

# La tutela dei diritti individuali-collettivi ai sensi degli artt. 37 e 140 del codice del consumo: tra inibitoria e obblighi ripristinatori

**Autore:** Di Salvo Cettina

**In:** Diritto civile e commerciale

## ABSTRACT

Nel presente lavoro l'autrice si propone di analizzare i rimedi processuali predisposti dal legislatore a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, a mente degli artt. 37 e 140 del codice del consumo. A tal fine si sofferma sul rimedio inibitorio avverso la condotta illecita quale tecnica di tutela specifica dei diritti dei consumatori, sul contenuto delle misure correttive degli effetti dannosi della condotta illecita, nonché sul rapporto intercorrente tra siffatte misure e il provvedimento inibitorio, tentando in ultima analisi di definire i confini tra lo strumento di tutela collettiva di cui all'art. 140 cod. cons. e il nuovo strumento processuale dell'azione di classe di cui all'art. 140 bis cod. cons.

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive; 2. La tutela inibitoria: natura giuridica; 3. La tutela inibitoria come tecnica di tutela specifica dei diritti individuali-collettivi dei consumatori; 4. Le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi; 4.1. Segue. Il rapporto tra le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi e il provvedimento inibitorio della condotta lesiva; 4.2. Segue. Definizione dei limiti delle misure ripristinatorie anche alla luce della nuova azione di classe; 4.3. Segue. Le misure ripristinatorie nell'applicazione giurisprudenziale; 5. La tutela inibitoria cautelare: funzione e presupposti.

## 1. Considerazioni introduttive.

I “nuovi” diritti attribuiti al consumatore - come persona prima che come soggetto contraente[1]- vanno al di là di una prospettiva meramente patrimonialistica della relazione giuridica e si caratterizzano per il loro essere conformi e concorrenti, di talché il soddisfacimento di un consumatore implica naturalmente il soddisfacimento anche degli altri appartenenti alla categoria[2].

Si tratta di diritti complessi che si protendono oltre i diritti dei singoli soggetti e si intersecano con gli interessi pubblici; l'osservanza, infatti, da parte del professionista nello svolgimento dell'attività d'impresa degli obblighi comportamentali statuiti dal legislatore realizza il soddisfacimento della collettività dei consumatori e, nel contempo, il regolare funzionamento del mercato.

Le peculiarità di tali diritti si riflettono sulle tecniche funzionali alla loro tutela, e proprio in ragione di queste la tecnica inibitoria si palesa quale efficace strumento di reazione alle condotte imprenditoriali lesive, capace di garantire la tutela integrale della pluralità dei consumatori mediante la cessazione della condotta illecita e il ripristino della legalità[3]. Attese, infatti, le attuali dinamiche di mercato, contraddistinte dalla produzione in serie, dalla distribuzione e contrattazione di massa - e dunque l'ampia estensione spazio-temporale delle prassi imprenditoriali - gli atti illeciti del professionista si concretizzano in violazioni fisiologicamente perduranti o destinate a ripetersi nel tempo. Così: un prodotto difettoso finché commercializzato lederà il diritto alla qualità dei prodotti del consumatore; un messaggio pubblicitario ingannevole finché diffuso sarà lesivo del diritto del consumatore[4] ad una adeguata informazione e ad una pubblicità corretta; delle condizioni generali di contratto abusive[5] finché utilizzate, o raccomandate, dispiegheranno la lesione del diritto del consumatore alla correttezza, trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; e ancora la prestazione di un servizio pubblico inferiore agli standard qualitativi sarà lesivo del diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

A fronte di prassi illecite di questo genere - lesive di interessi non suscettibili di riparazione attraverso l'equivalente monetario - una tecnica di tutela che si connota come strumento di immediata attuazione del diritto violato, svolgendo la duplice funzione di repressione della condotta illecita in itinere e di prevenzione per il futuro, non può che essere maggiormente incisiva rispetto alle tradizionali tecniche di tutela. Ed è in linea con la dimensione collettiva della lesione, poiché l'ottemperanza da parte del professionista all'ordine inibitorio emesso dal giudice produce, di fatto, effetti nei confronti di tutti i soggetti titolari di un diritto conforme: il ritiro dal mercato del prodotto difettoso o l'eliminazione di una clausola vessatoria realizzano un risultato pratico in favore di tutti i consumatori. In più, il contenuto flessibile del provvedimento inibitorio fa sì che il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa apprestare delle soluzioni idonee alle particolarità della fattispecie dedotta in giudizio[6].

L'Unione europea, che ha sempre prestato rilevante attenzione ai diritti dei consumatori, ha attribuito fin dai primi provvedimenti in materia di consumo un ruolo primario alle tecniche inibitorie. Diverse infatti sono le direttive che contemplano il ricorso all'inibitoria collettiva: la direttiva sulla pubblicità ingannevole (84/450/CEE), sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (85/577/CEE), sui viaggi, vacanze "tutto compreso" (90/314/CEE), sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (93/13/CEE), sulla vendita e garanzie dei beni di consumo (99/44/CEE), e infine la direttiva 98/27/CE (ora confluita nella direttiva 2009/22/CE) che, nell'ottica di promuovere l'armonizzazione delle disposizioni legislative degli stati membri e creare uno spazio giuridico europeo in materia di consumi, ha prefigurato la tutela inibitoria quale modello generale di tutela giurisdizionale e/o amministrativa in tutti i settori di consumerism regolati da direttive dell'Unione europea[7], elencate nell'allegato annesso alla direttiva o che saranno inserite qualora emanate successivamente[8].

Il legislatore italiano ha ribadito, già con la l. 6 febbraio 1996, n. 52, in materia di condizioni generali di contratto abusive, e poi con la l. 30 luglio 1998 n. 281 (seppur non costituisca legge di recepimento della direttiva sui provvedimenti inibitori[9]), la policy comunitaria verso il modello di tutela inibitoria, quale strumento generale di protezione dei consumatori, anche in via cautelare ove ricorrano giusti motivi d'urgenza[10]. Demandando, altresì, la possibilità di emanare provvedimenti inibitori, oltre agli organi giurisdizionali, all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che può inibire la continuazione di pratiche commerciali scorrette[11], con la conseguente esistenza in tale ambito di una inibitoria

amministrativa e una giurisdizionale[12].

2.

### **La tutela inibitoria: natura giuridica.**

In dottrina si è molto dibattuto sulla natura della tutela inibitoria, e in particolare sulla classificazione della relativa sentenza come sentenza di accertamento, di condanna, costitutiva, ovvero come species al di fuori della tradizionale tripartizione delle forme di tutela giurisdizionale dei diritti[13].

Il fervido dibattito circa l'inquadramento dell'inibitoria scaturisce dal fatto che la sua configurazione come tutela di accertamento, di condanna o costitutiva si riverbera sul preminente problema della configurabilità nel nostro ordinamento della tutela inibitoria come modello generale di tutela preventiva[14] - volta ad impedire che una violazione di legge sia compiuta o ripetuta - al di là delle singole ipotesi previste espressamente dalla legge. La qualificazione come tutela di mero accertamento o di condanna implicherebbe infatti la difficoltà di sostenere la tipicità della tutela inibitoria, che invece potrebbe discendere dal suo inquadramento come tutela costitutiva[15].

Il dibattito dottrinale è scaturito principalmente dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, e segnatamente dall'inammissibilità di eseguire forzatamente l'ordine di reintegra del lavoratore o di cessazione della condotta antisindacale. L'impossibilità di intraprendere l'esecuzione forzata del provvedimento a tutela del lavoratore, avente ad oggetto una prestazione di fare infungibile o di una prestazione di non fare, quindi incoercibile, ha indotto taluni a mettere in discussione la natura giuridica della tutela inibitoria, generalmente ritenuta espressione della tutela di condanna[16].

Cosicché è stato sostenuto che, stante la nozione tradizionale di condanna che correla necessariamente la sentenza di condanna alla possibilità di dar luogo all'esecuzione forzata della stessa[17], la sentenza inibitoria - la cui esecuzione coattiva è impossibile - non costituirebbe una sentenza di condanna, ma una sentenza di accertamento mero dell'illecito[18].

Senza voler sottovalutare le difficoltà connesse all'esecuzione coattiva della sentenza inibitoria in caso di inadempimento dell'obbligazione derivante dalla stessa, ciò tuttavia non può costituire il fondamento della qualificazione della sentenza inibitoria come sentenza di mero accertamento, la quale mira, in uno stato di incertezza giuridica, esclusivamente alla dichiarazione dell'esistenza o inesistenza di un diritto. Diversamente, la tutela inibitoria non tende alla dichiarazione dell'esistenza di un diritto contestato, ma a fronte del non soddisfacimento del diritto a causa dell'inosservanza di un dovere comportamentale, tende a quella specifica prestazione da parte dell'autore della violazione, attraverso l'ordine di cessare o non ripetere il comportamento illecito, reintegrando in tal modo il diritto leso dedotto in giudizio[19].

Secondo altri Autori la sentenza inibitoria è inquadrabile tra i provvedimenti di condanna nel caso in cui sia possibile conseguire l'applicazione di misure coercitive[20], individuando in questo modo la natura giuridica della sentenza inibitoria in base ad elementi estrinseci, come la previsione di misure coercitive[21], che in realtà non incidono sul contenuto della sentenza inibitoria. Da questa tesi ne discenderebbe che il provvedimento inibitorio disciplinato inizialmente dalla L. 281/98 non avrebbe configurato un provvedimento di condanna ma, a seguito dell'introduzione all'art. 3 del comma 5-bis che ha statuito l'applicazione delle misure coercitive in caso di inadempimento dell'obbligo, esso avrebbe acquisito la natura di provvedimento di condanna[22]. Epperò fuorviante collegare la natura di condanna o meno del provvedimento all'eventuale applicazione di misure coercitive in caso di sua violazione[23]. Esse, infatti, pur assumendo particolare rilevanza in materia di obblighi infungibili a prestazione continuata o periodica - in quanto costituiscono misure compulsive ai fini dell'adempimento della pronuncia - non possono rappresentare il parametro cui riferirsi ai fini della definizione del provvedimento inibitorio come provvedimento cognitivo di condanna o meno.

Ad ogni modo, in riferimento alla tesi surriferita, l'introduzione, attraverso il nuovo art. 614-bis c.p.c.[24],

di un sistema generale di misure coercitive a contenuto pecuniario[25] - sul modello delle astreintes francesi - a garanzia degli obblighi di fare infungibili e degli obblighi di non fare, implica che la sentenza inibitoria sia adesso considerata sentenza di condanna.

Vi sono poi Autori che ritengono che la sentenza inibitoria configuri una sentenza costitutiva[26], in quanto il giudice nell'imporre il vincolo di astensione da un comportamento, specifica in relazione alle situazioni concrete gli ulteriori comportamenti che il responsabile dovrà tenere, non solo per non ripetere la violazione ma anche per non perpetuarne le conseguenze, creando in questo modo una regola che prima non esisteva[27]. In senso contrario, è però da rilevare che il giudice accertata l'illiceità di un determinato comportamento impone esclusivamente il rispetto della norma di legge violata; e se poi nell'ordinare all'obbligato di astenersi per il futuro da un determinato facere stabilisce discrezionalmente le modalità di attuazione di quell'ordine, ciò non vuol dire che siano stati creati obblighi prima inesistenti, in quanto si tratta di modalità comunque ricavate dal comportamento vietato dalla legge[28].

Invero, per comprendere la natura della sentenza inibitoria bisogna muovere dalla negazione dell'equazione condanna ed esecuzione forzata, che ormai trova ampio supporto nella dottrina più recente[29] e nella giurisprudenza di legittimità[30], e guardare al suo contenuto.

Abbiamo già detto che la sentenza inibitoria è finalizzata a bloccare un illecito a carattere continuativo o suscettibile di ripetersi, e a tal fine il giudice compie l'accertamento dell'illiceità della condotta, accertamento che implica necessariamente l'ordine alla parte soccombente di cessazione anche per il futuro, poiché l'interesse all'osservanza della norma sostanziale violata non è circoscritto solo al momento in cui si chiede tutela. Essa è, dunque, composta da un capo di accertamento dell'illiceità di un comportamento e da un capo condannatorio di cessazione del comportamento e obbligo di astensione dal compierlo nuovamente. Sicché, la sentenza inibitoria esplica il suo effetto precettivo anche sullo sviluppo successivo della situazione giuridica soggettiva, e l'eventuale reiterazione del medesimo comportamento illecito non richiederà l'instaurazione di un nuovo giudizio[31].

In esito a tali considerazioni, la dottrina prevalente ritiene che il provvedimento inibitorio, col quale viene imposta l'osservanza per il presente e per il futuro della regola di condotta violata, rappresenti una pronuncia di condanna[32], il cui contenuto consiste nell'ordine rivolto ad una parte del processo di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione di obblighi di non fare che si aggiunge alla pronuncia di accertamento della esistenza e della violazione del diritto.

L'idea è, peraltro, avvalorata dalla Suprema Corte che si è espressa a favore dell'ammissibilità della condanna ad un *facere* infungibile e incoercibile, rilevando che la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto, che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda del risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un «*facere*» infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento[33].

