

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29221-l-azione-collettiva-ai-sensi-art-140-cod-cons-e-le-condizione-di-procedibilit>

Autore: Farruggia Santino

L'azione collettiva ai sensi art. 140 cod. cons. e le condizione di procedibilità

L'azione collettiva ai sensi art. 140 cod. cons. e le condizione di procedibilità.

Sommario: 1) Il comma 5° art 140 cod. cons. e la cessazione preventiva del comportamento lesivo.

2) L'azione collettiva cautelare e la richiesta preventiva di cessazione del comportamento lesivo.

1. Il comma 5° art 140 cod. cons. e la cessazione preventiva del comportamento lesivo.

L'art. 140 del codice del consumo attribuisce alle associazioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori, iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero dello sviluppo economico ex art 139, la legittimazione ad agire a tutela dei predetti interessi richiedendo:

a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;
b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate,

c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate, (art 140, comma 1, cod. cons.) (1).

Il quinto comma aggiunge che: « *in ogni caso l'azione di cui al comma 1° può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti* »

Tale previsione, già presente nell'art. 8 comma 5, ai sensi della L. n. 281 del 1998, accoglie l'invito contenuto nell'art. 5 della direttiva 98/27/CE la quale recepisce nel nostro ordinamento con la legge dà ultimo indicata, prevede una procedura di consultazione preliminare finalizzata a far cessare la condotta ritenuta lesiva prima dell'esercizio dell'azione giudiziale.

La norma di cui si discute non è chiaramente formulata e dà adito a numerose interpretazioni.

(1) Il nuovo art. 140-bis cod. cons. (Azione di classe), invece, consente a ciascun membro della "classe" di agire per ottenere una tutela risarcitoria e restitutoria: I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni * (art. 140-bis, comma 1, d.lgs. n. 206 del 2005). La norma, il cui iter di approvazione è stato travagliato e la cui entrata in vigore continua ad essere differita (da ultimo, il d.l. n. 78 del 2009 ha rinviato l'entrata in vigore al 10 gennaio 2010), ha animato un acceso dibattito in dottrina. V., tra gli altri: AA.VV., *Class-Action!* (7), a cura di Lener e Rescigno, in *Analisi giur. economia*, 2008, 1; AA.VV., *Azione collettiva risarcitoria (class action)— L. n. 244/2007, art. 2, 445°-449° comma*, a cura di CESARO e Bocciuni, Milano, 2008; ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria - Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Corr. giur.*, 2008, 765; BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis codice- del consumo)*, Torino, 2008; CARRATTA *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 723; ConsoLo, *E legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt-in anziché quella danese dello opt-out e filtro (L'inutil precauzione)*, in *Corr.giur.*, 2008, 5; CONSOLO BONA, BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria L. 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008) che introduce l'art. 140-bis codice del consumo e modifica l'an. 50-bis c.p.c.*, Milano, 2008; Grucciori, *La nuova azione collettiva risarcitoria - La c.d. class action italiana*, Padova, 2008; *L'azione collettiva risarcitoria nell'art.- 140 bis codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1227; e PALINURI *Azione risarcitoria collettiva: dove l'italian style lascia a desiderare*, in *Danno e resp.*, 2008, 737; MARINUCCI, *Il rapporto tra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, 1024; MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 41; Moreo, *L'azione collettiva risarcitoria: luci e ombre di una recente novella*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, XI, 190; PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. civ.*, 2008, 480; Rizzo, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2008; SPADAFORA, *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 353; STAZI, *Scenari giuridico-economici della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Dir. e pratica società*, 2008, fasc. 22, 86; *Class action e azione collettiva risarcitoria La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contratto e impr.*, 2008, 729.

In particolare, da un lato, non si precisa se la diffida debba precedere qualsiasi azione collettiva o soltanto quella inibitoria; dall'altro, non è chiaro se la previa diffida sia necessaria soltanto nel caso di azione ordinaria, ovvero anche rispetto all'azione collettiva cautelare di cui all'art. 140, comma 8, del codice del consumo.

Accantonata, per il momento, la seconda questione, si rileva sotto il primo profilo come, benché la norma in esame richiami genericamente l'azione di cui al comma 1°, il riferimento debba ritenersi limitato alla sola azione inibitoria e ciò per almeno un triplice ordine di ragioni.

