



ILARIA PAGNI

**L'atipicità delle azioni tra interessi rilevanti e diritto ad un rimedio effettivo: considerazioni a margine del brocardo *ubi ius, ibi remedium* (e un cenno alle nuove azioni collettive)**

1. *Il diritto ad un rimedio effettivo: alcune premesse*

Per invocare utilmente il principio di effettività in materia di tutela giurisdizionale<sup>1</sup> occorre innanzitutto chiarirne la portata, nella duplice finalità che può muovere l'interprete e l'operatore: sia, cioè, che si intendano sindacare le scelte compiute dal legislatore sotto il profilo della costituzionalità delle leggi o del rispetto dei limiti degli Stati membri in materia processuale (in una logica, che è quella che interessa il giudice interno, della disapplicazione o della interpretazione conformatrice della norma italiana in contrasto con i principi di derivazione europea, e, nel caso, del ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), sia che si miri invece a ricostruire l'assetto dei rimedi, in presenza di lacune o incertezze interpretative circa lo strumento processuale più adatto alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti cui il legislatore non abbia riservato alcuna indicazione espressa delle azioni proponibili.

L'effettività della tutela è infatti una lente dalla quale si può guardare al processo – e oggi anche alla sua correlazione con la tutela amministrativa dinanzi alle Autorità Garanti<sup>2</sup> – almeno sotto tre prospettive: *i*) quella dell'accesso alla giustizia, *ii*) quella del diritto al giusto processo, *iii*) quella del raggiungimento di un “*prodotto giustiziale atipico ed elastico nell'ottica rimediabile*”.<sup>3</sup> Ed è quest'ultima quella che qui interessa soprattutto esaminare.

Nel codice di procedura civile manca un riferimento espresso al principio di effettività della tutela giurisdizionale: ciò a differenza del codice del processo amministrativo, che all'art. 1 prevede invece specificamente che la giurisdizione amministrativa assicuri «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Nel processo amministrativo il principio di effettività, richiamato già da Capaccioli nel celebre saggio sul giudicato amministrativo del 1978, è stato declinato nella direzione del riconoscimento di azioni modellate sulla situazione sostanziale protetta dall'ordinamento, che avrebbe portato poi all'allargamento delle azioni nel Codice del processo amministrativo e alla definitiva introduzione, col d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, anche dell'azione di adempimento.

Nell'attuare in materia di giustizia amministrativa la delega contenuta nell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, che lo invitava a «prevedere le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa», il legislatore delegato era stato chiamato infatti a spostare il baricentro dei rimedi dai poteri del giudice (muovendo dai quali l'interprete tradizionalmente ricostruiva le azioni) alle esigenze di tutela poste dalle situazioni soggettive e a costruire le azioni sulla base di queste: non più l'interesse legittimo come strumento del rimedio giurisdizionale introdotto con la legge del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, ma l'interesse legittimo come situazione sostanziale.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha contribuito a valorizzare il principio di effettività, riaffermando l'esigenza di un superamento della tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio e la necessità di azioni tese al conseguimento di tutti i tipi di pronuncia idonei a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

<sup>1</sup> Sull'effettività in generale sia consentito il rinvio al mio *Effettività della tutela giurisdizionale*, voce della *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2017, 355 ss., ivi anche per altre indicazioni bibliografiche.

<sup>2</sup> Almeno con riguardo alla tutela del consumatore dove, a differenza di settori come quello della tutela dei dati personali (nel quale si è optato piuttosto per l'alternatività tra sistemi di tutela) nel disegno europeo si assiste ad un rafforzamento della complementarietà tra i diversi sistemi, del *public* e del *private enforcement*: in argomento vedi F. Cafaggi, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di P. Iamiceli, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, 2020, 51 ss.

<sup>3</sup> La citazione è tratta da R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 11.



Ne è derivato un sistema che, pur con tutte le inevitabili esigenze di assestamento, ha cercato e cerca di sviluppare, nella dimensione processuale, quell'attribuzione di valore di situazione sostanziale all'interesse legittimo, che era stata compiuta particolarmente grazie alla storica sentenza della Cass. 22 luglio 1999, n. 500: con ciò facendo sì che il processo, anche quello amministrativo, dia al vincitore tutte le utilità che gli spettano sul piano del diritto sostanziale.

Quanto al processo civile, non vi è dubbio che a esso, pur in mancanza di una norma espressa in proposito, sia connaturato il principio per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela la rende ammissibile – ferma la necessità di previsioni esplicite quando la tutela richiesta abbia natura costitutiva - nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo: è il principio di atipicità delle forme di tutela che, correlato a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24 Cost., declina il concetto di effettività della tutela giurisdizionale.<sup>4</sup>

L'art. 24 Cost. non è la sola previsione su cui si basa il principio di effettività. Determinante è stata l'opera compiuta, a livello europeo, dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia, che non si sono limitate a tracciare il quadro delle garanzie processuali operanti *nel giudizio*, ma hanno soprattutto fatto emergere i contenuti del diritto *al processo*, e da lì *al rimedio adeguato*.

È stato infatti grazie al richiamo agli artt. 6 e 13 CEDU, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell'art. 6 TUE, e grazie all'opera compiuta dalla Corte di giustizia nello spostare progressivamente l'accento dal diritto al processo al diritto ad un rimedio adeguato, che il diritto contemplato dall'art. 24 Cost. ha assunto una connotazione più ampia, sì che da tempo è possibile affermare che la correlazione tra diritto sostanziale e processo rappresenta «pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*».

Già con la sentenza Johnston del 1986<sup>5</sup> la Corte di giustizia ha precisato che l'effettività della tutela giurisdizionale è espressione di un “principio giuridico generale” che ha trovato ingresso nell'ordinamento europeo attraverso due vie: da una parte, quale principio su cui si basano le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; dall'altra, quale diritto sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Parallelamente la norma costituzionale ha assunto, con gli anni, nel diritto interno, un significato diverso anche nell'opera della Corte costituzionale, passando cioè dall'assicurare i profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela a quelli legati all'oggetto di quel diritto (al suo contenuto).