### 3.

#### **L'inibitoria come tecnica di tutela specifica dei diritti individuali-collettivi dei consumatori.**

Tradizionalmente l'inibitoria si colloca nel solco delle tecniche di tutela preventiva, poiché demandata ad intervenire in un momento in cui l'illecito non si è ancora perpetrato o non si è perpetrato del tutto, ovvero nel caso in cui sia suscettibile di reiterazione in maniera analoga[34]. Con la pronuncia inibitoria si ordina la cessazione o l'inibizione di una condotta illecita[35], imponendo all'autore della condotta lesiva di astenersi per il futuro da comportamenti dei quali sia accertata l'antigiuridicità. Si tratta di un provvedimento essenzialmente rivolto al futuro, e se esperito a fronte di un illecito che si è già completamente realizzato si giustifica se l'atto non abbia già esaurito i suoi effetti o se sia presumibile il successivo reiterarsi[36].

Al contrario, le tecniche di tutela risarcitoria e ripristinatoria intervengono ad illecito già compiuto mediante la corresponsione di un controvalore monetario del bene[37] o il ripristino delle condizioni di fatto o di diritto preesistenti alla violazione.

Nel sistema “bipolare” di tutela collettiva dei consumatori[38] il nostro legislatore, ha modulato negli artt. 37 e 140 del codice del consumo, in armonia con la direttiva comunitaria 98/27 (ora 2009/22/CE), una tutela di tipo prettamente inibitorio[39], che rappresenta lo strumento principe della consumer protection.

Entrambe le norme fanno riferimento alla cessazione di una condotta illecita imprenditoriale già in atto, posto che l'attualità della condotta imprenditoriale lesiva rappresenta la stessa ragion d'essere dell'azione inibitoria a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Tuttavia, il ricorso all'azione inibitoria si giustifica ugualmente se la condotta lesiva si è completamente realizzata (venendo meno il presupposto dell'attualità della condotta), laddove vi sono fatti e/o circostanze concrete che fanno presumere la sua reiterazione con vicina probabilità, e non come astratta possibilità. In presenza quindi di indizi sufficienti circa l'iter di approntamento dell'illecito[40] è possibile esperire l'inibitoria collettiva, e in tale ipotesi il giudice deve valutare l'illiceità della condotta - non più in atto - e rendere poi, sulla base degli elementi acquisiti, un giudizio prognostico sull'imminente reiterazione, nel quale trova fondamento l'ingiunzione al professionista di astenersi da quella condotta.

La possibilità di promuovere un'azione collettiva inibitoria a fronte di una condotta illecita già esaurita è esplicitamente espressa nella Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, emanata dall'ordinamento spagnolo in attuazione della medesima direttiva comunitaria 98/27[41]. L'art. 53 (Acciones de cessación), disciplinante l'azione inibitoria a tutela dei consumatori, dispone in termini molto chiari che l'azione inibitoria diretta a ottenere una sentenza che condanna il convenuto alla cessazione della condotta e alla sua proibizione per il futuro, potrà essere esercitata anche quando la condotta si sia esaurita al momento dell'esercizio dell'azione, se esistono indizi sufficienti che fanno temere l'immediata reiterazione[42].



È da dire che attesa la peculiarità delle situazioni soggettive in gioco – caratterizzate da un contenuto non patrimoniale e dalla indifferenziazione del danno determinato dalla condotta *contra ius* del professionista – gli strumenti di tutela predisposti dal legislatore sono indirizzati verso tecniche di tutela specifica e non verso la tradizionale tutela risarcitoria[43], non idonea a garantire il bisogno di tutela di siffatte situazioni a fronte di condotte illecite continuative o ripetitive[44]: essa si risolve in una monetizzazione del danno senza certezza del rispetto in futuro delle regole comportamentali. I provvedimenti a contenuto risarcitorio o restitutorio, per loro natura rivolti al passato, non colpiscono la lesione giuridica per sé stessa, ma sono in funzione del danno che ne è derivato, tutelando in via indiretta diritti essenzialmente individuali[45].

Nel giudizio inibitorio il giudice si limita a rilevare il danno-evento, inteso quale lesione in sé delle situazioni dedotte in giudizio, e non i danni-conseguenza attinenti le singole sfere dei consumatori[46]. Così, ad esempio, viene valutata la pericolosità di un prodotto per la salute, ma non i concreti danni arrecati ai singoli consumatori o l'ingannevolezza di una pratica commerciale al di là degli effetti della pratica rispetto al singolo consumatore.

I consumatori per via dell'ordine di cessazione del comportamento illecito e della conseguente condanna del professionista a tenere un comportamento modellato sull'obbligo violato sono tutelati in via diretta, ottenendo ciò che era garantito dal contenuto del diritto, ovvero la piena reintegrazione del diritto. E, sebbene il concetto di inibitoria evochi un ordine di non fare, tutte le volte che la violazione si sostanzia in una condotta illecita omissiva l'ordine del giudice può consistere nell'imposizione di un *facere*. D'altronde, l'inibitoria positiva anche se non espressamente contemplata dal legislatore è già ampiamente applicata dalla giurisprudenza in tema di immissioni (art. 844 c.c.), di diritto d'autore e, in generale, di provvedimenti d'urgenza.

Sicché il rimedio inibitorio, in armonia con il principio di effettività della tutela giurisdizionale – inteso nel senso del principio chiovendiano, secondo il quale “il processo deve dare al titolare di un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di ottenere”–, assurge a tutela specifica di riparazione della lesione, che va per sua natura a vantaggio di tutti i soggetti lesi dalla condotta illecita[47]. È un mezzo di reazione

al compimento di un illecito in atto o già compiuto ma che può reiterarsi, finalizzato a far conseguire lo specifico interesse che si sarebbe realizzato in assenza dell'illecito e non utilità equivalenti.

Tuttavia, è vero anche che la condotta illecita del professionista spesso costituisce uno dei fatti costitutivi del diritto risarcitorio o restitutorio del consumatore, così ad esempio la pubblicità ingannevole di un prodotto può essere elemento costitutivo del diritto soggettivo al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali ex art. 2043 c.c.[48]. Può allora rilevarsi che l'actio inibitoria costituisce al tempo stesso uno strumento di tutela preventiva di altri diritti. In altri termini, atteso che la lesione dei diritti individuali-collettivi si è già perpetrata, l'inibitoria appare idonea anche a prevenire la lesione di ulteriori diritti, ovvero di quei diritti individuali-esclusivi dei consumatori che sovente - unitamente ad ulteriori elementi - scaturiscono dal comportamento sanzionato come illegittimo dal codice del consumo. Dunque, tutela preventiva sì ma nel senso qui individuato: tutela che previene il compimento di altro illecito.

Ed anche nel caso in cui è privilegiata l'interpretazione che l'azione inibitoria può essere promossa dal singolo consumatore[49], essa non costituisce un ulteriore presidio difensivo munito dal legislatore per la tutela di tradizionali diritti, ma rappresenta lo strumento deputato a far rispettare il comportamento doveroso del professionista/produttore, il cui mancato rispetto comporta la violazione dei nuovi diritti riconosciuti dall'art. 2 cod. consumo, diritti che si caratterizzano per l'esser corrispondenti ai diritti di una moltitudine di consumatori.

Infine, preme precisare che, sebbene il diritto alla tutela degli interessi economici non sia contemplato dall'art. 2 (a differenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e tendenzialmente si ritenga che gli imprenditori siano gli unici destinatari della tutela prevista dalla disciplina antitrust, deve ritenersi che l'azione inibitoria sia ammissibile anche nell'ipotesi di un comportamento anticoncorrenziale[50], comportamento da rapportare alla lesione del diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali[51].

#### 4.

#### **Le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi .**

Lo strumento di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, tratteggiato dal legislatore nell'art. 140 cod. cons., non si presenta quale esclusivamente inibitorio - ovvero volto solo al protrarsi della condotta lesiva in futuro - poiché la stessa disposizione, oltre l'ordine di pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani, prevede che l'azione possa essere volta alla rimozione degli effetti dannosi causati dal comportamento illecito posto in essere[52]. Nulla è, invece, previsto in tal senso dalla disciplina concernente l'inibitoria contrattuale (art. 37 cod. cons.), sebbene in dottrina e in giurisprudenza sia pacifico che il rinvio del comma 4 dell'art. 37 - per quanto da esso non previsto - all'art. 140 cod. cons. implica la possibilità di adottare misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi anche in materia di condizioni generali di contratto abusive[53].

La disposizione ha posto all'attenzione della dottrina due problemi: il contenuto da attribuire a siffatte misure e il rapporto intercorrente tra esse e il provvedimento inibitorio del comportamento lesivo degli interessi collettivi dei consumatori e utenti.

Il primo problema deriva dal fatto che il legislatore ha previsto per i soggetti legittimati ad agire la possibilità di richiedere al tribunale di «adottare misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» ma non ha predeterminato il contenuto, rimettendo così alla discrezionalità del giudice la scelta.

Siffatte misure possono quindi assumere il contenuto più vario in relazione alle concrete esigenze di tutela, senza però poter giungere alla restituzione di somme di denaro o al risarcimento del danno subito da ciascun consumatore a seguito della condotta illecita di cui si chiede la cessazione[54]. Si tratta di misure che non possono rivolgersi a consumatori o utenti determinati e che comportano un facere uguale per tutti. Infatti, l'espressione “effetti dannosi” delle violazioni non è da rapportare ai pregiudizi ulteriori

eventualmente subiti dai consumatori ma all'atto illecito, pregiudizievole di per sé[55]; dunque, da intendere come effetti della violazione dell'interesse collettivo tutelato, la cui permanenza contribuisce a protrarre la lesione degli interessi collettivi dei consumatori o utenti.

D'altra parte, al fine del riconoscimento di eventuali danni prodotti ai consumatori devono ricorrere elementi - la cui prova è a carico di chi esercita la pretesa risarcitoria - quali l'ingiustizia del danno, la quantificazione del danno, il nesso causale tra questo e la condotta illecita, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa del professionista; tutti elementi che esulano dall'ambito del giudizio inibitorio che si fonda su una valutazione collettiva e indifferenziata.

Sicché, può considerarsi misura idonea all'eliminazione degli effetti della violazione, ad esempio, la campagna di richiamo di un prodotto difettoso, la pubblicazione di un messaggio informativo circa l'illiceità di una pratica commerciale nella home page del sito web dell'azienda, l'ordine di distruzione di un prodotto altamente pericoloso, la correzione di una etichetta mendace, la comunicazione rettificativa di un messaggio pubblicitario ingannevole, l'invio di una e-mail agli utenti di un servizio, la correzione di una clausola poco chiara o anche l'ordine di rettifica delle condizioni contrattuali[56], etc.

A scopo esemplificativo: se un tour operator attua ripetutamente una pratica commerciale scorretta mediante un opuscolo informativo inerente la vendita di un pacchetto turistico[57] - in realtà qualitativamente inferiore rispetto a quello pubblicizzato - il giudice, in esito ad una azione promossa ai sensi dell'art. 140 cod. cons. da una associazione dei consumatori, con il provvedimento inibitorio ordina la cessazione della pratica illecita e poi come misura idonea a correggere gli effetti dannosi della pratica può ordinare l'invio di una lettera a tutti gli acquirenti del pacchetto turistico, che non hanno ancora usufruito dello stesso, con cui si informa dell'attuazione della pratica illecita, ma non può ordinare rispetto ai consumatori che abbiano già usufruito del pacchetto di aver diritto, ad esempio, ad un bonus pari ad un tot per l'acquisto di altro pacchetto. In tal caso, infatti, il provvedimento costituirebbe una condanna di risarcimento in forma specifica a favore di consumatori determinati. D'altra parte nel settore dei servizi turistici il codice del consumo contiene una considerevole normativa in favore del consumatore[58], e il non considerare misure idonee alla correzione degli effetti

dannosi ai sensi dell'art. 140, lett. b) quelle misure dirette ai consumatori che hanno già subito un pregiudizio ulteriore dal comportamento illecito del professionista, a mio avviso, non implica una mancanza di tutela per il consumatore.

#### **4.1. Segue.**

##### **Il rapporto tra le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi e il provvedimento inibitorio della condotta lesiva.**

L'altro problema che si è posto all'attenzione della dottrina riguarda il rapporto intercorrente tra siffatte misure - volte alla rimozione degli effetti dannosi - e il provvedimento inibitorio.

Secondo parte della dottrina l'adozione di misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate costituirebbe un rimedio autonomo, e come tale ammissibile anche indipendentemente dalla pronuncia inibitoria dell'atto o comportamento illecito[59].

Tale soluzione ricostruttiva è stata talora confermata in giurisprudenza: così il Tribunale di Roma, in materia di pay-tv, in esito ad un'azione promossa in via d'urgenza non ha emesso alcun provvedimento inibitorio e ha ordinato l'adozione di misure idonee alla rimozione degli effetti dannosi[60], atteso che al momento della proposizione della domanda la pratica commerciale scorretta si era ormai esaurita; analogamente il Tribunale di Palermo, in materia di interessi anatocistici, non ha emesso alcun provvedimento inibitorio ma ha dichiarato la vessatorietà di una clausola applicata dalla Banca sino al 2000 e ha ordinato alla Banca, come misura idonea all'eliminazione degli effetti dannosi della condotta illecita, di astenersi dal respingere le domande avanzate dai titolari di rapporto di conto corrente dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza[61].

Invero, tali provvedimenti di questo tipo sono frutto della confusione tra gli interessi collettivi e i diritti individuali omogenei dei consumatori[62], confusione che si riflette sulla ricostruzione del contenuto delle misure rese ai sensi dell'art. 140, lett. b) cod. cons., nonché sull'autonomia del rimedio rispetto al provvedimento inibitorio del comportamento illecito del professionista.

