

UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE
Dipartimento di Scienze aziendali
ed economico-giuridiche

Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli"
Sezione di Dottorato di Ricerca in
Consumatori e Mercato
XX ciclo

TESI DI DOTTORATO

TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI
ED ESECUZIONE DELLA SENTENZA INIBITORIA

TUTOR
Chiar.mo Prof.
Enrico Minervini

COORDINATORE
Chiar.ma Prof.ssa
Liliana Rossi Carleo

DOTTORANDA
Maria Letizia Magno

INDICE

INTRODUZIONE	1
I - LA TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI	8
I.1 Il quadro normativo.	8
I.2 L'azione inibitoria a tutela di interessi collettivi	14
I.3 La sentenza inibitoria: tra mero accertamento e condanna	25
I.4 L'attuazione della condanna inibitoria collettiva	35
II - LE MISURE IDONEE	37
II.1 Ricostruzione del dato normativo	37
II.2 Analisi dei casi giurisprudenziali: la sentenza del Tribunale di Roma	39
II.3 Segue; le due ordinanze del Tribunale di Torino	45
II.4 Conclusioni: sul contenuto dell'inibitoria collettiva e sulla funzione delle misure idonee.	50
III - LA PUBBLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO	62
III.1 La previsione di legge e le questioni	62
III.2 La funzione della pubblicazione della sentenza nella concorrenza sleale	65
III.3 La pubblicazione della sentenza inibitoria	68
III.4 Segue; la pubblicazione della sentenza inibitoria collettiva	70
III.5 Conclusioni: La funzione della pubblicazione della sentenza nel codice del consumo.	73
III.6 Segue; sulla pretesa funzione risarcitoria	75
IV - LE MISURE COERCITIVE INDIRECTE	79
IV.1 L'introduzione nell'ordinamento italiano	79
IV.2 L'esecuzione della sentenza inibitoria collettiva prima della riforma.	82
IV.3 L'esegesi della norma e i profili applicativi: l'oggetto dell'astreinte.	85
IV.4 Segue; la domanda di parte e il momento dell'adozione delle misure di coercizione indiretta	91
BIBLIOGRAFIA	95

INTRODUZIONE

Perché si è scelto come oggetto di una tesi di dottorato la questione relativa all'esecuzione della sentenza inibitoria collettiva in materia di consumo? Quali sono le ragioni che muovono il presente lavoro?

E' sembrato che l'argomento permettesse in un certo qual modo di ricondurre ad unità il passato con il presente, o meglio -sia consentito dire- il vecchio con il nuovo inserendosi, da un lato, nel sempre vivo dibattito intorno alla qualificazione della sentenza inibitoria quale sentenza di mero accertamento ovvero di condanna e assumendo, dall'altro, come nuovo di partenza la conclusione -cui è giunta una parte della dottrina- della natura condannatoria propria della sentenza inibitoria al fine di dedicare un'analisi, il più possibile attenta alla soluzione dei problemi pratico-applicativi, a quegli strumenti che, garantendo indirettamente l'esecuzione del comando inibitorio, ne confermano la natura di provvedimento di condanna.

L'analisi prende le mosse dalla distinzione operata dalla dottrina classica - benché non fondata su nessuna norma positiva- delle azioni di cognizione in: azioni di mero accertamento, di condanna e costitutive; con esclusione, quindi, di un autonomo spazio per l'azione inibitoria, la quale dovrebbe necessariamente farsi rientrare in una delle tre categorie di cui sopra.

In particolare, ciò che distingue l'azione di condanna da quella di mero accertamento è quel *quid pluris* rappresentato dall'idoneità della prima a fondare l'eventuale successivo processo esecutivo. In altri termini, parte della dottrina per così dire tradizionale¹ afferma che per aversi sentenza di condanna è necessario che questa sia idonea a costituire titolo esecutivo, e sia pertanto forzatamente eseguibile. La fungibilità dell'obbligo oggetto della condanna è la condizione principale affinché il relativo comando, in ipotesi di non

¹ Cfr., LIEBMAN E. T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931; CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934; ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1342 ss.

adempimento spontaneo da parte del soccombente, sia eseguibile forzatamente attraverso l'opera surrogatoria del terzo, ovvero dell'ufficiale giudiziario.

La sentenza inibitoria, invece, risolvendosi in un comando negativo di non fare non sarebbe eseguibile attraverso il processo esecutivo data l'infungibilità dell'obbligazione negativa, con la conseguenza dell'impossibilità di classificare detta azione tra quelle di condanna. Tuttavia, già Chiovenda affermava negli anni trenta² che, "come è vario il concetto di prestazione, altrettanto può essere vario il contenuto di una condanna. Si può esser condannati a tutto ciò che si può esser tenuti a prestare (sia un dare, un fare, un'astensione, la distruzione di quanto fu fatto in contravvenzione all'obbligo di non fare). Si può essere condannati a una prestazione infungibile: perché il modo di supplire alla impossibilità dell'esecuzione diretta non è necessario sia trovato già nella sentenza, sebbene di solito così avvenga". Costituirebbe, dunque, un'inversione logica qualificare la sentenza di condanna in ragione dei suoi effetti: l'esecuzione forzata è una mera conseguenza, per giunta eventuale, della condanna, la quale deve piuttosto essere qualificata in considerazione della sua natura intrinseca, e non già delle sue conseguenze; né esiste nessuna norma che imponga la correlazione necessaria tra condanna e processo esecutivo, il quale altro non è che uno dei modi attraverso i quali si assicura l'adempimento delle decisioni giudiziali³.

Nulla impedisce, dunque, che laddove non sia possibile il ricorso all'esecuzione forzata e, quindi, all'azione surrogatoria di un terzo che si sostituisca all'obbligato compiendo quell'attività positiva imposta dalla sentenza del giudice, sia pur sempre possibile assicurare il rispetto del comando giudiziale attraverso strumenti diversi dall'esecuzione forzata

² Cfr., CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 176.

³ Cfr., PROTO PISANI A., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.; *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.; *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982; *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 127 ss. *Contra* MANDRIOLI C., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 9 ss.; *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1342 ss. Cfr., inoltre, TARUFFO M., *Problemi in tema di esecutorietà della sentenza di condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 789 ss.

medesima. Nell'ipotesi, pertanto, in cui il comando del giudice si sostanzia in un non fare, l'adempimento di esso potrebbe essere garantito attraverso la previsione di strumenti di coercizione indiretta che agiscano sulla volontà del soccombente coartandolo all'adempimento della sentenza inibitoria.

Svincolata, dunque, la qualificazione della condanna dal collegamento con il processo esecutivo, successivo ed eventuale a questa, si può ammettere che anche la sentenza inibitoria appartenga al genere delle sentenze di condanna con la caratteristica propria che la sua esecuzione, data la particolarità del comando, è assicurata da strumenti diversi dall'esecuzione forzata.

Laddove si affermi che il processo esecutivo altro non è che una delle modalità di esecuzione della sentenza di condanna nel caso in cui essa si risolva in un comando positivo, e che accanto ad esso, qualora la condanna si sostanzia in un comando negativo, esistano mezzi diversi e non meno efficaci di esecuzione e, laddove si prenda atto che detti strumenti di coercizione indiretta sono espressamente disciplinati in ambito consumeristico, non dovrebbero sussistere dubbi sulla natura di condanna propria della sentenza inibitoria in materia di consumo.

Il presente lavoro, dunque, muove dal dato positivo: nel diritto dei consumi la tutela collettiva degli interessi dei consumatori è assicurata dall'azione svolta dalle associazioni dei consumatori; queste agiscono in via preventiva attraverso il ricorso all'azione inibitoria, prevista in via generale quale forma tipica di tutela degli interessi collettivi dei consumatori; l'esecuzione del provvedimento collettivo è assistito da una serie di misure che il giudice può adottare contestualmente alla pronuncia inibitoria, e che valgono ad assicurarne l'adempimento. In particolare, l'art. 140 cod. cons. stabilisce che: "i soggetti di cui all'art. 139 sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: *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”; statuisce ancora che “con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l’adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda dell’associazione che ha agito in giudizio, dispone, per il caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto”. Detti provvedimenti ulteriori rispetto al principale comando inibitorio contenuto nella sentenza operano, in relazione all’esecuzione della sentenza collettiva, con diversi ruoli e funzioni contribuendo, poi, congiuntamente ad attuare la tutela effettiva del consumatore.

La ricerca, dunque, assumendo come punto di partenza il dato normativo che definitivamente risolve, per lo meno in materia di consumo, il dibattito intorno alla natura della sentenza inibitoria, analizza separatamente i tre istituti (misure idonee, pubblicazione del provvedimento e misure di coercizione indiretta) che ad essa accedono in vista della sua concreta attuazione, delineando per ognuno di essi i differenti profili applicativi e individuandone la funzione propria in rapporto alla funzione svolta dall’azione inibitoria, nell’ambito della tutela del consumatore e della regolamentazione del mercato unico.

Appare, allora, ad un’analisi empirica, che l’attuazione della sentenza inibitoria in materia di consumo è meno problematica di quanto si prospetti in teoria. E’ ben vero che inibire vuol dire letteralmente ordinare di non fare, e che la conseguente obbligazione negativa è giuridicamente infungibile, ma ciò non toglie che di fronte a comportamenti illeciti di tipo omissivo, il comando inibitorio possa ben presentarsi in termini positivi: inibire un’omissione vuol dire ordinare un comportamento positivo di fare, superando pertanto il problema della infungibilità.

Orbene, nel diritto dei consumi l’inibitoria può avere sia contenuto negativo sia contenuto positivo, e il problema della fungibilità della prestazione oggetto dell’inibitoria va affrontato da un punto di vista materiale, e non giuridico, poiché è ben possibile che anche l’adempimento del comando di non fare si risolva in primo luogo nella distruzione di quanto si è fatto in violazione dell’obbligo negativo: distruzione di beni, ad esempio non conformi a

sicurezza, che può essere effettuata da un terzo in surrogazione dell'obbligato nell'ipotesi di sua inadempienza.

La caratteristica, dunque, del comando inibitorio collettivo in materia di consumo è la possibilità che esso sia formulato in termini positivi e non soltanto meramente negativi; il fondamento di detta caratteristica si rinviene, in primo luogo, nella stessa lettera della legge laddove si ammette l'inibitoria non soltanto di "atti" i quali, secondo le categorie di teoria generale, consistono in manifestazioni di volontà, ma anche di "comportamenti", tra i quali rientrano tanto quelli omissivi quanto quelli commissivi, e tra i quali non è dato distinguere quelli cui la norma si riferisce al fine di limitarne l'operatività. Ma non è soltanto il termine "comportamenti" che consente di ammettere un'inibitoria a contenuto positivo, sono soprattutto quei provvedimenti ulteriori, espressamente previsti nel diritto dei consumi, che accedendo all'inibitoria principale, consentono al giudice di modulare variamente il contenuto del comando giudiziale in vista del suo concreto adempimento.

In particolare, l'adozione di misure idonee consente, si ritiene, di rendere positivo anche il comando inibitorio di contenuto negativo pronunciato in confronto di un comportamento commissivo. A dette misure, dunque, spetta la funzione di integrare il comando negativo con ordini di fare volti non semplicemente al ripristino della situazione violata ma più in generale a garantire al consumatore una tutela effettiva. Riguardo all'operatività di queste, tuttavia, numerosi sono i dubbi sollevati dalla dottrina; ci si chiede, in primo luogo, quale sia il contenuto che dette misure possono concretamente assumere, e quale la funzione risarcitoria e/o ripristinatoria svolta; ci si domanda, inoltre, se le stesse possano essere adottate d'ufficio, e se sia possibile che esse accedano anche all'inibitoria emessa in via cautelare. La giurisprudenza in materia mostra peraltro di non avere ancora sciolto i suesposti dubbi applicativi; l'analisi dei casi giurisprudenziali tuttavia consente di formulare alcune ipotesi ricostruttive utili alla comprensione di questo "strumento misterioso".

Diversamente è a dirsi per quanto riguarda i provvedimenti della pubblicazione della sentenza e del pagamento di una somma di denaro in caso di

inadempimento; occorre, ancora, considerare che mentre le misure idonee e le c.d. *astreintes* sono istituti di derivazione comunitaria e, pertanto, di recente introduzione, la pubblicazione del provvedimento è un istituto già noto al sistema italiano, del quale dunque occorre analizzare la evoluzione.

Prima dell'introduzione della misura coercitiva indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro, la pubblicazione poteva considerarsi l'unico strumento in grado di coartare indirettamente la volontà dell'obbligato all'adempimento del comando inibitorio. Era dunque quello strumento che, in maniera speculare rispetto all'esecuzione forzata in relazione alla sentenza di condanna, accedeva all'inibitoria in vista della sua attuazione. La pubblicazione della sentenza emessa all'esito di un giudizio instaurato ai sensi dell'art. 1469 *sexies* cod. civ. dunque aveva funzione compulsoria, nel senso di garantire il rispetto dell'ordine giudiziale da parte del professionista, indotto all'adempimento dalla preoccupazione di evitare la diffusione di una propria immagine negativa potenzialmente lesiva della sua posizione nel mercato. Per effetto del (completo) recepimento della direttiva 97/28 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela dei consumatori, operato con legge n. 39 del 2002, e in conseguenza dell'introduzione del comma 5 *bis* dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998 (ora comma 7 dell'art. 140 cod. cons.) si ritiene che la pubblicazione abbia mutato funzione, o meglio, che accanto alla funzione immanente di coartare all'adempimento del comando inibitorio svolga altresì una funzione propria e distinta, immediata esplicazione del fondamentale diritto all'informazione garantito dall'art. 2 cod. cons.

La funzione coercitiva indiretta è dunque affidata propriamente alla sola previsione del comma 7 dell'art. 140 cod. cons., il quale disciplina un istituto di derivazione francese, simile ma non del tutto identico alle *astreintes* note in quell'ordinamento. La formulazione letterale della norma, peraltro, solleva numerose questioni applicative, prima tra tutte quella relativa all'oggetto della misura di coercizione indiretta, vale a dire se sia possibile disporre un'*astreinte* per coartare all'adempimento di una parte soltanto degli obblighi che derivano dalla sentenza, e se sia possibile che l'*astreinte* operi come sanzione dell'inadempimento parziale; ancora, ci si chiede se l'*astreinte* possa accedere

anche ad un provvedimento emesso in via cautelare, se il potere di disporre *astreinte* spetti d'ufficio al giudice ovvero occorra la domanda dell'associazione che ha agito in giudizio ovvero di altra associazione che abbia interesse all'adempimento del comando inibitorio e, infine, se sia possibile richiedere la misura coercitiva indiretta solo a seguito dell'avvenuto inadempimento –come lascerebbe intendere la formulazione letterale della norma- ovvero anche in un momento precedente ad esso, al fine di scongiurare l'accadimento.

Prendendo comunque atto dell'esplicita previsione normativa dei tre provvedimenti sopra richiamati, il presente lavoro mira ad analizzare il loro concreto operare, al fine di fornire una corretta classificazione dei provvedimenti di che trattasi, in relazione all'esecuzione della sentenza inibitoria. Se nella materia del diritto dei consumi sono previsti vari strumenti di esecuzione della sentenza inibitoria appare preferibile, anziché discutere della natura di questa, analizzare questi nuovi ed ulteriori provvedimenti al fine di individuare il loro rapporto con l'azione inibitoria, i presupposti della loro concreta emanazione, nonché le conseguenze della loro adozione, tenendo comunque presente che il canone interpretativo proprio delle norme a tutela dei consumatori deve essere sempre e soltanto quello dell'effettività della tutela.

I - LA TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI

I.1 Il quadro normativo

L'azione inibitoria a tutela degli interessi collettivi dei consumatori è prevista e disciplinata dagli articoli 37 e 139 e ss. del codice del consumo adottato con d. lgs. n. 206 del 2005; quest'ultimo ha posto ordine, nei limiti e nel rispetto dei criteri direttivi di cui alla legge delega n. 229 del 2003⁴, all'intera materia del diritto dei consumi, prima disseminata in una congerie di singoli provvedimenti volta a volta emanati in attuazione delle direttive comunitarie succedutesi nel corso degli anni.

In particolare, per quanto riguarda la previsione dell'azione inibitoria quale forma tipica di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, occorre ripercorrere, anche da un punto di vista cronologico, i vari momenti e provvedimenti in cui essa è stata introdotta nell'ordinamento comunitario e in quello interno.

Nel 1996 con la legge n. 52 l'Italia ha dato attuazione alla direttiva CEE 93/13⁵ relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori tramite

⁴ In particolare l'art. 7 della richiamata legge delega, rubricato riassetto in materia di tutela dei consumatori, delegava il governo ad adottare uno o più decreti legislativi, per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori ai sensi e secondo i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali e articolazione della stessa allo scopo di armonizzarla e riordinarla, nonché di renderla strumento coordinato per il raggiungimento degli obiettivi di tutela del consumatore previsti in sede internazionale; b) omogeneizzazione delle procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie di contratto; c) conclusione, in materia di contratti a distanza, del regime di vigenza transitoria delle disposizioni più favorevoli per i consumatori, previste dall'articolo 15 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, di attuazione della direttiva 97/7/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 20 maggio 1997, e rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite; d) coordinamento, nelle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie, dell'intervento delle associazioni dei consumatori, nel rispetto delle raccomandazioni della commissione della Comunità europea.

⁵ La direttiva imponeva agli Stati membri dell'Unione di uniformarsi alle disposizioni della medesima entro e non oltre il 31.12.1994; in Italia, tuttavia, essa è stata recepita solo nel 1996 a seguito di un travagliato *iter* parlamentare. Il testo di recepimento, inoltre, ha, fin da principio, sollevato notevoli critiche da parte della Commissione Cee la quale, infatti, nel 1998 ha instaurato nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 98/2026 *ex art* 169 del Trattato di Roma per inesatto recepimento della direttiva in questione.

l'inserimento, nel libro IV del codice civile italiano, del capo XIV *bis* rubricato "dei contratti dei consumatori". Tra le norme di tale capo era contenuta la disposizione di cui all'art. 1469 *sexies* relativa all'azione inibitoria collettiva, nella quale si statuiva che: "le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o raccomandano l'utilizzo⁶ di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività".

Nel maggio del 1998 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva n. 98/27 CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; essa prevedeva, all'art. 8, che gli Stati membri dovessero uniformarsi entro 30 mesi dalla sua entrata in vigore. In particolare, la direttiva aveva lo scopo di coordinare la disciplina vigente a tutela dei consumatori, al fine di consentire loro l'effettivo esercizio dei quei diritti già riconosciuti dalle direttive esistenti, attraverso il ricorso all'azione inibitoria. In altri termini, essa individuava nei provvedimenti inibitori la forma tipica di tutela cui ricorrere in ogni ipotesi di violazione dei diritti già riconosciuti ai consumatori dalle direttive preesistenti, le quali ultime, infatti, venivano puntualmente richiamate nell'allegato alla direttiva medesima⁷.

Nel luglio del 1998 il Parlamento italiano ha adottato, indipendentemente dall'iniziativa comunitaria sul punto⁸, la legge n. 281 relativa alla "disciplina

⁶ Le parole "raccomandano l'utilizzo" sono state inserite nel testo originario con legge n. 14 del 2003, proprio a seguito della richiamata procedura di infrazione instaurata dalla Commissione europea. Tuttavia, già prima della modifica del dato letterale, giurisprudenza e dottrina erano concordi nell'operare un'interpretazione estensiva della norma così da consentire l'applicazione dell'art. 1469 *sexies* anche rispetto a fattispecie di mero pericolo.

⁷ L'art. 1 della direttiva, rubricato campo d'applicazione, statuiva infatti che: "la presente direttiva ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative ai provvedimenti inibitori di cui all'articolo 2 volti a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive riportate in allegato, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno." E, ancora, nel successivo paragrafo: "ai fini della presente direttiva per violazione si intende qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive riportate in allegato, così come recepite negli Stati membri, che leda gli interessi collettivi di cui al paragrafo 1".

⁸ La legge italiana, di poco posteriore all'emanazione della direttiva 98/27, non si presenta come formale legge di recepimento e attuazione della medesima bensì come frutto di autonoma

dei diritti dei consumatori e degli utenti”; in essa, dopo aver riconosciuto ai consumatori un elenco di diritti fondamentali, si provvedeva ad assicurare a tali diritti forme adeguate di tutela non solo individuale ma soprattutto collettiva. La legge dunque, aveva quale principale oggetto di disciplina proprio l’azione inibitoria collettiva delle associazioni dei consumatori provvedendo a stabilire regole certe e requisiti obiettivi per l’ottenimento da parte di queste della legittimazione ad agire in giudizio ed elencando altresì, all’art. 3, i provvedimenti che queste avrebbero potuto chiedere al giudice competente⁹.

iniziativa parlamentare italiana, sebbene non possa negarsi che la sua concreta formulazione sia stata dalla direttiva stessa sostanzialmente influenzata.

