

AZIONE DI CLASSE E TUTELA DEL CONSUMATORE: DALL'ART. 140 BIS COD. CONS. ALL'ART. 840 BIS C.P.C.

| 110 Di Maria Astone

SOMMARIO: 1. *Premessa: verso la “deconsumerizzazione” dell’azione di classe.* - 2. *L’art. 840 bis c.p.c e la nuova azione di classe: ambito soggettivo e oggettivo di applicazione-* 3. *Le situazioni giuridiche soggettive tutelate: a) l’omogeneità dei diritti individuali.* – 4. *Segue: b) la atipicità della nuova azione di classe.* – 5. *Questioni applicative; il caso delle “bollette a 28 giorni”.* - 6. *I rimedi: a) le restituzioni.* - 7. *b) Il risarcimento del danno.* - 8. *La determinazione del quantum risarcitorio*

ABSTRACT. Obiettivo del contributo è quello di delineare i profili sostanziali della nuova azione di classe per verificare l’eventuale portata innovativa rispetto alle regole contenute nell’art. 140 bis c.p.c., e le conseguenze connesse a quello che è stato già definito il processo di “deconsumerizzazione” dell’azione di classe. Il riferimento contenuto nell’art. 840 bis c.p.c a tutti i “ tutti i diritti individuali omogenei”, senza la riproposizione delle specificazioni contenute nell’ art. 140 bis cod. cons., trasforma l’azione collettiva in uno strumento posto a presidio di qualunque interesse individuale e omogeneo dei componenti di una classe. L’esito dell’intervento normativo, dal punto di vista della normativa consumeristica, è il passaggio ad una protezione generale e atipica riservata a tutti i consumatori, che non incontrano i limiti connessi alla previsione di specifiche fattispecie.

The objective of the contribution is to outline the substantial profiles of the new class action to verify any innovative scope with respect to the rules contained in art. 140 bis cod. Cons., and the consequences related to what has already been defined as the “deconsumerization” process of the class action. The reference contained in art. 840 bis c.p.c to all “all homogeneous individual rights”, without repeating the specifications contained in art. 140 bis cod. cons., transforms collective action in an instrument. designed to safeguard any individual and homogeneous interest of the members of a class. The outcome of the regulatory intervention, from the point of view of consumer legislation, is the transition to general and atypical protection reserved for all consumers, who do not meet the limits associated with the provision of specific cases.



1. Premessa: verso la “deconsumerizzazione” dell’azione di classe.

Con la legge 12 aprile del 2019 n. 31 è stato introdotto nel libro quarto del c.p.c. il Titolo VIII *bis*, intitolato dei procedimenti collettivi, nel quale troviamo la nuova disciplina dell’azione di classe, oltre che dell’azione inibitoria¹ già regulate negli articoli 139, 140 e 140 *bis* del Codice del consumo. L’obiettivo legislativo è quello di intervenire su tali rimedi per offrire una nuova sistemazione e introdurre una regolamentazione, diretta ad ampliare il campo di applicazione sotto il profilo sia soggettivo, sia oggettivo; oltre che per superare alcune criticità che erano emerse negli anni successivi alla loro regolamentazione.

L’azione collettiva risarcitoria nell’ordinamento giuridico italiano nasce e si forma in ambito consumeristico, per rispondere all’esigenza di riequilibrare l’asimmetria processuale che penalizza il consumatore²; e introdurre uno strumento rimediabile, diretto a operare *ex post*, cioè a illecito consumato, idoneo a consentire ai consumatori danneggiati da un evento plurioffensivo di godere di una azione risarcitoria comune, in grado di superare le difficoltà connesse alle lungaggini delle procedure giudiziarie e alla sproporzione tra i costi del processo e i vantaggi conseguiti; oltre che di impedire, come ha rilevato anche la Commissione Europea, che le grandi imprese vengano a lucrare sul danno inflitto ad una intera categoria di consumatori che individualmente rinunciano a far valere i loro diritti.

E’ proprio nel primo decennio del secolo scorso che comincia a maturare in Italia l’esigenza di una azione di classe, proprio in coincidenza di un provvedimento ormai noto dell’Autorità Antitrust con cui svariate compagnie di assicurazione sono state ritenute responsabili per aver stipulato una intesa anticoncorrenziale in danno dei clienti. L’ accertata violazione della normativa antitrust e del divieto delle intese, prima da parte della stessa Autorità e poi da parte dei giudici ordinari, ha aperto la strada ad una moltitudine di ricorsi individuali, aventi lo stesso oggetto e la stessa pretesa, per ottenere la restituzione delle somme indebitamente pagate, per effetto dei contratti stipulati a valle dell’ intesa nulla³. Da qui è maturata la necessità che anche l’ Ita-

lia si dotasse di uno strumento collettivo di tutela dei diritti e interessi dei consumatori, poiché il modello di tutela individuale è apparso, infatti, insufficiente di fronte ai pregiudizi c.d. di massa, anche in considerazione del fatto che la pluralità di azioni individuali aveva determinato una significativa paralisi del sistema giurisdizionale.

Tuttavia, malgrado il *nomen*, l’azione, introdotta nel 2007 e più volte modificata sino al 2012⁴, si era differenziata profondamente dal rimedio statutense, sotto innumerevoli profili attinenti sia alle categorie dei soggetti aventi diritto, limitata ai consumatori, sia alla natura degli interessi tutelati, sia alla estensione degli effetti dell’azione. E non poche tuttavia erano anche le zone d’ombra che la disciplina consumeristica presentava e che illustri studiosi⁵ non hanno mancato di segnalare. E ciò ha trovato conferma nella scarsa applicazione che si è registrata sul piano giurisprudenziale e nelle critiche che ad essa sono state mosse, riguardanti la tipicità dell’azione, le regole sulla legittimazione ad agire, i costi e il sistema di adesione⁶.