Sulla scorta dei rilievi svolti sulle misure correttive della condotta lesiva, quali misure che non possono rivolgersi a consumatori o utenti e che comportano un *facere* uguale per tutti, ne discende che tale rimedio non può essere interpretato come misura alternativa o autonoma rispetto al provvedimento di cui alla lett. a), ma come rimedio che può accompagnarsi all'accoglimento dell'inibitoria per la rimozione delle conseguenze dell'illecito[63], in grado di rafforzare l'efficacia del provvedimento a tutela degli interessi collettivi. E, dunque, non rimedio riparatorio successivo ad una violazione già perpetrata ed esauritasi, in quanto coesistente al rimedio inibitorio è il perdurare dell'illecito o il probabile reiterarsi nella stesse modalità.

Qualora, invece, si ritenesse che il rimedio ripristinatorio sia autonomo rispetto all'inibitoria dell'utilizzo di una clausola abusiva o di un comportamento lesivo degli interessi collettivi, e come tale esperibile dall'ente rappresentativo anche nel caso in cui la condotta illecita sia cessata, le misure correttive - che presuppongono l'accertamento del giudice dell'abusività della clausola o l'illegittimità del comportamento del professionista - sarebbero per forza di cose volte al passato e non potrebbero che consistere in provvedimenti che impongono un *facere* a favore dei consumatori o utenti che abbiano subito dei danni nella loro sfera individuale a causa di uno stesso comportamento illecito, la cui soddisfazione implicherebbe la reintegrazione dei singoli patrimoni. Diversamente, il rimedio inibitorio della condotta illecita prescinde dagli ulteriori effetti pregiudizievoli subiti dai consumatori rispetto alla lesione degli interessi collettivi - laddove il pregiudizio è *in re ipsa* - e soddisfa congiuntamente ciascuno e tutti i componenti della categoria dei consumatori[64].

In altri termini, mediante l'azione delle associazioni dei consumatori - la cui autonoma legittimazione concerne solo la tutela dei diritti individuali-collettivi[65] - verrebbero fatte valere situazioni differenti rispetto alle situazioni oggetto di tutela del provvedimento inibitorio, diretto alla tutela dei diritti contemplati dall'art. 2 cod. cons. (diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti, del diritto all'esercizio

delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, diritto all'adeguata informazione e corretta pubblicità, diritto alla correttezza e all'equità nei rapporti contrattuali, etc.), con il conseguente ampliamento del meccanismo processuale di tutela collettiva concepito dal legislatore per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori, come emerge già nell'incipit dell'art. 140 cod. cons.: «I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale...». Si tratterebbe di situazioni differenti che richiedono strumenti processuali differenti.

A titolo esemplificativo, se un produttore per un certo lasso di tempo ha immesso sul mercato un prodotto difettoso violando il diritto dei consumatori alla sicurezza e alla qualità dei prodotti,

l'associazione rappresentativa dei consumatori non potrà più agire per un provvedimento inibitorio se il prodotto in vendita ormai non presenta più quel difetto, ma non potrà neanche agire per chiedere una misura ripristinatoria, come la sostituzione del prodotto per coloro che lo avevano già acquistato, poiché questo costituirebbe un rimedio in forma specifica dei diritti strettamente individuali dei consumatori. La sostituzione del prodotto andrebbe a soddisfare l'interesse dei consumatori all'esatta esecuzione del contratto di vendita, ma non l'interesse collettivo dei consumatori. Non direi, però, che nella fattispecie l'assenza di una forma di tutela collettiva integri un vuoto di tutela per il consumatore, in quanto il legislatore in tema di vendita dei beni di consumo[66] ha predisposto una normativa di forte tutela del consumatore, statuendo la responsabilità del venditore finale (che ai sensi dell'art. 131 cod. cons. ha il diritto di regresso nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili facenti parte di una catena contrattuale distributiva) per qualsiasi difetto di conformità del bene che si manifesta entro il termine di due anni e il diritto del consumatore al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, ovvero ad una congrua riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto[67]. Il consumatore ha soltanto l'onere di denunciare entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto e in ogni caso, salvo prova contraria, i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene si presumono esistenti già a tale data[68]. E, merita un cenno anche la disposizione che sancisce che nel caso il consumatore abbia subito un danno, egli deve provare il difetto, il danno e la connessione causale; e se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore[69].

A questo impianto normativo tendente a riequilibrare le asimmetrie tra il professionista e il consumatore, soggetto debole[70], si aggiunge poi il nuovo mezzo di tutela collettiva dell'azione di classe a mente dell'art. 140 bis cod. cons., esperibile anche per la tutela dei diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore[71]. Pertanto, lo stesso consumatore danneggiato dall'acquisto del prodotto difettoso, che vanta una posizione giuridica soggettiva caratterizzata da omogeneità rispetto a quella di altri acquirenti del medesimo prodotto, può avviare un'azione di classe (anche se ipotesi poco realistica, in quanto difficilmente il consumatore dispone dei mezzi necessari per gestire un'azione di classe), oppure può dare mandato a un'associazione di consumatori[72], secondo il meccanismo della rappresentanza processuale, o potrà aderire all'azione di classe già promossa per l'accertamento della responsabilità del produttore e la sua condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, non sopportando così le spese processuali.

E anche nel caso in cui si tratti di prodotti pericolosi poi ritirati dal mercato, a mio avviso, l'associazione rappresentativa non potrà agire attraverso il meccanismo processuale dell'art. 140 cod. cons. e, qualora si manifestasse la necessità di una campagna informativa circa la pericolosità dei prodotti già commercializzati, il ricorso giurisdizionale ex art. 140 non appare essere l'unica via percorribile a tal fine, atteso che l'ordinamento in questi casi assicura altri meccanismi di tutela che, verosimilmente, dovrebbero essere anche più rapidi. Il singolo consumatore infatti, e a fortiori le associazioni esponenziali, possono presentare un reclamo alle amministrazioni che si occupano del controllo che i prodotti immessi sul mercato siano sicuri (art. 106 cod. cons.), le quali possono disporre l'informazione dei consumatori circa i rischi presentati dal prodotto, i cui costi sono posti a carico del produttore, e ove ciò non sia in tutto o in parte possibile, a carico del distributore[73]. L'immissione sul mercato di prodotti pericolosi configura, peraltro, reato ai sensi dell'art. 112 cod. cons[74].

Per concludere, quando il comportamento plurioffensivo del professionista si è già verificato ed esaurito ciò che assume reale importanza in termini di effettività della tutela giurisdizionale è la possibilità di far valere mediante un'unica azione risarcitoria o restitutoria i diritti dei consumatori vittime della stessa condotta. E, seppur nell'ottica dell'effettività della tutela del consumatore, lo strumento inibitorio, concepito nell'art. 140 cod. cons., non può esser piegato fino a giungere a risultati perseguibili solo tramite un'azione di classe o un'azione individuale, in quanto strutturalmente e funzionalmente inadeguato.



Si tratta di situazioni differenti che invero richiedono strumenti processuali differenti.

#### **4.2. Segue. Definizione dei limiti delle misure ripristinatorie anche alla luce della nuova azione di classe.**

Ad ulteriore conferma delle precedenti osservazione, contribuisce il confronto con il nuovo istituto dell'azione di classe di cui all'art. 140 bis[75], attraverso il quale è possibile comprendere meglio i confini entro cui le misure ripristinatorie possono operare, onde evitare duplicazione di meccanismi di tutela con risultati inevitabilmente contraddittori.

Come è noto, il legislatore con il nuovo art. 140 bis - con cambio di rotta rispetto al testo approvato nel 2007, rubricato «azione collettiva risarcitoria» - ha introdotto l'azione di classe, il cui fulcro è la tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti. A tal fine la sentenza che definisce il giudizio procederà all'accertamento della responsabilità del professionista e alla sua condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni spettanti ai consumatori aderenti. E, di regola, la sentenza procederà anche alla liquidazione del danno per gli aderenti, qualora però non sia possibile emanare una sentenza con precisa liquidazione (verosimilmente nella maggior parte dei casi) la sentenza si limiterà ad accertare il diritto risarcitorio o restitutorio dei consumatori, determinando i criteri omogenei per la liquidazione del danno[76].

Ebbene, è di tutta evidenza che nell'applicazione giurisprudenziale dell'azione inibitoria, mediante la diffusa ricostruzione estensiva delle misure idonee alla eliminazione degli effetti dannosi di cui all'art. 140 lett. b) cod. cons., è stato raggiunto lo stesso risultato, con la sola differenza della mancata indicazione dei criteri di liquidazione. Infatti, dette misure, si sono configurate come provvedimenti di accertamento del

diritto risarcitorio o restitutorio dei consumatori, alla stregua dei provvedimenti ora ottenibili attraverso l'azione di classe.

Come già detto, trattasi di provvedimenti che non sono espressione della tutela degli interessi collettivi.

Tale conclusione trova un appiglio anche nel nuovo testo dell'art. 140 bis, ove rispetto alla precedente versione è venuto meno il riferimento alla tutela degli interessi collettivi: «Le associazioni di cui al comma 1 dell'art. 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al Tribunale...»[77],

ora così modificato: «I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe..». Verosimilmente, il legislatore italiano, che non ha particolare dimestichezza con le nozioni di interesse collettivo e di diritti individuali omogenei, si è avveduto dell'erroneo utilizzo della nozione di interesse collettivo a fronte di provvedimenti volti invece alla tutela di diritti individuali omogenei.

E, in linea con ciò, si appalesa l'attribuzione della legittimazione a ciascun componente del gruppo, titolare dei diritti che intende tutelare mediante l'azione di classe, e l'abbandono della precedente impostazione che consentiva esclusivamente alle associazioni rappresentative dei consumatori di prendere iniziative in ordine alla promozione di un'azione di classe; esse adesso possono avviare un'azione di classe ma solo se ricevono - anche da parte di un solo consumatore - di un apposito mandato.

Ad ogni modo, la soluzione giurisprudenziale estensiva delle misure ripristinatorie - comprensibile in assenza di uno strumento processuale di tutela dei diritti individuali omogenei - allo stato dell'arte sarebbe sistematicamente incompatibile, in quanto implicherebbe risultati contraddittori e illogici.

Mi spiego.

Ritenere infatti che l'azione inibitoria ex art. 140 cod. cons. possa concludersi, oltre che con l'ordine di cessazione della condotta illecita, con l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli, implica che si verrebbe a creare la seguente situazione: da una parte, un meccanismo di tutela collettiva più agevole, riguardante tutta la categoria dei consumatori di un determinato prodotto o servizio, con una sorta di meccanismo di opt-out[78], in quanto tutti i consumatori potrebbero giovare del risultato favorevole della sentenza passata in giudicato senza un meccanismo di adesione all'azione; poichè in assenza di indicazioni sull'estensione del giudicato collettivo, si segue la regola - propria delle obbligazioni solidali ex art.

1306 c.c. - dell'efficacia secundum eventum litis, con il vantaggio di non esser vincolati alla sentenza di rigetto; non è però prevista alcuna efficacia dell'azione promossa dall'associazione ai fini prescrittivi dell'azione del singolo consumatore, quindi il consumatore danneggiato che voglia agire in giudizio, eviterà di attendere l'esito di quel giudizio ai fini dell'accertamento del diritto risarcitorio o restitutorio, con conseguente dispendio di risorse giudiziarie; e in più, l'eventuale sentenza che accerti l'illiceità del comportamento imprenditoriale e il diritto restitutorio o risarcitorio dei consumatori, non costituirebbe titolo esecutivo per il singolo consumatore.

Dall'altra parte, si porrà invece un meccanismo che prevede un giudizio di ammissibilità, un sistema di autoinclusione dei consumatori danneggiati (opt-in), che comporta la rinuncia a ogni azione risarcitoria fondata sul medesimo titolo, gli effetti interruttivi della prescrizione[79] e l'estensione del giudicato, sia negativo che positivo, nei confronti degli aderenti e la formazione del titolo esecutivo.

Tuttavia, alle presenti considerazioni fa da contraltare il rilievo che i provvedimenti inibitori collettivi ex art. 140 cod. cons. sono per la maggior parte adottati in via cautelare e non come provvedimenti inibitori ordinari in esito ad un giudizio di merito. Rilievo che suscita l'interrogativo circa la reale efficacia di un accertamento - compiuto nei limiti della cognizione sommaria cautelare - dell'illiceità della condotta imprenditoriale e del diritto risarcitorio o restitutorio rispetto ai singoli consumatori lesi. Al quale si aggiunge il dubbio se essi possano agire per ottenere il rispetto del provvedimento giudiziale.

#### **4.3. Segue. Le misure ripristinatorie nell'applicazione giurisprudenziale.**

Il rimedio di cui alla lett. b) dell'art. 140 cod. cons. nell'applicazione giurisprudenziale ha rappresentato l'alveo per allargare le maglie del provvedimento giudiziale spingendosi oltre la tutela degli interessi collettivi e sconfinando nella tutela di diritti individuali omogenei dei consumatori - distinti da quei diritti elencati nell'art. 2 cod. cons., a tutela dei quali si chiede l'inibitoria della condotta illecita - in quanto pluralità di diritti individuali sorti in occasione di una stessa illecita condotta imprenditoriale o di una condotta ripetuta, che è l'origine del danno comune a tutti, e che possono essere soddisfatti solo mediante la reintegrazione patrimoniale[80]. Diritti, coinvolgenti profili individuali, per la cui tutela le associazioni consumeristiche non possono agire autonomamente.