⁹ La legge e le forme di tutela in essa previste trovavano attuazione in ogni ipotesi di violazione di un diritto fondamentale del consumatore, comprendendo quindi anche la materia delle clausole vessatorie; tuttavia, il rapporto tra le norme inserite nel codice civile e la legge del 1998 è stato variamente interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, si è sostenuto che detto rapporto fosse da configurare in termini di *genus a species*, di modo che la disciplina sulla clausole abusive dovesse considerarsi speciale, dato il suo ristretto ambito di applicazione oggettivo, rispetto alle previsioni generali della legge sui diritti fondamentali dei consumatori, così CAMERO R.-DELLA VALLE S., *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 151. Altri autori hanno specificato che il rapporto tra le due normative dovesse risolversi in base al principio *lex posteriori generali non derogat priori speciali*, cfr. in proposito PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, p. 385; detto ultimo orientamento è stato condiviso anche dai giudici di merito, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Roma in data 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, c. 2045. Di diverso avviso è invece chi sostiene che il rapporto sia da risolvere in base al criterio *lex posterior derogat priori* e ciò sia perché la legge posteriore è intervenuta a colmare le lacune della legge precedente sia soprattutto perché quest’ultima contiene non già una disciplina speciale bensì la disciplina generale dei contratti dei consumatori, cfr. in tal senso MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., Torino, 2005, p. 453 ss. Detto ultimo orientamento trova sostegno nella posizione della giurisprudenza espressa con la sentenza della Corte di Appello di Roma del 24 settembre 2002, emessa in riforma di quella di primo grado precedentemente richiamata, nella cui motivazione si legge: “non si può sciogliere il nodo utilizzando la *ratio decidendi* del Tribunale che ha attribuito alla *lex posterior* natura generale e quindi inidonea a derogare alla *lex specialis* codicistica o ad emendarla. L’argomento, già *prima facie*, non è condivisibile per l’impossibilità di riconoscere alla normativa del codice valore speciale. Si tratta, per contro, sotto il profilo sistematico, della fonte generale per eccellenza. E’ invece la comparazione del contenuto che porta a discutere ogni efficacia integrativa, con carattere di esclusività, della l. n. 281 del 1998”. Infine vi è chi ritiene che la “legge n. 281/1998 non è una semplice *lex generalis*, ma si pone a sua volta come statuto speciale dei diritti dei consumatori e degli utenti, come legge regolatrice dell’intera materia della tutela in giudizio degli interessi collettivi. Si potrebbe dunque addirittura dubitare dell’attuale vigenza (di alcune parti) delle norme precedenti, per essersi realizzata quella forma di abrogazione implicita che l’art. 15 delle disp. prel. c.c. prevede allorché la nuova legge interviene a regolare l’intera materia regolata dalla legge anteriore”, così ARMONE G. M., *La tutela collettiva. L’inibitoria*, in *Diritto dei consumi e nuove tecnologie*, II, *Il mercato*, a cura di BOCCHINI F., Torino, 2003, p. 180. Sulla controversa ricostruzione del rapporto tra l’art. 1469 *sexies* cod. civ. e l’art. 3 della legge n. 281 del 1998, sotto il profilo della legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori, si veda da ultimo T. Palermo 19 febbraio 2005, in *Corriere del merito*, 2005, p.

Detta legge, poi, è stata modificata ed integrata dal d. lgs. n. 224 del 2001 con il quale si è data attuazione alla direttiva 98/27/CE relativamente a quanto non fosse già previsto e disciplinato nella legge n. 281.

In particolare, per effetto del d. lgs. del 2001 venne inserito all'art. 1 della legge del 1998 il comma 2 *bis* ai sensi del quale si statuiva che: “la presente legge (quella del 1998) si applica nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive europee di cui all'allegato 1” e, tra queste era compresa anche la direttiva 93/13, di modo che non dovessero esserci più dubbi sull'idoneità della legge del 1998 ad operare da legge-quadro dell'intera materia. Tuttavia, la legge del 1998 e le successive modificazioni non hanno mai esplicitamente abrogato le norme esistenti in materia di clausole vessatorie e, in particolare, l'art. 1469 *sexies* cod. civ. con la conseguenza che, nonostante il coordinamento operato nel 2001, restavano comunque vigenti –e restano tutt'ora per quanto si chiarirà oltre- due sistemi paralleli in materia di azioni inibitorie collettive: da una parte l'art. 1469 *sexies* in materia di clausole vessatorie, dall'altra, la legge-quadro del 1998, applicabile in ogni ipotesi di violazione dei diritti dei consumatori da essa riconosciuti¹⁰.

Infine, la legge del 1998 è stata ancora integrata nel marzo 2002, con la legge n. 39, la quale ha inserito il comma 5 *bis* all'art. 3 relativo alla misura coercitiva indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di inadempimento ovvero di ritardo nell'adempimento del comando inibitorio.

Nel settembre del 2005, infine, veniva emanato il codice del consumo destinato a raccogliere secondo criteri di organicità tutte le norme fino ad allora esistenti in materia di consumo¹¹.

885 ss., con nota di GENOVESI G., *Brevi note sul problema (non risolto) della legittimazione all'azione inibitoria a tutela dei consumatori*.

¹⁰ Permanevano, dunque, profonde differenze nei due sistemi sopra richiamati sia per quanto riguardava il criterio di legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori sia per ciò che riguardava il contenuto delle domande giudiziali. Per un'approfondita analisi dell'argomento cfr. MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori* a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., Torino, 2005, p. 453 ss.

¹¹ Il sistema del codice è organizzato intorno all'atto di consumo “secondo una sequenza logica e temporale lineare, che ordina la disciplina intorno al procedimento economico e giuridico

Il quadro legislativo attuale si presenta dunque nei seguenti termini.

La prima norma, relativa all'azione inibitoria collettiva¹², che si incontra nel codice è quella contenuta nell'art. 37 ai sensi della quale: "le associazioni dei consumatori, di cui all'art. 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli artt. 669 *bis* e seguenti del codice di procedura civile.

Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato su uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale.

Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1 si applicano del disposizioni dell'art. 140."

Detta norma, contenuta nella parte III titolo I del codice, disciplina, dunque, l'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie, sia da parte delle associazioni dei consumatori sia da parte di quelle dei professionisti fissando tuttavia diversi criteri in ordine alla loro legittimazione ad agire nonché al contenuto della domanda giudiziale.

compiuto, nella sua interezza, dall'atto di consumo", così DONA M., in *Il codice del consumo regole e significati*, Torino, 2005, p. 8. In particolare, il codice è suddiviso in sei parti e, rispettivamente: disposizioni generali; educazione, informazione, pubblicità; il rapporto di consumo; sicurezza e qualità; associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia; disposizioni finali. Sul valore del d. lgs. 206 del 2005 come "codice di settore" piuttosto che come "testo unico", cfr.: ROSSI CARLEO L., *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879 ss., nonché, *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Cont. e imp./Eur.*, 2006, p. 33 ss.; CALVO R., *Il Codice del consumo tra <consolidazione> di leggi e autonomia privata*, in *Cont. e imp./Eur.*, 2006, p. 74 ss.; GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I contratti*, 2006, p. 159 ss.; PALMIERI A., *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra adii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V, 77 ss.; da ultimo, cfr. MINERVINI E., *Codice del consumo*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., Torino, 2007.

¹² Si noti che per effetto dell'art. 1 comma 446 della legge recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008) è stato da ultimo inserito nel codice del consumo l'art. 140 *bis* con il quale si è introdotta e disciplinata nell'ordinamento civile italiano –accanto ed oltre all'azione collettiva di tipo inibitorio– l'azione collettiva di tipo risarcitorio.

In seguito, l'azione inibitoria collettiva delle sole associazioni dei consumatori è disciplinata nella parte V –rubricata “associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia”- titolo I (Le associazioni rappresentative a livello nazionale) e titolo II (Le azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia) del codice del consumo. La disciplina dell'azione promossa dalle associazione dei consumatori si ricava dal combinato disposto degli artt. 137, 139 e 140 del codice medesimo.

Per effetto di questa suddivisione si produce dunque, nel sistema tendenzialmente unitario e omogeneo del testo legislativo, un'importante differenziazione: mentre le associazioni dei consumatori legittimate ad agire in materia di clausole vessatorie sono solo quelle inserite nell'elenco tenuto presso il Ministero delle Attività Produttive, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio legittimate ad agire sono tutte quelle che il giudice in corso di causa consideri, secondo il suo discrezionale apprezzamento, rappresentative ai fini dell'azione promossa.

Inoltre, se si analizza l'ultimo comma dell'art. 37, poiché esso stabilisce che all'azione delle associazioni dei consumatori si applicano le disposizioni dell'art. 140 per quanto non previsto dall'art. 37 medesimo e poiché l'art. 140 ha portata più ampia dell'art. 37, appare evidente che l'azione delle associazioni dei consumatori in materia di clausole vessatorie si svolgerà a norma dell'art. 140 e non a norma dell'art. 37. Tant'è vero che esplicitamente il comma 10 dell'art. 140 stabilisce che “per le associazioni di cui all'art. 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.”

Ricapitolando, sebbene l'art. 37 faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio, esso nella sostanza si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140. Con la conseguenza sul

piano applicativo che le azioni così promosse da detti soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo¹³.

Le associazioni dei professionisti e le camere di commercio saranno legittimate ad agire solo in materia di clausole vessatorie e solo in quanto ritenute sufficientemente rappresentative sul piano nazionale dal giudice con suo discrezionale apprezzamento ed inoltre saranno legittimate a richiedere al giudice solo i provvedimenti di cui all'art 37, cioè, azione inibitoria in via ordinaria o in via d'urgenza e la pubblicazione del provvedimento. Mentre le associazioni dei consumatori saranno legittimate all'azione collettiva inibitoria, solo in quanto iscritte nell'elenco¹⁴ di cui all'art. 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento prevede l'adozione di misure idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate nonché la misura coercitiva indiretta dell'*astreinte* e disciplina inoltre una peculiare procedura di conciliazione stragiudiziale della controversia.

L'azione inibitoria collettiva, pur con le richiamate diversità di applicazione e le conseguenti difficoltà di coordinamento, è comunque positivamente disciplinata nel nostro ordinamento quale forma tipica di tutela degli interessi dei consumatori; essa si profila dunque nel settore dei consumatori come rimedio generale di tutela preventiva.

1.2 L'azione inibitoria a tutela di interessi collettivi

Nel paragrafo che precede si è svolta una rassegna delle norme che prevedono, quale forma di tutela del consumatore, l'azione inibitoria di tipo collettivo; ciò

¹³ “Il legislatore italiano, è andato delineando, non si sa con quanta consapevolezza, un sistema <bipolare> di tutela collettiva dei consumatori”, così MINERVINI E., in *Dei contratti dei consumatori in generale*, Torino, 2006, p. 96.

¹⁴ Si noti che il requisito dell'iscrizione nell'elenco è previsto solo ai fini dell'azione collettiva di tipo inibitorio di cui all'art. 140 cod. cons., e non anche per l'azione collettiva di tipo risarcitorio, di recente introdotta all'art. 140 *bis* cod. cons., rispetto alla quale sono legittimate ad agire non soltanto le associazioni dei consumatori iscritte, ma anche quelle che siano dal giudice considerate adeguatamente rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori secondo il suo discrezionale e prudente apprezzamento.

su cui ora si intende riflettere è il sempre più frequente ricorso a siffatta forma di tutela, considerata l'unica idonea a garantire adeguata protezione degli interessi di determinati soggetti e, in particolare, dei consumatori. Per lo meno in ambito consumeristico, dunque, sembra si possa fondatamente ritenere vigente quel principio di prevenzione dell'illecito di cui la dottrina da tempo ricerca il fondamento legislativo al fine di affermare la generale portata dell'azione inibitoria¹⁵, e sembrano, altresì, positivamente risolti i problemi relativi alla pratica eseguibilità coattiva del comando inibitorio.

In particolare, il ricorso all'azione di tipo inibitorio si manifesta necessario ogni qual volta il perdurare di un'attività illecita sia in grado di incidere negativamente su interessi meritevoli di protezione e di produrre conseguenze non più riparabili attraverso i principi che regolano il sistema risarcitorio¹⁶ (si pensi, in primo luogo, alla tutela dei diritti della personalità nonché della proprietà, del possesso e, infine, alla concorrenza sleale). Il sempre maggiore ricorso a siffatta azione deriva, pertanto, dall'inadeguatezza del sistema risarcitorio a garantire l'immediata cessazione di un'attività illecita e la reintegrazione dell'interesse violato¹⁷.

L'inibitoria si distingue, infatti, dalla tutela risarcitoria per essere preventiva e specifica¹⁸: preventiva "perché anche quando se ne ammetta l'esperibilità solo

¹⁵ La questione, dunque, è relativa all'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'inibitoria atipica, ovvero all'esperibilità di detta azione anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

¹⁶ "L'inibitoria è espressamente prevista dal codice in ipotesi di fatti lesivi rispetto ai quali essa costituisce un rimedio tipicamente adeguato, a fronte dell'insufficienza del risarcimento del danno ad assicurare una compiuta reintegrazione dell'interesse leso", così BIANCA C. M., in *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 781.

¹⁷ Per alcuni il fondamento della tutela inibitoria atipica –come verrà meglio spiegato nel prosieguo del testo– è da rinvenirsi proprio nel fondamentale principio di cui all'art. 24 della Costituzione italiana la quale assicura a chiunque la tutela dei propri diritti e nella complementarità, dunque, di detta azione rispetto a quella risarcitoria a garantire "un sistema rafforzato e organico di protezione giurisdizionale dei diritti" così RAPISARDA C.-TARUFFO M., *Inibitoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989. "L'espansione del rimedio inibitorio si inserisce nella più generale tendenza del nostro sistema giuridico a dare spazio alla tutela specifica, vale a dire a forme di tutela dirette a realizzare proprio l'interesse specifico violato e non già a far conseguire al titolare il raggiungimento di utilità equivalenti." così, BELLELLI A., *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 614.

¹⁸ Con riferimento poi alla tesi riportata nella nota precedente e relativa al fondamento legislativo dell'inibitoria atipica questa si distingue, altresì, dall'azione risarcitoria per essere, rispetto ad essa, complementare e preliminare: "L'inibitoria si configura come complementare e preliminare: complementare...perchè esse non solo non si escludono a vicenda, ma si

in presenza di un illecito attuale, essa mira comunque ad impedirne la ripetizione o la continuazione ed è quindi rivolta al futuro e non al passato”¹⁹; specifica, perché tende a garantire l’esercizio integrale del diritto secondo le modalità fissate originariamente dalla legge sostanziale²⁰. L’azione risarcitoria, invece, determina non già l’obbligo di attuazione del medesimo precetto violato bensì la diversa obbligazione di risarcire il danno eventualmente conseguito a detta violazione²¹. La tutela risarcitoria è dunque sempre successiva e mira a garantire il soddisfacimento non già dell’interesse tutelato dalla norma bensì dell’interesse, considerato equivalente, al ristoro del danno subito per effetto della condotta illecita.

Orbene, nella materia del diritto dei consumi, azione risarcitoria e azione inibitoria concorrono ad assicurare la protezione del soggetto debole dell’atto di consumo nonché, in ultima analisi, attraverso esso e per il fine della sua protezione²², la regolamentazione dell’intero mercato comunitario. Si parla in proposito di “doppio binario di tutela” del consumatore al quale, infatti, spetta sia l’azione risarcitoria in via individuale, nonché –da ultimo- in via collettiva, ai sensi e per gli effetti dell’art. 140 *bis* recentemente introdotto, sia l’azione inibitoria in via collettiva avverso gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori come categoria²³. La previsione di questa ultima

completano in un sistema rafforzato e organico di protezione giurisdizionale dei diritti; preliminare, non solo per la sua funzione preventiva, ma anche perché, mirando a prevenire l’illecito, tende anche ad eliminare la necessità della tutela risarcitoria”, così RAPISARDA C.-TARUFFO M., in *Op. cit.*, p. 1.

¹⁹ Così, RAPISARDA SASSOON C., *Inibitoria*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 475.

²⁰ “L’inibitoria non ha alcun contenuto surrogatorio, mirando a garantire l’integrità del diritto in sé e per sé considerato, secondo le sue proprie modalità di esercizio”, così RAPISARDA SASSOON C., *Op. cit.*, p. 476.

²¹ “Lo strumento risarcitorio si caratterizza proprio in ciò, che impone al debitore una diversa prestazione in sostituzione di quella originaria”, così BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 187. Più, in particolare, nel campo dei rapporti obbligatori si parla di “modifica oggettiva del rapporto per sostituzione di prestazioni, e non già di una novazione,” e ciò al fine di comprendere il principio della permanenza delle eventuali garanzie del rapporto anche nella fase del risarcimento del danno, cfr. ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, p. 54.

²² Il processo è infatti circolare: attraverso la tutela del consumatore si regola il mercato e allorquando il mercato è ben regolato il consumatore è altresì garantito.

²³ In particolare, l’art. 140, comma 9 del cod. cons., stabilisce che: “fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, la disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei

forma di tutela si ritiene, infine, anche funzionale al raggiungimento dello scopo ultimo di regolamentazione del mercato.

Tuttavia, sebbene l'inibitoria sia prevista e disciplinata in via generale in ambito consumeristico, non si possono tacere le difficoltà incontrate dalla dottrina nel ricercare e nell'ammettere, all'interno dell'ordinamento italiano, l'esistenza di un principio generale di prevenzione dell'illecito tale da costituire, in ultima analisi, il fondamento normativo dell'inibitoria atipica. E dette difficoltà sono state affrontate sia dal punto di vista sostanziale –con riferimento, in particolare, al fondamento dell'azione inibitoria in relazione all'atto illecito e, quindi, alla qualificazione dell'illecito civile medesimo- sia da quello processuale -in riguardo alla possibilità di classificare la sentenza inibitoria tra le sentenze di condanna per ciò che attiene all'attuazione coattiva del relativo comando giudiziale nonché agli strumenti di coercizione indiretta che assistono il provvedimento inibitorio collettivo (ciò che in ultima analisi è oggetto di questa ricerca).

In ordine al primo di detti profili la questione ha riguardato, in primo luogo, la possibilità di estendere il rimedio tipicamente previsto per la tutela di determinati diritti assoluti, quali quelli della personalità o della proprietà, nei confronti dell'intera categoria ed altresì nei confronti della categoria dei diritti relativi²⁴.

consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni”; del pari, l'art. 140 *bis*, comma 5, chiarisce che: “è fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1”. Sul rapporto tra azione collettiva e azione individuale, nel senso che “la tutela collettiva non sostituisce quella individuale, ma si aggiunge ad essa”, cfr. MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., II, Torino, 2005, p. 528-531. In senso conforme cfr. anche DONA M., *Il codice del consumo regole e significati*, Torino, 2005, p. 201, nota 613. *Contra* COLAGRANDE R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 731: “La vera innovazione, ma in senso peggiorativo, sembra rilevabile proprio a livello processuale, giacché i consumatori e gli utenti trovano ora precluso l'accesso individuale alla tutela giurisdizionale sino a che non *siano danneggiati*” (il corsivo è dell'A.). Si obietta tuttavia, che “la menzione del danno non significa che l'evento lesivo debba essersi necessariamente verificato, in quanto il legislatore fa un uso atecnico della nozione di danno”, così MINERVINI E., *Op. ult. cit.*, p. 530.

²⁴ Da un lato, infatti, l'azione inibitoria è espressamente prevista dal legislatore in ipotesi determinate, dall'altro, tuttavia, fondandosi essa sulla presenza del mero illecito non possono qui non richiamarsi le considerazioni svolte dalla dottrina nonché dalla giurisprudenza in ordine al principio di atipicità dell'illecito sancito nel nostro ordinamento in relazione alla tutela aquiliana di cui all'art. 2043 del cod. civ. Cfr., in proposito SCOGNAMIGLIO R., *Illecito*,

Per ciò che attiene ai diritti della personalità l'azione inibitoria è tipicamente prevista negli artt. 7, 8, 9 e 10 cod. civ. disciplinanti il diritto al nome, allo pseudonimo e all'immagine; la progressiva espansione dell'ambito di operatività del rimedio ha coinciso con l'affermazione di nuove sfere di tutela (o se si vuole di nuovi diritti) riconosciuti al singolo all'interno della comunità sociale e costituzionalmente garantiti: ci riferiamo al riconoscimento del diritto all'identità personale, del diritto all'onore, alla reputazione, alla riservatezza, al trattamento dei dati personali. Si sono così andate delineando una serie di situazioni nelle quali viene in rilievo la persona umana e il suo irretrattabile patrimonio e si è rinvenuto nell'art. 2 della costituzione il fondamento ultimo della loro tutela²⁵. In tal modo si è affermata una tendenza generale favorevole ad ammettere la tutela inibitoria dei diritti della personalità al di fuori delle ipotesi espressamente regolate, ricorrendo allo strumento dell'interpretazione analogica dei casi tipici²⁶.