Obiettivo del presente contributo è quello di delineare i profili sostanziali della nuova azione di classe per verificare l’eventuale portata innovativa rispetto alle regole contenute nell’art. 140 *bis* c.p.c., e le conseguenze connesse a quello che è stato già definito il processo di “deconsumerizzazione” dell’azione di classe⁷.

E ciò nella consapevolezza non solo che, per un verso, l’art.140 *bis*⁸ è destinato a conservare la sua efficacia, considerato che la legge 12 aprile 2019 n. 31 si applicherà alle condotte illecite poste in esse-

ti, Milano 2020, 82 ss.; e, ivi, PAGNI I., *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, 457 ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Bari, 2008; ID., *La tutela del contraente a valle di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Europa. dir. priv.* 2007, 43 ss.

⁴ JANSSEN A., *Europa e class action: “stato dell’arte” e delimitazioni di campo*, in *Contratto e impresa*, 2009; AFFERNI G., *Recenti sviluppi nell’azione di classe*, in *Contratto impresa*, 2013

⁵ ALPA G., *L’azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 6, p. 549.

⁶ BOVE M., *L’aderente*, in *Giur.it.*, 2019

⁷ Per un primo approccio cfr. CARRATTA A., *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019

⁸ Sull’art. 140 *bis* cod. cons e sulla azione di classe in generale cfr. ALPA G., *L’art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 379 ss.; ID., *L’azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 6, p. 549; P. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corriere giur.*, 2011, p. 547 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell’azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 501 ss.; G. CONTE, *I “diritti individuali omogenei” nella disciplina dell’azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 609 ss.

¹ AMADEI D., *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, in *Giur. it.*, 2019; PAGNI I., *L’azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019

² ALESSI R., *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in *www.juscivile.it*, 2013

³ Sul punto numerosi sono i contributi dottrinali. Cfr. a titolo esemplificativo, LIBERTINI M., *Le intese illecite*, in Caticola-Gabrielli, *I Contratti della concorrenza*, in Trattato dei contrat-



re successivamente alla data della sua entrata in vigore⁹, ma anche che restano immutate le ragioni che hanno determinato la nascita dell'azione di classe nell'ordinamento consumeristico italiano, essenzialmente connesse all'insufficienza degli strumenti di *private enforcement* di fronte ai pregiudizi c.d. di massa.

In tal senso è apparso opportuno al legislatore italiano mutuare dall'ordinamento statunitense lo strumento processuale della *class action* che consente di tutelare in un unico procedimento un gran numero di soggetti danneggiati da un comportamento plurioffensivo.

2. L'art. 840 bis c.p.c e la nuova azione di classe: ambito soggettivo e oggettivo di applicazione.

La previsione contenuta nell'art. 840 bis c.p.c. 1°, 2°, 3° e 4° comma costituisce una novità per l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'azione, rispetto all'art. 140 bis cod. cons., sia sotto il profilo degli interessi tutelati, sia in ordine alla legittimazione processuale ad agire. Infatti, per effetto della nuova disposizione, essa può essere esperita per la tutela *dei diritti individuali omogenei e potrà essere promossa* da ciascun componente della classe, dalle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro che abbiano come scopo la tutela dei suddetti diritti e iscritte in un elenco che sarà determinato di concerto tra il Ministro della giustizia e il Mise. Inoltre dovrà essere proposta nei confronti dell'autore della condotta lesiva, identificato con *imprese ovvero con enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, per gli atti e i comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro attività*. Oggetto dell'azione di classe è *l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*.

Se mettiamo a confronto tale previsione con l'art. 140 bis cod. cons. riscontriamo profili di identità, ma anche significative differenze.

Una coincidenza si registra con riferimento alle situazioni tutelate, poiché l'azione di classe resta a presidio di diritti individuali e omogenei, mentre differenze si rilevano con riferimento agli interessi collettivi, che, invece, non vengono più espressamente presi in considerazione nell'art. 840 bis.c.p.c; sebbene il riconoscimento della legittimazione processuale ad agire alle associazioni, in proprio e non più e solo su mandato del singolo

componente della classe, conferma la loro rilevanza¹⁰.

Infatti il riconoscimento di un potere di azione dinnanzi all'AGO in capo a organizzazioni o associazioni il cui fine è la tutela collettiva degli interessi individuali di una intera classe di utenti determina una rilevanza *ex se* dell'interesse collettivo. Nel senso che la relativa titolarità è sufficiente per la proposizione dell'azione di classe che sarà in tal caso diretta ad accertare che il ricorrente ha leso diritti individuali omogenei di una classe o categoria di soggetti (art. 840 sexies c.p.c, comma 1, lett. b). In tal caso l'interesse in gioco resta pur sempre l'interesse collettivo facente capo all'organizzazione, sicchè spetterà poi a coloro che presenteranno domanda risarcitoria o restitutoria produrre¹¹, ai sensi della stessa disposizione (art. 840 sexies, comma primo, lett.d), la documentazione necessaria relativa alla titolarità dei diritti individuali omogenei fatti valere¹². Ciò trova conferma nella recente decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, sia pure in una diversa questione, ha avuto occasione di affermare che nel caso di un'azione proposta da un ente, titolare di interesse collettivo, *“diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli”*¹³.