É emblematica in tal senso la sentenza del Tribunale di Torino[81], riguardante la vicenda dei contratti conclusi tra Wind e gli utenti, aventi ad oggetto il servizio di accesso diretto alla rete telefonica ed eliminazione del canone Telecom. Con tale pronuncia il Tribunale di Torino ha inibito l'utilizzo delle clausole contrattuali che esoneravano il gestore dalla responsabilità derivante dal ritardo di accesso diretto al servizio di telefonia per motivi tecnici, valutabili discrezionalmente dallo stesso e ha adottato quale misura idonea alla rimozione degli effetti dannosi derivanti dall'utilizzo delle clausole contrattuali ritenute abusive, l'obbligo del professionista di comunicare mediante lettera ai singoli clienti che, attesa la mancata attivazione del servizio di accesso diretto, ciascuno avrebbe avuto il diritto alla restituzione - previa domanda e accertamento dei requisiti - di tutti i canoni pagati alla Telecom a far data dalla sottoscrizione del contratto. É evidente che il Tribunale di Torino con tale decisione non si è limitato a tutelare il diritto ad una contrattazione corretta, equa e trasparente, poiché attraverso il riconoscimento del diritto alla restituzione delle somme pagate entra nell'ambito dell'esecuzione dei singoli rapporti contrattuali e dell'eventuale responsabilità contrattuale, sconfinando nel piano della tutela dei diritti individuali esclusivi scaturenti dall'inadempimento contrattuale. La comunicazione agli utenti contenente il riconoscimento del diritto alle restituzioni non è espressione della tutela degli interessi collettivi, ma di una tutela risarcitoria in forma specifica[82] in favore di terzi estranei al processo, che snatura l'ambito del giudizio inibitorio ex art. 140 cod. cons. Si tratta di un rimedio diretto a ricostituire nel patrimonio

degli utenti danneggiati una situazione equivalente a quella preesistente e non diretto a ripristinare il diritto ad una contrattazione corretta, equa e trasparente, lesa dalla condotta illecita della società. Come poteva configurarsi nel caso del provvedimento di inibizione delle clausole abusive accompagnato dall'obbligo di una comunicazione informativa agli utenti che avevano sottoscritto il contratto, circa la reale possibilità di accesso diretto al servizio di telefonia.

Analogamente, il tribunale di Roma[83] con riguardo al servizio di trasmissioni televisive a pagamento ha inibito l'uso della clausola contenuta nei moduli predisposti da Mediaset Premium che escludeva la rimborsabilità del credito residuo contenuto nelle smart card - funzionanti con il sistema prepagato - alla data del recesso dal contratto o della scadenza della tessera e ha imposto alla società soccombente di avvisare tutti gli utenti con i quali era intercorso il rapporto contrattuale dell'esistenza in loro favore di un diritto alla restituzione degli importi indebitamente tratti. Sempre il Tribunale di Roma[84], ha ordinato a Sky Italia di riaccreditare nella fatturazione successiva agli abbonati, cui era stato addebitato un costo aggiuntivo, non previsto contrattualmente, per la spedizione della rivista SkyMagazine, l'intera somma percepita oltre gli interessi legali dalle date di ogni addebito, ma non ha emesso alcuna inibitoria, né l'ordine di pubblicazione del provvedimento, in quanto la pratica scorretta non era più adottata. Travalicando la tutela degli interessi collettivi, con tale provvedimento è stato riconosciuto in favore di ciascun abbonato danneggiato, in sede cautelare, un diritto restitutorio nei confronti della società resistente.

In altri casi, invece, i Giudici di merito hanno rigettato la richiesta di provvedimenti qualificati erroneamente come inibitori[85], e che in realtà sarebbero consistiti in condanne alla restituzione di somme.

Nei provvedimenti sopra menzionati le misure correttive degli effetti dannosi della condotta illecita sono indubbiamente andate oltre il ripristino degli interessi collettivi lesi, assumendo le vesti di provvedimenti con una diretta portata sulle posizioni individuali dei consumatori lesi dalla condotta del professionista e l'associazione rappresentativa dei consumatori ha in realtà agito come rappresentante processuale dei diritti esclusivi dei consumatori, pur in assenza di una specifica previsione normativa che riconosca la legittimazione autonoma anche per la tutela dei diritti derivanti dalla pratica illecita. E per questa via lo

strumento concepito nell'art. 140 cod. cons. è stato piegato fino a giungere a risultati non perseguibili tramite un'azione inibitoria.

Epperò anche vero che mercè l'orientamento giurisprudenziale estensivo delle misure di cui alla lett. b) dell'art. 140 è stato possibile perseguire, in assenza di un meccanismo processuale di tutela collettiva dei diritti omogenei dei consumatori sorti dal comportamento illecito, l'obiettivo di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, che verosimilmente data l'entità modesta del danno non avrebbe agito giudizialmente.

## **5. La tutela inibitoria cautelare: funzione e presupposti.**

Come già detto, i provvedimenti inibitori di cui agli artt. 37 e 140 cod. cons. sono prevalentemente invocati dalle associazioni dei consumatori in funzione anticipatoria degli effetti del provvedimento finale.

Dato facilmente comprensibile, attesa la preminente esigenza di bloccare tempestivamente le condotte illecite in itinere, atte a diffondersi con estrema rapidità, nonché la portata soddisfattiva del provvedimento, il cui adempimento viene assicurato, secondo prassi giurisprudenziale, mercé l'adozione di misure coercitive a sanzione dell'inottemperanza[86]. In più, trattandosi di un provvedimento d'urgenza integralmente anticipatorio degli effetti del provvedimento di merito[87], ai sensi dell'art. 669-octies, comma 6, c.p.c., come novellato con la L. 14 maggio 2005, n. 80, gli effetti si stabilizzano anche nel caso in cui non venga incardinato il giudizio ordinario a cognizione piena[88].

In realtà, l'esigenza di urgenza della tutela scaturisce dalla natura stessa delle situazioni tutelate mediante gli strumenti processuali ex artt. 37 e 140 cod. cons., bisognose di un provvedimento repressivo del comportamento imprenditoriale abusivo nel più breve tempo possibile, altrimenti destinate a rimanere insoddisfatte. In quest'ambito, data la perdurante situazione di anti giuridicità, il raggio di tempo intercorrente tra la richiesta del provvedimento e il suo conseguimento assume un'importanza primaria, poichè solo il provvedimento emesso entro un breve lasso di tempo garantisce la funzione della tutela apprestata dal legislatore e, quindi, l'effettività della stessa tutela giurisdizionale.

La necessità che la tutela inibitoria sia tempestiva è enunciata a chiare lettere nell'articolo 2, rubricato «azioni inibitorie», della direttiva comunitaria 98/27/CE (ora 2009/22) a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, ivi è infatti disposto che gli Stati membri designano gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposte, onde «ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione»[89].

E in attuazione di tale direttiva[90], l'art. 37, comma 2, e l'art. 140, comma 8, cod. cons. prevedono che, ove sussistano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge, mediante un processo governato dagli articoli 669 bis e seguenti del codice di procedura civile. In tal modo il provvedimento inibitorio, emesso in esito al procedimento cautelare[91], rende immediatamente operativo l'effetto inibitorio, non vanificando la portata della stessa tutela inibitoria.

L'esperimento dell'inibitoria collettiva cautelare è condizionato dall'esistenza dei «giusti motivi d'urgenza»: endiadi nella quale sono ricompresi sia il *fumus boni iuris* che il *periculum in mora*[92].

In relazione al requisito del fumus, ossia la sussistenza prima facie del diritto, per l'inibitoria cautelare rileva la verosimiglianza della vessatorietà delle clausole contrattuali utilizzate dal professionista, per l'inibitoria generale la verosimiglianza dell'illiceità dei comportamenti pregiudizievoli degli interessi collettivi dei consumatori. Sicché il giudice, sulla base di una sommaria istruzione, deve compiere una valutazione in ordine alla abusività delle condizioni generali di contratto utilizzate o in ordine all'attuale violazione da parte del professionista dei doveri comportamentali prescritti nelle disposizioni del codice del consumo.

In relazione al periculum in mora, ossia il pericolo al quale il tempo occorrente per il giudizio di merito può esporre il diritto, non rileva il pregiudizio di "irreparabilità", forma caratterizzata di periculum che, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., legittima l'adozione di provvedimenti cautelari atipici[93]. L'ampia formula «giusti motivi d'urgenza» - e non gravi motivi d'urgenza - non accompagnata, peraltro, da un rinvio alla disciplina dei provvedimenti d'urgenza, e soprattutto le peculiarità delle situazioni tutelate portano ad escludere l'applicazione del concetto di irreparabilità per l'individuazione del periculum. Cosicché, in dottrina si ritiene che il legislatore con il riferimento ai «giusti motivi d'urgenza» abbia modellato un concetto di periculum da interpretare in maniera autonoma rispetto al pregiudizio di cui all'art. 700 c.p.c., prefigurando una misura cautelare tipica "extravagante"[94].

Anche la giurisprudenza sulla base del rilievo della natura non patrimoniale degli interessi collettivi, esclude in relazione a queste fattispecie che il periculum sia assimilabile al pregiudizio di irreparabilità, e ritiene che occorra far riferimento a un concetto di periculum disancorato dalla normale percezione in termini di tutela individuale, poiché l'obiettivo del legislatore nel prevedere l'inibitoria collettiva è quello di circoscrivere l'incidenza collettiva del comportamento illecito[95].

In particolare, dopo l'oscillazione iniziale nella vigenza dei precedenti ed analoghi artt. 1469 sexies c.c. e 5 L. n. 281 del 30 luglio 1998[96], le decisioni sono accomunate dall'assunto che il parametro al quale bisogna riferirsi per la valutazione del periculum vada ravvisato nella potenziale diffusività della violazione accertata che si vuole eliminare[97], in quanto l'inibitoria collettiva cautelare integra una «tutela non necessariamente correlata a un danno già conclamato, ma che si attua nell'ottica di evitare le



possibili ricadute negative del comportamento da inibire per la sua potenzialità di propagazione degli effetti dannosi»[98]. Talvolta, poi è stato individuato sulla base del pregiudizio che deriverebbe dalla durata del processo ai diritti individuali dei singoli consumatori[99].

A dire il vero, il *periculum* - così come inteso nell'applicazione giurisprudenziale - appare insito a tutte le fattispecie tutelate mediante lo strumento processuale disciplinato negli artt. 37 e 140 cod. cons.[100]. Infatti, è proprio in corrispondenza della potenziale diffusività dell'illecito imprenditoriale, in grado come tale di raggiungere, nei suoi effettivi pregiudizievoli, un numero indiscriminato di consumatori, che si configura la lesione degli interessi collettivi degli stessi. Difficilmente una condotta illecita non potenzialmente diffusiva può determinare la lesione di quelle posizioni giuridiche conformi spettanti ad una moltitudine di consumatori. Il requisito del *periculum* vi è sempre in queste fattispecie.

Ne discende che il presupposto del provvedimento inibitorio cautelare è da ravvisare esclusivamente in riferimento al *fumus* e che il giudice non dovrà compiere una diretta valutazione del *periculum*, ma sarà sufficiente l'accertamento del *fumus*[101], al determinarsi del quale il provvedimento in via cautelare è naturalmente dovuto. D'altronde, un provvedimento inibitorio della condotta imprenditoriale illecita non emesso in via d'urgenza svuota nella sostanza la stessa ratio di tutela.

Si impone, piuttosto, che il giudice valuti con il dovuto rigore gli elementi di prova, anche in considerazione delle conseguenze per il professionista in termini economici e di immagine, connesse al provvedimento; rigettando la domanda laddove il materiale probatorio acquisito non sia idoneo a giustificare il giudizio di verosimiglianza in ordine alla condotta illecita dedotta in ricorso.

Questa impostazione, tesa all'applicazione estensiva dell'inibitoria cautelare, trova peraltro riscontro sul piano applicativo del rimedio. Dalla lettura dei provvedimenti emerge infatti che, eccetto i primi provvedimenti ex art. 1469-sexies c.c.[102], le domande inibitorie non vengono mai respinte per carenza del presupposto del *periculum*, ma solo per carenza di *fumus* sulla sussistenza dell'illecito. Ora, sebbene tale affermazione tiene conto soltanto dei provvedimenti editi, ciò nondimeno merita attenzione.

Le istanze cautelari, di fatto, sono state accolte o rigettate sulla base del solo requisito del fumus, poiché le argomentazioni addotte dai giudici circa la sussistenza del periculum consistono in considerazioni di ordine generale sul pregiudizio che giustifica il ricorso alla tutela cautelare inibitoria e sulla funzione dell'inibitoria consumeristica, che prescindono da una verifica specifica circa il periculum rispetto al caso concreto.

Ovviamente, questa lettura si presta all'obiezione di una inutile sovrapposizione tra tutela inibitoria ordinaria e tutela cautelare all'interno delle stesse disposizioni.