Più in generale, comunque, le difficoltà incontrate dalla dottrina non hanno riguardato tanto la possibilità di estendere analogicamente l'azione inibitoria in materia di diritti assoluti quanto la sua generale applicabilità in materia, piuttosto, di diritti relativi riguardo, soprattutto, al problema della ricerca del fondamento legislativo dell'inibitoria atipica.

Nei confronti dei diritti assoluti la dottrina prevalente ha affermato che: “sul piano dogmatico, basta considerare che i diritti assoluti, per la loro stessa natura, postulano l'idea di uno *ius excludendi omnes alios*; il che genera in tutti i terzi un obbligo di carattere negativo o di *non facere*, contro le cui violazione

in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962; TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; BUSNELLI F., *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989.

²⁵ La giurisprudenza in proposito afferma: “l'art. 2 Cost. non ha una funzione meramente riassuntiva dei diritti espressamente tutelati nel testo costituzionale od anche di quelli inerenti alla persona umana previsti nel codice civile; esso si colloca al centro dell'intero ordinamento costituzionale ed assume come punto di riferimento la persona umana nella complessità ed unitarietà dei suoi valori e bisogni, materiali e spirituali, costituendo una clausola aperta e generale del libero ed integrale svolgimento della persona umana.” In particolare, poi, per ciò che riguarda l'identità personale, essa “è tutelata nella forma del diritto soggettivo, nel quadro dei diritti della personalità, con gli strumenti tipici del diritto privato... La sua regolamentazione va dedotta, per analogia, dalla disciplina prevista per il diritto al nome”. Cfr. Cass. Civ. I, 22 giugno 1985, n. 3769.

²⁶ Sarebbe, d'altra parte, proprio il principio di atipicità dell'illecito –accolto nel nostro ordinamento all'art. 2043 cod. civ. relativamente alla tutela risarcitoria- a consentire una tale operazione estensiva.

si deve sempre ritenere ammessa l'azione inibitoria.”²⁷ L'opposta e più risalente opinione si fondava, invece, sull'intangibilità della sfera di libertà dei singoli, rilevando come un'applicazione estensiva del rimedio avrebbe finito per comprimere eccessivamente quella libertà dell'individuo, intesa sia come libertà positiva ma anche e soprattutto come libertà negativa, ovvero come libertà di fare tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge.

In materia di diritti relativi, la generale applicabilità del rimedio inibitorio è stata sostenuta a partire dall'analisi delle fattispecie determinanti obblighi di non fare, la violazione delle quali può essere efficacemente sanzionata solo attraverso l'azione inibitoria; “e siccome gli obblighi di non fare trovano la loro fonte non solo nei diritti assoluti, ma anche nei diritti relativi o di obbligazione, ne deriva che l'inibitoria dovrebbe applicarsi pure in queste ipotesi”²⁸. In questo senso, peraltro, a partire dall'applicazione analogica dell'art. 2599 cod. civ. in materia di concorrenza sleale e delle altre norme previste in materia di

²⁷ Così FRIGNANI A., *Inibitoria*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 564. Tuttavia, si potrebbe obiettare, che la violazione del principio del *neminem ledere* trova risposta nel nostro ordinamento nel sistema della responsabilità civile intesa come tecnica di allocazione dei danni. Ma soprattutto si deve dar conto dell'opposta concezione che, criticando la costruzione del diritto soggettivo reale come necessariamente correlato –“come due lati di una stessa medaglia”- al dovere generale di astensione ritiene, invece, che tale diritto si risolva tutto nel rapporto di immediatezza con la cosa, con la conseguenza che potrebbero darsi nel nostro ordinamento diritti cui non corrispondono doveri e che quindi sia da respingere in linea generale la stessa concezione che vuole diritto e dovere sempre presenti uno di fronte all'altro. Cfr., ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, ristampa, p. 102 ss.: “Una definizione del diritto reale che non metta anzitutto in rilievo che esso è un diritto sulla cosa, e che anzi neghi ciò, implicitamente o esplicitamente, consapevolmente o inconsapevolmente, non può essere che una definizione mancata, anzi non esatta: il diritto reale implica un rapporto con la cosa, cioè un rapporto che, considerato in sé per sé, ha come elemento un diritto, e non dei doveri correlativi di altri soggetti” ché, se così fosse, il diritto reale finirebbe per scomporsi in tanti rapporti, relativi, quanti sono tutti gli *omnes* sui quali grava il dovere di astensione. “Un rapporto con tutti i <consociati>, come suol dirsi, o con tutti gli uomini, come più esattamente dovrebbe dirsi, è inconcepibile, un vero nonsenso. Al più si dovrebbe parlare di tanti rapporti in cui il soggetto del diritto reale verrebbe a trovarsi con quanti farebbero parte di questa indeterminata e indeterminabile schiera di ipotetici attentatori al suo diritto che egli starebbe a difendere: un solo uomo contro un interminabile e sempre rinnovantesi esercito”. Esiste, invero, a fronte del diritto reale un dovere di astensione ma esso altro non è che la generica affermazione del principio *alterum non laedere*, e, pertanto, “l'accennato dovere negativo, che avrebbe ogni soggetto, è evidentemente uno di quei doveri, ai quali, non sono correlativi diritti”. “Ciò è sufficiente per autorizzare la conclusione che, come ci sono dei doveri senza diritti correlativi e corrispondenti, così esistono dei diritti ai quali, nel cerchio dei rapporti di cui sono elementi, non fanno riscontro dei doveri”. Le considerazioni testé riportate, serviranno poi nell'indagine, più strettamente processuale, relativa alla classificazione della sentenza inibitoria tra le sentenze di condanna, che verrà ripercorsa attraverso il pensiero di Attardi A.; ma di ciò si legga più oltre nel testo.

²⁸ Così, FRIGNANI A., *Op. cit.*, p. 565.

diritto d'autore nonché in materia di invenzioni industriali e marchi, si è giunti ad affermare che l'inibitoria costituisce la caratteristica indispensabile nonché la forma di tutela generale di tutti i rapporti riconducibili al diritto industriale e, in generale, alla concorrenza²⁹.

Per questa via, infine, si è rinvenuto il fondamento legislativo ultimo dell'inibitoria atipica nel concetto stesso di illecito civile, inteso come atto difforme dal diritto, che in quanto *contra ius* postula innanzitutto che sia fatto cessare³⁰.

In altri termini, l'inibitoria non sarebbe altro che la ripetizione in termini processuali del medesimo precetto sostanziale; “ne consegue che l'inibitoria non ha bisogno di essere volta a volta prevista da specifiche disposizioni normative, poiché il giudice può sempre imporre l'osservanza di ciò che è già imposto dalla legge, e il giudice applica la legge convertendone il precetto astratto in precetto concreto rivolto alle parti. Se, dunque, la legge vieta l'illecito, ben può (e deve) il giudice vietare il compimento di determinati fatti illeciti, conformemente alla legittima domanda degli aventi diritto”.³¹

Nella separazione concettuale della nozione di atto illecito da quella di fatto dannoso si rinviene dunque, all'interno del nostro ordinamento, il fondamento generale del sistema inibitorio accanto al sistema risarcitorio³². L'inibitoria è

²⁹ Cfr. MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO G.-SANTORO-PASSARELLI F., Milano, 1961.

³⁰ Tuttavia, se è la sola presenza dell'atto illecito a fondare la generale esperibilità dell'azione inibitoria, bene bisogna intendersi sul concetto di illecito posto che la formula secondo la quale esso è costituito dalla violazione di una norma giuridica può apparire una formula vuota di contenuto nonché priva di ogni utilità, se non si procede ad una corretta individuazione delle figure di illecito al fine di delinearne i tratti comuni ed essenziali; “solo a tale stregua riuscirà possibile poi pervenire ad una adeguata conoscenza, ed al corretto inquadramento nel sistema, delle diverse e complesse *figurae iuris*, che si è soliti ascrivere al campo dell'illecito, ed in effetti con tale fenomeno in linea più o meno immediata interferiscono” cfr. a tal proposito, SCOGNAMIGLIO R., *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, nonché TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.

³¹ Così BIANCA C. M., *Diritto civile*, IV, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 785.

³² Sul presupposto quindi che l'inibitoria trova il suo fondamento nella semplice presenza dell'illecito definito come “atto riprovato dall'ordinamento giuridico, lesivo di un interesse meritevole di tutela” (così, BELLELLI A., *Op. cit.*, p. 615), la dottrina più recente giunge ad ammettere una generale applicazione di tale tipo di tutela a prescindere, quindi, dall'espressa previsione di legge. In tal modo si risolve la disputa intorno all'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'inibitoria atipica così come del generale principio di prevenzione, infatti: “posto che l'illecito consiste in una situazione di contrarietà al diritto, la pronuncia inibitoria traduce, sul piano processuale, un divieto già presente nel diritto sostanziale. Il rimedio è

dunque esperibile ogni qual volta ci si trovi in presenza di un illecito inteso come atto compiuto in violazione di una norma di diritto e ciò a prescindere dal verificarsi di un danno quale conseguenza di detta violazione nonché dal requisito soggettivo, del dolo o della colpa, del soggetto agente³³.

Così ancorata l'azione inibitoria alla presenza del mero illecito, si è, infine, cercata la norma positiva sulla base della quale ammettere nel nostro ordinamento l'operatività del principio generale di prevenzione dell'illecito³⁴. Al riguardo, le varie teorie avanzate possono così essere sinteticamente ripercorse.

Alcuni autori hanno rinvenuto il dato positivo nell'art. 700 cod. proc. civ. relativo ai provvedimenti di urgenza³⁵; si sostiene, infatti, che se è possibile agire in via d'urgenza per ottenere la cessazione di un'attività che si teme possa produrre, nelle more del giudizio di merito, un pregiudizio non più riparabile

quindi intrinseco al sistema e, per questo, non è necessario, ai fini della sua applicazione, che vengano le singole ipotesi specificatamente previste dalla legge”, così BELLELLI A., *Op. cit.*, p. 616 e, ancora, p. 617: “la nozione su cui fondare un'applicazione generalizzata dell'azione inibitoria è, quindi, l'illecito”. Cfr., inoltre, PIETROBON V., *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Milano, 1998, ove l'Autore distingue tra: illecito, quale pura e semplice violazione di un divieto legale, che darebbe sempre vita alla tutela inibitoria e, fatto illecito, quale attività disforme dal diritto ma caratterizzata altresì dalla colpevolezza e dannosità, che fonderebbe invece la tutela risarcitoria. In particolare si legge a p. 7: “in sostanza l'illecito sarebbe sempre il medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell'azione inibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l'obbligo di risarcimento. Con questa impostazione viene armonizzato il quadro delle sanzioni, che vengono distinte in sanzioni preventive, fra le quali posto preminente è dato all'azione inibitoria, e sanzioni repressive, o riparatorie, corrispondenti principalmente al risarcimento del danno”.

³³ Per RAPISARDA SASSOON C., l'autonomia dall'inibitoria dalla colpa dipende dal carattere non sanzionatorio di questa forma di tutela in quanto: “nella disciplina dell'inibitoria il requisito soggettivo perde infatti la tipica funzione di garanzia della libertà d'azione altrui che svolge quando la tutela determina l'imposizione al soggetto passivo di uno svantaggio economico” e deriva, altresì, dal contenuto “specifico/reintegratorio che caratterizza la tutela inibitoria rispetto al diritto dedotto in giudizio. Questa forma di tutela tende infatti a garantire l'attuazione del diritto indipendentemente da ogni valutazione soggettiva del comportamento dell'obbligato”, così in *Inibitoria*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 479-480.

³⁴ Giustamente, infatti, osserva FRIGNANI A., *Op. cit.*, p. 570 che: “questa visione (quella cioè che collega l'inibitoria all'illecito) urta contro un'obiezione piuttosto seria: e cioè che non esiste alcuna norma di carattere generale che preveda l'impiego dell'inibitoria per prevenire atti illeciti dal momento che il legislatore l'avrebbe prevista soltanto per fattispecie tipiche”. Per l'A. tuttavia, la norma generale che si va cercando è facilmente individuabile nell'art. 700 cod. proc. civ.

³⁵ Cfr., FRIGNANI A., *Op. cit.*, p. 571: “nell'art. 700 cod. proc. civ. si rinviene una norma generalissima di tutela preventiva contro la commissione di qualsiasi illecito”.

all'esito di esso allora, e a maggior ragione, si deve ammettere che la medesima domanda si possa avanzare in via definitiva.

Tuttavia la tesi surriferita è stata da più punti di vista criticata. In particolare se ne lamenta il fatto che essa assume come punto di partenza l'identità dell'azione provvisoria con quella definitiva³⁶ e che, in ultima analisi, confonde il principio della tutela cautelare con quello della tutela preventiva³⁷.

³⁶ Tra di esse vi sarebbero profonde differenze sia dal punto di vista strutturale, in quanto "l'inibitoria cautelare viene concessa a conclusione di un processo a cognizione sommaria con un provvedimento non dotato di definitività e inidoneo, quindi, ad acquistare l'efficacia di giudicato (in proposito, ci si dovrebbe oggi chiedere se ciò sia ancora valido a seguito delle riforme del 2005 che hanno innovato e riordinato il codice di procedura civile), sia dal punto di vista funzionale in quanto l'azione *ex art. 700 cod. proc. civ.* ha lo scopo di tutelare il diritto nei confronti però di quelle sole minacce lesive che appaiono realizzabili nel tempo occorrente per ottenere la tutela in via ordinaria." così RAPISARDA SASSOON C., *Op. cit.*, p. 483. Cfr., inoltre, RAPISARDA C.-TARUFFO M., *Op. cit.*, p. 12: "la distinzione strutturale e funzionale tra tutela cautelare e tutela inibitoria o preventiva esclude la possibilità di ricondurre provvedimenti cautelari e azioni inibitorie entro un'unica categoria" e ancora: "la funzione tipica dei provvedimenti d'urgenza non è quella di attuare una tutela preventiva, bensì quella di attuare una tutela anticipatoria. Altro è riconoscere che a volte l'attuazione della tutela anticipatoria possa comportare l'emanazione di provvedimenti a contenuto inibitorio; altro è, invece, ritenere che la finalità tipica dei provvedimenti d'urgenza sia quella preventiva, e che quindi in essi debba ravvisarsi una sottospecie di azione inibitoria".

³⁷ "Tra funzione preventiva e funzione cautelare il rapporto non è chiaro né dei più semplici...il vero è che tra funzione preventiva e funzione cautelare v'è compenetrazione. La funzione cautelare, per natura e definizione, non può realizzarsi che per mezzo di misure di tutela preventiva, consistano, esse, in ordini di non fare o di fare" così DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 145. L'Autore, tuttavia, fa notare che la tutela *ex art. 700 cod. proc. civ.* presuppone che una violazione si sia già verificata e che, data la natura del diritto, le conseguenze che alla violazione si ricollegano possano costituire un pregiudizio non più riparabile con le consuete misure; mentre, la tutela preventiva in quanto tale prescinde dall'avvenuta violazione di una norma richiedendo tutt'al più la presenza di una ragionevole minaccia di essa. Per la tutela cautelare è, dunque, necessario dare la prova non soltanto del *fumus boni iuris* ma anche, appunto, del *periculum in mora*. In senso conforme, BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 783 ove si legge: "Il provvedimento d'urgenza ha carattere meramente anticipatorio, essendo <volto ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito>. La norma sui provvedimenti d'urgenza non contiene dunque l'enunciazione della generale tutela preventiva dei diritti, ma prevede un rimedio cautelare che può dar luogo ad un ordine inibitorio sul presupposto che il ricorrente abbia astrattamente il diritto di ottenere in sede decisoria una condanna di contenuto inibitorio". Tuttavia, come anticipato, il dibattito intorno all'art 700 cod. proc. civ., quale fondamento generale dell'inibitoria atipica, potrebbe oggi acquistare una nuova forza in conseguenza delle modifiche apportate al codice di procedura civile con la legge n. 80 del 2005. Per effetto di dette modifiche, i provvedimenti cautelari vengono oggi distinti in provvedimenti aventi natura conservativa –i quali mirano a cristallizzare la situazione di fatto al fine di evitare che il tempo occorrente per portare a compimento il processo possa pregiudicare tale situazione- e provvedimenti aventi natura anticipatoria –miranti piuttosto ad evitare che il diritto oggetto di tutela resti inappagato fino al termine dell'ordinario processo di cognizione e di esecuzione-. Orbene, mentre, l'efficacia dei primi resta comunque subordinata alla tempestiva instaurazione del giudizio di merito, rispetto ai secondi –ai sensi dell'art. 669 *octies*, comma 6- viene stabilito che essi conservino la loro efficacia sia se –qualora concessi *ante causam*- non venga iniziato il processo di merito, sia se –qualora concessi in corso di causa- il giudizio di merito venga successivamente ad estinguersi.

Altra dottrina³⁸, partendo dall'analisi dell'art. 2599 cod. civ. in materia di concorrenza sleale³⁹, ha ravvisato il dato positivo della tutela preventiva nella norma di cui all'art. 2058 cod. civ. relativa al risarcimento in forma specifica⁴⁰. In particolare, si sostiene che nelle ipotesi in cui si fa ricorso all'azione

Dunque, i provvedimenti cautelari di cui all'art. 700, concessi attraverso la procedura di cui agli artt. 669 *bis* ss, qualora abbiano natura anticipatoria possono in alcuni casi essere idonei a risolvere la controversia rendendo superfluo il giudizio di merito. Tuttavia, in siffatta disciplina si annida una contraddizione che appare insanabile. Infatti, come giustamente più volte osservato anche in relazione alla differenza tra tutela cautelare e preventiva, la prima viene concessa sul presupposto che il tempo occorrente per far valere un diritto in giudizio possa pregiudicare in maniera non più riparabile il titolare del diritto medesimo; il *periculum in mora* è il presupposto indispensabile per la concessione di siffatti provvedimenti. Se, tuttavia, non si rende più necessario instaurare il successivo giudizio di merito non si vede allora come tale presupposto possa continuare ad avere una qualche efficacia e ad essere concretamente valutato dal giudice ai fini della concessione dei provvedimenti di cui si sta trattando; posto, infatti, che il giudizio di merito potrebbe non seguire a quello cautelare come si può allora valutare se ricorre o no il relativo *periculum in mora*? Forse, proprio argomentando dall'eventuale natura anticipatoria dei provvedimenti di cui all'art. 700 potrebbe oggi riprendere vigore la tesi che vede nella citata norma il fondamento del principio generale di prevenzione, dato che, per lo meno quando il provvedimento abbia natura anticipatoria, la differenza tra natura cautelare e preventiva viene ad essere notevolmente affievolita.

³⁸ Cfr., in particolare, LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO F., Padova, 1981, IV, p. 237 ss.; *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469 sexies cod. civ.)*, in *Contratto e imp./Europa*, 1996, p. 555 ss.; *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 385 ss.

³⁹ L'indagine così svolta è strettamente legata alla questione relativa al contenuto del provvedimento inibitorio nonché al contenuto degli "opportuni provvedimenti" di cui all'art. 2599 cod. civ., in relazione, in particolare, ad un loro eventuale utilizzo in funzione risarcitoria; di ciò, si parlerà più diffusamente altrove allorché verranno singolarmente analizzati i vari strumenti di attuazione del provvedimento inibitorio e ne verranno, quindi, individuate le diversità funzionali e strutturali al fine di una loro corretta ricostruzione sistematica.