Anzitutto, l'interpretazione qui suggerita risulta essere la più coerente con la direttiva 98/27/CE, che riferisce la consultazione preliminare di cui all'art. 5 esclusivamente ai provvedimenti inibitori e trova, altresì, conferma nei lavori preparatori (2).

In secondo luogo, tale argomento trova conferma nel tenore letterale della norma in commento che nel descrivere il contenuto della preventiva diffida, stabilisce come l'associazione deve intimare al professionista la “cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti”, una espressione certo analoga a quella utilizzata, nel comma 1, per descrivere il contenuto dell'azione cd. inibitoria.

Infine, la previa diffida risulta ingiustificata e priva di qualsivoglia “utilità conciliativa,” laddove l'associazione agisca chiedendo al giudice *ex art. 140, comma 1, lett b)*, l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi già prodottisi di violazioni precedentemente accertate.

Della necessità della preventiva diffida, si è discusso anche con riferimento all'ipotesi di intervento di un'associazione nel giudizio instaurato da un'altra associazione legittimata o nel caso di un giudizio promosso dal singolo consumatore (3).

Al riguardo, la soluzione più coerente con la ratio della norma in esame sembra essere quella di ritenere necessaria la diffida preventiva anche da parte dell'associazione che interviene in giudizio, soltanto nel caso di intervento adesivo autonomo e non anche nell'ipotesi di intervento adesivo dipendente.

Detto altrimenti, sembra corretto assoggettare la domanda alla condizione di procedibilità in oggetto solo nel caso in cui l'associazione intervenuta proponga una domanda diversa rispetto all'atto introduttivo del giudizio e non invece nell'ipotesi in cui essa si limiti, invece, a sostenere le ragioni dell'associazione che ha instaurato il giudizio.

(2) Cfr., con riferimento alla identica disciplina dettata dall'art. 3 l. n. 281 del 1998, CHINÉ, *sub art. 3*, in *I diritti dei consumatori e degli utenti a cura di ALPA - LEVI*, Milano; 2001, *Tra i più recenti contributi in tema di azione inibitoria cfr BATTELLI, Azione inibitoria e misure correttive contro l'inserimento di clausole inique (Nota a Trib Palermo, 20 febbraio 2008)*, in *Corr. merito*, 2008, 791; BATTELLI, *Clausole inique e tutela inibitoria in Contratti 2007 74 Bove L oggetto del processo « collettivo » dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 841; CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205; CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela dei consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giu. It.*, 2005 662 GENOVESI, *Brevi note sul problema (non risolto) della legittimazione all'azione inibitoria a tutela dei consumatori (Nota a trib. Palermo 19 febbraio 2005)*, in *Cor. merito*, 2005, 885; Palmieri, *Contratti bancari e clausole abusive: l'inibitoria collettiva e i suoi effetti (Nota a Cass. civile, Sez. un., 21 maggio 2008, n. 13051)*, in *Foro it.*, 2008, I, 2478; PERLINGIERI, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, fase. 2, 7; PRIORE, *Il cammino verso l'attuazione della tutela inibitoria collettiva in Italia e Gran Bretagna*, in *Contratto e impr Europa*, 2008, 358; Rossi Carleo, *L'azione inibitoria collettiva dalla norma sulle clausole abusive al nuovo codice dei consumatori*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 847; Zuddas, *Profili di operatività dell'azione inibitoria collettiva (Nota a T.A.R. Lazio, 22 dicembre 2006, n. 15538 e Trib, Torino, 20 novembre 2006)*, in *Resp. civ.*, 2007, 1458.

(3) *Sull'ammissibilità dell'uno e dell'altro tipo di intervento cfr. trib Roma, 28 maggio 2008, in Foro it., L, 2008, I, 2674, con nota di De Santis; Corr. giur., 2008, 1006, con nota di NASTI; Corr. merito, 2008, 920, con nota di Subrani; Giur. it., 2008, 2751, con nota di Florio; App. Roma, 24 settembre 2002, in Giur. it., 2003, 119; Cass. civ., 23 luglio 2005, n. 15585.*

Concludendo sul punto, si rileva come l'art. 140 nulla preveda circa le conseguenze dell'omissione della preventiva richiesta di cessazione della condotta lesiva.