¹⁰ L'azione può essere proposta da ciascun componente della classe o da una organizzazione o associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti, purché iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia e che sarà determinato di concerto tra il Ministro della giustizia e il Mise. Su tale aspetto, I. Speciale, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Corr. Giur.*, 2020, 965;

¹¹ In tal senso già si è espressa la giurisprudenza di legittimità : *Cassazione civile sez. III, 18/08/2011, n.17351*, per la quale le Associazioni di utenti e consumatori (in tale fattispecie Codacons) - a parte i casi tipizzati in cui viene riconosciuta la legittimazione dell'associazione alla proposizione di un'azione risarcitoria con riferimento alla materia delle pratiche commerciali scorrette o delle condotte anticoncorrenziali - è legittimata a “ ottenere una pronuncia di accertamento su aspetti quali l'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale fra l'illecito e il danno, dell'esistenza ed entità potenziale dei danni (a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali), ed ogni altra questione idonea ad agevolare le iniziative individuali”; ma precisa la Corte che “ la legittimazione deve essere invece esclusa con riferimento alle domande di condanna della compagnia assicuratrice a pagare una somma determinata all'uno od all'altro soggetto assicurato che sia concretamente individuato, in mancanza di espressa domanda dell'interessato”

¹² In tal senso cfr. *Cassazione civile sez. III, 08/04/2020, n.7744*; *Cassazione civile sez. II, 10/07/2014, n.15825*

¹³ In tal senso Consiglio di Stato, ad. plen., sentenza 6/2020, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451 per il quale *“se l'interesse collettivo c'è, si tratta di un interesse dell'ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei*

⁹ In atto prevista per l'11 novembre 2020.





Emerge da questi primi rilievi un preciso dato iniziale: l'azione di classe ha perso il carattere della specialità e settorialità che la connotava nella disciplina consumeristica, per diventare uno strumento generale e universale a presidio dei componenti di una classe e a prescindere dalla qualifica da questi rivestita.

L'estensione della legittimazione ad agire a soggetti diversi dal consumatore determina la possibilità di utilizzazione dell'azione da parte di tutti i soggetti che hanno subito un pregiudizio a seguito di condotte lesive poste in essere, nell'esercizio della relativa attività da grandi imprese, anche gestori di servizi pubblici e privati, ivi compresa quindi la P.A., che potrà essere destinataria della nuova azione di classe, in aggiunta a quella già prevista dalla d. lgs 198/2009, diretta però a garantire l'efficienza della P.A.¹⁴

In tal modo¹⁵ il legislatore colma un vuoto di tutela che si era determinato nei confronti di categorie di soggetti che, non avendo la qualifica di consumatori, non potevano avvalersi dell'azione di classe¹⁶. La scelta operata dal legislatore italiano tende, in sostanza, ad ampliare l'ambito soggettivo di riferimento dell'azione, sino a ricomprendere le associazioni rappresentative, in una ottica di maggiore tutela del mercato e del suo funzionamento¹⁷.

singoli". In tal senso pure T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 12/12/2019, (ud. 29/10/2019, dep. 12/12/2019), n. 14311

¹⁴ L'azione può essere proposta da ciascun componente della classe o da una organizzazione o associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti, purché iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia e che sarà determinato di concerto tra il Ministro della giustizia e il Mise.

¹⁵ A. BELLELLI, *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 211 s.; R. ALESSI, *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in *www.juscivile.it*, 2013, 52 ss.; L. NIVARRA, *L'azione collettiva risarcitoria e il danno antitrust*, in A.M. GAMBINO – V. FALCE (a cura di), *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, Roma, 2010, p. 173 ss.

¹⁶ L. D'ACUNTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis, c. cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 1109 ss.; A. DI LANDRO, *Interessi dei consumatori e azione di classe*, E.S.I., Napoli, 2012, p. 17 ss.; C. CONSOLO-B. ZUFFI, *L'azione di classe e art. 140-bis cod. cons.*, Cedam, Padova, 2012; A.D. DE SANTIS, *La crisi dell'azione di classe a tutela dei consumatori e utenti*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 285 ss.

¹⁷ L'esigenza di una azione collettiva riguardante anche il settore delle imprese era stata positivizzata già nello Statuto delle imprese¹⁷ che non solo si è proposto di "favorire la competitività del sistema produttivo nazionale nel contesto europeo e internazionale" (art. 1 lett.g), ma, al fine di assicurare una maggiore protezione alle piccole e medie imprese, ha attribuito alle associazioni di categoria il potere di proporre azioni in giudizio a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi. solo ad alcuni soggetti (art. 4).

Sotto questo profilo il legislatore italiano ha dato attuazione alle indicazioni della stessa Commissione europea che, in passato, facendo ricorso a un approccio orizzontale¹⁸, ha raccomandato agli Stati membri di istituire sistemi nazionali di ricorso collettivo, inibitori e risarcitori, in caso di violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione dell'UE, e fra questi in particolare, quelli nel campo della protezione dei consumatori, della concorrenza, della tutela dell'ambiente e dei servizi finanziari. I tentativi di introdurre una disciplina europea della class action non hanno, invece, avuto¹⁹ successo nell'Unione Europea, che solo nel 2019 ha presentato una proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori²⁰.

3. Le situazioni giuridiche soggettive tutelate: a) il carattere della omogeneità.

L'azione di classe è posta oggi a presidio di «*tutti i diritti individuali omogenei*» dei componenti della classe.

L'assenza di ulteriori indicazioni segna una differenza rispetto alla versione dell'art. 140 bis cod. cons. Secondo infatti la disposizione consumeristica i diritti individuali omogenei dei consumatori possono essere ammessi alla tutela collettiva, in quanto integranti una delle previsioni contenuta nelle lettere a), b), c) del secondo comma. In particolare, il riferimento è ai diritti omogenei nascenti dalla sottoscrizione tra consumatori e professionisti di

¹⁸ Raccomandazione 2013/396/UE relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione; Comunicazione "Verso un quadro europeo in materia di ricorsi collettivi" (COM(2013) 401 def.), entrambe dell' 11 giugno 2013

¹⁹ Infatti nel *considerando* tredicesimo della *Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014* (relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea), si afferma, l'inopportunità di imporre agli Stati membri l'introduzione di meccanismi di ricorso collettivo.