⁴⁰ "La dottrina è divisa fra chi attribuisce al rimedio funzione prettamente risarcitoria, omogenea rispetto al risarcimento per equivalente e concettualmente distinta dalle *restitutiones in integrum*, volte a ripristinare le condizioni di esercizio dei diritti soggettivi, e chi invece sottolinea che la reintegrazione in forma specifica è, per sua natura, operativa soltanto per il futuro, e cioè non offre alcun ristoro rispetto ai danni patrimoniali già maturati, mentre serve a prevenire la continuazione o la rinnovazione di eventi dannosi. Le due posizioni mettono in luce due verità parziali. Il rimedio *ex art. 2058* appare in luce risarcitoria se si adotta un punto di vista patrimonialistico: esso infatti reintegra il patrimonio nella sua consistenza, riportando il valore di scambio dei beni al livello precedente la commissione dell'illecito. Diversamente, se si guarda al valore d'uso dei beni o allo svolgimento di un'attività giuridicamente protetta: da questo punto di vista la reintegrazione in forma specifica ha un significato nullo per il passato, mentre acquista significato pieno per il futuro, come misura impeditiva del protrarsi del danno". "Sotto questo profilo può dunque dirsi che gran parte dei rimedi ipotizzabili in base all'art. 2599 potrebbero direttamente fondarsi già sull'art. 2058 cod. civ." e ancora "la norma sui provvedimenti cosiddetti restitutori (*rectius*: reintegrativi) dell'art. 2599 ha solo una limitata funzione di ampliamento delle misure già desumibili dall'art. 2058...e ciò ha una certa importanza pratica in quanto consente di richiamare, anche in materia di concorrenza sleale, il limite all'ammissibilità della reintegrazione costituito dall'eccessiva onerosità della stessa". Così LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO F., IV, Padova, 1981, p. 253-255.

inibitoria ciò contro cui si reagisce è un danno continuato cioè un danno in atto che però ha la caratteristica di protrarsi nel tempo⁴¹ per cui “l’inibitoria ha funzione preventiva e cautelare rispetto ai danni patrimoniali futuri, ma ha funzione reintegrativa rispetto ai danni economici già verificatisi.”⁴² Inoltre, “la minaccia del verificarsi di futuri eventi dannosi costituisce essa stessa danno patrimoniale attuale, sminuisce il valore di scambio del bene minacciato e in molti casi anche il valore d’uso del bene medesimo. In tali casi, o si nega del tutto la possibilità di una riparazione specifica del danno, e quindi si riconosce a ciascun soggetto il diritto di monetizzare un danno ingiusto permanente inferto ad altri, oppure si deve ammettere l’inibitoria come rimedio specifico di riparazione del danno.”⁴³

Si obietta, tuttavia, che riconducendo in tal modo l’inibitoria alla reintegrazione in forma specifica si finisce con l’estendere alla prima i requisiti e i presupposti dell’azione risarcitoria (colpevolezza, imputabilità, etc.), dai quali si è visto essere invece questa, in tutte le ipotesi tipicamente previste, pienamente svincolata⁴⁴. Inoltre, si confonde l’oggetto dell’azione inibitoria con l’oggetto dell’azione risarcitoria, in quanto la prima è volta a prevenire non già dei danni bensì delle condotte illecite, a prescindere dal fatto che esse producano danno (anche allorquando il danno è considerato esistente in *re ipsa*)⁴⁵.

⁴¹ Come verrà però chiarito nel testo, è ben vero che l’azione inibitoria ha per oggetto illeciti la cui caratteristica è quella di protrarsi nel tempo ma altro è dire che essa viene concessa in ipotesi di illeciti continuativi, altro, invece, è affermare che essa reagisce contro un danno continuato.

⁴² Così LIBERTINI M., *Op. ult. cit.*, p. 243. Prosegue l’A.: “l’inibitoria vista come strumento di prevenzione di danni futuri, può apparire come uno strumento limitativo della libertà di agire dei cittadini, accettabile solo nel rigoroso rispetto del principio di legalità. Vista invece come rimedio contro illeciti in atto (continuativi o suscettibili di ripetizione) e come reintegrazione di un interesse giuridicamente protetto, leso dall’altrui comportamento appare come strumento conforme ai principi e *lato sensu* riconducibile alla reintegrazione in forma specifica”.

⁴³ Così LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 402.

⁴⁴ E’ significativo, in tal senso, che proprio nella materia della concorrenza sleale la previsione dell’azione inibitoria e di quella risarcitoria siano contenute in due norme distinte ed autonome, gli artt. 2599 e 2600 cod. civ.

⁴⁵ In senso critico rispetto alla tesi sopra riportata di LIBERTINI M., cfr. DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 148, nonché BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 187, ove l’A. distingue nettamente il risarcimento in forma specifica sia dall’azione di adempimento, sia dall’esecuzione forzata in forma specifica sia, infine, dall’azione inibitoria.

Infine, la generale ammissibilità della tutela inibitoria viene fatta direttamente discendere dall'art. 24 Cost. e dal principio generale dell'atipicità della tutela processuale⁴⁶. Tuttavia, si obietta, "il principio di effettività della tutela giurisdizionale, pur condivisibile, non sembra di per sé idoneo, nella sua ampiezza, a fondare specificamente l'applicabilità generale del rimedio inibitorio"⁴⁷.

La teoria da ultimo riferita, tuttavia, coglie nel segno laddove afferma che il ricorso alla tutela inibitoria si profila necessario ogni qual volta si manifesti l'inadeguatezza del sistema risarcitorio a garantire la concreta attuazione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico. In tal senso, dunque, si deve ritenere che l'azione inibitoria sia data in via generale ogni qual volta ricorra una fattispecie di illecito che leda quegli interessi specifici che sono oggetto della tutela offerta dalla norma violata. In altri termini, dunque, l'illecito che rileva ai fini dell'inibitoria è solo quello che incide sugli interessi direttamente tutelati dalla norma violata⁴⁸, interessi che non troverebbero di converso soddisfazione attraverso la tutela risarcitoria successiva.

1.3 La sentenza inibitoria: tra mero accertamento e condanna

Dal punto di vista processuale, il dibattito intorno all'ammissibilità nel nostro ordinamento di un principio generale di prevenzione dell'illecito ha riguardato soprattutto la possibilità di classificare la sentenza inibitoria tra le sentenze di condanna, relativamente al problema dell'attuazione coattiva del comando di non fare⁴⁹.

⁴⁶ Cfr., in tal senso RAPISARDA C.-TARUFFO M., *Op. cit.*

⁴⁷ Così BELLELLI A., *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 608.

⁴⁸ Cfr. RAPISARDA C.-TARUFFO M., *Op. cit.*, p. 8: "L'azione inibitoria non è intrinsecamente connessa con particolari tipi di diritti o di beni, ma con particolari esigenze di tutela effettiva dei diritti. La valutazione che il legislatore compie al riguardo verte essenzialmente e sempre sull'inadeguatezza, ai fini di una tutela effettiva del diritto, della tutela meramente risarcitoria successiva all'avvenuta violazione del diritto."

⁴⁹ "Vi è infine un ultimo approccio che, spostandosi decisamente sul versante processuale, tenta una sistemazione dell'inibitoria in base agli effetti del provvedimento di tutela. Rientrano in questo indirizzo interpretativo le proposte formulate dalla dottrina per collocare l'inibitoria,

Si insegna comunemente che le azioni di cognizione –quelle cioè volte all’ottenimento di una pronuncia sul merito- si distinguono in azioni di mero accertamento, di condanna e costitutive; tra queste, quindi, non vi è alcuno spazio autonomo riconosciuto all’azione inibitoria. Da qui, il dibattito sulla possibilità di configurare siffatta azione come azione di condanna o piuttosto come azione di mero accertamento.

La difficoltà principale incontrata dalla dottrina nel classificare la sentenza inibitoria tra le azioni di condanna si rinviene nella affermata necessaria correlazione tra sentenza di condanna e possibilità di esecuzione forzata di essa. Ma è bene procedere per gradi.

Sono azioni di mero accertamento tutte quelle azioni che tendono ad ottenere una sentenza che semplicemente affermi l’esistenza o l’inesistenza di un rapporto giuridico incerto o controverso; all’azione di mero accertamento corrisponde quindi l’interesse dell’attore alla certezza obiettiva di determinate situazioni giuridiche. Quando, invece, la domanda contiene altresì l’affermazione della violazione di un diritto con conseguente bisogno di restaurazione della situazione violata, la sentenza è di condanna. Le azioni di condanna sono pertanto quelle che tendono ad ottenere, previo accertamento del rapporto giuridico che si assume violato, un comando del giudice volto alla restaurazione del rapporto di che trattasi. Nella sentenza di condanna, dunque, è presente oltre all’accertamento del diritto che si assume violato, anche quel *quid pluris*, che appunto la distingue dal mero accertamento, costituito dal comando del giudice suscettibile di esecuzione forzata. Affinché si possa, quindi, correttamente parlare di condanna è necessario che questa sia idonea a costituire titolo esecutivo al fine di poterla concretamente attuare tramite il conseguente processo di esecuzione⁵⁰. Non potrebbe aversi sentenza di condanna, dunque, se questa non è assistita dalla possibilità di attuare

come tutela tipica o atipica, all’interno della tripartizione classica delle azioni di cognizione”, così RAPISARDA SASSOON C., *Op. cit.*, p. 485.

⁵⁰ Cfr. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2000, p. 64: “la cognizione si chiama condanna quando si svolge in funzione ed in preparazione dell’esecuzione forzata”.

coattivamente, attraverso il processo esecutivo⁵¹, il comando del giudice in essa contenuto⁵².

Da qui dunque le difficoltà della dottrina di inquadrare la sentenza inibitoria nell'ambito della categoria dell'azione di condanna.

Inibire significa letteralmente “vietare d'autorità, proibire, impedire, bloccare, frenare psicologicamente”⁵³; inibitoria è detta, quindi, la pronuncia giurisdizionale con la quale si concede un ordine di cessazione e di non ripetizione di un comportamento lesivo di un altrui diritto⁵⁴.

Orbene, le prestazioni negative, quelle cioè che sono oggetto di obblighi di non fare, sono, per loro natura, ineseguibili nelle forme del codice di rito; è evidente, infatti, che l'astensione dell'obbligato non può essere surrogata da quella di nessun altro. In altri termini, l'obbligo di non fare, contenuto in un provvedimento inibitorio, si caratterizza per il fatto di poter essere adempiuto solo con la cooperazione volontaria e attiva dell'obbligato, giacché non vi sarebbe altrimenti modo di costringere taluno a non fare qualcosa se non privandolo della sua libertà personale, cosa non consentita dal sistema processuale civile italiano. Per tali rilievi, dunque, si afferma che l'azione inibitoria non può inquadrarsi nell'azione di condanna in quanto difetta della caratteristica propria di quest'ultima consistente nella possibilità di esecuzione

⁵¹ Il ricorso all'esecuzione forzata, costituirebbe, in particolare, l'*extrema ratio* a cui ricorre l'ordinamento giuridico al fine di garantire la concreta attuazione dei suoi precetti allorché la tutela dell'interesse giuridicamente protetto non può più affidarsi alla volontaria cooperazione dell'obbligato.

⁵² Per CALAMANDREI P., tuttavia, l'essenza e la funzione della sentenza di condanna non sta tanto nella necessaria correlazione con l'esecuzione forzata, che sarebbe comunque sempre conseguente ad essa e che, quindi, non può assurgere a criterio di definizione di questa in quanto elemento che si trova al di fuori della nozione da definire; ma, piuttosto, si trova “nella trasformazione –che la sentenza di condanna opera- dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo della forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più” (il corsivo è dell'A.). “La condanna si ha soltanto quando, in forza della sentenza, al rapporto di obbligazione si sostituisce un rapporto di soggezione. La trasformazione dell'obbligo in soggezione, questa mi pare che sia veramente la funzione specifica della condanna.”, Così CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 189.

⁵³ Così dal Grande Dizionario Garzanti della lingua italiana, 1991. Dal latino “*inhibere*” (da *inhabere*): “frenare, trattenere, arrestare, impedire, fermare” ma anche “esercitare, imporre, applicare, infliggere”.

⁵⁴ “L'inibitoria finale si può definire quel comando del giudice che, intervenendo processualmente dopo l'accertamento dei diritti e dei doveri delle parti, ha come contenuto l'obbligo di porre immediatamente fine ad un'attività illecita o di non porla mai in essere”, così FRIGNANI A., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 560.

coattiva del titolo, allorquando non può più contarsi sullo spontaneo adempimento del precetto violato da parte del destinatario di esso⁵⁵.

In particolare, poi, si nega valore di condanna al provvedimento inibitorio emanato a tutela di diritti reali⁵⁶: infatti, respinta nei confronti di quest'ultimi la considerazione del rapporto immediato con la cosa come loro propria caratteristica, ed accolta, altresì, la tesi per la quale anche tali diritti si risolvono nella correlazione con il dovere generale di astensione⁵⁷, si pone il problema "se un processo di condanna possa avere ad oggetto un diritto cui corrisponda l'obbligo di un soggetto di tenere un comportamento omissivo rispetto ad un bene, che pertanto si concluda con la condanna dell'obbligato ad un'astensione"⁵⁸.

⁵⁵ Per CALAMANDREI P., "la sentenza che ordina all'obbligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l'ordinamento non apprestò mezzi adeguati di esecuzione forzata, non è una sentenza di condanna". "Questa sentenza non ha praticamente altro effetto che quello (proprio delle sentenze di mero accertamento) di rendere indiscutibile il rapporto giuridico: ma l'obbligo, nonostante questa condanna puramente verbale, resta quello che era secondo il diritto sostanziale; rimesso alla volontà dell'obbligato e non tradotto, né traducibile, di per sé, in soggezione", *Op. cit.*, p. 191. In senso conforme, cfr. ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 103: "Se un diritto non sia suscettibile di venir realizzato per via d'esecuzione forzata (ad es., il diritto ad un fare infungibile) deve escludere che esso possa essere oggetto di un processo di condanna, e che si possa avere conseguentemente la condanna dell'obbligato". L'A. tuttavia critica la concezione di CALAMANDREI per la quale l'essenza della sentenza di condanna si troverebbe nella trasformazione dell'obbligo in soggezione: "l'obbligo rimane immutato, e la sentenza di condanna costituisce solo uno stato di soggezione dell'obbligato", cfr. a tal proposito la nota n. 52.

⁵⁶ Eppure *l'actio negatoria* è espressamente disciplinata proprio nella forma di tutela inibitoria e non già come tutela di mero accertamento.

⁵⁷ Cfr., nota n. 27.

⁵⁸ Così ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 99. L'A. accoglie senz'altro la tesi per la quale la caratteristica propria della condanna è nella possibilità di esecuzione forzata di essa giacché si sarebbe altrimenti in presenza di sentenza di mero accertamento: "la diversità di oggetto delle sentenze di condanna e di accertamento mero è sempre in funzione del legame, che è proprio della prima, con l'esecuzione forzata"; "devesi ritenere, cioè, che l'impossibilità che segua alla sentenza di condanna l'esecuzione forzata reagisca sul contenuto stesso della sentenza, nel senso che il giudice non potrà dare al suo provvedimento quel contenuto che si giustifica proprio colla possibilità della sua attuazione in via d'esecuzione", ed ancora: "quale valore abbia poi, sul piano giuridico, ed anche pratico, la sentenza di condanna, quando si tratti di diritti non realizzabili per via d'esecuzione forzata, considerata la sentenza in sé per sé, cioè senza fare riferimento a quel momento della tutela del diritto che è rappresentato dalla possibilità della sua realizzazione forzata, di fronte ad una sentenza di mero accertamento, non è dato comprendere". In conclusione, "si presenta spontaneo l'interrogativo se debba ritenersi che quella forma di tutela data dalla sentenza di condanna (e dall'esecuzione forzata) sia esclusa per determinati diritti, e non rimanga a tutela di questi che solo il processo di mero accertamento. E all'interrogativo non può darsi che una risposta affermativa", così p. 104 e ss. Nella materia, poi, del diritto industriale, la tesi che considera l'azione inibitoria quale azione di mero accertamento è sostenuta da SPOLIDORO M. S., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p. 37: "del resto se si ritiene che il contenuto dell'inibitoria sia

La soluzione affermativa porterebbe, per la tesi che si sta riferendo, a negare il principio dell'interesse ad agire, inteso come condizione necessaria per l'esercizio dell'azione in giudizio. Infatti, se detto principio è da rinvenirsi nella violazione del diritto e cioè in una lesione di esso, rispetto agli obblighi di non fare la violazione dovrebbe profilarsi non già come fondamento dell'interesse ad agire bensì come inadempimento dell'obbligazione stessa, con la conseguenza della sua estinzione e, pertanto, dell'impossibilità *a priori* di agire per far valere un diritto non più esistente⁵⁹.

Tuttavia, questa stessa teoria, che così decisamente esclude la tutela di condanna nei confronti di determinati diritti e, precisamente dei diritti reali, - con ciò negando che la sentenza inibitoria, in quanto non suscettibile di esecuzione forzata, sia da qualificarsi come condanna piuttosto che come mero accertamento- sembra lasciare aperto un margine, ancorché angusto, laddove afferma che l'inammissibilità di un processo di condanna nei confronti di diritti a contenuto negativo sia in massima parte determinata per il fatto che “nel

diverso da quello dell'accertamento dell'illiceità, si finisce per incorrere in almeno due conseguenze aberranti. Prima di tutto, si dovrebbe affermare che un comportamento illecito non è inibito in concreto se il giudice non pronuncia l'ordine di cessarlo e di non ripeterlo. In secondo luogo, poiché in ipotesi la sentenza di mero accertamento dell'illecito non potrebbe avere valore di inibitoria, si dovrebbe concludere che il convenuto, rimasto sconfitto nel processo, non ha l'obbligo di cessare di compiere atti illeciti dello stesso tipo di quelli accertati.” E ancora: “non può dunque dubitarsi che l'inibitoria definitiva, intesa come ordine giudiziale di astenersi da un comportamento antigiuridico, abbia il medesimo contenuto normativo dell'accertamento dell'illiceità di quel comportamento”, e infine, p. 45: “le due pronunce (inibitoria e accertamento) non possono essere distinte né sotto il profilo del contenuto, né sotto quello della forma e quindi degli effetti giuridici”. Al riguardo, occorre considerare che, sebbene la sentenza inibitoria non possa per sua natura dar vita all'esecuzione forzata, esistono, tuttavia, mezzi che la rendono indirettamente coercibile e tali mezzi sono stati legislativamente previsti fin da tempi remoti, proprio nella materia del diritto industriale (si leggano, infatti, gli artt. 66 R.D. 21 giugno 1942, n. 929, e l'art. 86 R.D. 29 giugno 1939, n. 1127). *Contra*, FRIGNANI A., *Op. cit.*, p. 578, “non si può identificare l'azione inibitoria (o in cessazione) con quella di accertamento. A ciò osta il fatto che il legislatore le menziona accanto all'altra nella medesima fattispecie, dal che se ne dovrà dedurre la cumulabilità e non l'assimilabilità” e ancora: “da un punto di vista sistematico, le due azioni hanno presupposti, natura e finalità troppo diverse per poter essere sussunte l'una nell'altra”.

⁵⁹Cfr. ATTARDI A., *Op. cit.*, p. 114: “se, infatti, l'inadempimento di un'obbligazione negativa determina impossibilità della prestazione e se tale impossibilità incide, secondo i principi generali, sulla sussistenza del diritto, è chiaro che dopo l'inadempimento (*id est*, la lesione del diritto) come è da escludersi la possibilità di un adempimento tardivo da parte dell'originario obbligato dal momento che l'obbligazione è estinta, così l'originario avente diritto non può far valere in via di condanna un diritto inesistente”. Il diritto di contenuto negativo, quindi, potrebbe essere fatto valere solo prima del suo inadempimento, e quindi solo attraverso il ricorso ad una condanna in futuro, salvo poi indagare se detto tipo di condanna sia in generale ammissibile nel nostro ordinamento o meno.

nostro ordinamento non sono previsti mezzi per la realizzazione forzata di un tale tipo di diritti”⁶⁰. Di talché, ragionando *a contrario*, dunque, se tali mezzi fossero legislativamente disciplinati, anche la sentenza inibitoria potrebbe assumere i caratteri propri della condanna⁶¹. E poiché, proprio riguardo alla sentenza inibitoria collettiva a tutela dei consumatori, misure siffatte sono certamente previste⁶² –ché, anzi, si rinviene nell’art. 140 cod. cons. la previsione di tutte quelle misure (siano esse quelle “idonee ad assicurare l’eliminazione degli effetti”, l’ordine di pubblicazione o l’*astreinte*) che sono servite alla dottrina al fine del superamento del limite proprio dell’inibitoria a

⁶⁰ Così ATTARDI A., *Op. cit.*, p. 117. Detti mezzi, tuttavia, secondo più attenta dottrina potrebbero agevolmente rinvenirsi nel diritto penale e, in particolare, negli artt. 388 e 650 cod. pen.; cfr. in proposito PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982. Di ciò, comunque, si tratterà più diffusamente in seguito e, in particolare, nel capitolo che verrà esplicitamente dedicato alla figura delle misure di coercizione indiretta.

⁶¹ Per l’A. in commento tuttavia, l’argomento è utilizzato a confutazione della propria tesi; si legge, infatti, a p. 119: “quelle ragioni che si sono portate per escludere che i diritti di contenuto negativo possono essere oggetto di una sentenza di condanna, non perdono la loro forza, vengono se mai rafforzate, per il fatto che l’ordinamento giuridico si veda costretto a ricorrere a misure coercitive, operando queste misure su un piano non interferente con quello su cui opera la realizzazione forzata di un diritto e trovando anzi la loro giustificazione proprio in ciò che tale realizzazione non è possibile.” così, ATTARDI A., *Op. cit.*

⁶² Si ricordi, inoltre, l’art. 156 della l. 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d’autore e successive modificazioni, ai sensi del quale: “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell’autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l’inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente contestata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento”. La norma riportata contiene due importanti elementi: il primo riguarda la possibilità di ricorrere a siffatta forme di tutela in via preventiva (“chi ha fondato timore”) prescindendosi dall’attualità della violazione; la seconda, riguarda l’esplicita previsione della c.d. *astreinte* in caso di inottemperanza al provvedimento di che trattasi. Si veda, altresì, l’art. 163, comma 3, della medesima legge ai sensi del quale: “pronunciando l’inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento”. Prima della modifica alla legge n. 281 del 1998 introdotta nel 2002 e relativa all’introduzione del comma 5 *bis* all’art. 3 della medesima legge, parte della dottrina sosteneva l’applicazione analogica delle norme sopra richiamate alla materia dei consumi, proprio al fine di superare le difficoltà inerenti all’attuazione concreta e coattiva del provvedimento emanato a tutela di detti soggetti deboli. In particolare, poi, occorre ricordare altresì le norme di cui agli artt. 124, commi 1 e 2, e 131 del d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30 contenente il codice della proprietà industriale la cui applicazione analogica nei riguardi della materia della concorrenza sleale si fonda esplicitamente sulla complementarità delle due discipline, positivamente sancita dallo stesso art. 2598 cod. civ. Se dunque, misure coercitive indirette sono legislativamente disciplinate in determinate materie, e se di esse è altresì consentita l’applicazione analogica, sembra doversi concludere che, per lo meno quando al provvedimento inibitorio segue l’applicazione di dette misure, non può esserci dubbio sulla natura propriamente di condanna di detto provvedimento.

fondare una condanna- il dibattito sulla dichiarata ineseguitabilità di detta sentenza sembra oggi doversi abbandonare, proprio in conseguenza del mutato panorama legislativo che certamente lo risolve ed esaurisce⁶³.

