

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), ULEN THOMAS (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CACLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Profili emergenti nelle azioni di classe

SOMMARIO*: 1. Diritto scritto e diritto vivente. – 2. Sulla clausola generale di «omogeneità» dei diritti individuali. – 3. Poteri istruttori del giudice e vicinanza della prova. – 4. Sezioni specializzate in materia di impresa e professionalità specifica. – 5. Sulla compiuta ristrutturazione dell'azione di classe. – 6. Predominanza dell'azione risarcitoria. Critica. – 7. L'azione inibitoria come strumento di regolazione del mercato (dal «danno collettivo» alla «prassi deviante d'impresa»). – 8. Profili problematici della regolamentazione dell'azione inibitoria.

1. *Diritto scritto e diritto vivente*

Tra i meriti principali della legge 12 aprile 2019, n. 31, «disposizioni in materia di azioni di classe», va senz'altro annoverato quello di avere tolto quest'istituto dalla costrizione consegnatagli dalla precedente collocazione nel codice del consumo e da una frequentabilità limitata ai soli «consumatori» (e alla relativa classe di «utenti»). L'indiscriminata utilizzabilità per la tutela dei «diritti individuali omogenei» e la collocazione della relativa disciplina nell'ambito del codice di procedura civile, così raggiunta, porta senz'altro lo strumento – non già nuovo, ma dalla legge nuova ristrutturato (per certi versi, pure come impianto: v. *infra*, nel n. 5) – al livello delle figure (e dei rimedi) di vocazione generale del sistema. Del resto, la categoria dei «consumatori» – in realtà, più di comodo, che di sostanza (consistendo la stessa in una non giustificata riduzione del genere del «cliente») – è solita svolgere il ruolo di ponte di apertura e passaggio di nuovi istituti, di carattere generale per propria loro natura.

Raggiunta la dignità dommatica che all'idea di azione di classe compete, si tratta adesso di attendere e monitorare la reazione del diritto vivente: se, dunque, nei fatti l'istituto avrà uno sviluppo coerente con le sue potenzialità, comunque compatibile con le stesse, o se invece avrà vita marginale ovvero episodica, sino a ingrossare le fila delle misure giuridiche inutili, perché non utilizzate. Non mancano preoccupazioni al riguardo (anche al di là della constatazione che la

* Il testo riproduce, con gli opportuni adattamenti formali, la relazione tenuta al Convegno «*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*», Roma, 6 luglio 2019.

versione iniziale dell'istituto non sembra avere avuto, a prescindere dalla marginalizzazione disciplinare, riscontri proprio esaltanti). Come mostra, a ben vedere, già lo stesso fatto che l'istituto – una volta chiamato a far parte del codice di procedura – sia stato poi collocato in coda a tutto il resto della normativa (addirittura dopo quella dedicata all'arbitrato): a simbolo, quasi, di una figura ancora in gran parte da decifrare; di un forte senso di disagio, comunque.

Data questa situazione, sembra opportuno dedicare qualche pur breve (sommaria e solo assertiva, com'è naturale vista la sede) osservazione su taluni degli aspetti che possono incidere sulla riuscita pratica dell'istituto (cfr. n. 2 ss., con riferimento all'esigenza di professionalità specifica e forte degli operatori coinvolti nelle azioni, e n. 5 ss., a proposito dell'azione inibitoria).

2. Sulla clausola generale di «omogeneità» dei diritti individuali

La materia richiede – è importante per prima cosa rilevare – una professionalità assai elevata, a tutti i livelli degli operatori giuridici che vi sono implicati. Professionalità che, sotto diversi profili, si pone più come un obiettivo da raggiungere, che come un valore da conservare. Cerco di spiegarmi meglio, facendo sponda su dei punti cruciali della normativa (il secondo dei quali è esposto nel prossimo n. 3).

La tutela, accordata dall'azione di classe, si fissa sui «diritti individuali omogenei». La formula non è di quelle che mostrino immediato il loro perimetro; essa arieggia, piuttosto, la categoria delle clausole generali (ovvero dei concetti giuridici c.d. indeterminati). Nulla di male in questo (anzi).

Il fatto è, tuttavia, che la cultura giuridica italiana nutre una storica avversione per le clausole generali, quando non le rifiuta proprio (come evidentemente è da parte di chi tende ad assegnare loro una dimensione extra-giuridica). Di ciò non si può non tenere conto (anche in prospettiva): un simile atteggiamento rischia di frustrare assai la base dell'operatività dello strumento (in punto di ammissibilità della domanda *ex art. 840 bis c.p.c.*).