²⁰ Recentemente è stata presentata una Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, che si propone l'obiettivo di estendere l'ambito di applicazione alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori in diversi settori economici, come i servizi finanziari, l'energia, le telecomunicazioni, la salute e l'ambiente. Questa modifica dovrebbe rendere il procedimento maggiormente più adatto all'ampio spettro di violazioni nei settori economici in cui le pratiche illegali degli operatori commerciali possono colpire un vasto numero di consumatori.

contratti per adesione ai sensi degli articoli 1341 e 1342 c.c., quando, dalla esecuzione di un contratto, contenente una clausola vessatoria, ai sensi dell'art. 33 cod. cons., una intera classe di consumatori ha subito un danno; o ai diritti derivanti dall'acquisto di un prodotto difettoso o non sicuro (ad esempio, prodotti farmaceutici, autoveicoli, elettrodomestici) o, ancora, ai diritti lesi da pratiche commerciali scorrette²¹ o comportamenti anticoncorrenziali. Le suddette specificazioni non sono riprodotte nel nuovo testo.

Emergono, quindi, due problemi: il primo, già noto, è quello della omogeneità dei diritti individuali fatti valere; il secondo è quello dei diritti e interessi che possono aspirare alla protezione.

La omogeneità dei diritti individuale costituisce presupposto per la proposizione dell'azione di classe²², la cui assenza determina, ai sensi dell'art. 840 ter. c.p.c., l'inammissibilità della domanda.

Già nel 2011 un illustre studioso, analizzando l'art. 140 bis cod. cons., si chiedeva "Cosa occorre perché si tratti di diritti individuali omogenei, cosa occorre perché siano tutti membri della stessa classe?²³". Quesiti che si possono facilmente riproporre rispetto alla nuova normativa. Di sicura utilità saranno certamente i risultati acquisiti nell'elaborazione dottrinale che ha identificato tale categoria come l'insieme di quelle situazioni giuridiche facenti capo ai singoli componenti di una classe che sono meritevoli dello stesso trattamento, perché derivano dallo stesso tipo contrattuale o dallo stesso fatto illecito (ma anche da più fatti e comportamenti accomunati da una comune fonte, da identità di causa, o ancora da uno o più fatti illeciti posti in essere dallo stesso soggetto, preordinati allo stesso fine); inoltre è necessario che l'evento dannoso presenti il carattere della plurioffensività²⁴;

²¹ LIBERTINI M., *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 158 ss.; BERNES A., *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da « cartello » in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 954 ss.

²² In tal senso Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886. In dottrina cfr. COSSIGNANI F., *L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019

²³ SCHLESINGER P., *La nuova "azione di classe"*, in *Corriere giur.*, 2011

²⁴ Corte di Appello Venezia, sez. IV, 3 novembre 2017, n. 2696 : La plurioffensività dell'evento dannoso è requisito necessario per l'ammissibilità stessa dell'azione di classe. In tal senso interessante è il caso trattato da Corte appello sez. IV – Venezia, avente ad oggetto una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 20 e 23 del codice del consumo, posta in essere nei confronti degli acquirenti di una serie di automobili del gruppo Volkswagen e consistente nell'installazione di un software vietato dalla legge per l'omologazione delle emissioni di ossidi di azoto, omettendo qualsiasi informazione al riguardo; pratica commerciale che avrebbe indotto una intera classe di consuma-

e che "le questioni che dovranno essere risolte per l'accertamento dell'esistenza del relativo diritto al risarcimento del danno siano le medesime"²⁵. Infine necessaria è pure la identità delle pretese risarcitorie e/o restitutorie, mentre devono presentare carattere di marginalità quelle personali e specifiche di singoli componenti la classe, in presenza delle quali verrebbe a interrompersi il nesso di regolarità causalità tra evento e danno.

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione²⁶ sia pure in poche e isolate decisioni ha affermato, con riferimento all'art. 140 bis cod. cons., che l'essenziale requisito della omogeneità va inteso, "come il tratto proprio di pretese individuali che, vantate da un insieme di consumatori o di utenti, siano accomunate da caratteristiche tali da giustificare un apprezzamento seriale e una gestione processuale congiunta".

In ogni caso l'omogeneità deve essere comune a tutte le pretese di coloro che appartengono ad una classe e decidano di aderire²⁷.

4. Segue : b) La atipicità della nuova azione di classe.

Resta, però, aperta la questione della determinazione degli interessi giuridicamente rilevanti per i quali è possibile azionare lo strumento processuale. E ciò non solo per tutte i componenti di una classe ma anche per l'ipotesi in cui la classe sia quella dei consumatori. La prima fase del procedimento- quella che si conclude con la sentenza di accoglimento

tori ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso. Il giudice di merito afferma che «l'omogeneità dei diritti soggettivi al risarcimento del danno scaturisce in realtà dalla circostanza che essi sorgano da un identico fatto costitutivo, seppur plurioffensivo, e che le questioni che dovranno essere risolte per l'accertamento dell'esistenza del relativo diritto siano sostanzialmente le medesime».

²⁵ Corte di appello sez. IV - Venezia, 03/11/2017, n. 2696

²⁶ Cfr. Cassazione civile sez. III, 31/05/2019 n.14886

²⁷ Cassazione civile sez. III, 31/01/2018, n.2320. La Corte ha riconosciuto, a proposito dell'art. 140 bis c.p.c., la possibilità per una classe di consumatori di utilizzare l'azione contro un produttore che aveva immesso sul mercato un kit che, contrariamente a quanto dichiarato dallo stesso, avrebbe consentito di diagnosticare l'influenza suina con percentuale trascurabile di errore. La Cassazione ha ribadito che la «finalità dello strumento processuale dell'azione di classe introdotta dal legislatore nel 2009» è «quella di tutelare i consumatori di fronte a condotte illegittime che esplicano i propri effetti, in maniera analoga, su una pluralità di individui»; e che «nel caso di specie... il messaggio reclamizzato sulla confezione del prodotto, unito alle spiegazioni fornite con il foglietto illustrativo, era senza dubbio idoneo a ingenerare nel consumatore medio la convinzione di acquistare un prodotto sicuro e capace di diagnosticare la presenza dell'influenza c.d. suina con una probabilità di successo (sensitività e specificità) prossima al 100%».



del ricorso - resta decisiva poiché è in essa che il giudice deve valutare e accertare, a pena di inammissibilità, la meritevolezza dei diritti individuali omogenei per i quali si chiede tutela.