Occorre allora, ripartire dal concetto di infungibilità⁶⁴; approfondire, cioè, la questione attraverso, in primo luogo, l'esatta individuazione degli obblighi che sono da qualificarsi infungibili nel nostro ordinamento. Una tale ricostruzione non può tuttavia svolgersi solo sul piano teorico, dovendo piuttosto distinguersi tra obblighi che sono infungibili da un punto di vista giuridico ed obblighi che pur essendo giuridicamente fungibili tali non sono da un punto di vista materiale⁶⁵.

Si definisce fungibile “un bene che può essere sostituito con un altro dello stesso genere per adempiere l'obbligazione che lo riguarda”; di converso, infungibile è quel bene che non può essere sostituito⁶⁶. Riguardo alle obbligazioni poi, il carattere della fungibilità o no va riferito direttamente alla prestazione che ne è l'oggetto; essa può consistere in un dare qualcosa (sia esso una somma di denaro -bene fungibile per eccellenza- o una cosa determinata), in un fare (come ad esempio l'obbligo di eseguire un'opera o di prestare un servizio), o in un non fare (come per esempio l'obbligo di non usurpare il nome altrui).

Le obbligazioni che hanno ad oggetto una prestazione di non fare sono giuridicamente infungibili, in quanto come già chiarito, il diritto civile non

⁶³ D'altra parte, se l'opera della dottrina è quella propria di elaborare concetti giuridici che siano di ausilio al corretto inquadramento dogmatico degli istituti, ai fini di una più agevole disciplina di essi attraverso il ricorso ai principi generali in tal modo elaborati, allora questa opera deve, e non potrebbe essere altrimenti, svolgersi sempre e solo avendo riguardo al dato positivo, non potendosi da esso prescindere né trascendere. E se, d'altra parte i concetti giuridici si elevano al di sopra del dato positivo sono tuttavia da questo immediatamente condizionati; gli uni non esistono senza l'altro, l'altro costantemente opera per il tramite di essi. “Il materiale della scienza giuridica, e dunque il terreno da cui i concetti di essa vanno ricavati o su cui sono tenuti a misurarsi, è offerto dal diritto positivo”, così IRTI N., nella presentazione a *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di IRTI N., Milano, 2004, p. 7, riferendosi al comune punto di partenza assunto da “i dialoganti” nella loro polemica.

⁶⁴ Lo spunto riflessivo viene muovendo dalle considerazioni svolte intorno agli anni 80 del 1900 da Proto Pisani.

⁶⁵ Avverte PROTO PISANI A., in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982 a p. 124: “la distinzione fungibilità-infungibilità si rivela in pratica molto meno chiara di quanto non appaia in teoria”.

⁶⁶ Cfr. Grande Dizionario Garzanti della lingua italiana, 1991.

conosce alcun sistema idoneo ad impedire coattivamente che soggetti pienamente liberi di agire si astengano dal compiere determinate attività. Le obbligazioni di dare e di fare, invece, possono essere, in ipotesi di inadempienza da parte dell'obbligato, coattivamente eseguite attraverso l'opera surrogatoria di un terzo che, sostituendosi ad esso, compia tutto quanto l'obbligato non ha fatto in violazione del suo dovere di agire. Le obbligazioni di dare e di fare sarebbero perciò sempre giuridicamente fungibili.

Orbene, occorre considerare dette obbligazioni da un punto di vista materiale, in quanto vi possono essere obblighi di fare che, pur considerati fungibili, presentano una serie di difficoltà materiali tali da renderli ineseguibili ad opera di un terzo in veste surrogatoria: anche rispetto ad essi, dunque, si profila il problema della loro attuazione forzata⁶⁷. E, d'altra parte, vi sono obblighi di non fare, la cui violazione comporta "l'obbligazione derivata" di distruggere quanto si è fatto in violazione dell'obbligo, distruzione che può essere validamente operata anche ad opera di un terzo⁶⁸.

Ne deriva, dunque, che il problema dell'esecuzione forzata della sentenza di condanna, come sua necessaria conseguenza tale da individuarne l'essenza e la natura stessa, si pone indifferentemente sia per la condanna a fare -qualora l'obbligo di fare sia materialmente infungibile- sia per la condanna a non fare - la quale può tuttavia risolversi in un fare pienamente fungibile-.

Proprio partendo dalla considerazione di tale concetto di infungibilità, sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo materiale, autorevole dottrina⁶⁹ ha ritenuto di criticare decisamente la concezione che vuole la sentenza di

⁶⁷ Si pensi, all'obbligo del datore di lavoro di reintegrare nel posto di lavoro il lavoratore illegittimamente licenziato, il quale non può ridursi ad un'unica prestazione omogenea ma è, invece, assicurato solo attraverso il compimento di un complesso di attività alcune delle quali non suscettibili di essere compiute in via surrogatoria.

⁶⁸ E' questa l'unica ipotesi di reintegrazione dell'obbligo di non fare violato che viene presa in considerazione dal nostro sistema civile allorché dispone, all'art. 2933 cod. civ. che: "se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo", tuttavia "non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale".

⁶⁹ Cfr., PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982; *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.; *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro. it.*, 1983, V, p. 127 ss.

condanna esistente e configurabile solo allorchando essa possa fondare e dare vita al conseguente processo esecutivo.

In primo luogo, “nessuna norma del nostro diritto positivo impone di ritenere che sussista una normale correlazione o necessaria tra (sentenza di) condanna ed esecuzione forzata”⁷⁰, mentre sono ravvisabili numerose ipotesi in cui si ammette la sentenza di condanna anche laddove ci si trovi in presenza di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata. Inoltre, e per di più, “o l’ordinamento conosce forme diverse dall’esecuzione forzata per assicurare l’adempimento degli obblighi che non sono suscettibili di esecuzione forzata e per garantire l’attuazione di una condanna che assolva ad una funzione diretta a prevenire (e non solo a reprimere) la violazione, o per una serie particolarmente numerosa di diritti (insuscettibili per loro natura di essere adeguatamente soddisfatti nella forma dell’equivalente monetario o necessitanti di forme di tutela dirette a prevenire oltre che a reprimere la violazione) il processo civile è *de iure* e non solo di fatto impotente ad attuare la legge”⁷¹.

La funzione repressiva e la funzione preventiva, invece, devono necessariamente coesistere in via generale ed astratta nell’ordinamento civile pena l’inadeguatezza di quest’ultimo a garantire il soddisfacimento di quei diritti che esso stesso riconosce e fonda in capo ai soggetti⁷².

La sentenza di condanna, dunque, interviene allorchando si fa valere un diritto in giudizio denunciandone la violazione⁷³; l’ordinamento giuridico garantisce

⁷⁰ Così PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 167; in senso conforme FRIGNANI A., *Op. cit.*, p. 579: “non esiste alcuna norma che ricollegli in via ontologica la sentenza di condanna all’esecuzione forzata”. Per l’A.: “dal momento che il legislatore prevede tali inibitorie e dal momento che i giudici le emanano, si deve concludere trattarsi di sentenza di condanna, se con questa espressione si intende un ordine del giudice di dare, fare o non fare qualcosa.”

⁷¹ Così PROTO PISANI A., *Op. ult. cit.*, p. 136. Già CHIOVENDA G., osservava “come è vario il concetto di prestazione, altrettanto può essere vario il contenuto di una condanna. Si può essere condannati a tutto ciò che si può esser tenuti a prestare (sia un dare, un fare, un’astensione, la distruzione di quanto fu fatto in contravvenzione all’obbligo di non fare)”, così in *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 176.

⁷² Diritti ed interessi che, per ciò che attiene alla materia considerata, sono riconosciuti nella loro dimensione collettiva.

⁷³ Ai fini della dimostrazione dell’interesse ad agire quale condizione necessaria per l’azione. Rispetto, tuttavia, ad alcune ipotesi di illecito “di pericolo” o continuativi, l’interesse ad agire consisterà non già nella prospettazione in giudizio dell’avvenuta violazione di un diritto bensì

la repressione delle condotte difformi dal diritto sia attraverso una tutela successiva nella forma dell'equivalente monetario⁷⁴ del danno subito, sia attraverso la prevenzione di dette condotte (tutela inibitoria). Nella sentenza di condanna, dunque, è ravvisabile una duplicità di funzioni; essa può essere diretta ad eliminare gli effetti di una violazione già effettuata, oppure ad impedire che la violazione sia commessa o ripetuta. Nel primo caso, costruirà titolo per la successiva esecuzione forzata atta a garantire l'ottenimento del bene oggetto di tutela o dell'utilità economica corrispondente; nel secondo caso, essa costituirà il fondamento applicativo, al caso concreto, delle misure coercitive che indirettamente assicurano l'adempimento del dispositivo giudiziale.

Data, dunque, la duplicità di funzioni della tutela di condanna, potrà affermarsi che si è in presenza di detta forma di tutela sia allorché alla sentenza segue la fase propriamente detta di esecuzione forzata, sia quando alla sentenza di condanna seguono, in vista della sua concreta attuazione, le misure cosiddette di coercizione indiretta. Si tratterà, allora, di definire il concetto di condanna in senso proprio, svincolandolo, cioè, dal momento ad essa successivo consistente nell'attuazione forzata⁷⁵, e si tratterà, altresì, di analizzare quelle misure coercitive indirette -espressamente disciplinate nella materia dei consumatori- al fine di individuare la loro concreta funzione proprio in relazione all'attuazione della condanna.

nella dimostrazione dell'esistenza di un ragionevole timore a che detta violazione si verifichi o si ripeta nel tempo.

⁷⁴ La quale tuttavia, ha altresì e non potrebbe non avere, anche una funzione preventiva nel senso di distogliere, attraverso la previsione di una sanzione, il soggetto dal compimento dell'attività illecita; e tale funzione non potrebbe neppure essere negata attraverso la considerazione che l'entità del risarcimento in ipotesi di atti illeciti dannosi è commisurata all'ammontare del danno effettivamente subito e non all'entità o gravità della colpa del danneggiante. Ma con ciò allora si afferma che la funzione preventiva è immanente all'ordinamento giuridico e si esplica per ciò stesso che determinate condotte siano previste come illecite; con il che, ancora non si sarebbe individuata una norma generale che, al pari dell'art. 2043 cod. civ. in tema di azione risarcitoria, fondi l'azione inibitoria.

⁷⁵ Già CALAMANDREI P., infatti, affermava che l'esecuzione forzata in quanto momento esterno nonché estraneo alla condanna non può assurgere ad elemento identificativo di essa trovandosi al di fuori della nozione da definire, cfr. quanto riportato alla nota 52.

1.4 L'attuazione della condanna inibitoria collettiva

Come già anticipato al paragrafo 1, nel codice del consumo sono previste e disciplinate due tipi di azione inibitoria collettiva; l'una, cui possono ricorrere sia le associazioni dei consumatori sia quelle dei professionisti nonché le camere di commercio⁷⁶, in materia di clausole vessatorie; l'altra, cui possono ricorrere le sole associazioni dei consumatori iscritte nell'apposito elenco, in ipotesi di violazione dei diritti fondamentali riconosciuti al consumatore. Dette azioni, peraltro, divergono non solo dal punto di vista soggettivo ma anche e soprattutto da quello oggettivo. Infatti, non solo e non tanto si riferiscono a materie diverse⁷⁷, quanto piuttosto diversi sono gli strumenti concretamente utilizzabili per l'attuazione dei relativi provvedimenti.

Il provvedimento inibitorio collettivo in materia di clausole vessatorie ottenuto dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio è infatti assistito nella sua attuazione dalla sola pubblicazione del provvedimento, mentre in tutti gli altri casi –vale a dire, qualora il provvedimento sia ottenuto

⁷⁶ Si ricordi, come già anticipato al paragrafo 1 che, nella materia delle clausole vessatorie e, in conseguenza del rinvio operato dall'art. 37 cod. cons. all'art. 140 cod. cons., la legittimazione ad agire dei soggetti richiamati nel testo si basa su criteri e presupposti diversi. Le associazioni dei professionisti, infatti, sono legittimate ad agire in quanto volta a volta ritenute dal giudice, con suo prudente apprezzamento, sufficientemente rappresentative (a livello nazionale); mentre, le associazioni di consumatori sono legittimate ad agire in inibitoria, tanto nell'ambito delle clausole vessatorie quanto in ogni ipotesi di violazione dei diritti fondamentali dei consumatori, solo qualora abbiano ottenuto l'iscrizione nell'apposito registro tenuto presso il Ministero delle Attività Produttive, oggi Ministero dello Sviluppo Economico, (cfr. art. 137 cod. cons.). Il requisito della mera rappresentatività di fatto delle associazioni dei consumatori viene poi, da ultimo, introdotto nel comma 2 dell'art. 140 *bis* solo per ciò che riguarda la legittimazione ad agire in relazione alle azioni collettive di tipo risarcitorio. Ne deriva che, solo nell'ipotesi di azione collettiva inibitoria, la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori è ancorata al requisito certo e infettibile dell'iscrizione nell'apposito registro, mentre uguale certezza non soccorre per la neo introdotta azione collettiva risarcitoria. Rispetto a detta diversità varrebbe, dunque, la seguente considerazione: l'iscrizione nell'elenco, infatti, da una lato garantisce la certezza, ponendo al riparo dai rischi di azioni promosse al solo scopo di aumentare la stessa visibilità dell'associazione medesima in vista proprio del raggiungimento dell'adeguata rappresentatività, dall'altro rende tuttavia più difficile l'azione in giudizio proprio di quelle organizzazioni che dovrebbero aiutare, attraverso la loro opera, a correggere il mercato e le sue distorsioni soprattutto nel caso in cui il danno si sia già effettivamente prodotto.

⁷⁷ Infatti se da una parte è vero che l'una –quella di cui all'art. 37- trova applicazione solo in ipotesi di utilizzo o di raccomandazione di utilizzo di clausole vessatorie, d'altra parte l'azione *ex art. 140* trova applicazione in ipotesi di violazione dei diritti riconosciuti dall'art. 2 e, tra questi, anche in ipotesi di violazione del diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali.

sia *ex art. 37* sia *ex art. 140* dalle associazioni dei consumatori- esso è assistito dall'emanazione di misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate nonché dalla pubblicazione del provvedimento e, infine, per ciò che più conta, dalle misure coercitive indirette, cd. *astreintes*.

Orbene, si ritiene che detti provvedimenti si possano definire come complementari rispetto al provvedimento inibitorio, in quanto ne garantiscono la concreta attuazione e rispondono a logiche diverse, e assolvono a diverse funzioni ravvisabili nella diversità di contenuto dei medesimi.

Sebbene, quindi, la giurisprudenza abbia spesso utilizzato i suddetti strumenti indifferentemente al fine di garantire l'adempimento della condanna inibitoria, si ritiene tuttavia che essi debbano essere necessariamente tenuti distinti e che, solo riguardo all'*astreinte* possa correttamente parlarsi di coercizione indiretta all'adempimento del comando di non fare.

Nei capitoli che seguono, quindi, i tre strumenti più volte richiamati saranno singolarmente esaminati e, per ognuno di essi, ne verranno individuati il contenuto, la natura e la funzione, proprio al fine di mettere in luce le differenze tra essi esistenti e per addivenire ad una completa ricostruzione nonché ad una corretta collocazione sistematica degli stessi.

II - LE MISURE IDONEE

II.1 Ricostruzione del dato normativo

Proseguendo nell'analisi dei singoli strumenti, previsti nel codice del consumo, per l'attuazione del provvedimento inibitorio collettivo, occorre esaminare le c.d. misure idonee; dette misure sono disciplinate dall'art. 140 cod. cons., ai sensi del quale le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 del medesimo codice "sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: *a*) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti nonché -ai fini che qui interessano- *b*) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate".

Occorre ricordare, inoltre, che per effetto del rinvio operato dall'ultimo comma dell'art. 37 cod. cons. all'art. 140, la procedura prevista da quest'ultima norma trova applicazione nei confronti delle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia in materia di clausole vessatorie sia in ipotesi di lesione degli interessi fondamentali riconosciuti ai consumatori ai sensi dell'art. 2 del codice⁷⁸ nonché nelle altre ipotesi di cui all'art. 139 cod. cons.

Pertanto, come già chiarito, l'art. 37 –che prevede soltanto l'azione inibitoria e la pubblicazione del provvedimento, senza fare riferimento alcuno alle misure idonee di cui si sta trattando- trova residuale applicazione solo per ciò che

⁷⁸ Le misure idonee di cui si sta trattando, quindi, potranno essere richieste al giudice sia allorché l'associazione dei consumatori agisca ai sensi dell'art. 140 sia quando agisca ai sensi del combinato disposto del citato articolo con l'art. 37. Rispetto al quadro normativo antecedente l'entrata in vigore del codice del consumo, si deve notare un passo in avanti nell'opera di coordinamento delle due discipline (clausole vessatorie e lesione degli interessi fondamentali) in quanto l'abrogato art. 1469 *sexies* cod. civ. non faceva nessun riferimento all'adozione di misure idonee le quali erano invece previste dal solo art. 3 della legge n. 281 del 1998. Tra le due discipline, inoltre, non vi era un'esplicita norma di coordinamento con la conseguenza, dunque, che il rapporto tra di esse veniva ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza in termini contrastanti tra loro (cfr. in proposito nota n. 9) e non risultava, pertanto, chiaro se, nell'ipotesi in cui un'associazione avesse agito ai sensi dell'art. 1469 *sexies*, e non anche dell'art. 3 della legge del 1998, la domanda relativa all'adozione di dette misure restasse preclusa in quanto le stesse non erano menzionate nella norma di cui al codice civile o se, invece, fosse comunque ammissibile in conseguenza dell'intervenuta integrazione del dettato dell'art. 1469 *sexies* ad opera della legge quadro del 1998.

concerne l'inibitoria dell'utilizzo (o della raccomandazione dell'utilizzo) di condizioni generali di contratto considerate abusive, promossa da un'associazione di professionisti ovvero dalle camere di commercio nei confronti di altri professionisti. Con la conseguenza che alle associazioni dei professionisti che agiscono *ex art. 37* resta preclusa la possibilità di richiedere al giudice l'adozione di tutte quelle misure che possano rivelarsi opportune ai fini del concreto nonché completo adempimento del comando inibitorio⁷⁹.

Tuttavia è bene notare –e sul punto si tornerà in seguito- che siffatta diversità non si riscontra allorché l'inibitoria è concessa in via cautelare poiché, in tal caso, resterebbe comunque applicabile –anche in ipotesi di inibitoria urgente *ex art. 37* cod. cons.- l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. in materia di provvedimenti cautelari il quale genericamente dispone che “l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione”⁸⁰.

⁷⁹ Ulteriore differenza, sulla quale tuttavia si tornerà più approfonditamente trattando della pubblicazione del provvedimento inibitorio, riguarda i presupposti cui detta pubblicazione è ancorata nelle due diverse previsioni legislative. Infatti, nell'art. 37 si fa semplicemente riferimento alla pubblicazione del provvedimento in uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale, mentre l'art. 140 espressamente prevede che l'ordine di pubblicazione sia emanato “nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”. Nel primo caso, quindi, non vi è alcun riferimento alla funzione svolta dalla pubblicazione del provvedimento, cosicché si potrebbe addirittura sostenere che detta funzione vada individuata nel ruolo concretamente svolto dalla pubblicazione stessa nella singola fattispecie; mentre, nel secondo caso, la pubblicazione sembra poter svolgere l'unica funzione di contribuire ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate, con ciò peraltro, ingenerando nell'interprete notevole confusione con il diverso ruolo svolto dalle misure idonee. Potrebbe, sostenersi, infatti, stando al dettato letterale della norma, che la pubblicazione sia una delle possibili misure idonee e che quindi svolga la medesima funzione di queste e che, a ben vedere, avrebbe potuto essere implicitamente ricompresa nel dettato di cui alla lett. *b)* dell'art. 140, senza necessità di autonoma esplicita previsione. Ebbene, proprio tale ultima considerazione induce tuttavia a ritenere il contrario e cioè che se la pubblicazione è stata appositamente e singolarmente prevista come comando accessorio a quello inibitorio, nonostante l'analoga formulazione letterale, essa debba necessariamente svolgere un ruolo distinto dalle misure idonee, a meno di non voler ritenere la lett. *c)* meramente esemplificativa.