In origine, invece, la Corte costituzionale aveva affrontato il tema dell'effettività da un angolo visuale che involgeva più i profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela, che non quelli contenutistici. Soprattutto in passato, nella maggior parte dei casi le pronunce dichiarative di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 24, avevano riguardato o disposizioni che pregiudicavano la possibilità di accesso al giudizio, oppure quelle che limitavano i poteri processuali indispensabili per ottenere tutela.

Nel tempo, invece, la Corte costituzionale ha fatto sì che il legislatore interno assicurasse sempre più la «*correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e la possibilità di una loro piena tutela nel processo, attraverso un'adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale*». Celeberrima, tra le prime pronunce in questo senso, è C. cost. 28 giugno 1985, n. 190 (relatore Virgilio Andrioli), con la quale, in nome del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, fu esteso al processo amministrativo, che prevedeva come misura cautelare la sola sospensiva, l'intero contenuto dell'art. 700 c.p.c.<sup>6</sup>

Parlare di “diritto ad un rimedio effettivo” oggi significa dunque valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce. Principio affermato, in origine, con riferimento alla necessità di trovare un rimedio per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto preliminare, in assenza di una disposizione

<sup>4</sup> Come ci ricorda A. Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 825 ss.

<sup>5</sup> Corte giust., 15 maggio 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston contro Chief Constable of The Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, I, 1651.

<sup>6</sup> In *Foro it.*, 1985, I, 1881, con nota di A. Proto Pisani.



come quella che poi sarebbe stata introdotta nel codice del '42 con l'art. 2932 c.c.,<sup>7</sup> e poi applicato tutte le volte che manchi, nell'ordinamento processuale, la previsione dell'azione esperibile. Un principio così generale, insegna Chiovenda, non ha necessità di essere formulato in alcun luogo, così come «*non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione ...; pure nessuno dubita che l'azione ci sia.*»

## 2. Effettività ed efficienza. Bilanciamento di interessi e limiti al principio di effettività

Come si è detto, il principio di effettività è corredato, oltre che da un antecedente logico, il diritto di accesso ad un giudice, da un profilo successivo, quello per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione.

Il che postula, in astratto, una coincidenza di prospettive tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione: l'efficienza è infatti certamente *condicio sine qua non* di una tutela piena ed effettiva. Le due istanze, tuttavia, possono entrare in contrasto perché il richiamo all'effettività della tutela può pregiudicare l'efficienza, se il numero di domande giudiziali sovraccarica il sistema.<sup>8</sup>

Pur nella piena consapevolezza che l'efficienza delle prestazioni del sistema giudiziario è obiettivo specifico, oggi, di tutto il programma di investimenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, ed è ormai un punto di non ritorno, non si può negare la tensione inevitabile tra esigenza di una giurisdizione efficiente e diritto ad un rimedio effettivo: per quanto una tutela effettiva presupponga un processo rapido ed efficiente, l'efficienza opera soprattutto sul piano dell'interesse generale, della garanzia che il sistema funzioni nel suo insieme, mentre l'effettività muove essenzialmente dall'esigenza che il singolo ottenga col processo tutto quello che gli è garantito dal diritto sostanziale, ovvero da una prospettiva che è essenzialmente individuale.

Le soluzioni che consentono al processo di funzionare nel modo più rapido entrano quasi sempre in collisione con l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale "incondizionata",<sup>9</sup> che percorra tutti i gradi di giudizio senza limitazioni o filtri di sorta.

Secondo il costante insegnamento del giudice delle leggi, tuttavia, «*l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale.*»<sup>10</sup> E sono frequenti i tentativi di superare lo stesso disposto dell'art. 24 Cost. ricorrendo al criterio della meritevolezza dell'interesse:<sup>11</sup>

<sup>7</sup> G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.

<sup>8</sup> Da qui la reazione della giurisprudenza che, in nome del rilievo che la giustizia è una risorsa scarsa, e invocando il principio dell'abuso del processo, ha cercato in vari modi di contenere l'accesso alla tutela giurisdizionale. Così, per esempio, con la nota sentenza a sezioni unite del 15 novembre 2007, n. 23726, la Cassazione ha affermato la improponibilità, ovvero l'inammissibilità, delle domande aventi ad oggetto una frazione soltanto dell'unico credito, sul rilievo che la scissione strumentale del contenuto dell'obbligazione, comportante un inutile aggravamento della posizione del debitore senza un apprezzabile interesse del creditore, è in contrasto col principio del giusto processo e della sua ragionevole durata. L'orientamento è stato tuttavia riconsiderato in altre pronunce, nelle quali si è affermato che - ferma restando la natura abusiva della parcellizzazione giudiziale del credito - la "sanzione" non può consistere nella inammissibilità delle domande giudiziali, «*essendo illegittimo non lo strumento adottato, ma la modalità della sua utilizzazione*», con la conseguenza che il rimedio agli effetti distorsivi della proliferazione delle cause è stato individuato piuttosto nella riunione delle cause e nella liquidazione delle spese di lite, calcolate «*come se il procedimento fosse stato unico fin dall'origine*». Ciò senza escludere una possibile responsabilità disciplinare a carico dell'unico difensore che - omettendo di accorpate le posizioni in contestazione - abbia determinato l'indebito aggravamento della posizione della controparte (Cass. civ., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374).

<sup>9</sup> È infatti definita "giurisdizione condizionata" quella che presuppone tentativi obbligatori di conciliazione o di mediazione prima dell'avvio del processo.

<sup>10</sup> Tra le tante, C. cost. 30 maggio 2016, n. 121, *Giur. cost.*, 2016, 979 ss., confermando un orientamento risalente a C. cost. 20 aprile 1977, n. 63, *Foro it.*, 1977, I, 1052 ss.

<sup>11</sup> Su cui v. F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta - Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; e, più di recente, Ead., *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 13 ss.



spingendo questa logica alle estreme conseguenze la Cassazione, nel 2015,<sup>12</sup> affermò il principio per cui la situazione soggettiva «non può ricevere tutela giuridica se l'entità del valore economico è oggettivamente minima e quindi tale da giustificare il giudizio di irrilevanza giuridica dell'interesse stesso»: secondo la Corte, la previsione dell'art. 100 c.p.c., letta in questa chiave, non si porrebbe in violazione dell'art. 24 Cost., che, «tutelando il diritto di azione non esclude certamente che la legge possa richiedere, nelle controversie meramente patrimoniali, che per giustificare l'accesso al giudice il valore economico della pretesa debba superare una soglia minima di rilevanza, innanzi tutto economica e, quindi, anche giuridica».