Tanto più che, sotto il profilo tecnico, questa clausola generale presenta l'obiettivo difficoltà di coniugare – nell'«omogeneità» dei diritti individuali – la derivazione da un unico ceppo con le specificità che il diritto di ciascun singolo non manca di possedere: di fissare in

modo opportuno, insomma, il livello di «genere» da assumere a protezione di classe.

3. Poteri istruttori del giudice e vicinanza della prova

Il comma 2 dell'art. 840 *quinquies* c.p.c. dispone che il «tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio». La formula ripete il testo dell'art. 702 *ter* c.p.c., per l'ambito del procedimento sommario di cognizione: ove peraltro la regola vale solo nel caso in cui occorra, al più, un'istruzione sommaria, non sempre, come nella presente ipotesi (cfr. sulla sostanziale indipendenza della norma in questione dal modello del procedimento sommario, v. CONSOLO, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciare cadere*, in *questa Rivista*, 2018, I, 633 ss.).

In sé, la norma sembra suscettibile di più interpretazioni, sulla misura dei poteri istruttori affidati al giudice e pure sulla «qualità» degli stessi. Ci si potrebbe anche chiedere se non si tratti, in fondo, di una forte apertura nei confronti della regola della vicinanza della prova (nel limite dell'«istanza motivata del ricorrente», il giudice «può ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti, che rientrano nella sua disponibilità»).

Il che pure sarebbe, a mio avviso, cosa commendevole, nonché auspicabile. Anche a questo proposito, tuttavia, è appena il caso di segnalare la grande distanza che separa una simile struttura dalla quotidianità dei processi comuni (si pensi anche solo alle discussioni, spesso davvero stucchevoli, sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. o all'uso distorto che parte della giurisprudenza di merito fa dello strumento di vicinanza fornito al cliente dall'art. 119, comma 4, t.u.b.).

Il bisogno di questa peculiare normativa istruttoria dell'apprestamento – per non restare lettera morta – di una specifica (e «nuova» viene anzi da dire) professionalità degli operatori si manifesta, in definitiva evidente.

4. *Sezioni specializzate in materia di impresa e professionalità specifica*

La competenza a decidere delle azioni di classe è stata per intero affidata alla sezione specializzata in materia di imprese (cfr. artt. 840 *ter* e 840 *sexiesdecies* c.p.c.). La scelta è senz'altro da condividere: si tratta di materie comunque delicate e di procedimenti per nulla agevoli da gestire. Si tratta soprattutto di strutture e rimedi, che nel loro complesso, stanno a parte da quelli di uso comune, si pongono come lontani dalla normalità della corrente esperienza giudiziaria.

In realtà, la scelta della professionalità specifica del giudice chiamato alla decisione risulta sostanzialmente obbligata, nel nostro sistema non ha alternative. Il punto è, piuttosto, che una simile scelta va alimentata e coltivata di continuo. Al fondo, il problema è, se così si può dire, di mentalità: per quanto valida e preparata, una classe di operatori formata sulla base di testi espressi dalla tradizionale cultura giuridica continentale e adusa a schemi operativi non meno ripetitivi di quella medesima cultura, non riesce a cambiare registro per un mero colpo di bacchetta (del direttore di orchestra o magica che sia).

5. *Sulla compiuta ristrutturazione dell'azione di classe*

Nel passare all'altro dei macro temi preannunciati sopra (n. 1, in fine), conviene ricordare che la versione iniziale dello strumento in discorso dettava una tutela articolata (ed equilibrata) su due linee di fondo: quella dell'inibitoria dei comportamenti lesivi e quella della «correzione» e/o «eliminazione» degli «effetti dannosi» di tali comportamenti (art. 140 comma 1 cod. cons.). Su quest'impianto iniziale venne aggiunto, poco tempo dopo, un'art. 140 *bis* cod. cons., denominato «azione di classe», di impronta senz'altro risarcitoria (per equivalente) e pure «restitutoria», secondo la lettera della legge (la prima versione dell'art. 140 *bis* risale al 2007, legge n. 244, art. 2, comma 446). Rimaneggiata più volte, l'azione così aggiunta – è constatazione comune – nella pratica non ha funzionato (FLORIO, *La nuova azione di classe, passi avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?* in *Il Caso*, 23/2019: «ha fallito i propri obiettivi di *redress* e *deterrence*»).