⁸⁰ In altri termini, sebbene nell'art. 37 non si faccia riferimento alle misure idonee, allorché l'inibitoria venga concessa in via urgente, sarebbe comunque possibile per il giudice cautelare indicare alla parte soccombente le modalità di attuazione del provvedimento, disponendo altresì l'adozione di opportuni provvedimenti ai fini del concreto adempimento del comando inibitorio. Cfr., in tal senso, MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., Torino,

La questione del mancato richiamo alle misure idonee nell'ambito dell'art. 37 cod. cons., e prima di esso, nel dettato dell'art. 1469 *sexies* cod. civ., potrebbe trovare una soluzione attraverso l'applicazione analogica dell'art. 2599 cod. civ.⁸¹ il quale, in materia di concorrenza sleale, prevede che "la sentenza che accerta gli atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti"⁸².

Nei confronti, invece, dell'art. 140 cod. cons. l'analisi sarà piuttosto nel senso di confrontare le misure idonee ivi previste con gli opportuni provvedimenti di cui si è detto in materia di concorrenza sleale.

Così ricostruito il quadro normativo introdotto dal codice del consumo, occorre ora indagare il contenuto di dette misure al fine di individuarne la funzione e di risolvere così i problemi applicativi che si presentano rispetto ad esse; al riguardo risulterà utile procedere prima di tutto all'analisi dei casi giurisprudenziali in cui, seppur in modi diversi, si sono adottate misure idonee.

II.2 Analisi dei casi giurisprudenziali: la sentenza del Tribunale di Roma

L'indagine sul contenuto delle misure di cui si sta trattando non può prescindere dall'analisi dei casi giurisprudenziali in cui esse sono state concretamente disposte dai giudici nell'ambito di provvedimenti di carattere

2005, p. 504: "il problema dell'attuazione del solo provvedimento inibitorio cautelare può essere avviato a soluzione qualora si ritenga applicabile l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ."

⁸¹ L'applicabilità in via analogica dell'art. 2599 cod. civ. tuttavia non è pacifica in dottrina; cfr. MINERVINI E., *Op. ult. cit.*, p. 504: "l'art. 1469 *sexies* non contempla strumenti di attuazione del provvedimento inibitorio né appare applicabile per analogia l'art. 2599 cod. civ., che attribuisce al giudice il potere di disporre accanto all'inibitoria in sé considerata <gli opportuni provvedimenti>. Deve pertanto escludersi che il giudice possa *ex artt.* 1469 *sexies* e 2599 cod. civ. dare al provvedimento inibitorio un contenuto positivo". Cfr., inoltre, MINERVINI E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e imp.*, 2006, p. 635 ss.

⁸² La questione, come si chiarirà meglio nel prosieguo del testo, è dunque strettamente collegata al contenuto del comando inibitorio il quale, lungi dall'essere meramente negativo, può assumere, come avviene appunto in materia di concorrenza sleale, un contenuto positivo, così trasformandosi da un obbligo di non fare infungibile ad un obbligo di fare fungibile attuabile in via coattiva.

inibitorio; la lettera della legge, infatti, non offre all'interprete alcun ausilio per l'individuazione e la specificazione di cosa in effetti siano dette misure, la cui concreta adozione, essendo esse, piuttosto, atipiche ed innominate, resta affidata al prudente apprezzamento dell'organo giudicante⁸³.

I casi che verranno esaminati si riferiscono, invero, ad un periodo antecedente all'entrata in vigore del codice del consumo, tuttavia si segnalano, ai fini che qui interessano, per i dubbi applicativi sollevati e per le diverse soluzioni adottate dai giudici di merito⁸⁴.

Nel primo di essi –definito con sentenza del Tribunale di Roma emessa il 21 gennaio 2000⁸⁵- il Movimento Federativo Democratico (MFD) ha convenuto in giudizio l'A.B.I. chiedendo al giudice di accertare, ai sensi dell'art. 1469 *sexies* cod. civ., la vessatorietà e di conseguenza di inibire l'utilizzazione di ben ottantasei clausole contenute nelle condizioni generali di contratto utilizzate, raccomandate e suggerite dall'A.B.I. a due istituti bancari e di ordinarne, inoltre, la positiva rettifica mediante l'invio di lettera circolare.

⁸³ Tuttavia, un limite alla discrezionalità del giudice nell'individuazione di dette misure, potrebbe aversi qualora si ritenesse che queste siano adottabili solo nel rispetto del principio della domanda di parte, e non anche d'ufficio dal giudice.

⁸⁴ "la giurisprudenza maneggia con una certa difficoltà il <nuovo> istituto delle misure idonee (e ciò non può destare meraviglia alla luce del disorientamento della dottrina)" scrive MINERVINI E. in *Op. ult. cit.*, p. 508.

⁸⁵ La sentenza si segnala per aver analizzato il rapporto tra le norme del codice contenute nel capo XIV *bis* e la legge n. 281 del 1998 soprattutto in ordine alle disposizioni riguardanti la legittimazione ad agire delle associazioni. E' pubblicata in: *Foro it.*, 2000, I, 2067, con nota di PALMIERI A.-LAGHEZZA P., *Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza*; *Giur. Comm.*, 2000, II, p. 211 ss, con nota di BUONOCORE V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 473 ss., con nota di DE POLI M., *Clausole vessatorie, norme bancarie uniformi e azione inibitoria* nonché con nota di SIRENA P., *Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*; *Contratti*, 2000, p. 561 ss., con nota di MARICONDA V., *Il provvedimento del Tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari*; *Corr. giur.*, 2000, p. 513 ss, con nota di ORESTANO A., *L'inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori* nonché con nota di DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*. Cfr., inoltre la sentenza emessa nel giudizio di secondo grado dalla Corte d'Appello di Roma in data 24 Settembre 2002 in *Foro it.*, 2000, I, 347 ss., con nota di PALMIERI A., *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, nonché in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 475 ss., con nota di BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori* e con nota di FABBIO P., *Questioni in materia d'inibitoria collettiva ex art. 1469 sexies c. c. alla luce della l. 30 luglio 1998, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti*. Cfr., inoltre, T. Roma, ordinanza 18 giugno 1998, in *Contratti*, 1999, p. 15 ss., con nota di MANIACI A., *Tutela inibitoria e clausole abusive*, p. 16 ss.

La richiesta del rimedio di positiva rettifica delle clausole vessatorie si pone al centro delle riflessioni che si andranno di seguito svolgendo.

In primo luogo, occorre notare che l'atto di citazione introduttivo di quella lite risale al dicembre del 1997 e che in esso si invocava l'applicazione del solo articolo 1469 *sexies* cod. civ., essendo ovviamente l'art. 3 della legge 281 del 1998 non ancora esistente. Per i rilievi precedentemente svolti, dunque, il MFD avrebbe potuto agire per richiedere la sola inibitoria dell'utilizzo di clausole abusive e non anche per ottenere l'adozione di misure idonee (quale, la positiva rettifica delle clausole considerate abusive), in quanto non contemplate nel dettato dell'art. 1469 *sexies* posto a fondamento dell'azione intentata avverso l'A.B.I.

Tuttavia, detta domanda è stata respinta dal giudice non sulla base delle considerazioni di cui sopra bensì per ragioni di merito; afferma la sentenza, infatti, che sebbene la stessa –domanda di positiva rettifica- fosse ammissibile in quanto “finalizzata all’attivazione di poteri tipicamente ufficiosi del giudice, quali sono quelli discrezionali, inerenti alla determinazione delle modalità e delle forme di attuazione del provvedimento inibitorio”⁸⁶, la positiva rettifica “implicando una necessaria opera di sostituzione, adattamento o abrogazione del testo negoziale, determinerebbe un’impropria invasione del giudice nell’ambito negoziale riservato alle parti, la cui autonomia deve, invece, liberamente esplicarsi con il solo divieto di riproporre la clausola interdetta in versioni che nella forma e nella sostanza non rispettino l’inibitoria giudiziale”.

⁸⁶ La sentenza, al riguardo, richiama il dettato dell'art. 2599 cod. civ. nel quale è dato al giudice il potere di inibire l'attività lesiva della concorrenza e di adottare gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti della condotta vietata. Tuttavia, il richiamo a detta norma non appare, a ben vedere, pertinente in quanto proprio l'esplicita previsione degli opportuni provvedimenti nella norma citata fa ritenere che l'adozione di essi sia consentita solo allorquando esplicitamente ammessa dalla lettera della legge. Se detti provvedimenti rientrassero invece tra i poteri discrezionali e tipicamente ufficiosi del giudice non solo potrebbero essere adottati in tutte le ipotesi di azione inibitoria tipicamente previste nel codice civile ma non vi sarebbe stato, di conseguenza, alcun bisogno di prevederli espressamente nella materia della concorrenza sleale. La questione, come verrà chiarito oltre, è strettamente legata al contenuto del provvedimento inibitorio il quale nelle ipotesi tipiche di cui al codice civile è sempre meramente negativo, mentre nella materia del diritto dei consumi, anche attraverso il ricorso all'adozione di misure idonee, può assumere valenza positiva, così trasformando l'obbligo di non fare infungibile in obbligo di fare fungibile.

Nella motivazione della sentenza, dunque, è il principio dell'autonomia privata a costituire per il giudice un limite al suo potere ufficioso di disporre le modalità di attuazione del provvedimento inibitorio; non si argomenta, invece, dalla lettera della norma posta a fondamento dell'azione. Non è tanto, a nostro avviso, il principio dell'autonomia delle parti a fungere da limite al potere del giudice, quanto piuttosto il fatto che una tale domanda non avrebbe potuto essere avanzata –né quindi essere accolta– ai sensi dell'art. 1469 *sexies* cod. civ. il quale, stante la sua formulazione letterale, a differenza dell'art. 3 della legge 281 del 1998 –non ancora vigente all'epoca del giudizio– e a differenza dell'art. 2599 cod. civ. –inapplicabile alla fattispecie– non consente in linea di principio di dare al comando inibitorio un contenuto positivo⁸⁷. Né d'altra parte, il richiamato limite del rispetto dell'autonomia privata appare insuperabile se solo si rifletta sul fatto che anche un ordine di eliminare dal tessuto negoziale determinate clausole affette da profili di abusività incide sull'autonomia privata comportando di fatto un diverso assetto di interessi⁸⁸.

La sentenza dispone, ancora, ai sensi dell'art. 1469 *sexies* comma 3, oltre all'inibitoria dell'utilizzo di trentadue clausole tra le ottantasei impugnate, la pubblicazione del provvedimento su tre quotidiani a diffusione nazionale;

⁸⁷ In altri termini, l'art. 1469 *sexies* cod. civ. ammetterebbe soltanto un comando inibitorio formulato in termini negativi, a differenza dell'art. 3 della legge n. 281 ai sensi del quale la possibilità di un'inibitoria di contenuto positivo si desume non soltanto dal riferimento all'inibitoria di "comportamenti", riferendosi, dunque, tanto a quelli commissivi quanto a quelli omissivi, ma soprattutto dalla possibilità di affiancare all'inibitoria negativa di comportamenti propriamente commissivi provvedimenti idonei ad eliminare le conseguenze dannose degli illeciti stessi; provvedimenti che, essendo atipici ed innominati, possono risolversi in altrettanti atipici ordini di fare fungibili.

⁸⁸ "E' senz'altro vero che la sentenza non può aggiungere, rimpiazzare o manipolare brani del regolamento contrattuale. Ciò non toglie, però, che il divieto di riprodurre la clausola interdetta in versioni che nella forma e, soprattutto, nella sostanza non rispettino l'inibitoria giudiziale, altera il disegno del professionista e, di fatto, comporta non solo una rilettura ma anche una riscrittura del contratto. A meno che il nostro professionista non decida di ritirarsi dal mercato, si troverà ad operare muovendo da disposizione che non sono (e non potranno più essere) le stesse di prima." Così PALMIERI A.-LAGHEZZA P., in commento alla citata sentenza, in *Foro it.*, I, 2000, 2065. Cfr., inoltre, DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 529. *Contra*, però, CONTI R., *Controversie nei servizi pubblici: l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 598; secondo l'A. infatti, "l'effetto finale di una <riscrittura> del modello negoziale...non produce, come altrettanto potrebbe sembrare, la rottura del principio dell'autonomia negoziale e l'introduzione di un controllo esterno sulla convenienza ed adeguatezza dell'affare ma è anzi aspirazione al massimo dispiegarsi della libertà negoziale intesa come possibilità di contrattare a condizioni eque."

sorprende, tuttavia, che accanto a detta pubblicazione venga altresì rivolto all'A.B.I. –in quanto “strumentale...all’eliminazione degli effetti dannosi derivanti dalla perdurante applicazione di condizioni generali di contratto abusive”- l’ordine di “dare notizia dell’esito del giudizio a tutte le imprese bancarie associate che quegli effetti concretizzano recependo le raccomandazioni contenute negli schemi negoziali predisposti dall’associazione”. Un siffatto provvedimento ulteriore infatti non trova fondamento né nel disposto del comma 3 dell’art. 1469 *sexies*, il quale si riferisce esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento senza fare, peraltro, alcun riferimento alla funzione di essa⁸⁹, né, per i rilievi sopra svolti, nel disposto del comma 1 del medesimo articolo. Dovrebbe trattarsi, anche in questo caso, dell’esercizio di poteri ufficiosi del giudice di cui non è chiaro il fondamento legislativo, posto che il giudice “nel pronunciare sulla causa deve seguire le norme del diritto” (art. 113 cod. proc. civ.).

Prima dell’entrata in vigore della legge del 1998, dunque, l’inibitoria collettiva in materia di contratti dei consumatori era disciplinata in maniera analoga alle ipotesi di inibitoria conosciute nel diritto civile, nel senso di prevedere un mero contenuto negativo consistente nell’espressione giudiziale di un comando di non fare considerato infungibile. E’ solo per effetto dell’entrata in vigore della legge sui diritti dei consumatori (posteriore rispetto all’introduzione del giudizio *testé* esaminato) che la funzione dell’azione inibitoria subisce un ampliamento, nel senso di consentire non solo la condanna al mero non fare bensì anche e soprattutto la condanna a tenere tutti quei comportamenti volta a volta considerati opportuni a scongiurare la lesione degli interessi dei consumatori. Sotto il vigore della disciplina civilistica, dunque, l’unica possibilità di imporre comportamenti siffatti poteva ricavarsi soltanto attraverso l’applicazione analogica del dettato dell’art. 2599 cod. civ. ai contratti dei consumatori, ma detta operazione poteva apparire non corretta posto che il legislatore “*ubi non dixit noluit*” e data, altresì, la differenza –

⁸⁹ Cfr., in proposito, le considerazioni precedenti di cui alla nota n. 79 le quali, sebbene svolte in relazione alle norme di cui agli artt. 37 e 140 del cod. cons., possono qui essere integralmente richiamate stante l’identica formulazione letterale delle due citate norme rispetto agli artt. 1469 *sexies* cod. civ. e 3 della legge n. 281 del 1998.

seppur sottile- che intercorre tra l'attività di interpretazione analogica e quella di interpretazione estensiva. In altri termini, si vuole con ciò far notare che l'art. 1469 *sexies* nella sua originaria enunciazione, e prima dell'entrata in vigore della legge del 1998, era formulato in maniera sostanzialmente analoga a tutte le altre ipotesi di inibitoria di cui al codice civile, con formula cioè meramente negativa; a dette ipotesi, a ben vedere, faceva eccezione il solo art. 2599, il quale pertanto appariva norma eccezionale suscettibile soltanto di interpretazione estensiva e non anche di interpretazione analogica, sulla base del generico rilievo dell'affinità di materia oggetto delle due richiamate norme⁹⁰.

Per effetto dell'entrata in vigore della legge quadro del 1998 e, soprattutto, in conseguenza dell'inserimento delle norme del capo XIV *bis* cod. civ. nel sistema unitario del codice del consumo, si ritiene che l'azione inibitoria, prima ancorata alle tradizionali categorie civilistiche, si sia affrancata da queste,

⁹⁰Affinità, peraltro, non sempre efficacemente riscontrabile posto che la disciplina dei contratti dei consumatori di cui al capo XIV *bis* si applica ai soli rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti, mentre la disciplina di cui agli artt. 2598 ss. trova applicazione in ipotesi di slealtà nell'attività di concorrenza tra due soggetti necessariamente imprenditori e, pertanto, tutela soggetti non solo diversi dai consumatori, ma anzi ad essi necessariamente contrapposti nella logica del mercato. La disciplina della concorrenza sleale, quindi, assolve ad una *ratio* diversa, che non appare assimilabile a quella che muove, invece, la tutela del consumatore. Cfr., sul punto ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 87 ss. L'affermata diversità di *ratio* tra le due discipline trova, peraltro, ulteriore conferma nella legge n. 287 del 1990, recante "norme per la tutela della concorrenza e del mercato", la quale si applica solo ed esclusivamente nei rapporti tra imprese e non si occupa, se non in maniera indiretta e puramente eventuale, della tutela del consumatore. Ancora, la netta distinzione tra i rapporti c.d. *business-to-consumer* da quelli c.d. *business-to-business* pervade, da ultimo, l'intero sistema di cui alla direttiva n. 29 del 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, la quale, in particolare, riformando la materia della pubblicità ingannevole –che prima della modifica operata con d. lgs. n. 146 del 2007, era l'unica, si noti, invocabile, ex art. 18 cod. cons. sia dai consumatori sia dai professionisti- distingue nettamente i due diversi rapporti sopra richiamati, affidandone la tutela all'applicazione di distinte norme di legge (in particolare, il d. lgs. 146 del 2007, ha operato il recepimento della direttiva relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori modificando gli artt. 18 ss. cod. cons. ed eliminando dalla nozione di consumatore il riferimento alla persona giuridica, di modo che l'attuale normativa trova applicazione soltanto nei confronti dei consumatori finali e non anche nei rapporti tra imprese, come precedentemente statuito in materia di pubblicità ingannevole; cfr., sul punto, AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L., Milano, 2007). Altro è quindi invocare l'applicazione analogica dell'art. 2599 cod. civ. nei confronti della materia del diritto industriale, altro applicarla analogicamente alla tutela del consumatore. Solo nel primo caso, e non anche nel secondo, la validità dell'operazione trova fondamento nell'identità di *ratio*, e soprattutto nella complementarietà delle due discipline espressamente sancite dalla legge.

assumendo nuovi connotati e finendo per costituire, di fatto, un istituto del tutto nuovo per la tutela generale della categoria dei consumatori.

II.3 Segue; le due ordinanze del Tribunale di Torino

Ben diverso appare il caso risolto dai giudici di Torino con ordinanza del 3 ottobre 2000⁹¹ perché in esso si fa per la prima volta applicazione dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998 invocato in via urgente e cautelare (*ex* comma 6 del medesimo articolo⁹²) dall'associazione dei consumatori Adiconsum nei confronti dell'attività dall'associazione Alpha Club, diretta a realizzare una struttura piramidale per mezzo della stipulazione di contratti con cui, a fronte del versamento di una quota di adesione, si offriva la generica possibilità di usufruire di servizi turistici a prezzi scontati, e si prometteva l'attribuzione di una provvigione agli aderenti che avessero reclutato altri soggetti da inserire nella rete di vendita.

Se, dunque, il primo caso esaminato ha consentito di svolgere considerazioni in ordine al contenuto della sentenza inibitoria emessa ai sensi dell'art. 1469 *sexies* cod. civ., nel senso di circoscriverlo in un ambito meramente negativo, la formulazione letterale della nuova norma, invocata a sostegno dell'azione intentata dall'Adiconsum, consentirà di svolgere considerazioni sulla diversa natura e funzione dell'inibitoria collettiva rispetto alla precedente versione codicistica, avendo riguardo, in particolare, alla portata innovativa della previsione di cui alla lett. *b*) dell'art. 3 della legge n. 281.

Inoltre, essendo stata l'azione avanzata in via urgente e cautelare, occorrerà soffermarsi sul momento relativo all'adozione delle misure idonee, posto che la locuzione "violazioni accertate" contenuta nella lett. *b*) dell'art. 3 della citata legge ha fatto ritenere ad alcuni autori che dette misure possano essere adottate

⁹¹ In *Foro it.*, 2000, I, 3622.

⁹² "Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si volge a norma degli art. 669 *bis* e seguenti del codice di procedura civile".

solo a seguito di giudizio di merito e non anche di giudizio cautelare⁹³. A ben vedere, tuttavia, l'adozione di misure del genere nel giudizio cautelare, a prescindere dall'interpretazione letterale del dettato della lett. *b*), dovrebbe, piuttosto, trovare immediato fondamento nella previsione di cui all'art. 669 *duodecies*, espressamente richiamato dal comma 6 dell'art. 3 l. n. 281⁹⁴.