L'obiezione però, a mio avviso, può essere agevolmente superata sulla base della considerazione che i due rimedi tendono a risultati in parte differenti. Poiché, se con la tutela urgente si persegue l'obiettivo della immediata cessazione del comportamento imprenditoriale illecito, è vero anche che in seguito all'accoglimento giudiziale dell'istanza inibitoria promossa dall'ente esponenziale, l'accertamento della vessatorietà della clausola o dell'illegittimità di un determinato comportamento non sarà poi spendibile dal singolo consumatore o utente all'interno del giudizio individuale per il risarcimento del danno o per la restituzione delle somme indebitamente pagate a causa di quel medesimo comportamento. E il singolo consumatore dovrà nuovamente dimostrare la vessatorietà della clausola o la lesività del comportamento. Con la tutela inibitoria ordinaria, invece, è conseguibile anche l'accertamento definitivo dell'illegittimità della condotta imprenditoriale.

Sicché, l'ente esponenziale realmente attento alla difesa dei consumatori, anche nel caso di accoglimento dell'istanza cautelare inibitoria, promuoverà poi la domanda di inibitoria definitiva, assicurando in tal modo un accertamento spendibile dai consumatori per le azioni a tutela delle proprie pretese.

[1] Sul fenomeno di trasformazione della nozione del consumatore, da mero fruitore di beni e servizi a

cittadino europeo, cui sono attribuiti come persona dei nuovi diritti, si veda CAPOBIANCO E., La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo, in Vita notarile, n. 3, 2008.

[2] Sul tema mi permetto di rinviare a DI SALVO C., Annotazioni sul concetto di interesse collettivo dei consumatori, di prossima pubblicazione in *Diritto & Diritti* - [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

[3] IUDICA G., Tutela del consumatore e mercato, in *Commentario al capo XIV bis*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, 931 ss. osserva che la tutela inibitoria, nella prospettiva superindividuale, è funzionale anche alla tutela della concorrenza e del mercato nella sua globalità, dove gli interessi degli operatori professionali e dei destinatari dei beni si compenetrano e si realizzano reciprocamente attraverso regole che assicurino la trasparenza e la correttezza negli scambi.

[4] Ai sensi dell'art. 5 cod. cons. per consumatore o utente si intende anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.

[5] Gli artt. 33-36 cod. cons. dettano una dettagliata disciplina sulle clausole vessatorie e sul loro accertamento.

[6] In tal senso, BELLELLI A., La tutela inibitoria collettiva, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 475 ss., secondo cui nell'ipotesi di difetto di conformità dei beni di consumo, il giudice può imporre all'imprenditore di non far circolare i beni di consumo difformi; tuttavia se il bene possiede il livello di qualità abitualmente presente in beni dello stesso tipo e sia idoneo all'uso, il giudice può anche, mediante una condanna inibitoria, imporre di correggere le caratteristiche specifiche del bene, risultanti dalla etichettatura che ingenerino nella categoria dei consumatori ragionevoli aspettative con riguardo al livello di qualità contrattualmente dovuto, non rispondenti alla realtà effettiva.

[7] L'art. 1 sancisce che «La presente direttiva ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative ai provvedimenti inibitori di cui all'articolo 2, volti a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive elencate nell'allegato I, onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno».

[8] In tale allegato sono successivamente state inserite: la direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, la direttiva 2001/83/CE relativa ai medicinali per uso umano, la direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, la direttiva 2005/29/CE relativa a pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, la direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, la direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di cambio.

[9] La direttiva 98/27/CE è stata poi attuata in Italia con il D.Lgs 23 aprile 2001, n. 224, che specifica l'ambito di applicazione dell'azione inibitoria anche per tutte le ipotesi di violazione degli interessi collettivi contemplati nelle direttive europee di cui all'allegato I.

[10] In armonia con la lett. a) dell'art. 2 della direttiva 98/27 (ora 2009/22/CE) relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori che prevede che gli organi giurisdizionale o le autorità amministrative designati dagli Stati membri ordinano «con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione»

[11] Istituita con la legge 10 ottobre 1990 n. 287, nasce come autorità di garanzia con il compito di esercitare un'attività di inibizione e repressione di condotte antigiuridiche, funzionale alla salvaguardia della struttura concorrenziale dei mercati. Con il D.Lgs. n. 146/2007 ne sono state notevolmente ampliate le competenze, e ha adesso un'ampia gamma di poteri assai penetranti volti a sanzionare le pratiche commerciali scorrette idonee a falsare le scelte dei consumatori, pregiudicandone il comportamento economico. Cfr. MINERVINI V., L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato quale Autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati, in Riv. dir. comm., 4/2010.

[12] L'art. 27 cod. cons. (Tutela amministrativa e giurisdizionale) dispone che l'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, può inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette ed eliminarne gli effetti. Sul punto, BASTIANON S., La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali, in Resp. civ. e prev., 2008, 1460.

[13] DENTI V., «Flashes» su accertamento e condanna, in Riv. dir. proc., 1985, 261 ss, rileva che «in un sistema ove è scomparsa la tipicità delle azioni e tutto il quadro delle tutele si regge sul presupposto della sussistenza dell'interesse ad agire, e quindi consente che si chieda al giudice la dichiarazione di qualsiasi effetto giuridico idoneo a soddisfare l'interesse dell'attore», l'esigenza di configurare la tutela inibitoria necessariamente come condanna, accertamento o costituiva sia frutto di un pregiudizio concettuale

[14] Seppure attraverso argomentazioni differenti, FRIGNANI A., L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano, Milano, 1974, 456 ss.; PROTO PISANI A., Appunti sulla giustizia civile, Bari, 1983, 389 ss.; ID., Note sulla tutela civile dei diritti, in Foro it. 2002, V, 165, sostiene il carattere generale ed atipico dell'inibitoria attraverso il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. ed il requisito dell'imminenza; RAPISARDA C., Profili della tutela civile inibitoria, Padova, 1987, 108 ss.; RAPISARDA-TARUFFO, Inibitoria (azione), in Enc. giur., 1991, XVII, p. 8 ss.; DI MAJO A., La tutela civile dei diritti, Milano, 2001, p. 145 ss.; PAGNI I., Tutela specifica e per equivalente, Milano, 2004, 39 ss.; D'ADDA A., Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria, in Nuova giur. civ. comm., 1999, 73; PULEO A., Quale giustizia per i diritti di libertà?, Milano, 2005, 129 ss.; LIBERTINI M., La tutela civile inibitoria, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti, (a cura di Mazzamuto) Napoli, 1989, 336 ss.; ID., Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno, 385 ss., afferma l'esperibilità generalizzata della tutela inibitoria, ma ritiene che il presupposto debba essere individuato nello strumento del risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.), in quanto l'azione costituisce una forma di riparazione dei danni in corso, con una tecnica non risarcitoria; tale ricostruzione non è condivisa da BELLELLI A., L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito, in Riv. dir. civ., 2004, 607 ss., secondo la quale anche se gli effetti pratici, che si realizzano con il risarcimento in forma specifica, possono coincidere con quelli derivanti dall'azione inibitoria: la rimozione delle conseguenze dannose già prodotte, attraverso la ricostituzione della situazione anteriore al verificarsi del danno, può comportare la cessazione del fatto lesivo per il futuro. Tuttavia, i due rimedi sono strutturalmente e funzionalmente

distinti, in quanto la reintegrazione in forma specifica ha natura risarcitoria e si rivolge al passato per riparare un danno già prodotto, mentre l'azione inibitoria è diretta al futuro ed esplica una funzione preventiva contro l'illecito. Il rimedio inibitorio realizza una tutela specifica che colpisce direttamente la lesione giuridica, invece attraverso il risarcimento del danno in forma specifica, ricostituendosi nel patrimonio del danneggiato una situazione equivalente a quella preesistente, sarà ripristinato il diritto lesa, ma ciò sarà un effetto derivante dalla riparazione del danno.

Di avviso contrario è la giurisprudenza, che esclude l'esperibilità dell'azione inibitoria al di fuori delle specifiche ipotesi di inibitoria previste nel codice civile (artt. 7, 9, 10, 844, 949, 1170, 2599) e in leggi speciali (L. 22 aprile 1941, n. 633 a tutela del diritto d'autore, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, a tutela dei diritti di brevetto per invenzione industriale, r.d. 21 giugno 1942, n. 929 in materia di marchi registrati, art. 28 Stat. dei Lav., L. 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro; D.Lgs 9 luglio 2003, n. 215, 9 luglio 2003, n. 216 e L. 1 marzo 2006, n. 67 in materia di discriminazioni per ragioni di razza, religione, orientamento sessuale e handicap; art. 37 e 140 cod.cons.). Al tempo stesso, però, nell'ambito dei diritti della personalità, allo scopo di evitare le conseguenze del perdurare della lesione, ha notevolmente ampliato lo spazio applicativo del rimedio inibitorio per via dell'interpretazione analogica.

[15] Cfr. CARNEVALE V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 63-69.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997, 187, sul presupposto del contenuto costitutivo-determinativo di obblighi della pronuncia inibitoria, ritiene la tutela inibitoria esperibile solo nelle ipotesi previste dalla legge.

[16] CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 82; BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, 147; MICHELI G.A., *L'azione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 214; FRIGNANI A., *Azioni in cessazione*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, I, Torino, 1980, 639 ss.; ID, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 559 ss.; SFORZA F., *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica*, in *Foro it.*, 1978, I, 618; CARPI F., *La*

provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano, 1979, 84 ss.; PROTO PISANI A., Appunti sulla tutela di condanna, in Riv. trim. dir. proc., 1978, 1104 ss.; ID., L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna, in Riv. dir. proc., 1978, 1104 ss.; LIBERTINI M., La tutela civile inibitoria, cit., 318 ss.

[17] La teoria della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata è tradizionalmente considerata maggioritaria, ritenendo sostenitori della stessa LIEBMAN E. T., Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione, Roma, 1931, 118 ss.; CARNELUTTI F., Diritto e processo, Napoli, 1958, 50; ATTARDI, A., L'interesse ad agire, Padova, 1958, 99 ss.; MONTESANO L., Condanna civile e tutela esecutiva, Napoli, 1965, 27; CALAMANDREI P., La condanna, in Opere Giuridiche, V, Napoli, 1972, 483 ss., GARBAGNATI, Azione e interesse, Jus, 1955, 333 ss. Recentemente CARNEVALE V., nel suo studio Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria, cit., 68 ss., rileva che in realtà la teoria della correlazione necessaria è stata infondatamente accreditata come tesi maggioritaria al fine di veicolare l'idea che fossero nuovi i tentativi da parte di alcuni autori di spezzare il vincolo tra la condanna e l'esecuzione forzata. L'A. attraverso una dettagliata analisi evidenzia che possono essere considerati sostenitori della teoria della correlazione necessaria tra le sentenze di condanna e l'esecuzione forzata soltanto Liebman, Calamandrei, Attardi, Montesano; non possono invece esser considerati sostenitori della tesi Chiovenda, Carnelutti, Garbagnati e Borrè. Al riguardo evidenzia che nell'opera di Chiovenda non vi è alcun accenno alla necessità della correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata, intesa come possibilità per il giudice di emettere una sentenza di condanna se e solo se essa può essere titolo esecutivo, l'unica correlazione è nel senso che «dal semplice accertamento giammai può derivare esecuzione forzata», ma ciò non vuol dire che se non si può procedere ad esecuzione forzata allora la sentenza non può dirsi di condanna e deve dirsi di mero accertamento. Altrettanto infondato ritiene il riferimento a Carnelutti, quale autore cui fare risalire la teoria della correlazione necessaria con l'esecuzione forzata, il quale invero affermava che il *proprium* della sentenza di condanna non è il «comando in più» che consente l'esecuzione forzata, ma è dato dall'oggetto dell'accertamento, relativo all'atto illecito, invero «si può condannare anche a far qualcosa, che poi non si possa ottenere con l'impiego della forza materiale degli organi esecutivi». Con riferimento a Garbagnati, evidenzia che egli escludeva che l'individuazione della sentenza di condanna dipendesse dal «comando in più» rispetto all'accertamento del diritto, avendo ad oggetto la sentenza di condanna un diritto soggettivo insoddisfatto, mentre quello di mero accertamento ha ad oggetto una posizione giuridica soggettiva incerta; la condanna, accertando un diritto ad una prestazione «non contiene qualcosa di più e di diverso da un

accertamento giurisdizionale».

[18] MANDRIOLI C., L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, in Riv. dir. proc., 1975, 9 ss.; MONTELEONE G., Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata, in Riv. dir. proc., 1982, 283; RAPISARDA C., Profili della tutela civile inibitoria, cit., 209 ss., riconduce la tutela inibitoria alla tutela di mero accertamento, ma muovendo dalla premessa secondo cui non è dato distinguere da un punto di vista interno al processo tra tutela di mero accertamento e tutela di condanna, in quanto in entrambe la tutela giurisdizionale «si risolve nella dichiarazione dell'effetto giuridico che la legge riconduce al verificarsi degli elementi produttivi di una determinata fattispecie»; SPOLIDORO M. S., Le misure di prevenzione nel diritto industriale, Milano 1982, 80 ss.

[19] FRIGNANI, L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano, Milano, 1974, 640.

[20] In tal senso, CHIARLONI S., Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori, in Consumatori e processo, cit., 6 ss., secondo cui l'inibitoria a tutela dei consumatori prima della legge n. 39 del 2002, che ha stabilito il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nel caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dall'inibitoria ovvero previsti dal verbale di conciliazione, e tutte le inibitorie in materia di rapporti obbligatori prive di una sanzione per il caso di loro violazione vadano qualificate come sentenze di accertamento in futuro. Il giudice accerta l'illegittimità di un comportamento e ne inibisce la reiterazione, tale accertamento costituirà il presupposto di una eventuale condanna in futuro nel caso il soggetto soccombente reiteri il comportamento inibito.