Si rivengono, in merito, due orientamenti dottrinali: il primo qualifica la diffida preventiva in termini di condizione di proponibilità dell'azione, la cui assenza può essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio con conseguente decisione di rigetto per motivi di rito, (e cassazione senza rinvio, ove il difetto sia sollevato dinanzi alla Suprema Corte)(4).

Il secondo, a mio avviso, preferibile ritiene che l'omissione della diffida preventiva dà luogo ad un caso di improcedibilità della domanda, la quale determina una mera sospensione del giudizio in attesa della prova dell'inoltro della lettera di diffida (5).

Una parte della Giurisprudenza, tende ad aderire al primo degli orientamenti indicati, da cui ricava anche l'assimilazione della condizione della domanda *de qua* a quella prevista dall'art. 22 della L. n. 990 del 1969 in tema di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile da "circolazione dei veicoli e dei natanti".

Tuttavia, la motivazione è assai scarna, e trascura peraltro, come gli stessi autori che hanno elaborato la tesi accolta in sentenza rilevano sia che la qualificazione dell'onere previsto dall'art. 22 summenzionato in termini di condizione di proponibilità della domanda non è incontrovertibile, sia che l'ordinamento prevede, in diversi settori, oneri di diffida preventiva o intimazione qualificati dalla giurisprudenza ora in termini di condizioni di proponibilità ora in termini di condizioni di procedibilità della domanda (6).

Pertanto, non si comprende la ragione per cui la diffida preventiva di cui all'art. 140 comma 8, cod. cons. debba essere ricondotta, *tout court*, nel novero delle condizioni di proponibilità ben potendo essere assimilata a taluna delle condizioni di procedibilità previste dalla legge: si pensi, per esempio, all'art. 5 della l. n. 108 del 1990 in tema di licenziamento individuale, ai sensi della quale la domanda di riassunzione e risarcimento del danno non può essere proposta se non è preceduta dalla richiesta di conciliazione, pena l'improcedibilità, il cui rilievo comporta la sospensione del giudizio.

La diversa lettura per cui l'onere della prova di cui all'art. 140 comma 8, cod. cons. sia da qualificare in termini di condizione di procedibilità della domanda, sembra, trovare conferma negli indirizzi della Corte costituzionale in materia di "giurisdizione condizionata", infatti è stato opportunamente ricordato che la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale Dell'art. 10 del r.d. n. 148 del 1931, nella parte in cui sanciva sia l'improponibilità dell'azione giudiziaria in caso di mancata o tardiva presentazione del reclamo gerarchico per le controversie di lavoro aventi ad oggetto diritti patrimoniali, sia l'improponibilità e non l'improcedibilità dell'azione giudiziaria in caso di mancata o tardiva presentazione del reclamo gerarchico, (Corte cost. 4 marzo 1972, n. 57 e 12 luglio 1979, n. 93) (7).

(4) Peduto, *sub art. 140*, in *Commentario al Codice del Consumo*, a cura di Stanzione Sciancalepore, Milano, 2006, 1055; Lepri *sub art. 140*, in *AA.VV., Codice del Consumo, Commento al d.lgs. 6 settembre 2005*, n. 206, Milano, 2006, 936; ARMONE, *sub art. 140*, in *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, Milano, 2006, 533; PETRILLO, *sub art. 140*, in *Codice del Consumo, Commentario*, a cura di ALPA - Rossi CARLEO, Napoli, 2005, 842; PEGNI, *sub art. 3*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e gli utenti*, a cura di BARBA, Napoli, 2 a cura di BARBA, Napoli, 2000, 162.

(5) Benucci, *sub art. 139-141*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di vettori, Padova, 2007, 108, in nota; Chinè, *op. cit.*

(6) Cfr. Pagni, *op. cit.*, p. 157 e nota 69.

(7) Chinè, *op. cit.*

2) L'azione collettiva cautelare e la richiesta preventiva di cessazione del comportamento lesivo.

Sul punto, postulando come necessaria la preventiva diffida di cui all'art. 140 comma 5, codice del consumo non soltanto nel passaggio dalla fase cautelare alla fase di merito, ma anche in caso di azione cautelare inibitoria ex art. 140 comma 8, cod. cons., non è inverosimile ritenere che le due statuizioni siano tra loro collegate e cioè, l'affermazione per cui la preventiva diffida è necessaria anche nel caso di azione inibitoria cautelare non costituisce un mero obiter dictum, ma rappresenta, invece, nel ragionamento logico-giuridico dell'organo giudicante la premessa per riconoscere come necessaria detta diffida, anche e non solo nel passaggio dalla fase cautelare alla fase di merito.