In particolare, l'Adiconsum agisce in giudizio chiedendo al giudice di inibire, in via urgente, il compimento, da parte della convenuta, degli atti illeciti e lesivi dei diritti dei consumatori e di adottare, quindi, i provvedimenti ritenuti idonei all'eliminazione delle conseguenze dannose, indicando questi nel sequestro conservativo *ex art. 672 cod. proc. civ.* dei conti correnti bancari della convenuta, nella nomina di un amministratore giudiziario nonché nell'immediata restituzione delle somme pagate da tutti i consumatori che avessero validamente esercitato il diritto di recesso.

Il giudice di Torino dispone l'inibitoria di tutta l'attività posta in essere dalla società convenuta ma respinge le ulteriori istanze formulate dalla ricorrente; accoglie tuttavia, la richiesta di pubblicazione del provvedimento in esame su due quotidiani a diffusione nazionale "quale misura idonea ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate, ai sensi dell'art. 3, lett. *a*) e *c*), l. 281/98."

Anche in questo caso, come nel precedente esaminato, il rigetto della domanda relativa all'adozione di misure idonee deriva da considerazioni di merito. La motivazione è, infatti, la seguente: "appare inconciliabile, sul piano logico, la prosecuzione dell'attività sia pure attraverso un amministratore di nomina giudiziaria, con l'affermata totale illiceità dell'attività stessa nel suo complesso. Neppure può autorizzarsi il sequestro conservativo dei conti bancari e di ogni altra somma, finalizzato alla conseguente restituzione delle somme pagate da tutti coloro che hanno validamente esercitato il diritto di

⁹³Cfr., in particolare COLAGRANDE R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, II, 1998, p. 737: "riflettendo su queste due azioni (la misure idonee e la pubblicazione) si può rilevare che entrambe tendono alla correzione o all'eliminazione di violazioni accertate: dunque entrambe presuppongono l'accertamento della violazione e, come tali, non possono assumere la forma del rito d'urgenza".

⁹⁴ "Il problema non ha ovviamente ragione di porsi per chi ritiene che le misure idonee siano uno strumento di attuazione dell'inibitoria: è evidente che, come l'inibitoria, così le misure idonee possono essere chieste in via d'urgenza", così MINERVINI E., *Op. ult. cit.*, p. 507.

recesso; si tratta, infatti, di strumenti di tutela patrimoniale pronunciabili nei confronti di ciascun singolo creditore, previo accertamento, sia pure sommario, delle rispettive ragioni di credito”.

Per ciò che concerne la pubblicazione del provvedimento, infine, essa viene disposta quale “strumento di attuazione del provvedimento inibitorio” ma sul punto la decisione in esame genera confusione sia perché la pubblicazione (anche nella materia della concorrenza sleale) è provvedimento autonomo rispetto all’adozione di misure idonee con ciò dimostrando la sua diversa funzione e natura⁹⁵ sia perché, nel caso in esame, viene disposta in via cautelare oltre, dunque, il dettato del comma 6 dell’art. 3, che menziona esclusivamente l’azione inibitoria⁹⁶.

Infine, il terzo caso dal quale si vogliono trarre spunti di riflessione, tramite i quali approdare ad una esaustiva ricostruzione sistematica della figura di cui si sta trattando, è quello deciso con ordinanza del medesimo Tribunale di Torino in data 17 maggio 2002. Si tratta, in particolare, della controversia insorta tra l’associazione a tutela dei consumatori Altroconsumo e la Fiat Auto s.p.a., convenuta in giudizio dalla prima, affinché il giudice adottasse, in via urgente e provvisoria, ogni provvedimento utile ad evitare la grave lesione del diritto alla salute patita dai proprietari, possessori e utilizzatori degli autoveicoli modello Lancia Dedra BZ con telaio ricompreso in una determinata “isola”, i quali presentavano un difetto di fabbricazione consistente nella presenza di infiltrazioni di gas di scarico all’interno dell’abitacolo delle stesse autovetture. In particolare, Altroconsumo agiva per ottenere l’inibitoria della prosecuzione dei comportamenti omissivi tenuti dalla Fiat Auto s.p.a., consistenti nell’intervento selettivo e inadeguato sugli autoveicoli difettosi, nella mancata capillare ed adeguata informazione ai proprietari, possessori e utilizzatori degli stessi, nella mancata adozione dei provvedimenti di cui ad una circolare del

⁹⁵ Cfr., a tal proposito, inoltre, le argomentazioni svolte nel paragrafo precedente e, in particolare, alla nota n. 79.

⁹⁶ Con ciò sollevando il dubbio se detto richiamo sia da intendersi -in maniera restrittiva- alla sola lett. a) dell’art. 3 oppure -operando un’interpretazione estensiva- all’intero comma 1 del citato articolo come se esso disciplinasse un’azione unica fornita di tre momenti concettualmente non separabili all’interno della nozione stessa di inibitoria collettiva in materia di consumatori.

1991 diramata da una direzione della Lancia con cui, presa visione delle infiltrazioni, si disponeva una campagna di richiamo delle autovetture, e si suggerivano particolari modalità di intervento per ovviarvi.

Da parte sua, la Fiat Auto s.p.a. contestava, in via preliminare, la stessa ammissibilità delle domande avversarie sia per l'impossibilità giuridica di configurare un'azione inibitoria di contenuto positivo, sia per l'inammissibilità di un ordine avente ad oggetto un fare infungibile a carico della Fiat Auto s.p.a. in quanto non suscettibile di esecuzione forzata; infine, contestava l'ammissibilità della richiesta di adozione di misure idonee nell'ambito di un procedimento sommario, dovendo la loro adozione ritenersi ammessa esclusivamente nel giudizio di merito a cognizione piena⁹⁷.

Anche in questo caso, pertanto, come nei precedenti, le questioni sollevate attengono principalmente: da un lato, al contenuto della sentenza inibitoria in relazione alla possibilità di configurarlo in termini positivi attraverso la contestuale adozione delle misure idonee, dall'altro alla possibilità di ricorrere a dette misure -e correlativamente a quella di stabilire un obbligo di fare fungibile- in via cautelare.

Il provvedimento del giudice, nell'affrontare le questioni, intimamente connesse tra loro, sollevate dalle parti e, in parziale accoglimento delle domande della ricorrente⁹⁸, afferma, in relazione al contenuto del

⁹⁷ Si legge più chiaramente nella motivazione dell'ordinanza in esame che: "l'eccezione della parte resistente si fonda sul tenore letterale dell'art. 3, comma 6, l. 281/98, che prevede che, qualora ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si volga a norma degli artt. 669 *bis* ss. cod. proc. civ., senza pregiudizio dei diritti dei singoli consumatori. Sostiene pertanto la difesa della Fiat Auto s.p.a., non arbitrariamente, che tale disposto consenta il ricorso alla procedura cautelare solamente in relazione all'azione inibitoria, intesa alla stregua della sola lett. *a*) del comma 1 dell'art. 3 l. cit. e non anche in relazione all'adozione dei provvedimenti di cui alle successive lett. *b*) e *c*)". La questione, dunque, dell'adottabilità di detti provvedimenti anche in sede cautelare è connessa -e come tale è affrontata dal giudice di Torino- alla questione, anch'essa sollevata in via preliminare dalla parte convenuta, relativa alla configurabilità di una inibitoria a contenuto positivo, potendo le misure idonee assurgere proprio a strumento integrativo, in senso positivo, del contenuto inibitorio al fine di assicurarne la fungibilità e quindi, l'eseguibilità di esso in via coattiva.

⁹⁸ In particolare il provvedimento del giudice torinese dispone in capo alla Fiat Auto s.p.a. l'ordine di attuare "una campagna informativa di richiamo nei confronti di tutti i proprietari identificabili tramite l'estratto del p.r.a. prodotto dalla parte resistente" nonché di "adottare tutti i provvedimenti di cui alla circolare 10 aprile 1991", mentre rigetta la domanda di inibizione dell'intervento selettivo e inadeguato sugli autoveicoli di che trattasi per il rilievo che "non è stato accertato che gli interventi tecnici attuati dalla Lancia fossero <inadeguati>".

provvedimento inibitorio cautelare, ed alla possibilità dell'adozione di misure idonee in siffatto giudizio, che: "poiché le possibili violazioni ai diritti dei consumatori non sono sicuramente tipizzabili, né possono essere segregate nell'ambito di condotte attive che si possano inibire esclusivamente con un ordine di *non facere*, al fine di assicurare una reale efficacia e tempestività all'intervento dell'autorità giudiziaria, non si può fare a meno di prevedere una tutela cautelare che possa anticipare gli effetti della tutela di merito, qualora ogni ritardo possa considerarsi fonte di danno ulteriore ed irreparabile".

In altri termini, da un lato il giudice torinese non ravvisa alcun ostacolo all'adozione di inibitorie di contenuto positivo soprattutto allorché la condotta da inibire, presentando carattere omissivo, necessita logicamente di un ordine positivo per il fine della sua cessazione⁹⁹, dall'altro considera il problema della infungibilità dell'obbligo di fare un "falso problema", dal momento che "le modalità di intervento attivo richieste alla Fiat Auto non appaiono affatto infungibili e, in ogni caso non si tratta di una pubblica amministrazione, contro la cui discrezionalità l'a.g.o. incontra limiti"; infine, sulla questione relativa all'interpretazione estensiva del richiamo all'inibitoria contenuta nel comma 6 dell'art. 3 (nel senso di ricomprendersi oltre all'inibitoria anche i conseguenti provvedimenti contemplati nel comma 1 del citato articolo) detta interpretazione viene ritenuta non solo conforme alla *ratio* dell'intera legge del 1998 ma anche, in questo senso, necessaria per la tutela effettiva del consumatore, così come affermata e propugnata anche in sede comunitaria.

⁹⁹ D'altra parte "da un punto di vista teorico, anche l'inibitoria positiva potrebbe sempre essere rovesciata in una inibitoria negativa. Il che è quanto dire che il giudice invece di ordinare un determinato comportamento atto a far cessare l'illecito, potrebbe ordinare la cessazione dell'illecito tout court. In altri termini, sempre in linea puramente teorica, si potrebbe affermare che tutte le inibitorie positive potrebbero risolversi in altrettante inibitorie negative"; fermo restando, pur sempre, che "la legge non prevede esplicitamente inibitorie di carattere positivo", così FRIGNANI A., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 572.

II.4 Conclusioni: sul contenuto dell'inibitoria collettiva e sulla funzione delle misure idonee

L'analisi dei casi sopra richiamati servirà ora per formulare talune ipotesi conclusive in ordine alle questioni sollevate nel primo paragrafo del presente capitolo e, in particolare, in relazione alla questione attinente al contenuto del provvedimento inibitorio collettivo, da cui sembrano, in ultima analisi, dipendere le altre questioni relative alla funzione svolta dalle misure idonee ed alla loro adottabilità in via cautelare.

Per ciò che in particolare riguarda il contenuto dell'inibitoria si ritiene, dunque, di poter formulare le seguenti considerazioni.

Sotto il vigore dell'art. 1469 *sexies* cod. civ. e prima dell'entrata in vigore della legge 281 del 1998, si deve ritenere che l'inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie non si distinguesse dalle altre ipotesi di inibitoria tipicamente previste nel codice civile¹⁰⁰ con la conseguenza che essa potesse avere soltanto un contenuto meramente negativo consistente nell'emanazione di un ordine di non fare non assistito da alcun provvedimento positivo complementare a detto ordine; ciò, per la mancata previsione di opportuni provvedimenti o di misure idonee nel dettato del medesimo articolo e per l'impossibilità di ritenere applicabile in via analogica l'art. 2599 cod. civ.

Sul punto l'intervento della legge 281 si presenta come fortemente innovativo in quanto consente alle associazioni dei consumatori, all'uopo legittimate, di agire in giudizio per ottenere non soltanto un mero ordine negativo di non fare ma, più in generale, un ordine giudiziale, variamente modulato nel suo contenuto, che imponga all'obbligato il compimento di tutte quelle attività utili ad evitare il propagarsi dell'inquinamento commerciale causato dalla condotta illecita lesiva dei diritti dei consumatori, inibita in via principale.

¹⁰⁰ Infatti, in tutte le ipotesi di inibitoria disciplinate dal codice civile (si pensi all'azione negatoria a difesa della proprietà, all'azione di manutenzione a difesa del possesso, all'azione confessoria in materia di servitù, con l'unica eccezione della norma relativa alle immissioni di fumo e calore) la formula ricorrente è la "cessazione" del comportamento lesivo del diritto tutelato.

Rispetto al vigente codice del consumo poi, le misure idonee e la pubblicazione del provvedimento possono essere richiesti al giudice sia *ex art. 140* sia *ex combinato disposto degli artt. 37 e 140*, con l'unica esclusione dell'azione promossa *ex art. 37* dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio.

In sostanza, quindi, sembra che, nel sistema del codice del consumo, l'inibitoria possa essere sempre formulata in termini positivi, e possa, altresì, essere accompagnata da provvedimenti ulteriori che la rendano di contenuto fungibile e, quindi, facilmente attuabile in termini concreti.

In altre parole e più precisamente, sembra che, nella materia del diritto dei consumatori, in considerazione della natura degli interessi coinvolti, ed anche della finalità di tutela del mercato in generale, nonché in considerazione delle particolari modalità di lesione degli interessi di detti soggetti, sia sempre ammissibile in via generale un'inibitoria di contenuto positivo, non soltanto quando si tratti di inibire un comportamento di natura omissiva, ma anche quando, di fronte a comportamenti commissivi, si imponga, oltre alla cessazione dei medesimi, il compimento di misure idonee ad attuare la condanna e ad assicurare la tutela.

Viene, quindi, completamente ribaltata l'ottica civilistica: non più inibitoria come "azione in cessazione", salvo i diversi casi eccezionalmente previsti, ma azione inibitoria come strumento privilegiato per la tutela dei consumatori e come tale modulabile nel suo contenuto a seconda delle concrete esigenze di tutela.

Ne deriva, pertanto, che in materia di consumo non solo l'inibitoria può ben avere contenuto positivo, se ciò costituisce il mezzo per la tutela effettiva dei consumatori, ma anche che, a differenza della concorrenza sleale -dove gli opportuni provvedimenti sono sempre stati considerati concettualmente distinti dalle condanne ad un mero *non facere*- nell'inibitoria collettiva il ruolo delle misure idonee non si distingue dall'inibitoria in sé considerata confondendosi invece con essa, nel senso di concorrere insieme al raggiungimento dell'unico obiettivo di effettività della tutela. Le misure idonee verrebbero, dunque, ricomprese nel contenuto positivo che l'azione inibitoria in detta materia può e

deve avere al fine del raggiungimento degli obiettivi cui la medesima disciplina è finalizzata; tanto che si potrebbe addirittura sostenere, come pure è stato fatto¹⁰¹, che azione inibitoria, misure idonee e pubblicazione del provvedimento formino in sostanza un unico *petitum* e, può aggiungersi, un'unica azione proponibile e accoglibile tanto in via ordinaria quanto in via cautelare.

Le conclusioni di cui sopra mostrano come il discorso sul contenuto dei provvedimenti di cui si sta trattando sia strettamente legato alle riflessioni circa la funzione che detti provvedimenti svolgono nell'ambito della tutela collettiva. Essi servono a rendere in ogni caso positivo il comando inibitorio con la conseguenza che, nella maggioranza dei casi, detto comando si rende fungibile così superando il problema relativo all'eseguitività in via coattiva dello stesso. L'ampia formulazione dell'art. 140 cod. cons., sebbene suscettibile di interpretazioni divergenti, potrebbe allora apparire addirittura opportuna, proprio in considerazione dell'elasticità di contenuto che il comando inibitorio deve necessariamente possedere per garantire la concreta attuazione dei diritti dei consumatori. Se il fine ultimo è la tutela del consumatore, questa deve essere perseguita anche attraverso il superamento dell'eventuale formulazione restrittiva delle norme che la disciplinano: nel caso delle auto Dedra precedentemente esaminato, sebbene l'adozione del provvedimento di "richiamo" non rientrasse a rigore nella lettera della legge, esso è apparso necessario al giudice al fine di garantire la tutela del primario diritto alla salute. Infine, se le conclusioni cui si è giunti -cioè che azione inibitoria e misure idonee si fondono in un medesimo comando dal contenuto variamente modulabile in ragione delle esigenze contingenti- sono corrette, occorre allora respingere le tesi che attribuiscono a dette misure una funzione risarcitoria o

¹⁰¹ Cfr. CONTI R., *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 281/1998*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 396: "A sostegno di tale assunto (dell'unitarietà dell'azione) può ulteriormente notarsi che il comma 5 dell'art. 3, nell'individuare il procedimento di conciliazione fa riferimento *all'(unica) azione di cui al comma 1*, senza operare alcuna differenziazione fra i rimedi previsti nelle lett. *a)*, *b)* e *c)*, lasciando così intravedere l'intenzione del legislatore di inglobare nel contenuto <classico> dell'inibitoria anche le misure adottate in funzione repressiva-ripristinatoria"; cfr., inoltre, CONTI R., *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1279.

reintegratoria e non invece quella propria, integrativa del contenuto dell'inibitoria.

In particolare, infatti, alcuni autori argomentando dalla stessa lettera della legge che si riferisce, appunto, agli “effetti dannosi delle violazioni”, hanno sostenuto che il riferimento al profilo del danno legittimerebbe l'ingresso, tra le misure idonee, al risarcimento del danno, per lo meno di quello in forma specifica¹⁰².

Analoga questione si poneva, invero, già in relazione agli opportuni provvedimenti di cui all'art. 2599 cod. civ., tra i quali alcuni autori tendevano a ricomprendere anche le ipotesi di risarcimento del danno in forma specifica¹⁰³.

Tuttavia non solo, come più volte chiarito, la disciplina della concorrenza sleale non può in questa sede essere richiamata per analogia ma, soprattutto, la tesi di cui sopra urta inevitabilmente contro il dato legislativo laddove al risarcimento del danno è dedicata una norma apposita, l'art. 2600 cod. civ., del tutto svincolata dal precedente art. 2599 cod. civ., con ciò chiaramente dimostrando che altro sono gli opportuni provvedimenti, altro è il risarcimento del danno, e che quest'ultimo non può semplicemente ricomprendersi nei

¹⁰² Bisogna comunque segnalare che può essere “dubbio se la riparazione in natura possa o meno ascriversi alle forme della tutela risarcitoria o se invece sia in definitiva incompatibile, risolvendosi essa, in buona sostanza, in una misura a carattere restitutorio”, così DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 227. L'A., infatti, sostiene che la circostanza per la quale “la ricostituzione della situazione di fatto ha luogo pur sempre avendo riguardo all'accadimento dannoso, dovrebbe contribuire a distinguere questo rimedio da uno meramente ripristinatorio dello stato *quo ante*. Qui si tratta principalmente di rimuovere le conseguenze del fatto dannoso, e non anche semplicemente di rimettere le cose nella stessa situazione in cui si trovavano prima che il fatto dannoso si verificasse. Ma ciò premesso, è anche innegabile che tale rimedio è intrinsecamente diverso quanto a composizione e struttura, da quello risarcitorio.” *Contra*, però BIANCA C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 186: “il risarcimento del danno in forma specifica è pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto altrui.” E più oltre nel testo: “la forma specifica non costituisce quindi una forma eccezionale di risarcimento né una forma sussidiaria ma uno dei modi attraverso i quali in generale il danno può essere risarcito”.

¹⁰³ In particolare LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da GALGANO F., IV, Padova, 1981, p. 255: “gran parte dei rimedi ipotizzabili in base all'art. 2599 potrebbero direttamente fondarsi già sull'art. 2058 c. c.”; “la norma sui provvedimenti cosiddetti restitutori (*rectius* reintegrativi) dell'art. 2599 ha solo una limitata funzione di ampliamento delle misure già desumibili dall'art. 2058 ...e ciò ha un'importanza pratica, in quanto consente di richiamare, anche in materia di concorrenza sleale, il limite di ammissibilità della reintegrazione costituito dall'eccessiva onerosità della stessa”.

suddetti provvedimenti pena l'inutilità dell'esplicita e autonoma previsione di esso.

Per ciò che concerne il diritto dei consumi, e in relazione alla locuzione "effetti dannosi" non si può, poi, fare a meno di notare come detta espressione non possa assumere alcun logico significato se nel ragionamento intorno ad esso si adoperano le tradizionali categorie civilistiche: la locuzione "effetti dannosi" è impropria, laddove il danno costituisce l'effetto di una condotta illecita. In altri termini, l'effetto non potrà mai dirsi dannoso ma, diversamente, l'effetto è il danno.

