsi obbligatoria.

La scelta di affidare la trattazione delle domande di inibitoria alle forme del camerale appare ancora più sconcertante alla luce del disposto del 4° comma dell'art. 840 *sexiesdecies*, ai sensi del quale «Si applica l'art. 840 *quinquies* in quanto compatibile»; sembrerebbe esclusa l'applicazione del 1° comma; il 2° comma è certamente applicabile; il 3° comma che introduce la regola per cui l'acconto da corrispondere al consulente tecnico d'ufficio deve essere versato, salvo specifici motivi, dal resistente, non sembra incompatibile con la *ratio* dell'inibitoria; il 4° comma non dovrebbe rilevare, giacché identica previsione, relativa alla possibilità del giudice di avvalersi di dati statistici e presunzioni è prevista dall'art. 840 *sexiesdecies*, 5° comma, c.p.c.; i commi dal 5° al 13° paiono tutti compatibili, giacché si riferiscono alla disciplina dell'ordine di esibizione; l'ultimo comma dell'art. 840 *quinquies* c.p.c. prevede le forme della diffusione della sentenza affidate alla pubblicazione sul portale del Ministero della giustizia, mentre l'8° comma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. dispone che «il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati»: è ragionevole ipotizzare una non incompatibilità tra le due forme di pubblicità.

Nessuna regola speciale disciplina i rapporti tra azioni inibitorie, né sono regolate ipotesi di connessione; ragionevolmente, si applicheranno le regole ordinarie contenute nel primo libro del c.p.c.

L'unica previsione rilevante, sotto questo profilo, è contenuta nel penultimo comma dell'art. 840 *sexiesdecies*, il quale stabilisce che «Quando l'azione inibitoria collettiva è proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice dispone la separazione delle cause».

Manca, come per l'azione di classe, qualunque indicazione in ordine alla disciplina del mutamento di rito, il che imporrà, qualora doversi porsi la relativa questione, un non marginale sforzo ermeneutico per evitare soluzioni che penalizzino l'effettività del diritto di azione.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

5. *Esecuzione*. L'esecuzione forzata del comando inibitorio è affidata alle forme indirette dell'art. 614 *bis* c.p.c., espressamente richiamato dal 6° comma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

L'adozione delle misure coercitive sarà subordinata comunque all'istanza di parte ma la novità principale riguarda la previsione secondo cui «il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'art. 614 *bis*, anche fuori dei casi ivi previsti».

L'inciso «anche fuori dei casi ivi previsti» parrebbe riferirsi all'ambito di applicazione, costituito dall'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro e alla inapplicabilità della misura coercitiva «alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409».

Senonché, la struttura dell'azione inibitoria suggerisce di escluderne l'applicazione a controversie il cui oggetto sia costituito dal pagamento di somme di denaro; ne consegue che l'inciso «anche fuori dei casi ivi previsti» dovrà, ragionevolmente, riferirsi alla possibilità che l'inibitoria, esercitata in materia di diritti scaturenti da rapporti di lavoro, possa ben essere corredata dalla misura coercitiva generale codicistica.