Pertanto in altri termini, non è arduo supporre che qualora un Giudice di merito adito aderisse all'orientamento giurisprudenziale e dottrinale ritenuto odiernamente come maggioritario, secondo cui la richiesta di provvedimenti cautelari inibitori non necessita la previa diffida scritta al professionista, sarebbe giunto ad una diversa conclusione anche in merito alla necessita della diffida prima dell'instaurazione di un giudizio di merito e successivo ad una fase cautelare conclusasi con un provvedimento inibitorio in favore dell'associazione di parte attrice.

E tuttavia, poiché nel provvedimento in questione si afferma che in ogni caso, la preventiva richiesta di cessazione è richiesta nel passaggio dalla fase cautelare alla fase di merito lasciando così intendere che, anche a ritenere non necessaria la preventiva diffida nel caso di inibitoria cautelare, la stessa costituirebbe comunque una condizione di proponibilità della domanda nel passaggio dalla fase cautelare a quella di merito, mi sembra opportuno che le due questioni debbano affrontarsi disgiuntamente.

Riguardo alla prima, v'è un orientamento giurisprudenziale risalente, comunemente ritenuto minoritario, che oramai sembrava definitivamente abbandonato.

L'affermazione per cui l'inutile decorso del termine di quindici giorni integrerebbe un fatto costitutivo dello stesso interesse ad agire dell'associazione poiché soltanto l'inutile esperimento, da parte dell'ente del tentativo di composizione extragiudiziale della controversia renderebbe "attuale ed inequivocabile la lesività dell'atteggiamento della controparte rispetto alla posizione soggettiva degli utenti e consumatori", è già presente, infatti, testualmente, in una delle prime pronunce sulle condizioni di ammissibilità dell'azione collettiva cautelare, (quale allora prevista dall'art: 3, comma 6, L. 30 luglio 1998, n. 281, norma oggi trasfusa, senza modifiche, nell'art. 140, comma 8, cod. cons.).

Trattasi tra l'altro di una, invero criticata, ordinanza del Consiglio di Stato (8), secondo la quale, poiché la previa diffida ed il connesso spatium deliberandi sono mirati a consentire una potenziale intesa preventiva della controversia, tale fase legale, preparatoria di una possibile composizione extragiudiziale della controversia, costituirebbe «un momento costitutivo dello stesso interesse ad agire, rendendo attuale ed inequivocabile della lesività dell'atteggiamento della controparte alla posizione soggettiva degli utenti, onde appare atteggiarsi a condizione di ammissibilità dell'azione».

(8) *Cons. Stato, 15 dicembre 1998, n.1884, in Giur.it., 1999, 627; Corr.giur., 1999, 494, con nota critica di De marzo; Foro it., 1999,III, 74, con nota critica di Calmieri.*

Tale orientamento non è esente da critiche, infatti non soltanto sembra prescindere dalla questione fondamentale della compatibilità tra il termine di quindici giorni e la natura urgente del provvedimento ma si fonda, su una interpretazione del dettato normativo assai, a mio avviso, discutibile.

Al riguardo, non si può fare a meno di notare come l'art. 140 comma 8, cod. cons., riprendendo alla lettera l'art. 3, comma 6, L. n. 281 del 1998, preveda che « nei casi in cui ricorrono giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli 669 bis e seguenti del codice di procedura civile senza fare riferimento ad alcuna previa diffida, con la conseguenza che, ritenere, invece, la stessa necessaria, equivale a creare in sede giurisprudenziale una condizione di procedibilità non richiesta dal legislatore.

Peraltro, nell'ipotesi di specie suesposta e decisa dal Consiglio di Stato, l'associazione ricorrente aveva esercitato in sede cautelare, un'azione non inibitoria (ex art. 8 comma 1, lett. a); L. n. 281 del 1998, oggi art. 140, comma 1; lett. a) cod. cons.), bensì diretta ad ottenere dal Giudice l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi, delle violazioni accertate, di cui all'art. 8, comma 1, lett. 6) della L. n. 281 del 1998 (oggi art. 140, comma 1, lett. b) cod. cons.; azione per la quale deve a fortiori escludersi che sia necessaria la previa diffida (9).