[21] Nel nostro ordinamento l'applicazione di specifiche misure coercitive è già presente nell'ambito del diritto dei brevetti industriali (art. 124 e 131 D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30), della protezione del diritto d'autore (art. 156 legge sul diritto d'autore, riformato dall'art. 2 del D.Lgs. 16 marzo 2006 n. 140), della tutela del lavoratore (art. 18, comma 2, art. 28, comma 4 e 5, L. n. 300/1970), nell'ambito della tutela antidiscriminatoria (art. 37, D.Lgs. n. 198/2006).



[22] Cfr. PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Roma, 2005, 327.

[23] Cfr. CARNEVALE V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, cit., 77.

[24] Rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare», statuisce: «Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

[25] Da tempo sollecitata in dottrina, si veda TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1981, 800 ss.; PROTO PISANI A., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 177 ss.; DENTI V., «Flashes» su accertamento e condanna, cit., 255 ss.; CARPI F., *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 110 ss.; SILVESTRI-TARUFFO, *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma 1989, 12; CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, 158 ss.; CARNEVALE V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, cit., 86 ss.

[26] MONTESANO L., *Attuazione delle sanzioni e delle cautele contro gli obbligati a fare e a non fare (diritto vigente e riforme opportune)*, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*, Milano, 2001, 25; ID., *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997, 222 ss.; ID., *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 775 ss.; MARINUCCI, E., *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dell'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*,

2002, 216 ss.; ID., Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in Riv. dir. proc., 2005, 125 ss; CARBONARA F., Gli interessi collettivi e diffusi e l'azione inibitoria dell'art. 1469 sexies c.c., cit., 480 ss; FERRI, C., L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c., 938.; NICOTINA, Questioni processuali controverse in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori, in Giur. it., 1999, c. 2223.

[27] MARINUCCI E., op. ult. cit., 216 ss., qualifica la sentenza inibitoria come sentenza costitutivo-normativa, in quanto creerebbe una nuova regola tra il professionista e il suo mercato; ID., Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in Riv. dir. proc., 2005, 125 ss.

[28] In tal senso, PAGNI I, Tutela specifica e per equivalente, cit., 53.

[29] Cfr. CARNEVALE V., op. ult. cit., 87 ss.; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, Lezioni sul processo civile, 3° ed., Bologna 2005, 577, ivi si afferma che «è da ritenere che non vi sia necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, intendendo per condanna l'accertamento dell'effetto giuridico che consiste nell'obbligo di prestazione da parte del debitore».

[30] Cass. 25 luglio 1995, n. 8080, in Dir. ind ,1996, 774 ss. in materia di inibitoria degli atti di concorrenza sleale; Cass. civ., Sez. lav., 26 novembre 2008, n. 28274, in Mass. giur. lavoro, 2009, 556, in materia di controversie relative ai rapporti di lavoro nei confronti delle pubbliche amministrazioni; Cass. 17 luglio 1992, n. 8721, in Mass. Foro it., 1992.

[31] In tal senso, CAPONI R., L'efficacia del giudicato civile nel tempo, Milano, 1991, 87, secondo cui l'obbligo di astenersi per il futuro dal comportamento illecito deriva dal provvedimento inibitorio che reitera per il futuro il dovere di astensione.

[32] In relazione all'inibitoria di clausole vessatorie e all'inibitoria generale a tutela dei consumatori, BELLELLI A., L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto, in *Le condizioni generali di contratto*, II (a cura di Bianca), Milano 1981, 319; PETRILLO C., La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi, cit. p. 308 ss.; CONSOLO C. - DE CRISTOFARO M., Clausole abusive e processo, in *Corr. giur.*, 1997, 478; TOMMASEO F., Commento all'art. 1469 sexies c.c., cit., 759; GIUSSANI A., Considerazioni sull'art. 1469 sexies c.c., in *Riv. dir. priv.*, 1997, 345; ID., La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori, cit., 1064; GRAZIUSO E., La tutela del consumatore contro le clausole abusive, Milano, 2002, 226; AMADEI D., Funzionalità dell'azione collettiva e ruolo della tutela esecutiva, in *Le azioni seriali*, a cura di Menchini S., in *Quaderni del Il Giusto processo civile*, Napoli, 2008, 167 ss.

[33] Cass. Sez. Un. 13 ottobre 1997, n. 9957, in *Nuova giur. civ. comm.* 1998, I, 871 ss., con nota di Campagnolo.

[34] Sul carattere preventivo dell'azione inibitoria, FRIGNANI A., voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, XXI, 560 ss.; RAPISARDA-TARUFFO, voce *Inibitoria (azione) -I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, XVII, 1; RAPISARDA C., *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 75 ss.; ZUCCOLINI M., L'azione inibitoria come strumento di tutela degli interessi diffusi, in *Giur. di merito*, 1983, IV, 1055 ss.; LIBERTINI M., *La tutela civile inibitoria*, cit., 336 ss.; IMPAGNATIELLO G., *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 379 ss.

[35] Parte della dottrina ritiene che l'azione inibitoria possa essere proposta anche prima della effettiva violazione della situazione tutelata, purché si dimostri che essa è imminente. Si veda FRIGNANI A., op. ult. cit.; RAPISARDA C., *Profili della tutela civile inibitoria*, cit.; contra DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., 142 ss.

[36] Così Trib. Roma 12 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1407.

[37] Alcuni autori ritengono che la lesione del diritto determini la trasformazione del diritto leso nel diritto alla percezione di una somma di denaro. Si veda in tal senso, CASTRONOVO C., Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 490, il quale rileva che il risarcimento intervenga in tutti quei casi in cui la lesione determini l'estinzione della situazione giuridica soggettiva oggetto dell'illecito, ed il sorgere, in sua sostituzione, di un obbligo risarcitorio, mentre la tutela specifica interviene nella realtà fattuale coinvolta dall'illecito.

[38] Così MINERVINI E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2006, 635 ss., secondo il quale il legislatore italiano, a differenza del legislatore comunitario che ha concepito una disciplina unica e disattendendo il suggerimento del Consiglio di Stato sullo schema del Codice del consumo, ha delineato un sistema "bipolare": da una parte gli artt. 139 e 140 cod. cons. (trasposizione dell'art. 3 della L. n. 281/98) che recano la disciplina dell'azione inibitoria nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal codice del consumo e dall'altro lato, l'art. 37 cod. cons. (trasposizione del precedente art. 1469 sexies c.c.) che reca la disciplina dell'azione inibitoria per l'ipotesi di inserimento o raccomandazione di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto da parte del professionista. Il legislatore ha dovuto così prevedere un coordinamento tra le due discipline, disponendo al comma 4 dell'art. 37 un rinvio all'art. 140 cod. cons. «per quanto non previsto dal presente articolo» e al comma 10 dell'art. 140 «Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo».

[39] Sia l'art. 37 che l'art. 140 cod. cons., come l'art. 28 Stat. Lav., ed ai fini della pronuncia è del tutto irrilevante l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, poiché non sono elementi costitutivi dell'illecito ma della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. Si ha illecito tutte le volte che un soggetto tenga un comportamento contrario agli obblighi imposti, a prescindere dall'elemento soggettivo della colpa o del dolo e dagli effetti del comportamento. Si veda SCOGNAMIGLIO R., *VOCE Illecito (diritto vigente)*, 163 ss.

[40] Ad esempio nel caso di un'attività preliminare, inequivocabilmente diretta alla ripetizione dell'illecito, si giustifica il timore della sua imminente reiterazione e rappresenta un valido fondamento dell'inibitoria.

[41] Sulla tutela dei consumatori e degli utenti nell'ordinamento spagnolo, GUTIÉRREZ SANZ, M. R. Y SAMANES ARA, Comentario al artículo 7 de la LOPJ en relación con la protección de los derechos de los consumidores, in *La Ley*, 1988; MARÍN LÓPEZ, J., Comentario al artículo 20, in *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992; ACOSTA ESTÉVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995, Bosh editor; GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, Tirant Lo Blanch; REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo*, Valencia, 2002, Tirant Lo Blanch; BACHMAIER WINTER, *La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil Español*, in *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, (coordinador OVALLE FAVELA) Universidad Nacional autónoma de México, 2004; VÁZQUEZ SOTELO J. L., *La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de enjuiciamiento civil Española*, in *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, cit.; NIEVA FENOLL J., *El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro*, in *Rev. de derecho mercantil*, 2007, 626 ss; GASCÓN INCHAUSTI F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cuaderno Civitas, 2010.

[42] Art. 53 Ley 26/1984, 19 luglio, (modificata dal Real Decreto legislativo 1/2007 del 16 novembre): «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato».

[43] DI MAJO A., in *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 371 ss., evidenzia il frequente ricorso delle normative di settore a tecniche e rimedi di natura e struttura diversa del risarcimento del danno: la disciplina della concorrenza sleale, art. 2598 ss.; la legge sul diritto d'autore, n. 633/1941 e sui brevetti per invenzioni, n. 1127/1939, per modelli industriali, n. 1411/1940 e per marchi, n. 929/1942; lo Statuto dei lavoratori (l. n. 300/70) con riguardo al regime di stabilità reale nel posto di lavoro.

[44] Sull'inadeguatezza dello strumento risarcitorio in materia di interessi collettivi si veda RAPISARDA C., *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova 1987, 77 ss.; PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per lo*

studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., 282.

[45]

In questo senso, COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, (Atti Convegno Pavia 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, 236-237, secondo cui i diritti risarcitori o restitutori dei consumatori, seppur originati dallo stesso fatto lesivo, si configurano come diritti differenti, assumendo valore elementi personali, quali l'entità del danno o la somma da restituire, le condizioni soggettive del consumatore leso e i profili oggettivi della vicenda concreta.

[46] DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 189, V, c. 141, rileva che «l'immediato referente della tutela inibitoria è il torto subito, a prescindere del danno che esso abbia provocato. L'esigenza è di prevenire la continuazione e/o la reiterazione».

[47] PAGNI I., *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra i rimedi*, in *Le azioni seriali* (a cura di Menchini S.), in *Quaderni del «Il Giusto processo civile»*, Napoli, 2008, 159, osserva che il risultato della domanda inibitoria ben si presta ad avvantaggiare i terzi, ma invita a porre attenzione «alla differenza che corre tra efficacia del provvedimento ed efficacia che deriva dall'attuazione dello stesso, sulla falsariga del fenomeno conosciuto, nel diritto del lavoro, nell'art. 28 St. lav., ed echeggiato poi nella materia antidiscriminatoria, ove la quasi istituzionale vocazione della tutela superindividuale a tradursi in vantaggio per i singoli si ritrova ben scolpita nella misura del piano di rimozione delle discriminazioni accertate».

[48] Il consumatore che lamenti di aver subito dei danni per effetto di una pubblicità ingannevole ed agisca ex art. 2043 c.c. deve però adeguatamente provare l'esistenza del danno, dovendo escludere ogni automatismo tra fatto dannoso e danno risarcibile. Così, Cass. Sez. Unite, 15 gennaio 2009 n. 794, ha cassato una sentenza del Giudice di pace di Napoli, con cui la British American Tobacco veniva condannata al risarcimento del danno a un fumatore di sigarette

Light, che aveva denunciato la generica lesione del diritto all'autodeterminazione consumeristica, nonché il disagio conseguente alla scoperta di essere stato indotto a tenere una condotta pericolosa, a causa del messaggio ingannevole "Light" riportato sulle confezioni.

[49] Mi sia consentito rinviare sul punto a DI SALVO C., Sulla legittimazione all'azione collettiva inibitoria: associazioni rappresentative dei consumatori, singolo consumatore e altri organismi, di prossima pubblicazione in *Diritto & Diritti* - [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

[50] Tale lettura è in linea con l'affermazione della Cassazione, secondo cui la legge antitrust è legge dei soggetti del mercato, compreso il consumatore, nonché con il nuovo art. 140 bis del codice del consumo, ove vengono correlati alla violazione della normativa antitrust gli effetti pregiudizievoli per i consumatori. Cfr. Cass., Sez. Un. n. 2207, 4 febbraio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 498, con nota di INZITARI, Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione della libertà negoziale. Sul tema PAGNI I, La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/08: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza, in *Corr. giur.*, 2005, 337; TAVORMINA L, L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e deterrence, in *Contr. e impresa*, 2009, 1015 ss.

[51] Cfr. SCODITTI E., Il consumatore e l'antitrust, in *Foro it.*, 2003, 1127 ss.

[52] L'art. 140, comma 1, lett. b) permette di «adottare misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate»; lett. c) di «ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale, nei casi in cui la pubblicazione del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate».

[53] TAVORMINA L., Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria, in Europa e dir. priv., 2008, 201 ss., ritiene che nell'ambito delle condizioni generali di contratto, a fianco dell'inibitoria non siano necessari strumenti ulteriori volti a integrare l'efficacia del provvedimento di cessazione, poiché rimedio in sé sufficientemente completo ed efficace a tutela dell'interesse collettivo ad una contrattazione giuridicamente corretta: «soltanto la permanenza della clausola abusiva o iniqua nel tessuto contrattuale integra il rischio della reiterazione della lesione». Ed è proprio la specificità della tutela inibitoria, che si appunta alle condizioni generali di contratto, che per l'A. giustifica il sistema bipolare di tutela collettiva inibitoria del Codice del consumo.