Nell'abrogare sia la norma dell'art. 140, che quella dell'art. 140 *bis* cod. cons. (art. 5 legge n. 31/2019), la riforma ha preso come modello di fondo lo strumento disegnato nell'art. 140 *bis* cod. cons., così conformando ampiamente un'azione di classe risarcitoria. Per il resto, ha eliminato la tutela correttiva/eliminativa che era prevista nell'art. 140 cod. cons., con conseguente cancellazione della *vis* potenzialmente anche demolitoria di tale previsione (salvo poi un parziale, e non del tutto limpido, recupero della stessa, come eventuale momento interno dell'azione collettiva di tipo inibitorio: la consistenza e permanenza nel tempo degli effetti lesivi di un comportamento ben possono prescindere dall'attuale continuazione dello stesso).

Ha conservato invece la tutela inibitoria.

6. *Predominanza dell'azione risarcitoria. Critica*

La disciplina della quale tutela inibitoria è stata peraltro compressa – o abbozzata, si potrebbe forse anche dire – in un'unica disposizione normativa (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.), l'ultima dell'attuale codice di procedura (e per ciò pure confinaria). Nel contempo venendo pure a fornire, nella sostanza delle cose, la rappresentazione – meglio (a volere essere meno imprecisi sotto il profilo tecnico), a suscitare l'impressione – di un aspetto se non proprio estraneo al cuore del fenomeno dell'azione di classe, comunque marginale rispetto allo stesso, defilato dal contesto. In effetti, il testo normativo nega – senza ragione oggettiva, peraltro – all'inibitoria perfino l'etichetta di azione di classe (cfr., in particolare, il penultimo comma dell'art. 840 *sexiedecies* c.p.c.).

Non a caso, oggi si parla correntemente di azione di classe al singolare, con immediato ed esclusivo riferimento alla tutela risarcitoria. Laddove, per contro, le forme di tutela di cui alla figura dell'azione di classe risultano, allo stato del diritto vigente, di due distinti ordini (in luogo delle tre originarie, posto il destinato che è stato assegnato a quella demolitoria). Né, in via correlata, può dirsi un caso che l'azione di classe sia vista e apprezzata come strumento in via istituzionale destinato alla tutela delle classi più povere, quasi dei reietti della società. E che, sotto il profilo strutturale, si segnali come schema guida della nozione di diritto individuale omogenee quella del diritto «piccolo e simile» (così CONSOLO, *op. cit.*): ciò che può facilmente

valere per il caso della tutela risarcitoria, invero, non necessariamente si attaglia alla vicenda propria di quella inibitoria.

7. L'azione inibitoria come strumento di regolazione del mercato (dal «danno collettivo» alla «prassi deviante d'impresa»)

L'impostazione che assegna peso preponderante – nel quadro delle azioni di classe – a quella risarcitoria, con correlato soffocamento di quella inibitoria, suscita, a mio avviso, le più forti perplessità.

Non solo per il generico rilievo che prevenire è – come principio guida – decisamente meglio che curare. E neppure solo perché la tutela per equivalente, per sua propria definizione, lascia lì per intero il fatto dannoso (come pure potenzialmente idoneo a produrre, pur senza ripetizione dell'azione, ulteriori lesioni). Il rilievo va anche al di là, dunque, della constatazione che, per sé, la tutela reale (qui, l'impedimento del fatto di violazione) è più efficiente della tutela risarcitoria.

Il punto davvero di fondo è, in effetti, che l'azione inibitoria di classe esprime, in sé, uno strumento che appare idoneo – nella sua linea di apertura potenziale – a porsi come fattore di controllo e di regolamentazione del mercato; potendo concorrere a orientarne l'azione, l'inibitoria si pone lungo una prospettiva funzionale all'efficienza del mercato [per qualche approfondimento ulteriore, che qui non è possibile svolgere, rinvio a «*Exceptio veritatis*» e *informazione al mercato. Un caso bancario*, in *Banca borsa*, 2018, II, 210, nonché a *Prassi d'impresa e sopravvenienze (legislative o giurisprudenziali)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 513, ove, in particolare, il riferimento all'azione inibitoria di classe come strumento per più versi idonea a «superare» le strutturali «costrizioni» dei comuni interventi giudiziali nei confronti delle prassi devianti d'impresa].

A differenza dell'azione risarcitoria che, per l'appunto, interviene a cose fatte. Per dare immediata visibilità al concetto e al confronto così espressi, è sufficiente pensare al caso recente delle banche venete in relazione alla prassi operativa di «baciare» i prestiti con la sottoscrizione di nuove azioni (ma, in verità, gli esempi potrebbero facilmente moltiplicarsi): se la azione risarcitoria tende a dirigersi (tra

l'altro) verso la Consob, quella inibitoria a sostituirsi all'inerzia (tra gli altri) della Consob.