L'argomento qui trattato sembra però prescindere dalle nostre precedenti considerazioni, che muovono dal tenore letterale delle norme applicate e parimenti eludono prima facie la delicata questione della incompatibilità tra il decorso dei termini di quindici giorni ed i « giusti motivi di urgenza » la cui ricorrenza legittima il diritto dell'associazione ad agire in sede cautelare.

Tale dibattito però, per un verso, ad oggi pare essere giunto a conclusioni condivise tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza (10), e per l'altro, comunque, poco rileva ai fini che qui interessano, nel senso che i termini della questione della incompatibilità del termine di quindici giorni con la natura urgente del procedimento cautelare rimangono sostanzialmente invariati sia che si acceda all'una o all'altra l'opinione circa i presupposti e le condizioni di ammissibilità della cd. inibitoria collettiva cautelare.

9) L'art. 140, comma 8, cod. cons., così come il previgente art. 8, comma 6, l. n. 281 del 1998, nell'introdurre le procedure cautelari non fa riferimento in blocco alle azioni contemplate al comma 1, riferendosi unicamente all'azione inibitoria. Nulla prevede, quindi, circa l'ammissibilità e i presupposti per la concessione delle misure cautelari non inibitorie, rientranti nella previsione di cui alla lett. b) dello stesso comma 1. Il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter colmare tale lacuna disponendo che la previa diffida è necessaria per chiedere, in sede cautelare, le misure non inibitorie. Rispetto a tale impostazione, si condividono le critiche tempestivamente fatte dalla dottrina (v. autori richiamati nella nota precedente) la quale ha correttamente evidenziato, tra l'altro, come la stessa lettera dell'art. 8, comma 5, l. n. 281 del 1998 (oggi, art. 140, comma 5, cod. cons.) confermi la pregnanza dell'argomento per cui alcuna previa diffida è necessaria laddove l'associazione agisca, addirittura in sede cautelare, per richiedere misure atte ad elidere gli effetti dannosi di violazioni già in essere. Ai sensi della norma da ultimo richiamata; la previa diffida ha ad oggetto « la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti »; e' non anche la correzione o l'eliminazione degli effetti dannosi delle violazioni accertate, sicché deve ritenersi che il legislatore abbia inteso introdurre la condizione di procedibilità di cui si discute unicamente per l'esercizio dell'azione inibitoria secondo la condivisibile opinione di dottrina e giurisprudenza maggioritarie, dell'azione inibitoria ordinaria e non anche di quella cautelare). Circa l'ammissibilità ed i presupposti di concessione delle misure cautelari non inibitorie v. Trib. Torino, 17 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2384; *Foro il.*, 2002, 1, 2899, con nota Palmieri; *Danno e resp.*, 2003, 75, con nota Giussani. Secondo i giudici piemontesi, l'azione cautelare è ammissibile in relazione a qualsiasi provvedimento che appaia idoneo a tutelare il consumatore, tempestivamente, dagli effetti dannosi delle violazioni accertate, e deve ritenersi valido l'accertamento processuale della violazione compatibile con la struttura del rimedio cautelare, ovvero l'accertamento di quello che, con riferimento ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c., viene indicato nel cd. *fumus boni iuris*.

Infatti, prepotentemente emerge, che i giusti motivi d'urgenza comunque li si voglia intendere postulano l'esigenza di una tutela immediata che ex se legittima la parte ad adire immediatamente l'autorità giudiziaria, con la conseguenza che risulta logicamente e giuridicamente incompatibile con la ricorrenza di tale esigenza oltre che con la struttura stessa del procedimento cautelare, come evidenziato anche dalla giurisprudenza ed in specie da precedenti del Tribunale di Roma, che prevede la possibilità di pronunciare provvedimenti inaudita altera parte per qualunque condizione di procedibilità della domanda suscettibile di ritardare la pronuncia dell'inibitoria .

Concludendo, mi appare pensabile, anche alla luce di quanto sin qui rilevato, l'assunto per cui «in ogni caso, la preventiva richiesta di cessazione è richiesta nel passaggio dalla fase cautelare alla fase di merito ».