Una posizione non condivisibile, quella della Cassazione, ma certamente espressiva di un forte disagio e della esigenza, avvertita dalla giurisprudenza, di contenere il ricorso al giudice per il fatto che il numero delle azioni giudiziarie influisce, stante la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, che è bene altrettanto protetto dalla Costituzione, all'art. 111 Cost., e dalla CEDU, all'art. 6.

Anche il principio chiovendiano può incontrare dunque dei limiti: innanzitutto quelli che discendono dal bilanciamento di interessi effettuato di volta in volta dall'ordinamento.

Il bilanciamento può avvenire, oltre che nella chiave di efficienza appena ricordata, anche nella dinamica interna allo stesso rapporto sostanziale, quando, a tutela di un interesse che giudica superiore, il legislatore esclude un rimedio a favore di un altro: ne sono esempi evidenti la previsione dell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, nel quale al lavoratore è riconosciuta la sola tutela per equivalente in considerazione delle dimensioni ridotte dell'impresa, per esigenze di maggiore funzionalità delle unità produttive, oppure quella dell'art. 2377 c.c. che, nel diritto societario riformato, in presenza di delibere assembleari viziati, esclude a certe condizioni il rimedio specifico invalidante a favore del rimedio risarcitorio, per evitare interferenze ed azioni di disturbo di minoranze troppo esigue nell'operato della società.

Quando il legislatore effettua questi bilanciamenti, escludendo espressamente una forma di tutela, la ritenuta prevalenza di interessi giudicati superiori dal legislatore sostanziale è sindacabile dalla Corte costituzionale non solo sotto il profilo della razionalità della scelta normativa, ma anche sotto il profilo della compatibilità con l'art. 24 Cost. e delle norme sovranazionali. Il diritto ad un rimedio effettivo diventa perciò parametro sul quale misurare la costituzionalità della norma.

Diversa è la funzione del principio di effettività quando il legislatore non ha preso posizione espressa, e il giudice, di fronte a particolari bisogni di tutela, è chiamato ad interpretare o a integrare l'ordinamento processuale: in questo modo, grazie all'opera combinata della Corte costituzionale in sede di sindacato sulla legge e del giudice ordinario o amministrativo in sede di controllo della selezione del rimedio applicabile, il processo è potenzialmente idoneo ad offrire tutela giurisdizionale adeguata (satisfattiva) a tutti i diritti previsti dalle norme sostanziali.

I limiti che sopravvivono sono naturali e comunque insuperabili, perché derivano dal superamento del vaglio di costituzionalità del bilanciamento di valori effettuato dal legislatore, oppure dall'impossibilità materiale che si raggiunga un certo risultato.

### 3. Ubi ius, ibi remedium. La portata del principio chiovendiano del "tutto quello e proprio quello"

Soffermiamoci sul modo in cui il giudice deve procedere nell'attuare il principio del diritto a un rimedio effettivo.

*Ubi ius, ibi remedium.* L'art. 24 Cost. opera come una sorta di norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228, in *Corr. giur.*, 2016, 251, con nota di Panzarola.

La questione della soglia di valore entro la quale la pretesa fatta valere non merita tutela si ripropone di frequente e si intreccia con quella della esigenza di una tutela collettiva effettiva: v., in proposito, Cass. civ., 20 gennaio 2017, n. 1565, la quale, a proposito di una controversia insorta fra l'utente di un servizio pubblico ed un gestore, osserva che - al di là della non condivisibilità, comunque, del precedente del 2015 - l'azione di classe nasce proprio per dare spazio a controversie di valore modesto che non troverebbero altrimenti tutela e che, in ogni caso, quando le pretese sono riferite a più soggetti, il valore di quelle pretese, aggregate, visto dal lato del convenuto è tutt'altro che infimo.



giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto tutte le volte che vi sia il riconoscimento della rilevanza dell'interesse giuridico.<sup>13</sup>

In questo senso, e sebbene si debba riconoscere la convergenza che ha portato ad attribuire sempre maggiore rilevanza all'aspetto rimediabile, disancorandolo dalla sussistenza di un diritto purché vi sia un interesse meritevole di tutela (lo vedremo, per esempio, nella formulazione dell'art. 840-*sexies decies* c.p.c.), è corretto ribadire che il *prius* è la situazione giuridica sostanziale, e il *posterius* è il processo (*ubi ius, ibi remedium*, appunto).

A dispetto di alcune tendenze, riprese dal mondo anglosassone, che finiscono per affidare ai giudici compiti promozionali,<sup>14</sup> continuo infatti a ritenere che il rimedio presupponga, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso «non decide sull'an della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del quomodo di essa)».<sup>15</sup> È compito del diritto sostanziale prevedere la rilevanza giuridica della situazione soggettiva: al giudice spetta, ma solo dopo, individuare la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di tutela.<sup>16</sup>

Ma rimedio adeguato significa necessariamente tutela specifica (ovvero, a seconda dei casi, all'adempimento, all'inibitoria o all'eliminazione dell'atto impugnato)? In linea di massima sì (il rimedio specifico è, infatti, la forma di tutela per così dire naturale delle situazioni soggettive), ma non sempre: dipende dal tipo di diritto, dal suo contenuto e dalla sua funzione, nonché, ovviamente, da quale sia l'aspirazione del titolare del diritto.<sup>17</sup> Né si può sempre stabilire *a priori* quale, tra tutela specifica e tutela per equivalente monetario, sia il rimedio più adatto alla situazione concreta.<sup>18</sup>

Nell'individuare il rimedio, dunque, occorre un approccio laico. Di contro, da tempo si assiste da parte della giurisprudenza della Suprema Corte ad un eccessivo impiego del giudizio per “valori“ che non sempre consente di cogliere il rimedio effettivo e adeguato nel rispetto di criteri metodologici corretti.<sup>19</sup>

#### 4. Applicazioni del principio: inibitoria, nullità e altro

Il giudice, dunque, chiamato, in nome del principio di effettività, ad integrare l'assetto dei rimedi che appaia lacunoso, può farlo invocando il principio di atipicità delle forme di tutela. Nonostante la presenza di azioni tipizzate, quali spesso si riscontrano nella legislazione sostanziale (soprattutto quella di derivazione comunitaria), e a dispetto di

<sup>13</sup> Cfr. V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 7.