In realtà, l'azione di classe è figura che nell'intrinseco possiede una duplicità di prospettiva: di potersi dirigere tanto contro l'effetto, quanto, e direttamente, contro l'azione. Ora, una simile duplicità risulta mantenuta anche nel sistema seguente alla riforma, visto se non altro il disposto della richiamata norma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. (per la norma dell'art. 37 cod. cons., v. il cenno *infra*, nel n. 8).

Lungi dal mortificare la versione inibitoria, occorre piuttosto registrare la diversità di prospettiva che segue all'uno e all'altro tipo di intervento e coerentemente sistemare lessico, concetti e regolazione normativa. Così, per fare degli esempi proprio a portata di mano, nella prospettiva dell'azione inibitoria non ha luogo far perno su un'idea di diffusione o di collettivizzazione del danno: il riferimento è, qui, diretto e immediato alla violazione massiva di legge e, cioè, alle prassi devianti delle imprese. Così come, nella medesima prospettiva, la nozione di diritto individuale (e, poi, anche omogeneo) – in punto di presupposti e di legittimazione all'azione – sembra naturalmente tendere (muovendosi nel quadro di un ragionamento «a maglie larghe») a trascolorare verso la più sfumata nozione di interesse legittimo.

8. *Profili problematici della regolamentazione dell'azione inibitoria*

Forse pure a causa della minore, e in sé modesta, importanza che il legislatore della riforma ha ritenuto di assegnare all'azione inibitoria, la scarsa disciplina di regolamentazione di quest'ultima non manca di suscitare problemi. Problemi che, per un verso o per altro, potrebbero anche finire per deprimere il ricorso, nell'operatività, allo strumento (in via ulteriore, naturalmente, rispetto a quanto già derivante dalla «secondarietà» segnata dal legislatore). Mi limito, qui, a qualche rapido cenno.

L'idea schematizzata nei commi 4 e 5 dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. sembrerebbe quella di un procedimento composito: con partenza in chiave camerale e prosecuzione sulla falsariga del procedimento dettato per la azione risarcitoria. Per entrambi gli aspetti viene richiamato – distintamente - il limite della compatibilità. Non ne esce, a me pare, un procedimento dalla struttura chiarissima (senz'altro da approvare, però, è la prevista partecipazione del P.M.): il doppio

richiamo al limite di compatibilità (del resto inevitabile, viste le scelte fatte) viene a rendere ogni cosa evanescente. Tanto più che il muro divisorio tra il camerale e il procedimento sommario «modificato» ex art. 840 *quinquies* c.p.c. non pare del tutto saldo (il comma 4 richiamando, così pare almeno, l'intera normativa del camerale). Per quanto poi l'inibitoria di classe non abbia per sé una funzione cautelare, non sarebbe stato certo inopportuno predisporre uno strumento per il caso di urgenza in concreto (nei fatti, si può ipotizzare il ricorso alle disposizioni degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., secondo quanto del resto previsto dall'art. 37 cod. cons.).

Per il caso di esercizio «congiunto» di azione inibitoria e azione risarcitoria, il comma 9 dell'articolo in esame stabilisce che il «giudice dispone la separazione delle cause». Per quanto si intende, si tratta di una separazione necessaria. La disposizione lascia perplessi (e non solo perché si risolve, nella linea dei fatti, in un disincentivo all'uso dell'inibitoria). Parte sostanziale degli accertamenti inerenti alle due ipotesi è comune, non diversa, quella risarcitoria ponendo piuttosto profili ulteriori. Non sarebbe stata, forse, la strada della pronuncia parziale (e comunque la via della separazione avrebbe dovuto essere rimessa alla discrezionalità del giudice).

Da ultimo, va segnalato che la riforma, se ha abrogato espressamente le norme degli artt. 139, 140 e 140 *bis* cod. cons., non ha toccato l'inibitoria relativa alle «condizioni contrattuali abusive» di cui all'art. 37 cod. cons. Ora, il comma 3 di questa norma stabilisce l'applicazione «per quanto non previsto» della disposizione dell'art. 140 cod. cons. Ne segue dunque il problema se – per tale specifica inibitoria – sia rimasto in vigore il regime anteriore o se, per contro, la relativa fattispecie sia stata per ogni aspetto «inglobata» (salvo quello del riferimento esclusivo ai contratti con i consumatori) all'ambito della norma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.