[54] Sia in dottrina che in giurisprudenza è stato ripetutamente negato che le misure di cui alla lett. b) art. 140 cod. cons. possano concretizzarsi in rimedi risarcitori o restitutori a vantaggio dei singoli consumatori. Cfr. Trib. Torino, 19 febbraio 2003, Giur. it., 2004, 953, pronuncia in cui si osserva che la tutela di tipo risarcitorio non è riconducibile alle misure idonee; Trib. Palermo, 29 maggio 2006; Trib. Genova 2 agosto 2005, in Danno e resp. 2005, 1225, con nota di DELLA CASA; Trib. Milano 15 settembre 2004, in Foro it., 2004, I, 3481, con nota di PALMIERI A.; Trib. Roma 5 febbraio 2001, in Giur. romana 2002, 813 ss; Trib. Torino, 3 ottobre 2000, in Giust. Civ., 2001, 817 ss., con nota di PLAIA, Organizzazioni «piramidali» e interessi del consumatore: il giudice ordinario e la l. n. 281 del 1998; in Corr. giur., 2001, 389 ss., con nota di CONTI R. In senso contrario, Trib. Roma, 30 aprile 2008, cit., che ha condannato Sky a restituire mediante riaccredito nella prima fattura utile gli importi illecitamente addebitati agli utenti.

[55] BENUCCI S., rileva che il legislatore ha utilizzato l'aggettivo "dannosi" in modo atecnico, Commento agli artt. 139-141, a cura di Vettori, Torino 2007, 1097.

[56] Una misura di questo tipo è però stata negata dal Trib. Palermo, 21 gennaio 2000, in Foro it., 2000, 2045, in quanto comporterebbe una «impropria invasione del giudice nell'ambito negoziale riservato alle parti».

[57] Per pacchetti turistici, ai sensi dell'art. 84 cod. cons., si intendono «i viaggi, le vacanze ed i circuiti



tutto compreso, risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfettario, e di durata superiore alle ventiquattro ore ovvero comprendente almeno una notte: a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui all'articolo 86, lettere i) e o), che costituiscano parte significativa del pacchetto turistico.

[58] Si vedano artt. 82-100 cod. cons.

[59] Tale impostazione talvolta discende dall'inquadramento del provvedimento inibitorio nell'ambito della tutela costitutiva e del

provvedimento di cui all'art. 140 cod. cons., lett. b) nell'ambito della tutela di condanna; in tal senso, MARINUCCI E., Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in *Consumatori e processo*, cit., 54 ss. Secondo l'A. il provvedimento inibitorio crea una nuova regola di condotta e impone ai suoi destinatari un comportamento "negativo", quindi un provvedimento di carattere costitutivo; al contrario il provvedimento che dispone le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi impone un contegno "positivo", contenuto tipico dei provvedimenti di condanna. Sicché, si può chiedere la rimozione degli effetti dannosi senza chiedere un provvedimento che detti regole di condotta valide per il futuro, e viceversa si può domandare un'inibitoria, lasciando ai singoli la possibilità di chiedere individualmente di rimuovere gli effetti dannosi già prodotti; TRISORIO LIUZZI G., I meccanismi processuali di tutela del consumatore, in *Giust. Proc. Civ.*, 2007, 329 ss. *Contra* MINERVINI, E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., 650 ss.

[60] Ordinanza 30 aprile 2008, Ass. Movimento Consumatori/Sky Italia s.r.l., in *Giur. it.*, 2008, 2795 ss., con nota di DE SANTIS D.

[61] Trib. Palermo, sez. III, 26 ottobre 2007, Adiconsum/Banca Palermo S.p.A.

[62] Ciò risulta con evidenza già nella premessa della motivazione della citata sentenza del Tribunale di

Palermo, laddove rileva che lo scopo dell'art. 140 cod. cons. è di «rafforzare strumenti di tutela collettiva per aumentare la protezione dei diritti dei consumatori ed assicurare esigenze di tutela destinate, altrimenti, a rimanere insoddisfatte oltre che impedire che una pluralità indefinita di pretese risarcitorie finisca per paralizzare il sistema giudiziario, con la eventualità di giudizi contrastanti».

[63] DE SANTIS A., Questioni in tema di tutela inibitoria, «misure ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori, in *Giur. it.*, 2008, 2804, ritiene che le misure ripristinatorie, finalizzate a eliminare o a temperare gli effetti dell'illecito plurioffensivo, costituiscono misure alternative o conseguenti all'inibitoria, anche in considerazione del fatto che, al contrario dell'inibitoria, presuppongono necessariamente la commissione dell'illecito dannoso. Per l'A. ciò è confermato dallo stesso art. 140 cod. cons. che distingue testualmente le due tutele attivabili, prevedendo quella inibitoria alla lett. a) e quella ripristinatoria alla lett. b).

[64] Non bisogna confondere le misure ripristinatorie a tutela degli interessi collettivi con la reintegra in forma specifica dei diritti individuali omogenei, misure che in alcuni casi possono coincidere. Si veda, BELLELLI

[65] Il Tribunale di Milano in sede di reclamo cautelare, 21 dicembre 2009, Ass. Mov. cons/Unicredit Vita S.p.a., in *Giur.it*, 2010, 1671, con nota di GIUSSANI, ha accolto le domande che avevano ad oggetto un ordine di informazione a rettifica delle informazioni ritenute scorrette da inviare a tutti i sottoscrittori di polizze Performance ed ha rifiutato di inibire l'esecuzione dei contratti individuali, osservando che le associazioni sono legittimate ad agire in via diretta e autonoma quando siano pregiudicati gli interessi collettivi dei consumatori, dai quali devono esser distinti quelli di cui i singoli individui lesi sono titolari e che possono ricevere tutela a livello individuale. Il Tribunale di Genova, sentenza 2 agosto 2005, Ass. sportello consumatori e altro/Cassa risp. Genova, cit., ha dichiarato il difetto di legittimazione della associazione che aveva chiesto la restituzione delle somme e il risarcimento danni a favore di alcuni risparmiatori, che avevano acquistato titoli obbligazionari, adducendo il difetto di adeguata informazione e di correttezza in cui sarebbe incorsa la Banca, e ha rilevato che le associazioni dei consumatori sono legittimate ad agire a tutela di un interesse diffuso riconducibile ad una determinata categoria di consumatori e non a tutela di un diritto concreto e personale proprio di ciascuna consumatore.

[66] Ai sensi dell'art. 128 cod. cons. per beni di consumo si intende: qualsiasi bene mobile, anche da assemblare, tranne: i beni oggetto di vendita forzata o comunque venduti secondo altre modalità dalle autorità giudiziarie, anche mediante delega ai notai; l'acqua e il gas, quando non confezionati per la vendita in un volume delimitato o in quantità determinata; l'energia elettrica.

[67] Cfr. art. 130 cod. cons.

[68] Cfr. art. 132 cod. cons.

[69] Cfr. art. 120 cod. cons.

[70] Cfr. SANGIOVANNI V., Nozione del consumatore e legittimazione alla class action, in Corr. del mer., n. 11/2010, che osserva: "I consumatori sono soggetti deboli, caratterizzati da debolezza informativa, contrattuale ed economico-organizzativa. Debolezza "informativa" significa che essi di norma non comprendono tutte le caratteristiche tecniche delle operazioni che pongono in essere e dei prodotti che acquistano e ciò potrebbe portarli a fare acquisti sbagliati. Debolezza "contrattuale" significa che anche quando capiscono i termini essenziali dell'operazione del prodotto, non hanno sufficiente forza per negoziare le condizioni, essendo così esposti alle regole del gioco stabilite dalla controparte. Debolezza "economico-organizzativa" sta a indicare che le risorse in termini di denaro e anche in termini di struttura dell'impresa che è controparte del consumatore sono superiori a quelle dell'utente, così da indurre - in ipotesi - quest'ultimo a non far valere i propri diritti.

[71] Cfr. art. 140 bis comma 2: «L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 131 e 1342

del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diritto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

[72] Il legislatore italiano, con significativa evoluzione verso l'istituto della class action statunitense, ha abbandonato l'impostazione adottata nella prima versione della legge, che attribuiva la legittimazione alle associazioni di consumatori e alle altre associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi, ed ha attribuito la legittimazione ad agire a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori a «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa». Si veda, SANTANGELI-PARISI, Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons., in *Futuro-Giustizia Azione collettiva - Mediazione*, Torino, 2010.

[73] Cfr. art. 107 cod. cons.

[74] L'art. 112 cod. cons., comma 1, sanziona il reato del produttore o distributore che immette sul mercato prodotti pericolosi in violazione del divieto di cui all'art. 107, comma 2, lettera e) punendolo con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da 10.000 euro a 50.000 euro.

[75] Sui rapporti tra gli artt. 140 e 140 bis, da ultimo SANTANGELI F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*, 2011, [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

[76] L'art. 140 bis, comma 12, stabilisce che: «Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme...».

[77] L'art. 140 bis, introdotto dalla l. 24 dicembre 2007 n. 244, art. 2, comma 446, recitava: «Le associazioni di cui al comma 1 dell'art. 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti etc.».

[78] CAPONI R., La class action in materia di tutela del consumatore in Italia, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281, secondo cui il sistema processuale italiano ha sperimentato, mediante le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, una azione collettiva strutturata e concretamente adoperata come azione risarcitoria con sistema di partecipazione agli esiti della tutela mediante meccanismo di opt-out.

[79] La prescrizione decorre dalla data della notifica della domanda, se l'adesione avviene contestualmente alla notifica dell'atto di citazione, o dal suo deposito in cancelleria se successivo

[80] La distinzione tra queste due categorie di diritti dei consumatori è data dal fatto che nel caso di interessi collettivi il soddisfacimento del diritto di un consumatore realizza allo stesso tempo il soddisfacimento anche degli altri, invece nel caso di diritti individuali omogenei il soddisfacimento del singolo consumatore avviene su base individuale.

[81] Sentenza n. 7375, Trib. Torino 20 novembre 2006, Ass. Movimento consumatori/Soc. Wind telecomunicazioni, *Giur. merito*, 2007, 1139 ss., con nota di CONTI-RIZZO, Inibitoria collettiva in danno del gestore di telefonia: all'orizzonte le class actions, confermata da App. Torino 24 febbraio 2009.

Analogamente in materia di interessi anatocistici: Trib. Palermo, 26 ottobre 2007, Trib. Milano 15 settembre 2004, Foro it., 2004, I, 3481, Trib. Torino 17 dicembre 2002, Contratti, 2003, 999 ss. con nota di DI FAZZIO G.; contra Trib. Palermo 29 maggio 2006.

[82] Si veda TAVORMINA L., Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria, cit., 201 ss., la quale rileva che non si tratta di tutela restitutoria ma di tutela risarcitoria del «danno emergente» subito dal singolo, in quanto i canoni da restituire non erano stati versati all'imprenditore convenuto ma all'altro gestore telefonico che, pertanto, si identificano in una perdita patrimoniale dell'utente.

[83] Ordinanza 23 maggio 2008, Adiconsum/R.T.I.-Reti televisive S.p.A., in Giur. it., 2008, 2794 ss., con nota di DE SANTIS D.

[84] Ordinanza 30 aprile 2008, cit.

[85] Così il Tribunale di Torino, 19 febbraio 2003, in Giur. it., 2004, 953, a fronte della domanda di inibizione della prosecuzione del comportamento illecito di una banca, consistente nel rifiuto di rimborsare somme da essa indebitamente percepite in base alla clausola contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori dall'inizio del rapporto alla data del 22 aprile 2000, che prevedevano interessi anatocistici; App. Torino 1 marzo 2005, Corr. giur., 2005, ha negato la legittimazione a proporre domande di mero accertamento. Allo stesso modo il Tribunale di Torino, 3 ottobre 2000, in Giust. Civ., 2001, 817 ss., con nota PLAIA, Organizzazioni «piramidali» e interessi del consumatore: il giudice ordinario e la l. n. 281 del 1998, il Tribunale ritiene nullo il contratto di associazione, che prevedeva per l'adesione il pagamento di una quota e al contempo la sottoscrizione di contratti di associazione con vendita servizi e contratti di procacciamento affari che garantivano una percentuale di guadagno sui contratti, per illiceità della causa e per contrarietà all'ordine pubblico, inibisce per il futuro l'attività dell'associazione e ordina la pubblicazione provvedimento, ma respinge la richiesta di sequestro conservativo dei conti correnti bancari e ogni altra somma, in quanto finalizzato alla restituzione di somme pagate da coloro che hanno esercitato diritto di recesso, pronunciabili previo

accertamento delle rispettive ragioni di credito, pronuncia che esula dall'ambito del procedimento di tutela collettiva.

[86] In senso contrario, Trib. Roma, 21 gennaio, confermata in sede di reclamo con ordinanza 17 aprile 2009, Ass. Mov. Cons./Soc. Sky Italia, in Foro it., 12, 2009, 3513 ss. Ivi non sono disposte le misure coercitive indirette sulla base del rilievo che si tratti di un provvedimento cautelare e non di una inibitoria ordinaria (il ricorso cautelare era stato promosso nell'ambito del giudizio di merito).