In effetti e a tacer d'altro, se la fase cautelare si conclude con un provvedimento che inibisce al professionista determinati atti e comportamenti lesivi degli interessi di consumatori ed utenti, o addirittura, con un provvedimento che adotta misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi di violazioni già accertate, quantomeno in termini di *fumus boni iuris*, davvero non sembra necessaria ai fini dell'instaurazione del giudizio di merito, la (ulteriore) «previa diffida » da parte di chi ha agito nel giudizio di merito.

Il professionista, infatti, ove intenzionato ad addivenire ad una definizione bonaria della controversia, ben potrebbe spontaneamente adempiere alla « diffida » del giudice ovvero, conclusosi il procedimento cautelare con un esito a sé sfavorevole, potrebbe cercare un contatto con la controparte nel tentativo di raggiungere, nondimeno, un accordo così evitando il protrarsi della controversia in sede giudiziaria.

Detto altrimenti, sembra corretto ritenere che, nell'ipotesi di cui si discute, debba essere il professionista ad attivarsi, ove interessato ad una composizione extragiudiziale della controversia, non l'associazione che ha già ottenuto dal Giudice un accertamento della illiceità del presunto voluto riserbo della controparte.

Il professionista, cioè, è già stato raggiunto da un provvedimento che gli ordina la cessazione di un comportamento giudicato lesivo degli interessi di consumatori e/o utenti, tale provvedimento giurisdizionale è sicuramente più pregnante ed incisivo della « previa diffida» privata.

Quest'ultima, pertanto, appare forse superflua e in ogni caso di assai dubbia utilità se non addirittura in contrasto con eventuali esigenze di economia processuale.

Le probabilità che le parti raggiungano un accordo a seguito della diffida da parte dell' interessato appaiono, in effetti assai esigue, se il professionista ha continuato ad insistere nel comportamento denunciato, in sede cautelare, dall'associazione ricorrente anche dopo la pronuncia di un provvedimento che ha espressamente censurato ed inibito quel determinato comportamento.

(10) Il più recente orientamento giurisprudenziale, accogliendo le posizioni già da tempo espresse dalla dottrina prevalente, ritiene che l'inibitoria urgente, seppur disciplinata dal rito cautelare uniforme, si configura come rimedio tipico e differente da quello previsto dall'art. 700 c.p.c.. In particolare, si afferma che « nell'azione collettiva inibitorio promossa in sede cautelare, la valutazione in ordine alla sussistenza del pregiudizio non è subordinata alla verifica della sua imminenza ed irreparabilità, sicché il periculum in mora si configura diversamente che nelle controversie individuali » (trib. Roma, 28 maggio 2008, cit.). In giurisprudenza cfr. anche: Trib. Roma, 30 aprile 2008, in Foro it., 2003,1, 2679, con nota di De Santis; Giur. it., 2008, 2794, con nota di DE Santis, trib. Roma, 28 giugno 2003, in Contratti, 2003, 1084; Trib. Roma, 11 marzo 2003, in Corr. giur., 2003, 1195, con nota di Conti, trib. Torino, 8 ottobre 2000, in Foro it., 2000, 3622, Per una rapida rassegna delle più restrittive posizioni precedentemente espresse dalla giurisprudenza v.: I contratti del consumatore Commentario al Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), a cura di Cesaro, Padova, 2007, 648 ss. In dottrina, oltre agli autori richiamati nella nota precedente, v.: TOMMASEO, Commento sub art. 1469-sexies, in Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, a cura di Alpa, PATTI, Milano, 2003, 1215 Ss.; Punzi, La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi, in Riv. dir. proc., 2002, 668; Tarzia, La tutela inibitoria contro le clausole vessato ne, in Riv. dir. proc., 1997, 668; Consolo - DE Cristofaro, Clausole abusive e processo, in Corr., giur., 1997, 480; Consolo, Tutela urgente, clausole abusive e pregiudizi rilevanti seppur non irreparabili, in Corr., giur., 1997, 203; Ferri, L'azione inibitorio prevista dall'art. 1469-sexies c.c., in Riv. dir. proc., 1990, 942; Bin, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie), in Contratto e impresa, 1996, 454.

In ultimo, senza considerare che, specie in mancanza di una espressa ed inequivoca predecisione normativa potrebbe risultare iniquo gravare l'associazione vittoriosa di un onere processuale finalizzato al raggiungimento di un accordo transattivo cui, invece, il professionista, benché soccombente nel giudizio cautelare non sembra purtroppo quasi mai interessato.

Santino Farruggia

Dottore Magistrale in Giurisprudenza.