Il riferimento contenuto nell'art. 840 bis c.p.c a tutti i “*tutti i diritti individuali omogenei*”, senza la riproposizione delle specificazioni contenute nell'art. 140 bis cod. cons., trasforma l'azione collettiva in uno strumento posto a presidio di qualunque interesse individuale e omogeneo dei componenti di una classe, purchè giuridicamente rilevante, determinando il superamento di quelle difficoltà che la stessa dottrina aveva incontrato per collocare alcuni danni seriali, basti pensare – come si è opportunamente rilevato in passato - a quelli derivanti dalla diffusione di informazioni scorrette prima della conclusione del contratto²⁸.

La nuova disciplina determina il passaggio della azione di classe dalla sfera della tipicità a quella della atipicità. Conseguentemente tenendo conto dei risultati conseguiti nell'ambito della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, si può ritenere che qualunque interesse di una classe, purchè giuridicamente rilevante²⁹, possa diventare oggetto di tutela dell'azione collettiva.

Sotto il profilo degli interessi tutelati, la protezione assicurata al consumatore da uno strumento non più settoriale, sebbene rivolto a soggetti processualmente deboli, appare rafforzata, poiché non incontra i limiti connessi alla previsione di specifiche fattispecie.

L'esito dell'intervento normativo, dal punto di vista della normativa consumeristica, è il passaggio ad una protezione generale e atipica riservata a tutti i consumatori, i quali, in quanto appartenenti a una comune classe, potranno utilizzare tale strumento tutte le volte in cui a seguito di un fatto plurioffensivo hanno subito la violazione di uno qualunque dei diritti fissati nell'art. 2 del codice del consumo e, più in generale, degli interessi e dei diritti ai quali fa riferimento l'art. 169 TFUE, necessari per garantire la piena attuazione dell'elevato livello di protezione, di cui all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali³⁰.

L'azione di classe potrà essere utilizzata dal consumatore non solo per la tutela dei diritti individuali

e omogenei in materia di servizi finanziari, servizi di comunicazione elettronica, servizi di trasporti e viaggi tutto compreso e di tutti quei rapporti transfrontalieri per la cui conclusione è stato utilizzato il commercio elettronico; ma anche per la protezione in forma collettiva della lesione del diritto alla salute, quale che sia il fatto lesivo, del diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, come diritti autonomi e distinti dal diritto alle pratiche commerciali scorrette; nonché in caso di violazione del diritto all'educazione al consumo, e dei diritti connessi ai contratti e servizi digitali. Per effetto dell'art. 840 bis c.p.c. la tutela potrà essere utilizzata per la tutela dei diritti individuali omogenei lesi nell'ambito dei rapporti con imprese e soggetti esercenti servizi pubblici o di pubblica utilità.

Considerata, inoltre, la formula utilizzata - quella di diritti soggetti individuali omogenei - il rimedio collettivo potrà essere utilizzato anche in funzione di nuovi interessi che possono emergere nel contesto socio-giuridico. In ordine, invece, agli effetti non emergono rilevanti differenze, poiché l'azione di classe resta pur sempre una azione di condanna finalizzata al risarcimento del danno e /o alle restituzioni.

Sebbene, però, la normativa italiana si muove sul presupposto che le ragioni di presunta debolezza giuridica, economica e processuale che hanno giustificato la azione collettiva consumeristica si possano estendere ad altri soggetti e ad altre fattispecie, sembra che la strada intrapresa non sia pienamente idonea a sfavorire il ricorso a tale strumento. E ciò non solo per la complessità della disciplina processuale ma anche per il modesto valore delle controversie seriali, le c.d. *small claims*, che costituiscono terreno di elezione dell'azione collettiva risarcitoria, per le quali spesso si registra il ricorso a strumenti diversi di tutela.

5. Questioni applicative: il caso delle “bollette a 28 giorni”.

Al riguardo significativo è il caso delle “*bollette a 28 giorni*”, recentemente venuto all'attenzione prima di AGCM e di Agcom, e poi da ultimo del Consiglio di Stato³¹. In particolare il Supremo Organo ha definitivamente sancito l'illegittimità del comportamento posto in essere dagli operatori telefonici, consistente nel fatturare i costi del servizio al ventottesimo giorno piuttosto che a cadenza mensi-

²⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, cit., 501 ss

²⁹ A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 679; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 155 ss.,

³⁰ Su tali temi cfr. G. VETTORI, *Art. 1, Finalità ed oggetto*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del Consumo, Commentario*, Padova 2007, spec. 18 ss.

³¹ Si tratta della decisione del Consiglio di Stato 4.02.2020 n. 879 (sez. VI), con la quale è stata dichiarata la legittimità della delibera 121/2017 / Cons di Agcom

le, ribadendo la necessità di ripristinare l'equilibrio contrattuale ingiustificatamente compromesso, attraverso la predisposizione di un sistema seriale di indennizzi.

In sostanza al Consiglio di Stato è apparsa legittima la scelta di Agcom che in diverse delibere ha imposto agli operatori di telecomunicazioni il rimborso automatico e collettivo in favore degli utenti delle somme illegittimamente incassate dalle società di telefonia attraverso la fatturazione a ventotto giorni. Il riconoscimento dell'obbligo degli operatori telefonici di procedere ad una corresponsione automatica di massa, a prescindere da una specifica domanda, di un indennizzo seriale a favore di tutti gli utenti di servizi di telefonia, nei confronti dei quali è stata tenuta la stessa pratica commerciale scorretta (cioè la richiesta di pagamento al ventottesimo giorno), ha di fatto determinato una sorta di sovrapposizione del provvedimento adottato dall'Autorità con l'azione di classe. Nell'offrire una adeguata tutela a tutti i consumatori-utenti di un servizio di telefonia pregiudicati dallo stesso comportamento scorretto tenuto dagli operatori telefonici l'Agcom ha, di fatto, reso superfluo il ricorso all'azione di classe; e ciò malgrado lo stesso Consiglio di Stato si sia preoccupato di precisare, stante l'espressa previsione normativa, la perfetta compatibilità tra *public enforcement* e azione collettiva risarcitoria³².