<sup>14</sup> È il comprensibile timore di G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Bologna, 2015, 118.

<sup>15</sup> A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 25; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341.

<sup>16</sup> Questa conclusione non è inficiata dal fatto che, come osserva S. Mazzamuto (*Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 40), oggi la legislazione di settore, soprattutto quella di derivazione comunitaria, non si limita più a dare giuridica rilevanza a taluni interessi, ma ascrive al dominio della norma speciale anche la risposta al bisogno di tutela, con la conseguenza che l'interprete spesso si trova già risolto dalla legge scritta il duplice problema della giuridificazione dell'interesse e del corrispondente rimedio.

<sup>17</sup> Sul punto v., *si vis*, il mio *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004.

<sup>18</sup> Come ci insegna la giurisprudenza eurounionale, una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica non sempre è né possibile né utile, per più ragioni: *i*) perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non da quella dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso ma più difficile da eseguire coattivamente, di un'azione inibitoria; *ii*) perché il risarcimento del danno è uscito dalla sua dimensione tradizionale ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; *iii*) perché, in certi sistemi, il risarcimento è caricato anche di una tinta punitivo-afflittiva (cfr. Von Colson e Marshall, C. giust. CE 10 aprile 1984, causa 14/83, in *Foro It.*, 1985, IV, 59; C. giust. CE 26 febbraio 1986, causa 152/84 in *Racc. Giur. C. Giust.*, 1986, 723). Ciò che il diritto unionale impone agli ordinamenti nazionali in realtà non è l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili.

<sup>19</sup> V. i rilievi critici di G. Guizzi (*Usura e interessi di mora: e quindi uscimmo a riveder le stelle?*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1305 ss.) alla sentenza delle sezioni unite del 2020 in materia di usura, che ha ragionato sulla “miglior tutela del debitore“ come ragione dirimente per applicare la disciplina antiusura anche agli interessi moratori, arrivando – osserva Guizzi – ad una conclusione corretta passando per un percorso metodologicamente discutibile.



un codice civile che si esprime col linguaggio delle azioni,<sup>20</sup> è infatti sufficiente, e al tempo stesso necessario, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere «tutto quello e proprio quello» che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva.

In applicazione di questo principio si può affermare l'ammissibilità generale dell'azione inibitoria,<sup>21</sup> escludendo la necessità di far leva sull'estensione analogica di previsioni espresse o sull'art. 2058 c.c. in tema di risarcimento in forma specifica, come pure proposto da parte della dottrina.<sup>22</sup> E, sul presupposto che il rimedio cautelare è uno dei punti di forza dell'effettività della tutela giurisdizionale, si può proporre una lettura ampia dell'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c.,<sup>23</sup> per offrire una risposta adeguata ai bisogni di tutela urgente richiesti dalle situazioni soggettive, *di qualunque natura siano*, e indipendentemente dalla ricerca di una loro valenza sul piano costituzionale, che è quanto invece aveva fatto negli anni '70 del secolo scorso la cd. giurisprudenza pretoria che si era spesa soprattutto nella direzione di proteggere i diritti della personalità (ed è quanto è accaduto nella materia del lavoro).

In applicazione del principio della atipicità delle forme di tutela, si deve ammettere l'azione sociale di responsabilità nelle s.r.l., dove pure il legislatore del 2003 ha 'dimenticato' di prevedere quello specifico rimedio, limitandosi a regolare, al terzo comma, l'azione del singolo socio, che agisce quale sostituto processuale della società. E attraverso la lente dell'art. 24 Cost. si devono leggere, colmandone i vuoti, anche la tutela del socio potenzialmente pregiudicato da vicende modificative dell'organizzazione societaria (fusione e scissione), e l'assetto delle tutele in materia *antitrust*, quale tratteggiato dall'art. 33 L. 287/1990.<sup>24</sup> E così, tutte le volte che ci si interroga su quale sia il rimedio più adatto a fronte di questa o quella violazione (pensiamo al caso dell'incidenza dell'esistenza di una intesa restrittiva sui contratti conclusi dalle imprese aderenti a valle della stessa<sup>25</sup>), non occorre ricercare previsioni da applicare in via analogica, ma si deve partire dall'interesse che si vuole tutelare per poi individuare l'azione ad esso maggiormente confacente.

Il richiamo della questione dei contratti a valle porta a fare un cenno a quella particolare tutela specifica offerta dall'azione di nullità, che, nella materia *antitrust*, condivide, con l'azione inibitoria, la funzione di difesa dall'illecito concorrenziale.

Quando si legge, nelle sentenze in materia, che l'azione di nullità prevista dall'art. 33 L. 287/90 ha la funzione di colpire non tanto il negozio giuridico in quanto tale (tranne nei casi in cui in effetti occorre «togliere l'efficacia di legge tra le parti che il negozio possiede per sua natura»), ma, piuttosto, vista la natura non necessariamente negoziale dell'illecito concorrenziale, «l'ostacolo al gioco della concorrenza realizzato dalla complessiva situazione di fatto che determinerebbe il ripetersi in

<sup>20</sup> A protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà (v. sul punto A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 127 ss.), e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria.

<sup>21</sup> Una inibitoria, quella giudiziale, che oggi condivide la funzione deterrente e preventiva con la tutela amministrativa, rendendo così necessario un coordinamento tra i diversi piani di tutela che, se pur complementari, non sempre vengono correttamente ricordati: in argomento v. i rilievi di F. Cafaggi, op. cit., loc. cit.

<sup>22</sup> M. Libertini, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impresa*, 1987, 112 ss.; Id., *La tutela civile inibitoria*, in *Jus*, 1988, 56 ss.; e sviluppata in Id., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 385 ss.

<sup>23</sup> Che è cosa diversa dal ricavare dalla atipicità del contenuto del provvedimento un "generale potere di cautela" del giudice, sganciato dal principio della domanda: a mio avviso, questo è un salto logico non condivisibile.