[87] Nell'ottica del principio di effettività della tutela è possibile conseguire in via d'urgenza anche l'adozione di misure idonee ad evitare il protrarsi od il verificarsi in futuro degli effetti dannosi. Al riguardo si rinvia alle considerazioni svolte ai par. 4 e 5.

[88]

L'eventuale giudizio di merito potrebbe essere instaurato anche dal professionista, il quale conserva la medesima posizione del ricorso cautelare. Si veda SCALAMOGNA M., L'efficacia dell'accertamento collettivo nelle liti individuali secondo il codice del consumo, in Riv. dir. proc., 2008, 688 ss. Sulle modifiche introdotte dalla legge n. 80 del 2005 al procedimento cautelare e alle azioni possessorie, tra i tanti CAPONI R., La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005), in Foro it., 2006, V, 69 ss.; BALENA G., La disciplina del procedimento cautelare uniforme, in G. Balena - M. Bove, Le riforme più recenti del processo civile, Bari 2006, 337 ss.

[89] La direttiva all'art. 1, comma 2, definisce violazione «qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive elencate nell'allegato I, quali recepite negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, che leda gli interessi collettivi di cui al paragrafo».

[90] Sull'attuazione della direttiva 98/27/CE, MAZZAMUTO-PLAIA, Provvedimenti inibitori a tutela del

consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/CE, in Eur. e dir. priv., in Eur. e dir. priv., 1999, 669.

[91] Diverso il pensiero di SANTANGELI F., *Lettura iconoclasta del procedimento ex art. 140 codice del consumo*, di prossima pubblicazione, secondo il quale: «A ben vedere dal tenore letterale della norma - talora reso manifesto da un approccio profano alla stessa - si evince che il procedimento a mente degli articoli 669-bis c.p.c. e seguenti viene richiamato in quanto procedimento sic et simpliciter, e non in quanto condizione di cautelarietà. Nondimeno, forse in un riflesso condizionato, il richiamo degli articoli 669-bis ss. ha alimentato l'idea, ormai sedimentata in dottrina e in giurisprudenza, che il ricorso al procedimento dipenda da una condizione di cautela, la quale invece non c'è: la norma richiama il procedimento a mente degli articoli 669-bis ss. in quanto tale. Da ciò ne discende che è questo il procedimento che si seguirà per l'azione inibitoria collettiva quando ci sono giusti motivi d'urgenza, in esito al quale non si avrà un'inibitoria cautelare, ma un provvedimento definitivo di chiusura della controversia. Tutto al più ricorribile in Cassazione, in quanto si verte in tema di diritti soggettivi».

[92] Così TARZIA G., *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, in Riv. dir. proc., 1997, 645.

[93] Il pregiudizio imminente ed irreparabile è una forma «caratterizzata» di periculum che si inverte quando il pregiudizio deve ancora verificarsi, o continua a espletare i suoi effetti, o provoca pregiudizi ulteriori. Cfr.

SANTANGELI F., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in Riv. dir. proc. 2006, 62.

[94] In tal senso, PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., 340 ss.; con riferimento

all'inibitoria cautelare di clausole vessatorie di cui all'art. 1469-sexies, 2 comma, c.c. (ora confluito nell'art. 37 cod. cons.); BELLELLI A., *La tutela inibitoria*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1997, n. 4-5, 1270 ss.; DE MARZO G., *La disciplina sui diritti dei consumatori e la tutela inibitoria cautelare*, in *Corr. giur.*, 1998, 1349 ss; DANOVI F., *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, in Riv. dir. proc., 1996,



1075 ss.; TOMMASEO F., Art. 1469-sexies, in Aa. Vv., Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, a cura di Alpa e Patti, Milano 1997, 790 ss.; CONSOLO - DE CRISTOFARO, Clausole abusive e processo, in Corr. giur. 1997, 480 ss.; FERRI C., L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c., 942 ss.; MONTESANO L., Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi, in Riv. dir. proc., 1997, 1 ss.; TARZIA G., La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie, in Riv. dir. proc., 1997, 644; CARRATTA A, Brevi osservazioni a tutela di consumatori e utenti, in Aa. Vv., Giusto procedimento civile e procedimenti decisori sommari, a cura di Lanfranchi, Torino 2001, 119 ss.

[95] Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, cit.; Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, in Foro it., 2009, 3514 ss.; Trib. Roma 28 giugno 2003, in Danno e resp., 2004, 311.

[96] La giurisprudenza nelle prime decisioni con riferimento all'inibitoria di clausole abusive non ha avuto un orientamento univoco circa lo specifico criterio per individuare i giusti motivi d'urgenza. Il periculum è stato

individuato in ragione della «natura» degli interessi coinvolti, quali interessi di primaria importanza della persona, e non per qualsiasi interesse o diritto soggettivo coinvolto dall'uso di clausole vessatorie (c.d. criterio qualitativo), Trib. Torino 14 agosto, 1996, in Foro it., 1997, I, 287 ss., con nota di ARMONE, Inibitoria collettiva e clausole vessatorie, in Riv. dir. comm., 1997, II, 170; Trib. Roma 22 agosto 1996; Trib. Roma, 28 maggio 1998, in Giust. Civ., 1999, I, 265; Trib. Palermo, 10 gennaio 2000, in Corr. giur. 2000, 772 ss., con nota di CONTI R., Inibitoria cautelare e controllo di vessatorietà nei pubblici servizi; Trib. Palermo, sez. Monreale, 4 luglio 2000 (Adiconsum/Acquedotto consortile del Biviere), in Danno e resp., 2001, 181. In altre pronunce il periculum è stato invece individuato nella rapida diffusione dei contratti viziati (c.d. criterio quantitativo), Trib. Palermo, 5 marzo 1997, in Giur. it., 1997, 422; Trib. Palermo 23 febbraio 1997, in Foro it., Rep. 1997, Contratto in genere, nn. 365-367; Trib. Roma, 2 agosto 1998, in La Nuova Giur. Civ. Comm., 1999, p. 247 ss., con nota di CONTE G., L'accesso alla tutela cautelare tra le ragioni dei consumatori e le esigenze di coerenza del "sistema"; Trib. Roma 18 giugno 1998, in Contratti, 1999, 15 ss., con nota di MANIACI, Tutela inibitoria e clausole abusive.

[97] In relazione all'applicazione del disposto dell'art. 3 l. 281/98 (ora trasfuso nell'art. 140 cod. cons.), Trib. Roma 28 giugno 2003 (Federconsumatori, Adusbef/Unione Park Soc. Coop e Soc. Cons. Parcheggio)

Pubblici), Foro it., Rep. 2003, voce Consumatori e utenti, nn. 24, 31 in Il Mer., 2004, 32 ss.; Trib. Torino, 3 ottobre 2000 (Adiconsum/Alpha Club S.r.l), Foro it., 2000, I, 3622; Trib. Roma, 14 marzo 2003; Trib. Roma, 30 gennaio 2004 (Federconsumatori, Adusbef/H3G S.p.a). In relazione all'art. 140 cod. cons. Trib. Roma, 14 gennaio e 17 aprile 2009, cit.; Trib. Roma, 23 maggio 2008, cit.; Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, cit.

[98] Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, cit.; Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, cit., 3524. Nel caso di specie si afferma poi che l'esigenza di adozione di una inibitoria cautelare collettiva di clausole abusive non viene meno per effetto dell'avvenuta modifica nei nuovi formulari delle clausole implicanti il pagamento di una penale da parte dell'abbonato in caso di recesso anticipato, abusive per contrarietà a norma imperativa (L. 40/07 legge Bersani, che impone agli operatori televisivi di riconoscere all'utente la facoltà di recedere senza vincoli temporali e senza spese non giustificate). Poiché la resistente ha cessato di utilizzare le clausole nella originaria formulazione soltanto per i clienti che recedano a partire dalla data della modifica, ma non ha applicato le nuove condizioni, inerenti i ridotti oneri di pagamento anche per gli abbonati che dopo l'entrata della legge e prima della modifica abbiano deciso di recedere anticipatamente, essendo gli stessi tenuti comunque a versare gli importi previsti nelle clausole contestate.

In relazione all'efficacia temporale di un'inibitoria collettiva, avente ad oggetto clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di contratto predisposte dall'Abi, la Corte di legittimità ha chiarito (Cass. Civ., sez. I, 21 maggio 2008, n.13051) che la dichiarazione di invalidità di una disposizione negoziale ha effetto ex tunc, anche sui rapporti contrattuali di durata, con il solo limite dei rapporti esauriti in quanto a ritenere il contrario, le clausole dichiarate abusive avrebbero effetti ultrattivi, con disparità di trattamento tra rapporti identici contemporaneamente in vigore, e che l'inibizione dell'uso non si riferisce al solo atto istantaneo dell'inserzione della clausola in nuovo contratto, ma alla costante utilizzazione delle clausole vessatorie. La nozione di «uso» utilizzata dal legislatore, è più ampia di quella di inserzione, perché comprende l'ampia gamma dei diritti e dei poteri che trovano fondamento nella clausola. «L'inibitoria dell'uso delle clausole ritenute vessatorie, anche con riferimento ai contratti esistenti al momento della pronuncia, non si pone in contrasto con la funzione preventiva di tale strumento. L'esigenza di prevenzione non riguarda solo l'inserimento delle clausole nei moduli utilizzati

per la stipula dei contratti successivamente all'adozione del provvedimento inibitorio, ma anche il prodursi, sempre in epoca successiva al provvedimento, degli effetti che le clausole producono o sono idonee a produrre nel tempo, mediante l'esercizio dei poteri che dalle clausole stesse derivano».

[99] Da ultimo Trib. Milano, 21 dicembre 2009, (Ass. mov. cons./Unicredit Vita S.p.a.), in *Giur. it.*, 2010, 1671 ss., con nota di GIUSSANI A., Tutela individuale e tutela collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo. Ivi i giusti motivi d'urgenza vengono individuati nel fatto che il comportamento della società lesivo dei diritti dei consumatori alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali

potrebbe giustificare azioni risarcitorie o di annullamento da parte dei singoli consumatori coinvolti e che «il tempo occorrente all'associazione per agire in via ordinaria con azione inibitoria potrebbe portare all'adozione di una pronuncia non più efficace per la tutela degli interessi perché emessa a distanza dal compimento dell'illecito e in un momento in cui potrebbero essere prescritte le azioni individuali risarcitorie o di invalidazione dell'atto». Nel caso di specie il Collegio ritiene lesiva la condotta della società caratterizzata dalle comunicazioni inviate ai titolari delle polizze di assicurazione collegate alle obbligazioni di Lehman Brothers, con cui la società prospettando il rischio che alla scadenza contrattuale, a seguito del fallimento della Banca Lehman Brothers, non sarebbe stato loro restituito il premio versato, informava della possibilità di scegliere tra due alternative soluzioni che avrebbero potuto loro permettere o di recuperare il 50% del premio versato o la trasformazione in altra polizza. Comunicazioni fondate su un'interpretazione non univoca del contenuto contrattuale in merito alla garanzia di restituzione del capitale nominale a scadenza.

[100] DENTI V., *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano 1978, 64 ss., osserva che l'urgenza del provvedimento inibitorio appare insita alla finalità della stessa tutela, più che essere strumentale alla fruttuosità finale del provvedimento, come avviene per le misure cautelari; CARRATTA A., *Brevi osservazioni a tutela di consumatori e utenti*, in *Aa. Vv.*, *Giusto procedimento civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino 2001, 119 ss., ha escluso la natura cautelare e li ha invece ricostruiti come provvedimenti sommari alla stregua dei provvedimenti in materia di repressione della condotta sindacale ex art. 28 Stat. Lav. Contra SCALAMOGNA M, op. ult. cit., l'A. non condivide tale impostazione sul presupposto che con le modifiche della legge n. 80 del 2005 è stato raggiunto il risultato cui si tendeva

mediante la ricostruzione del procedimento come procedimento sommario, ovvero il mantenimento dell'efficacia del provvedimento anche nel caso di mancata instaurazione del giudizio di merito, inoltre la subordinazione del provvedimento ai giusti motivi d'urgenza condiziona tale tutela ad un periculum, non può quindi escludersi la natura cautelare del provvedimento.

[101] In riferimento all'inibitoria cautelare in materia di clausole vessatorie, ARMONE G., Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1469 sexies c.c., in Foro it., I, 1997, p. 296, sostiene che il giudice dovrebbe prescindere da qualsiasi indagine sulla sussistenza del periculum in mora, in quanto «è insito nella stesso stesso fenomeno che la norma è chiamata a regolare e la cui esistenza è, pertanto, già stata valutata positivamente dal legislatore attraverso la tipizzazione di un'autonoma misura cautelare». Nello stesso senso

PROTO PISANI A., Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1996, 665; LIBERTINI M., Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469 sexies c.c.), in Contr. e impr./Europa, 1996, 558 ss.

[102] I primi provvedimenti si sono contraddistinti per un'impostazione particolarmente restrittiva riguardo alla ricorrenza del requisito del periculum, Trib. Torino 14 agosto, 1996, Trib. Torino 16 agosto, 1996, Trib. 4 ottobre 1996, in Foro it., 1997, I, 287 ss.

<https://www.diritto.it/la-tutela-dei-diritti-individuali-collettivi-ai-sensi-degli-artt-37-e-140-del-codice-del-consumo-tra-inibitoria-e-obblighi-ripristinatori/>