In definitiva la diverse fasi processuali³³ in cui si articola l'azione di classe, il conservato regime dell'*opt-in*, il modico valore delle controversie e la prevista tutela amministrativa dinanzi alle Autorità indipendenti, caratterizzata dalla gratuità e velocità, rendono altamente improbabile il ricorso all'azione di classe.

6. I rimedi: le restituzioni.

³² Si legge infatti nella sentenza citata che "È evidente che il Codice del consumo, agli artt. 138/142 offre al privato un'ampia gamma di tutele stand alone attivabile su istanza di parte (ed anche con l'assistenza delle associazioni consumeristiche), compresa l'azione di classe ex art. 140, le quali rivestono un carattere fondamentale per la tutela dei privati anche per vicende patologiche di massa. Ma tutto questo non è né esclusivo, né alternativo al public enforcement, in quanto, fermi i rispettivi interessi perseguiti, quest'ultimo coopera alla tutela dei privati anzitutto operando come amministrazione neutrale e non meramente imparziale, quindi agendo nel rispetto dell'art. 97 Cost. ma anche di altri valori costituzionali ed assumendo per l'effetto statuizioni paragiustiziali".

³³ C. CONSOLO, *L'azione di classe trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714.

L'azione di classe è destinata all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni³⁴.

La posizione dei soggetti, gli interessi particolari coinvolti, ma anche l'incidenza della condotta lesiva sugli interessi generali dell'ordinamento giuridico, costituiranno il criterio di valutazione per la individuazione delle tecniche rimediali³⁵ utilizzabili *ex post*.

Preliminare al sorgere dell'obbligo risarcitorio e/o restitutorio è l'individuazione dell'esistenza dell'illecito, il nesso di causalità tra illecito e danno che è stato subito dal consumatore, la determinazione del tipo di illecito che viene in rilievo (contrattuale o extracontrattuale), necessario ai fini dell'adempimento del relativo onere probatorio e della rilevanza degli elementi soggettivi del dolo e della colpa. Rispetto all'art. 140 bis cod. cons. si rileva un sicuro allargamento dell'ambito applicativo dell'azione di classe. L'art. 840 bis c.p.c., infatti, consente ai componenti di una classe di agire nei confronti di qualunque tipo di illecito, contrattuale ed extracontrattuale, purché lesivo di diritti o interessi individuali e omogenei e produttivo di danni seriali. La condotta lesiva può identificarsi con qualunque comportamento posto in violazione di obblighi contrattuali e legali oppure in violazione del generale dovere del *neminem laedere*.

In ogni caso, quale che sia l'illecito, resta fondamentale dare la prova del nesso causale tra condotta illecita e danno secondo le regole generali proprie della responsabilità accertata o secondo quelle specifiche di un determinato settore

³⁴ Sul tema dei rimedi anche con riferimento all'azione di classe numerosi i contributi: cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, cit. p. 501 ss. Sulla categoria dei rimedi si possono segnalare gli approfonditi studi di G. CONTE, *I profili «sostanziali» di tutela dell'azione di classe*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, 1428 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Giappichelli, Torino, 2001, p. 110 ss.; S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi*, cap. XXXVI, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, vol. II, p. 741 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 589 ss.

⁽³⁴⁾ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 54 ss.; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 33 ss.

³⁵ Sul tema dei rimedi nei contratti del consumatore G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The common rules for a European Law*, Padova 2008, 271 e spec. 287.

Le due fasi - quella dell'accertamento della responsabilità e quella della condanna - sono strettamente correlate, come emerge sia dai principi giuridici del nostro sistema di responsabilità, sia dall'interpretazione letterale della norma. L'azione di classe, dunque, deve tendere all'accertamento della responsabilità ed agli effetti, i quali possono essere di natura risarcitoria e restitutoria.

L'efficacia ambivalente dell'azione di classe, restitutoria e risarcitoria, trova conferma nell' art. 840 *octies* c.p.c., 5° comma³⁶. Con riferimento all'obbligo restitutorio, va rilevato che la sua previsione pone il problema circa le modalità di attuazione.

Nel nostro sistema la restituzione si realizza mediante ripristino dello stato *quo ante* al verificarsi del fatto illecito (restituendo per esempio i beni o i prodotti funzionanti o senza i difetti e i vizi che si erano manifestati nei confronti di una intera classe di consumatori), sicché è lecito ritenere che in presenza di un diritto o interesse violato in capo a una intera classe di consumatori, si debba, in via preliminare, reintegrare la sfera giuridica di tutti i soggetti mediante riparazione o sostituzione del bene. L'azione restitutoria ha, quindi, natura reale, nel senso che tende alla restituzione delle cose, sicché resta esclusa la possibilità di ricorrere al risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c. .

7. Il risarcimento del danno

Laddove non si possa fare luogo alla restituzione, che per la sua natura dovrebbe essere preferita, resta il rimedio risarcitorio. Serialità delle pretese significa necessariamente identità di *quantum* sul piano risarcitorio, poiché al giudice compete la determinazione dei criteri di liquidazione, che devono avere il carattere della unitarietà, non restando spazio per istanze individualizzate³⁷.

³⁶ In esso si statuisce che «*Il giudice delegato, con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione*».

³⁷ In tal senso A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 362. Sul punto, cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1936 ss.; S. MENCHINI-A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2010, p. 1423; M. NATALE, *Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 118 ss.; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Judicium.it*, 5 giugno 2010, par. 6 nt. 19.