<sup>24</sup> V. ancora il mio *Tutela specifica e per equivalente*, cit., rispettivamente pag. 123 ss. e pag. 179 ss.

<sup>25</sup> In merito alla quale occorre un rimedio riequilibratore del contratto: si può immaginare così la speciale nullità di protezione, nel caso del consumatore, mentre si deve ricercare un rimedio diverso dalla nullità, nel caso del non consumatore, dato che, fuori dall'ambito della disciplina consumeristica, le clausole contrattuali caratterizzate da squilibrio normativo non sono nulle, neppure ai sensi dell'art. 1418 c.c. (in questo senso, G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2021, 1173 ss.). Soccorrerà allora una azione inibitoria, ove la relazione contrattuale non sia ancora esaurita, con la sterilizzazione delle clausole che riflettono quelle oggetto di uniformazione attraverso l'intesa, o, nel caso in cui il rapporto contrattuale sia ormai esaurito, l'azione di risarcimento, purché la clausola il cui contenuto è stato oggetto di determinazione a monte attraverso l'intesa abbia trovato concreta applicazione. Laddove non vi è spazio per ipotizzare l'esperimento dell'azione di nullità non è perché occorre, per questa, la previsione dell'azione tipica, ma perché il diritto sostanziale non ha previsto alcuna invalidità.



*futuro degli eventi dannosi*,<sup>26</sup> si riconosce all'azione d'invalidità una funzione assai simile a quella del rimedio inibitorio e le si dà uno spazio di proiezione che va al di là della funzione repressiva.

L'intesa non si traduce necessariamente in un contratto; e anche quando assume veste contrattuale per il diritto della concorrenza rileva come “fatto” e non come “valore”:<sup>27</sup> se si tien conto di questo, si può mettere a fuoco, per ambedue i rimedi, nullità e inibitoria, il fatto che entrambi contengono un accertamento dell'illiceità della condotta precedentemente posta in essere, da cui si ricava necessariamente anche l'accertamento dell'obbligo di non compiere ulteriori atti lesivi (anzi, per taluno – ma la posizione è destinata ad essere superata dall'ormai avvenuta introduzione dell'art. 614 bis c.p.c. – in ciò si esaurirebbe la stessa misura inibitoria, e non nella condanna a tenere un comportamento modellato sull'obbligo violato, stante la difficoltà di qualificare sentenza di condanna la pronuncia che abbia ad oggetto l'adempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata).

Più in generale si può dire che sempre più spesso, e non solo in materia concorrenziale, la nullità è intesa come un modo per colpire il comportamento che conduce al contratto, prima ancora che il contratto stesso. La giurisprudenza ormai ragiona di nullità, non solo in materia *antitrust*, in una chiave ben diversa da quella del passato: la nullità è vista più come rimedio alla violazione di una regola di condotta che come applicazione di una regola di validità, ed è invocata per tutelare i soggetti vittima di comportamenti illeciti prima ancora che per eliminare dal mondo giuridico negozi invalidi.<sup>28</sup>

Parlare di tutela avverso l'illecito, come funzione che accomuna inibitoria e nullità, ci porta a menzionare, in conclusione dell'analisi condotta lungo il sentiero della relazione tra interessi rilevanti e strumenti di tutela, un ambito nel quale la questione del rapporto corretto tra diritto sostanziale e processo trova il miglior banco di prova di quanto si è detto finora: quello degli interessi tutelati dalle azioni collettive, come riviste nella L. 31/2019 e nella Direttiva 1828/2020.

## 5. Azioni collettive

Innanzitutto, il nome.

Nell'ordinamento italiano l'azione di classe è stata introdotta nel 2007 come azione “collettiva” dei consumatori (in principio: “azione collettiva risarcitoria”) dall'art. 2, comma 446 della legge 24 dicembre 2007 n. 244, che ha inserito nel Codice del consumo l'art. 140-*bis*. Successivamente, la denominazione è stata modificata nel 2009 in “azione di classe”, perché strumento a tutela di diritti individuali. Ulteriori modifiche (la sostituzione dei diritti “identici” con i diritti “omogenei” e l'aggiunta degli interessi “collettivi” tra le situazioni protette) sono state apportate dall'art. 6 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

Di azione “collettiva”, con riferimento all'inibitoria, parla oggi l'art. 840-*sexies decies* che pure torna ad una legittimazione esplicitamente anche individuale. L'azione inibitoria, senza ulteriori specificazioni, fu prevista per la

<sup>26</sup> Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, in *Foro It.*, 1999, I, 831 ss.

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, G. Guizzi, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2018, 57 ss.

<sup>28</sup> La nullità, cioè, è vista essenzialmente come sanzione per una condotta illecita, nonostante essa non nasca come sanzione: “il comportamento, svolto con modalità difformi, – lo scriveva Nicolò e lo ricordava Irti nel 1987 – non è disapprovato, ma soltanto incapace di ottenere il risultato sperato”. La funzione di deterrenza dei rimedi civilistici, del resto, è quella che ha indotto giudici europei e nazionali a dare particolare enfasi ai pregi della nullità “nuda”, perché priva del completamento della integrazione suppletiva normalmente accordato dalle norme generali del contratto: in argomento v. P. Iamiceli, *Credito al consumo, nullità parziale e integrazione del contratto: la sorte dei tassi moratori tra vessatorietà della clausola e disciplina anti-usura*, in *I Contratti*, 2021, 102 ss.



prima volta dall'art. 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281 ("Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti"), per poi essere disciplinata sotto la rubrica "Procedura" dal Codice del Consumo nell'art. 140.<sup>29</sup>

Nella legge n. 31, del 12 aprile 2019, il nuovo Titolo VIII-bis del codice di procedura civile (articoli da 840-*bis* a 840-*sexies decies*), comprensivo dell'azione di classe e dell'azione inibitoria, è rubricato "Dei procedimenti collettivi".

Ma vediamo meglio lo spazio applicativo delle diverse azioni.

L'art. 140 riconosceva alle associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte in apposito elenco la legittimazione a richiedere: *i*) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; *ii*) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; *iii*) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento potesse contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. Analoga formulazione, senza più l'aggettivo "dannosi" (adottare "le misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate"), si ritrova oggi nell'art. 840-*sexies decies*, abbinata alla previsione dell'ordine di cessazione e del divieto di reiterazione della condotta omissiva e commissiva.

La possibilità di ottenere, con l'azione inibitoria proposta dalle associazioni, anche la correzione o eliminazione degli effetti dannosi delle violazioni accertate è ciò che ha prodotto una frequente sovrapposizione, negli effetti concreti delle pronunce (il tema è ovviamente diverso da quello dell'efficacia di giudicato), tra risultati dell'azione "collettiva" inibitoria e azione individuale da esercitare a valle.

Ci torneremo più avanti.

Quanto alla possibile sovrapposizione, *quoad effectum*, con l'azione di classe, occorre ripartire dalle previsioni del Codice del Consumo, nel quale l'azione di classe, come sappiamo, operava a "tutela dei diritti individuali omogenei e interessi collettivi dei consumatori e degli utenti" per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni derivanti da condotte, elencate dal legislatore, legate al rapporto di consumo, anche se non necessariamente di natura contrattuale: 1) diritti derivanti da contratti redatti in serie (secondo comma, lett. a), 2) diritti spettanti ai consumatori di prodotti o servizi (secondo comma, lett. b), 3) diritti al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali (secondo comma, lett. c). Oggi l'art. 840-*bis* mantiene il riferimento ai diritti individuali omogenei, sopprime quello agli interessi collettivi, allarga sotto il profilo soggettivo la legittimazione andando oltre la tutela del consumatore.

Nell'art. 840-*bis* oggetto della domanda è l'accertamento della responsabilità dell'autore della condotta lesiva e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, e, solo nel caso in cui l'azione sia stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione, il tribunale provvede in ordine alle domande risarcitorie e restitutorie; altrimenti si limita ad accertare che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei. L'accertamento della illiceità della condotta è ciò da cui muove anche l'azione inibitoria.

Ma chi può richiedere questo accertamento?

---

<sup>29</sup> L'art. 37, inoltre, riconosceva alle associazioni la legittimazione ad agire anche per inibire l'uso delle condizioni generali di contratto abusive.





Nell'art. 140-*bis* ciascun componente della classe poteva agire anche mediante associazioni cui desse mandato o comitati cui partecipasse. Nell'art. 840-*bis* la legittimazione del singolo e delle associazioni (questa volta iscritte in apposito elenco) opera invece in parallelo.

Anche l'inibitoria della L. 31/2019 vede una legittimazione parallela del singolo e delle organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro, i cui obiettivi statutarî comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta, e che siano iscritte nell'elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia. Ho sempre sostenuto che la legittimazione parallela si avesse anche nell'art. 140 del Codice del consumo, sebbene la norma menzionasse espressamente le sole associazioni: quella menzione espressa, tuttavia, non impediva al consumatore titolare del diritto violato di proporre a propria volta inibitoria, come chiarito da Cass. civ., sez. un. 16 novembre 2016, n. 23304 (est. Didone),<sup>30</sup> che fece leva proprio sulla atipicità dell'azione nel riprendere, sul punto, alla lettera le argomentazioni di chi scrive.

Come si dirà tra poco, la nuova legge, per individuare il singolo legittimato ad agire con l'inibitoria utilizza un'espressione poco felice, che ci riporta alla questione di quale sia il *prius* e quale il *posterius* tra interesse giuridicamente rilevante e rimedio esperibile. È la dimostrazione della difficoltà che talora si incontra quando si analizza il rapporto tra diritto sostanziale e processo: occorre sempre ricordare che il rimedio presuppone che l'interesse, più a monte, risulti protetto, e non il contrario; è necessario, infatti, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale: il solo fatto di avere interesse ad un qualche risultato, che non sia correlato ad una corrispondente posizione giuridica rilevante per l'ordinamento, sfugge alla garanzia costituzionale dell'art. 24 Cost. e a quella dell'art. 113 Cost. per l'assenza di qualsiasi situazione soggettiva tutelabile.

Nonostante la possibilità di sovrapposizione dei risultati ottenibili, neppure nella L. 31/2019 è regolato il raccordo tra azione inibitoria e azione di classe: è previsto invece che quando l'azione inibitoria venga proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice disponga la separazione delle cause, probabilmente per la diversità dei riti.

## 6. Le criticità dell'inibitoria dell'art. 840-*sexies decies*

Come si diceva, la formula utilizzata dall'art. 840-*sexies decies* per individuare i legittimati all'azione ("chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria") è tanto imprecisa, quanto eccessivamente ampia.

La medesima formula, impiegata nell'art. 1421 c.c. con riferimento all'azione di nullità del contratto, sta a significare che la legittimazione (lì straordinaria) a dedurre in giudizio un rapporto giuridico altrui spetta al terzo titolare di un rapporto giuridico dipendente da quello dedotto in giudizio.

---

<sup>30</sup> In *Foro it.*, 2017, I, 603, con nota di De Santis.



Nell'azione inibitoria non c'è un "rapporto pregiudiziale", di titolarità di altri, rispetto al diritto fatto valere: ci sono piuttosto diritti appartenenti ad "una pluralità di individui", legittimati ordinari ad agire, pregiudicati da quegli atti e comportamenti che l'art. 840-*sexies decies* mira ad impedire.

Nel tavolo tecnico che ha lavorato alle azioni collettive nel corso del 2020 presso il Ministero della Giustizia<sup>31</sup> si è proposta una formula più corretta dal punto di vista sistematico: "*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*", chiarendo così che la selezione di coloro che possono agire deve passare, oltre che dal criterio dell'interesse ad agire, dalla previa individuazione della situazione soggettiva astrattamente suscettibile di essere pregiudicata dalla condotta illecita.

Quanto alla legittimazione delle "organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo", e che siano iscritte nell'elenco di cui all'art. 840-*bis*, secondo comma, si è concluso che si tratta di una legittimazione normalmente straordinaria *ope legis* (la nuova legge riconosce agli enti la tutela degli interessi, dei singoli, pregiudicati dalla condotta illecita, con un sistema di iscrizione in elenco avente carattere costitutivo della legittimazione), ma che potrà essere anche ordinaria, quando l'azione riguardi, per esempio, uno dei diritti contemplati nell'elenco dell'art. 2 Cod. cons., che sia loro direttamente attribuito.