Spetta al giudice delegato per la procedura di adesione, nominato ai sensi dell' art. 840 *sexies* c.p.c., determinare le somme dovute, a titolo risarcitorio, a ciascun aderente e condannare il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo predeterminato per legge, ex art. 840 *nonies* c.p.c., 1° comma, oltre¹ che alle spese legali, da corrispondere direttamente all'avvocato; somma che si aggiunge a quella dovuta a titolo risarcitorio.

Le disposizioni in esame non specificano il tipo di danno risarcibile, sicché può legittimamente ritenersi che anche il danno non patrimoniale subito dal ricorrente e dagli aderenti può trovare soddisfazione.

Appare ormai superata l'idea che l'azione di classe possa essere utilizzata esclusivamente per il risarcimento dei danni patrimoniali, in considerazione di una presunta impossibilità di procedere alla standardizzazione del danno non patrimoniale.

Per quanto è vero che, a volte, il pregiudizio alla sfera esistenziale di una persona presenta profili di variabilità da individuo a individuo, è pur vero che vi sono numerose e diverse tipologie di danno alla salute per i quali l'incidenza sui singoli è identica e il ricorso all'azione di classe potrebbe presentare profili di convenienza, traducendosi in un vantaggio per i danneggiati dal punto di vista dei costi e benefici processuali.

A ciò devono aggiungersi almeno due considerazioni: la prima di carattere generale è che la tutela della persona danneggiata va sempre garantita anche nell'ambito di un giudizio collettivo sia nei suoi aspetti patrimoniali sia non patrimoniali, non essendo ragioni ostative e normative che escludono tale possibilità, considerato che il sistema giuridico si muove nell'ottica della massima tutela della persona umana; la seconda invece è strettamente correlata al nuovo raggio di operatività dell'azione di classe che, essendo divenuta una azione sostanzialmente atipica, con l'unica condizione della ricorrenza di diritti individuali omogenei tra i componenti di una classe, non incontra limiti neppure sotto il profilo della tipologia dei danni risarcibili, se non quelli derivanti dai principi generali dell'ordinamento giuridico.

La questione, peraltro, trova sostegno in una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione, pronunciata quasi contestualmente alla emanazione del d.lgs. n. 31/2019, che pronunciandosi su una questione connessa all'applicazione dell'art. 140 bis cod. cons., ha ammesso che i componenti di una classe, che hanno subito la lesione dei propri diritti individuali omogenei possono pretendere anche «*la riparazione di un danno non patrimoniale, di cui sia stata data la relativa prova, che non sia indivi-*



*dualizzato, ma sia fondato su circostanze comuni a tutti i membri della classe*³⁸.

Secondo tale prospettazione che si presta a diventare criterio interpretativo e applicativo della nuova regolamentazione, e nel quadro dei diversi orientamenti scientifici e giurisprudenziali maturati sulla questione del danno non patrimoniale anche da contratto³⁹, il relativo risarcimento, ove provato, e comune a tutti i membri della classe che abbiano aderito, può trovare accoglimento anche nell'ambito del giudizio avviato attraverso l'azione collettiva, a condizione che si prescinda da esigenze specifiche e individuali.

In sostanza restano fuori dall'area della risarcibilità le pretese individuali, che si collocano sul piano della personalizzazione del danno, e che potranno essere eventualmente fatte valere con una azione individuale, nei limiti di quanto stabilito dagli articoli 840 *bis* e *undecies* c.p.c.

8. La determinazione del *quantum* risarcitorio.

Una volta accertato il diritto al risarcimento del danno, resta aperto il problema della determinazione dell'entità dei risarcimenti⁴⁰, che sicuramente rappresenta l'aspetto più controverso per le connessioni con problematiche molto note riguardanti la teoria della responsabilità civile e dei danni, e sulle quali certamente incide l'esperienza dei danni punitivi di derivazione statunitense⁴¹, che proprio nell'azione di classe ha trovato il suo terreno di elezione.

³⁸ In tal senso si pronuncia, Cassazione civile, sez. III, 31 maggio 2019, n.14886 a proposito del noto caso Trenord.

³⁹ Al riguardo si rinvia a M. ASTONE, *Il danno non patrimoniale nel diritto interno e sovranazionale tra antiche e nuove questioni*, in *Europa Dir. Priv.*, 2018, 1183 ss.

⁴⁰ V. VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contratto e impresa*, cit., 688 ss.; A. JANSSEN, *Europa e class action: "stato dell'arte" e delimitazioni di campo*, cit., 694 ss.; F. BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 20; C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 933 ss.; G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali e processuali e ricostruzioni della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 306 ss.; C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad un'amplissima disciplina*, in *Corriere giur.*, 2019, 737 ss.

⁴¹ M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 158 ss.

In ordine a tale aspetto si registrano alcune differenze⁴² tra la nuova disciplina contenuta nel c.p.c. e quella, invece, presente all'interno dell'art. 140 bis c.c.⁴³

Quest'ultima disposizione infatti attribuisce al potere equitativo del giudice il compito di determinare il quantum risarcitorio, secondo le regole del risarcimento per equivalente, escludendo in tal modo qualunque possibilità di quantificazione del danno secondo criteri punitivo-deterrenti.

La legge 31/2019 modifica parzialmente il sistema di liquidazione del danno⁴⁴. Un esame delle disposizioni dimostra che spetta al giudice delegato stabilire il pagamento delle somme dovute a ciascun aderente (art. 840 *bis* - *octies*), sulla base però di un progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, presentato dal relativo rappresentante; e avvalendosi, ove necessario, di un esperto per la valutazione dei fatti, posti a base delle domande. Non sono, invece, indicate in tale disposizione i criteri di cui lo stesso organo deve avvalersi per la determinazione del *quantum*, che, pertanto, resta soggetto ai principi fissati negli articoli 1223, 1225, 1226, 1227 e 2056 c.c., né si distingue tra danno patrimoniale e non patrimoniale.