Non si è ritenuto necessario prevedere espressamente che gli enti iscritti nell'elenco possano anche intervenire in causa, sul presupposto che, se l'iscrizione attribuisce la legittimazione per la tutela collettiva degli stessi diritti riconosciuti al singolo, a maggior ragione consentirà l'intervento nel giudizio promosso da quest'ultimo in chiave inibitoria o risarcitoria individuale (ma non in quello *ex* art. 840-*bis* c.p.c., stante il divieto dell'intervento dei terzi previsto dal quinto comma della norma).

Si è concluso che l'azione inibitoria è, dunque, "collettiva", nel senso che è a legittimazione plurale, ma non nel senso che è riservata alle organizzazioni e alle associazioni: da questo punto di vista sarebbe più corretto parlare di "azione di classe inibitoria", in correlazione col fatto che la legittimazione è attribuita in via disgiunta a ciascun (con)titolare del diritto.

## 7. Sui rapporti tra la tutela individuale e quella collettiva

E veniamo allora, a chiusura delle questioni aperte dall'indagine sul metodo che occorre seguire nella individuazione dei rimedi, al tema dei rapporti tra la tutela individuale e quella collettiva, strettamente collegato alle tematiche esaminate sinora. È un tema delicatissimo ma poco affrontato, sul quale la Corte di Giustizia si è

---

<sup>31</sup> Istituito con D.M. 28 novembre 2019.



pronunciata con riferimento al sistema spagnolo con la sentenza 14-04-2016, Sales Sinués, cause riunite n. 381/14, 385/14.

Gli interventi sul punto della Corte di cassazione non sono molti.

Ne hanno trattato, direttamente o indirettamente, tre pronunce, nel 2008, nel 2011 e nel 2016.

Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051,<sup>32</sup> sulla possibilità di inibire le clausole vessatorie nei contratti già conclusi, anziché limitarsi a far cessare l'inserzione nei contratti da stipulare, sembra postulare una efficacia di giudicato, se favorevole, spendibile sul piano individuale.

Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351,<sup>33</sup> intervenuta sulle domande del Codacons aventi ad oggetto l'accertamento della nullità delle clausole dei contratti di assicurazione RCA pattuite nel corso degli anni cui poteva riportarsi l'intesa illecita, l'inibitoria della prosecuzione della condotta illecita, e infine la condanna dell'Assicurazione a restituire agli assicurati le somme ricevute per effetto dell'indebito incremento dei premi,<sup>34</sup> ha sottolineato che con l'azione inibitoria collettiva non solo si ottiene un effetto utile che va a vantaggio anche di chi non ha agito, ma si "spiana la strada" all'azione risarcitoria del singolo: si ottiene, infatti – osserva la Corte - un accertamento della responsabilità, del nesso causale fra l'illecito e il danno, nonché dell'esistenza e dell'entità potenziale dei danni (a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali), *«problemi la cui soluzione torna a vantaggio di tutti i titolari delle posizioni soggettive, sollevando ognuno di essi dai rischi e dagli oneri inerenti all'iniziativa singola e dalle remore ad agire individualmente in giudizio che potrebbero derivare dalla consapevolezza della disparità dei rapporti di forza»*.

Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2016, n. 10713,<sup>35</sup> infine, nel riconoscere l'ammissibilità, in chiave inibitoria, di richieste tese a impedire alla banca di continuare a rifiutarsi di restituire alla propria clientela le somme indebitamente percepite in applicazione della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, reputa corretto consentire di ottenere una pronuncia di accertamento di ogni questione che, a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali, *«sia idonea ad agevolare le iniziative dei singoli consumatori, sollevandoli dai relativi oneri e rischi»*. Nel farlo, la Corte sente il bisogno di precisare che si tratta, evidentemente, di una pronuncia a tutela degli interessi collettivi, che non implica un positivo riconoscimento dei diritti dei singoli clienti, da perseguire, eventualmente, nell'ambito di giudizi individuali, aventi ad oggetto specifici rapporti contrattuali con gli stessi: una pronuncia che *«produce effetto solo tra le parti del presente giudizio, vale a dire la banca e la collettività dei suoi clienti, quanto all'affermazione del loro diritto di ottenere una diversa quantificazione degli interessi, ma non pregiudica il diritto della banca di difendersi nei (successivi ed eventuali) giudizi individuali che i singoli clienti potranno promuovere, a tutela dei loro diritti individuali»*.

Come si comprende leggendo queste pronunce, l'intreccio tra l'azione inibitoria collettiva e quella individuale (lasciamo da parte la questione, più complicata, del raccordo con l'azione di classe) può avvenire su un duplice piano:

---

<sup>32</sup> In *Foro it.*, 2008, I, 2474, con nota di Palmieri.

<sup>33</sup> In *Foro it.*, 2012, I, 2304, con nota di De Santis.

<sup>34</sup> Più precisamente: 1) la cessazione del comportamento illecito con conseguente declaratoria di illegittimità del rifiuto di riconoscere agli assicurati il diritto alla restituzione delle somme indebitamente percepite; 2) l'ordine di dare notizia per iscritto agli assicurati della iniziativa giudiziale intrapresa dall'associazione e della propria disponibilità alla restituzione; 3) l'accertamento dell'obbligo di procedere, su richiesta dei destinatari della lettera, al ricalcolo dei premi assicurativi con conseguente storno e rimborso delle maggiori somme percepite).

<sup>35</sup> In *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Consumatori e utenti*, n. 52.



da un lato, su quello dei risultati ottenibili (il risultato pratico dell'azione) già attraverso l'azione inibitoria collettiva, che è certamente un rimedio più agile rispetto all'azione di classe proponibile dal singolo; dall'altro, su quello dell'efficacia di giudicato del provvedimento.

La differenza si coglie con chiarezza nell'art. 28 St. lav., dove il coordinamento tra i risultati dell'azione promossa dal sindacato e dal lavoratore avviene sul piano fattuale, e non giuridico: nessuno dubita che l'azione del sindacato a tutela della libertà sindacale possa tradursi in un vantaggio per il lavoratore; ma nessuno crede, del pari, che del provvedimento che colpisca il licenziamento illegittimo per motivi antisindacali il singolo potrebbe chiedere l'attuazione forzosiva, invocandone l'efficacia *ultra partes*. Come più volte sottolineato dalla Cassazione,<sup>36</sup> l'eventuale natura plurioffensiva della condotta datoriale, che abbia dato luogo ad una lesione dell'interesse individuale del lavoratore, comporta la possibile insorgenza di due azioni - quella collettiva e quella individuale - senza reciproche interferenze, sicché l'azione proposta dal sindacato non può incidere sulle vicende e sulla sorte dell'altra, né l'eventuale giudicato è idoneo ad esplicare una efficacia riflessa.

Particolare il caso GKN, perché la condotta antisindacale riguardava la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo, non preceduta preliminarmente dalle informative e dall'esame congiunto previsti dalla normativa, e, attraverso l'obbligo per l'azienda di rinnovare correttamente l'informativa omessa e l'obbligo di revoca del provvedimento *ex* L. 223/91, «l'ordine giudiziale di porre in essere i suindicati doverosi comportamenti [è apparso] sufficiente ad elidere tutti gli effetti della condotta, atteso che i rapporti di lavoro risultano tutt'ora in essere con obbligo di pagamento della retribuzione (il che esclude la necessità del richiesto ordine di riammissione in servizio)».

Sotto il profilo dell'effetto utile della pronuncia ottenuta dall'associazione, la giurisprudenza di merito ha consentito che, attraverso la misura dell'art. 140 Cod. cons., 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), nonché
- 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.

Sono casi analoghi a quello della fatturazione a 28 giorni da parte dei gestori di telefonia, su cui - a seguito dell'intervento dell'AGCOM, che ha attivato lo strumento della tutela indennitaria di massa a favore di tutti gli utenti - si è pronunciato il Consiglio di Stato nel 2020 con la pronuncia n. 879 (riconoscendo che il rimborso debba essere automatico e non debbano essere gli utenti a farne istanza) e il 12 novembre 2021 la Cassazione nella pronuncia n. 33848. Il Consiglio di Stato, nell'occasione, aveva ribadito la complementarietà tra *public* e *private enforcement* e ricordato appunto il ruolo dell'art. 140 Cod. cons. come tutela *stand alone* attivabile su istanza di parte (oltre a sottolineare che «l'intervento dell'Autorità per le sue caratteristiche ben può considerarsi spendibile se del caso dinanzi alla giurisdizione ordinaria al fine di affermare che l'ottemperanza al medesimo riequilibra definitivamente le relazioni tra le parti prevenendo il contenzioso dinanzi all'AGO e in sostanza svuotandolo di significato, con indubbi vantaggi per le certezze del mercato»). Ancora una volta l'ordine inibitorio, questa volta proveniente dall'Autorità garante anziché dal giudice ordinario, ha una portata che supera la necessità di

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. lav., 21 settembre 2015, n. 18539, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Sindacati*, n. 62.



interrogarsi sui limiti soggettivi del giudicato, dal momento che consente, nei fatti, di raggiungere un risultato analogo a quello che si otterrebbe attraverso la spendita dell'efficacia della sentenza resa *inter alios*.

Se però ci si volesse addentrare sul terreno dell'efficacia di giudicato nei rapporti tra azione inibitoria "collettiva"/azione di classe e azione inibitoria "collettiva"/azione individuale, la questione si rivelerebbe doppiamente complicata, sia quanto alla individuazione dell'oggetto del processo, che quanto ai limiti soggettivi.

In merito all'oggetto. Sotto il profilo del *petitum* processuale, si è già visto che la sentenza di merito sull'azione di classe ha natura di accertamento (della responsabilità del convenuto): più precisamente, la sentenza «accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei». 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.

Sotto il profilo del *petitum* sostanziale, non è facile individuare l'oggetto del giudizio inibitorio.

Mentre nell'azione di classe l'enucleazione della posizione soggettiva è (apparentemente) facilitata dal fatto che il titolare propone una domanda risarcitoria o restitutoria, nell'azione inibitoria il legislatore ha guardato piuttosto all'atto o al comportamento che hanno pregiudicato una pluralità di individui o enti.

A me sembra però necessario, in entrambi i casi, che si individui l'interesse, necessariamente preesistente alla lesione, che sia stato o sia suscettibile di essere pregiudicato.

Anche nell'azione risarcitoria è evidente, infatti, che, per quanto debba riconoscersi all'art. 2043 c.c. il rango non più di norma secondaria, volta a sanzionare con l'obbligo del risarcimento una condotta vietata da altre norme, sibbene di norma primaria, volta a garantire la riparazione di qualsivoglia danno ingiusto, identificabile nella lesione, non giustificata da altre norme, di un interesse rilevante per l'ordinamento, non è la lesione a determinare il sorgere della posizione soggettiva, bensì, viceversa, la sussistenza di una posizione soggettiva suscettibile di pregiudizio ad imporne la protezione, nel rispetto dell'art. 24 Cost.

Dunque, anche nel sistema introdotto con la L. 12 aprile 2019, n. 31, quel che occorre è innanzitutto individuare quali sono gli interessi per i quali oggi, dopo l'ampliamento voluto dalla nuova disciplina, è possibile postulare una tutela giudiziale, preventiva o risarcitoria, in sede civile.

Il processualcivilista, come sempre, può intervenire soltanto in seconda battuta. Solo una volta chiarite le situazioni che il legislatore ha voluto tutelare, infatti, ci si potrà interrogare su quale sia la connessione tra le cause che i singoli possono proporre, separatamente o in litisconsorzio tra loro nell'azione di classe o nell'inibitoria collettiva, e le cause proposte dagli enti cui il legislatore ha attribuito la legittimazione a far valere quelle medesime situazioni soggettive.

Solo una volta chiariti questi punti, si potrà provare a discorrere di limiti soggettivi di efficacia del giudicato: a mio avviso, come in più occasioni ho provato a sostenere, si potrà, guardando più all'obbligo derivato dalla violazione che al diritto violato, ragionare sulla falsariga dell'art. 1306 c.c., per estendere il giudicato favorevole alla posizione del singolo.