Ciò che suscita, invece, particolare attenzione è la previsione, del tutto innovativa, contenuta nell'art. 840 *nonies* c.p.c., riguardante la condanna del danneggiante al pagamento a titolo risarcitorio di una somma comprensiva di diverse voci, somma che può essere aumentata o ridotta in misura non superiore al 50%, sulla base di diversi criteri tra i quali, *qualità dell'opera prestata, sollecitudine con cui sono state condotte le attività, complessità dell'incarico, numero degli aderenti*.

Le suddette previsioni, che consentono al ricorrente e agli aderenti di ricevere somme di denaro ulteriori rispetto all'effettivo pregiudizio subito, se per un verso adempiono ad una funzione di premialità nei loro confronti, dall'altro sembrano aprire la strada a una funzione punitivo - deterrente dell'azione di classe nei confronti degli autori dell'illecito.

Da qui deriva la necessità di accertare la compatibilità di tale disposizione con i principi che regolano il risarcimento del danno.

È noto, infatti, che la tutela risarcitoria si fonda su un criterio compensativo, nel senso che il danno

⁴² Sul punto cfr. GIUSSANI A., *La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019

⁴³ Alpa G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010

⁴⁴ MENGALI A., *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019





risarcito deve essere corrispondente al danno prodotto, per evitare un ingiustificato arricchimento in capo alla vittima⁴⁵; risultano pertanto vietate forme di risarcimento che non sono adeguate e proporzionate al danno subito.

Senza voler ripercorrere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale su tale questione, va rilevato però che non mancano indicazioni favorevoli a forme risarcitorie di tipo punitivo con funzione deterrente dell'illecito.

Nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e in ambito legislativo si è dato spazio a tecniche rimediale⁴⁶ che consentono alla responsabilità civile di svolgere funzione deterrente e sanzionatoria⁴⁷.

Infatti non solo le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁴⁸, hanno ritenuto compatibile con l'ordine pubblico italiano sentenze straniere "comminatorie di danni punitivi", ammettendone la delibazione, ma anche il legislatore ha emanato diverse disposizioni, che sembrano aprire la strada al riconoscimento di danni punitivi-deterrenti sia pure in casi espressamente tipizzati⁴⁹. Se dunque

questa è l'indicazione⁵⁰ che proviene dal sistema⁵¹, si può ritenere che la previsione contenuta nell'art. 840 *nonies* c.p.c, sembra dimostrare che l'obiettivo del legislatore è quello per un verso di liquidare una somma di denaro maggiore rispetto all' effettivo danno subito⁵² non solo allo scopo di gratificare i ricorrenti per l'iniziativa intrapresa, ma anche per punire il trasgressore⁵³.

⁴⁵A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 17 ss.; P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in P.G. DEMARCHI (a cura di), *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Zanichelli, Bologna, 2010, p. 523 ss.

⁴⁶Il riferimento è ai risarcimenti in forma specifica, danni punitivi o *astreinte*. L'*astreinte* «è una misura di coercizione indiretta, volta ad indurre, con la minaccia del pagamento di somme, l'obbligato ad adempiere»: in tal senso A. DI MAJO, *Astreinte. I confini mobili della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, 3, p. 562. In tal senso cfr. Cass., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, nella quale la S.C. evidenzia la diversità strutturale e funzionale dell'*astreinte* rispetto al danno punitivo, sebbene entrambi mirino all'adempimento, tant'è che secondo la Corte si può parlare di «una funzione deterrente propria» per l'*astreinte*, e di una «funzione deterrente soltanto indiretta» per i danni punitivi.

⁴⁷Sono interessanti rilievi formulati da C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, p. 304, il quale avverte che «deterrenza e funzione punitiva non si identificano» e che «la responsabilità civile svolge la sua funzione deterrente o di dissuasione, e perciò di prevenzione, con la sola minaccia del risarcimento, così come la norma penale con la minaccia della pena: ciascuna coerentemente alla propria natura».

⁴⁸Cass., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601, che interviene a seguito di ordinanza di rimessione della Cass., sez. I, 16 maggio 2016, in *Danno e resp.* 2016, 8 -9, p. 827 ss. Per un primo intervento sulla sentenza delle Sezioni Unite cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *giustiziacivile.com*, 2017;

⁴⁹Altre norme sono pure interessanti in tale ricostruzione. Basti pensare all' art. 96 c.p.c., nel quale è previsto una forma di danno punitivo, diretto a scoraggiare l'abuso del processo, la cui applicazione presuppone «la presenza, in capo al destinatario della condanna, della malafede o della colpa grave previsti per la lite temeraria». In tal senso cfr. Trib. Milano, Sez. IV, 22

giugno 2016.

⁵⁰Sul punto si rinvia a M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contratto e impresa*, 2018, 277 ss.

⁵¹Significativo è, al riguardo, il contenuto dell'art. 125 d.lgs 10 febbraio 2005, n.30 (Codice della proprietà industriale) nel quale si prevede che la liquidazione del danno, pur operata nel rispetto degli artt. 1223, 1226, 1227 c.c., può essere parametrata anche ad ulteriori elementi, quali i benefici conseguiti dall'autore delle violazioni o il danno morale subito dal danneggiato, sicché la somma attribuita a titolo di risarcimento dovrà essere idonea ad annullare i benefici conseguiti.

⁵²Sul punto cfr. F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, p. 915 ss.; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 15 ss.

⁵³Il riferimento è alla ricostruzione di V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 676 ss.; in tale prospettiva P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, *Atti del convegno per il cinquantenario della rivista, Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, p. 534, per il quale il "danno morale soggettivo" costituisce quel *quid pluris* che consente di graduare il *quantum* del risarcimento al disvalore dell'atto illecito; Id, *Dalle pene private ai rimedi ultracompenzativi*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Giuffrè, Milano 2006; A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Giappichelli, Torino, 1999), II, p. 895; infine, con riferimento alla clausola penale M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Cedam, Padova, 2004, p. 139.