Infine, ulteriori considerazioni portano ad escludere l'eventuale funzione risarcitoria delle misure in esame: in primo luogo, il fatto che la legge esplicitamente fa salva l'azione risarcitoria individuale con ciò architettando quel doppio binario di tutela di cui già si è parlato; in secondo luogo e soprattutto, il fatto che la legge finanziaria per il 2008 ha di recente introdotto nel codice del consumo l'art. 140 *bis*, il quale disciplina un'autonoma azione collettiva risarcitoria, svincolata -nei presupposti e nella procedura- da quella di tipo inibitorio disciplinata invece dall'art. 140. Da un lato, dunque, azione collettiva inibitoria nell'ambito della quale possono essere adottati provvedimenti di vario contenuto purché idonei ad assicurare l'effettività della tutela; dall'altro, azione collettiva risarcitoria destinata all'accertamento del diritto al risarcimento del danno patito in via collettiva dai consumatori e dagli utenti¹⁰⁴.

L'individuazione concreta delle misure idonee da parte del giudice troverebbe, dunque, limite nel titolo stesso dell'azione, la quale, se proposta ai sensi dell'art. 140, deve restare confinata nell'ambito inibitorio, quand'anche la pronuncia si risolva in un ordine di fare.

¹⁰⁴Sembra, dunque, positivamente risolta la difficoltà prospettata dalla dottrina consistente "nell'individuare e descrivere un danno che, trovando origine in un illecito di tipo collettivo, non sembra facilmente distinguibile dalla somma dei danni scaturenti dallo stesso illecito nelle sfere individuali dei singoli danneggiati", così ARMONE G., *La tutela collettiva. L'inibitoria*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, II, *Il mercato*, a cura di BOCCHINI F., Torino, 2003, p. 189.

Al riguardo, interessanti spunti di riflessione possono trarsi dalle pronunce emesse in materia di anatocismo bancario e di rimborso degli interessi indebitamente percepiti dalle banche.

In particolare, nel caso deciso dal Tribunale di Torino, con sentenza del 17 dicembre 2002¹⁰⁵, il Codacons agiva nei confronti dell'istituto bancario San Paolo Imi al fine di sentir dichiarare l'illegittimità del rifiuto da parte della banca di procedere al ricalcolo degli interessi anatocistici con conseguente inibitoria del relativo comportamento omissivo chiedendo, al contempo, quale misura idonea ad eliminare le conseguenze dannose dell'illecito, di ordinare alla banca di procedere al rimborso degli interessi sulla base del ricalcolo stesso.

Il Tribunale, in parziale accoglimento delle domande del Codacons, accerta e dichiara l'illegittimità del comportamento tenuto dalla banca ma respinge, tuttavia, la domanda di inibitoria e quella relativa al rimborso in quanto: "avendo ad oggetto l'inibizione di un comportamento omissivo della banca, si risolve, ovviamente, in una richiesta di condanna della stessa al rimborso delle somme indebitamente percepite".

La sentenza, portata all'esame del giudice di secondo grado, è stata riformata dalla Corte d'Appello di Torino con sentenza del 1 marzo 2005¹⁰⁶, la quale ha precisato che la domanda di accertamento dell'illiceità del comportamento tenuto dalla banca, avanzata dal Codacons, doveva ritenersi subordinata e dipendente dalla richiesta di inibitoria e, pertanto, essendo questa stata respinta nemmeno si sarebbe potuta pronunciare sentenza di mero accertamento della suddetta illiceità, posto che l'azione di mero accertamento non è contemplata nel dettato dell'art. 3 della legge n. 281, con il conseguente difetto di legittimazione attiva dell'associazione dei consumatori rispetto alla stessa domanda.

In particolare, la Corte di Appello ha confermato la circostanza che l'impossibilità di emettere sentenza inibitoria a contenuto positivo deriva in

¹⁰⁵ T. Torino 17 dicembre 2002, in *Contratti*, 2003, p. 999.

¹⁰⁶ C. A. Torino 1 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1121 ss., con nota di NIVARRA L., *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, p. 1127 ss.

primo luogo dal fatto che questa, nel caso di specie, si sarebbe inevitabilmente tradotta nella condanna al rimborso spettante ai singoli consumatori, ammissibile soltanto ove avanzata dal singolo danneggiato.

Analoghe considerazioni vengono svolte anche dal Tribunale di Milano nella sentenza del 15 settembre 2004¹⁰⁷ resa all'esito di giudizio instaurato dal medesimo Codacons nei confronti della Banca Popolare di Milano sempre in tema di rimborso degli interessi anatocistici. Sebbene, infatti, il Tribunale affermi la possibilità di emettere pronuncia di accertamento dell'illiceità del comportamento tenuto dalla banca con conseguente inibitoria della prosecuzione del comportamento omissivo, non ritiene, tuttavia, di poter validamente disporre in ordine alla richiesta di adozione di misure idonee in quanto queste sarebbero consistite in richieste di risarcimento danni non consentite nel giudizio collettivo instaurato ai sensi dell'art. 140.

Si potrebbe allora concludere che l'eventuale contenuto positivo del comando inibitorio, realizzato anche attraverso l'adozione di misure idonee ad attuare la condanna, trovi comunque un limite ultimo nell'impossibilità di attribuire a queste funzione propriamente risarcitoria¹⁰⁸. In altri termini, sebbene il contenuto della pronuncia emessa ai sensi dell'art. 140 cod. cons. possa essere variamente formulato, questo deve restare circoscritto pur sempre nell'ambito propriamente inibitorio.

Alle misure idonee, in conclusione, si ritiene di poter attribuire l'unica, ma importantissima, funzione di integrazione del contenuto del comando inibitorio; esse servono ad assicurare la tutela effettiva del consumatore, nel senso di garantire l'esecuzione del comando giudiziale.

¹⁰⁷ T. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3481.

¹⁰⁸ La domanda risarcitoria potrà essere avanzata solo in sede di giudizio individuale ovvero di giudizio instaurato *ex art. 140 bis*, ma non anche in ipotesi di applicazione dell'art. 140 che rimane comunque limitato ad una pronuncia di tipo esclusivamente inibitorio.

II. 5 Segue; sul momento dell'adozione delle misure idonee e sul potere del giudice in ordine alla loro concreta individuazione

Venendo a trattare, infine, del momento dell'adozione delle misure idonee, si intende ora affrontare le questioni circa la possibilità di avanzare la relativa domanda in sede di giudizio cautelare ovvero, addirittura, in via autonoma, indipendentemente, cioè, dalla domanda inibitoria principale tanto cautelare quanto ordinaria.

Il dibattito, sollevato dalla dottrina intorno a detti problemi applicativi, trae origine dalla formulazione letterale di alcune norme e può trovare soluzione, dunque, solo all'esito e per effetto di una loro corretta interpretazione.

Ci si riferisce, in particolare, e come già anticipato, alla locuzione "violazioni accertate" di cui alla lett. *b*) dell'art. 3 della legge del 1998 (ora lett. *b*) art. 140 cod. cons.), nonché al dettato del comma 6 del medesimo articolo (ora comma 8 dell'art. 140 cod. cons.) il quale, nel disporre che in caso di "giusti motivi d'urgenza" l'azione si svolge a norma degli artt. 669 *bis* ss. cod. proc. civ. relativi ai procedimenti cautelari, si riferisce alla sola azione inibitoria senza specificare se detto rinvio debba intendersi all'intero comma 1 dell'art. 3 della citata legge –comprensivo, dunque, delle misure idonee e della pubblicazione– oppure all'azione inibitoria di cui alla sola lett. *a*) del medesimo articolo¹⁰⁹.

La questione, tuttavia, sembra di agevole soluzione laddove si rifletta sul fatto che il richiamo al procedimento cautelare uniforme di cui al codice di procedura civile, comprendendo anche l'art. 669 *duodecies*, legittima il giudice a prevedere e disporre le modalità di attuazione del provvedimento inibitorio

¹⁰⁹Più in particolare, il comma 6 dell'art. 3 dispone che: "nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli 669 *bis* e seguenti del codice di procedura civile". Tralasciando di trattare in questa sede la questione relativa al significato da attribuire ai "giusti motivi di urgenza" in relazione alla diversa e più comune formulazione di cui all'art. 700 cod. proc. civ. ("pregiudizio grave e irreparabile"), si intende piuttosto porre l'accento sulla diversa formulazione dell'attuale comma 8 dell'art. 140 cod. cons., il quale opera un rinvio non già genericamente agli artt. 669 *bis* e seguenti, tale quindi che si possano intendere richiamate le norme dell'intero capo III del libro IV del cod. proc. civ. (artt. da 669 *bis* a 700 cod. proc. civ.), bensì specificatamente ai soli articoli da 669 *bis* a 669 *quaterdecies*, così escludendo ogni possibilità di ritenere compreso nel rinvio di che trattasi l'art. 700 cod. proc. civ.

emanato in via urgente, a prescindere dall'applicabilità della stessa lettera *b*) dell'art. 140 cod. cons.

In altri termini, la soluzione è già nel codice di rito a norma del quale deve svolgersi il giudizio d'urgenza, e non piuttosto nel rapporto tra il comma 8 dell'art. 140 e il comma 1 lett. *b*).

Inoltre, quella dottrina¹¹⁰ che intende il riferimento all'avvenuto accertamento della violazione come un limite alla possibilità di adottare misure idonee in sede cautelare, estende detto limite anche in relazione alla misura della pubblicazione del provvedimento di cui alla lett. *c*) dell'art. 140.

Al riguardo, tuttavia, può obiettarsi, in primo luogo, che appare improprio assoggettare a detto limite sia le misure idonee sia la pubblicazione del provvedimento e ciò perché –quantomeno sotto il vigore della legge del 1998, periodo a cui si riferisce la citata dottrina- solo in riferimento alle prime, e non anche alla seconda, la legge esplicitamente richiamava l'accertamento della violazione; in secondo luogo, perché l'art. 1469 *sexies* cod. civ. –ricordiamo, non abrogato dalla legge del 1998- era formulato in modo tale da poter considerare la pubblicazione quale provvedimento adottabile indifferentemente sia in sede di cognizione ordinaria sia sommaria¹¹¹.

Dette considerazioni potrebbero, invero, apparire non più valide sotto il vigente codice del consumo il quale, come già chiarito, utilizza una formula analoga sia per le misure idonee sia per la pubblicazione, entrambe ancorate all'accertamento della violazione. Ciò non toglie, tuttavia, che in coerenza con quanto precedentemente sostenuto in relazione alla funzione svolta dalle misure idonee nel senso, cioè, di concorrere ad integrare il contenuto dell'inibitoria ai fini della effettiva tutela del consumatore, si possa ritenere che

¹¹⁰ Cfr., COLAGRANDE R., *Op. ult. cit.*, p. 737.

¹¹¹ In particolare l'art. 1469 *sexies* era così formulato: un primo comma relativo all'inibitoria definitiva, un secondo comma relativo a quella cautelare e, infine, un terzo comma relativo alla pubblicazione. Se detto ultimo provvedimento si fosse ritenuto esperibile nel solo giudizio di merito, meglio avrebbe fatto il legislatore a disciplinarlo nel secondo comma, prima dunque dell'inibitoria cautelare, perché altrimenti facendo –posto cioè a chiusura della norma- esso appare ben riferibile ad entrambe le azioni. D'altra parte, infatti, nessun dubbio hanno mostrato i giudici allorquando nel caso deciso con ordinanza del Tribunale di Torino del 3 Ottobre 2000 hanno disposto in via cautelare la pubblicazione del relativo provvedimento (sebbene, tuttavia, la pubblicazione venne disposta quale “misura idonea” con ciò generando quella confusione di cui si è detto nel paragrafo 4 del presente capitolo).

la pubblicazione partecipi della medesima funzione e che, pertanto, come le misure idonee anch'essa possa essere validamente disposta in via cautelare¹¹².

Altra parte della dottrina, pur considerando l'inibitoria cautelare quale "misura tipica" rispetto al "provvedimento innominato d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.", ha ritenuto che allorquando fossero ravvisabili i più rigidi presupposti applicativi di quest'ultimo vi si potesse far ricorso proprio al fine di "utilizzarlo per eventuali misure complementari esigibili nell'immediatezza onde eliminare gli effetti dannosi della violazione"¹¹³. In altre parole, sebbene l'azione inibitoria cautelare sia basata su presupposti diversi ("giusti motivi di urgenza") e non identificabili con quelli propri del rimedio di cui all'art. 700 cod. proc. civ. ("grave ed irreparabile pregiudizio") allorquando fossero altresì presenti detti ultimi requisiti sarebbe possibile adottare in via d'urgenza oltre l'inibitoria tipica anche le misure atipiche che "appaiono secondo le circostanze più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

Nel caso, infatti, deciso con ordinanza dal Tribunale di Torino nel 2002 tra Altroconsumo e Fiat Auto s.p.a., il giudice ha condannato in via cautelare quest'ultima non solo all'inibitoria dell'attività lesiva del diritto alla salute dei consumatori ma, proprio al fine di una loro tutela effettiva, a porre in essere una campagna informativa di richiamo delle autovetture difettose. Orbene, la condanna a tale ultimo *facere* ulteriore, quand'anche non la si voglia ritenere strumentale al contenuto positivo che sia l'inibitoria definitiva sia quella cautelare possono avere, troverebbe fondamento nella ricorrenza, nel caso in esame, del grave e irreparabile pregiudizio al fondamentale diritto alla salute patito dai possessori delle auto difettose¹¹⁴.

¹¹² Sul punto, tuttavia, si rimanda a quanto verrà detto oltre nel capitolo relativo alla pubblicazione del provvedimento.

¹¹³ Così SCUFFI M., *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 154.

¹¹⁴ "sul piano sistematico sembra preferibile escludere che una tutela conseguibile nel merito non possa essere anticipata, se non altro allorché sussistano i presupposti di cui all'art. 700 cod. proc. civ., più restrittivi di quelli di cui all'art. 3, comma VI della legge n. 281, ma senz'altro soddisfatti nel caso risolto dall'ordinanza in commento, ove si prospettano pregiudizi alla salute come tali non reversibili", così GIUSSANI A., *I torti della Fiat verso i consumatori: la giustizia civile richiama le Dedra difettose*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 83. Secondo l'A.,

Resta, inoltre, da notare che quand'anche non ricorressero i presupposti di cui all'art. 700 cod. proc. civ., resterebbe comunque applicabile –come già chiarito- in caso di inibitoria cautelare, l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. cui esplicitamente rimanda l'art. 3, comma 6, della legge del 1998, con la conseguenza che spetterebbe pur sempre al giudice cautelare un potere generale di controllare l'attuazione dell'obbligo di fare, o di non fare nonché di determinarne le concrete modalità di attuazione¹¹⁵.

In conclusione, l'adozione delle misure idonee in sede cautelare sarebbe consentita proprio dalla lettera della legge la quale, rinviando alle norme processuali sui procedimenti cautelari, esplicitamente contempla l'art. 669 *duodecies* cod. proc. civ.

Da ultimo, la locuzione “violazioni accertate” è stata interpretata nel senso di consentire l'adozione delle misure di cui si sta trattando indipendentemente dalla pronuncia inibitoria sulla base, cioè, del mero accertamento dell'illiceità della condotta del professionista¹¹⁶.

La questione relativa alla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori per l'accertamento mero dell'illegittimità di un determinato comportamento lesivo degli interessi collettivi, come già anticipato, è stata affrontata dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Torino; quest'ultima, aveva escluso siffatta possibilità in considerazione del fatto che l'azione di accertamento non è contemplata nel dettato dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998 (art. 140 cod. cons.).

inoltre, “ai fini dell'effettività della tutela degli interessi collettivi dei consumatori occorre affermare la diretta coercibilità (in via di esecuzione forzata quando si tratti di provvedimento nel merito; in via di attuazione *ex* art. 669 *duodecies* cod. proc. civ. quando si tratti di provvedimento cautelare) di tutte quelle componenti dell'obbligo di fare o non fare gravante sulla controparte di cui possa ravvisarsi la fungibilità”.

¹¹⁵ Peraltro, come anticipato alla nota n. 109, posto che l'attuale comma 8 dell'art. 140 del cod. cons. limita il rinvio agli artt. da 669 *bis* a *quaterdecies* (e non già genericamente agli artt. 669 *bis* e ss.), si deve ritenere –e sempre che non si acceda alla tesi della funzione integrativa svolta dalle misure idonee in relazione al contenuto dell'inibitoria sia definitiva sia cautelare- che il ricorso all'applicazione dell'art. 669 *duodecies* sia l'unica strada utile a consentire l'adozione di misure idonee in sede cautelare; non potendo, invece, più trovare fondamento la tesi che si rifaceva alla ricorrenza dei presupposti e conseguentemente alla applicabilità dell'art. 700 cod. proc. civ. essendo quest'ultimo non più richiamato, neppure implicitamente, nel dettato legislativo.

¹¹⁶ Cfr., CONTI R., *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1275 ss.

Di recente, tuttavia, il Tribunale di Palermo, con sentenza del 22 giugno 2006¹¹⁷, ha affermato che non sussiste ostacolo a che un'associazione dei consumatori agisca al fine di ottenere il mero accertamento dell'illiceità di una condotta. Da tale pronuncia parte della dottrina ha ricavato la conclusione che le misure idonee siano una forma di tutela autonoma rispetto all'azione inibitoria, nel senso di poter essere disposte sulla base del mero accertamento della violazione, a prescindere dalla inibitoria della violazione stessa. Può obiettarsi, tuttavia, che a ben vedere, la sentenza non sostiene la generale possibilità di agire per l'accertamento mero bensì, diversamente, afferma che nell'ottica inibitoria è possibile procedere alla valutazione dell'illiceità del comportamento¹¹⁸. Sostenere, dunque, che le misure idonee possano essere disposte a seguito del solo accertamento delle violazioni e non invece in conseguenza della pronuncia inibitoria e quali modalità di attuazione di questa, sembra conclusione che va oltre l'intenzione dei giudici di merito atteso che, nella pronuncia esaminata, si afferma semplicemente che l'accertamento della violazione costituisce un mero antecedente logico giuridico rispetto alla richiesta di inibitoria.

¹¹⁷ T. Palermo, 22 giugno 2006, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1268 ss., con nota di CONTI R., *Op. ult. cit.*, p. 1275 ss.

¹¹⁸ In particolare si legge nella citata sentenza: “pur dovendosi ritenere che il diritto al risarcimento rimane un diritto individuale, imputabile a ciascuno dei consumatori danneggiati dalla condotta plurioffensiva dichiarata *contra legem* la previsione di cui alla richiamata norma circa il diritto dei consumatori alla garanzia della “correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi”, diritto tutelabile ad opera della associazione dei consumatori che possono chiedere, ai sensi del citato art. 3, l'inibizione di “comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori” nonché “l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”, induce a ritenere che possa certamente procedersi in questa sede alla valutazione della liceità del comportamento posto in essere dalla banca convenuta”.

III - LA PUBBLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO

III.1 La previsione di legge e le questioni

Tra i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 140 cod. cons., le associazioni dei consumatori possono richiedere al tribunale vi è la misura della pubblicazione della sentenza; in particolare, la lettera *c)* del citato articolo prevede che la pubblicazione può venire richiesta dall'associazione ed essere concessa dal giudice nei casi in cui la stessa può contribuire ad eliminare o correggere gli effetti delle violazioni accertate.

Di immediata evidenza è la somiglianza con il dettato della precedente lettera *b)* del medesimo articolo; purtuttavia, si possono notare almeno due differenze le quali, lungi dall'essere meramente linguistiche, valgono a distinguere la pubblicazione del provvedimento da tutte le altre misure idonee adottabili *sub* lettera *b)*¹¹⁹. In primo luogo nella norma in commento si fa riferimento alle ipotesi in cui la pubblicazione sia in grado di "contribuire" a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni, a differenza delle misure di per se stesse idonee a correggere in via immediata gli effetti dannosi del comportamento anti giuridico. In secondo luogo, scompare, con riguardo alla pubblicazione, il riferimento al profilo del danno, o meglio della dannosità degli effetti che la pubblicazione dovrebbe contribuire a eliminare¹²⁰.

La diversa formulazione letterale delle previsioni *sub* lett. *b)* e *c)* dovrebbe condurre a ritenere che i relativi provvedimenti siano espressione di fattispecie distinte tra loro non riconducibili ad un unico *genus*. In altri termini, sebbene si potrebbe sostenere che la pubblicazione altro non sia che una delle possibili

¹¹⁹ Si ricordi, inoltre, che la pubblicazione è altresì prevista e disciplinata nell'art. 37 cod. cons. in materia di clausole vessatorie il quale, da un lato, come può volte chiarito, trova applicazione nella sola ipotesi di azione promossa dalle associazioni dei professionisti o dalle camere di commercio, nei confronti di altri professionisti; dall'altro, dispone che "il giudice può ordinare la pubblicazione su uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale", senza operare nessun riferimento alla funzione che la pubblicazione stessa dovrebbe svolgere. Sul punto si veda quanto già argomentato alla nota n. 79 nonché quanto più oltre nel testo.

¹²⁰ Sul concetto e l'interpretazione della locuzione "effetti dannosi" si rimanda in precedenza alla p. 53 ss.

misure idonee di cui alla lettera *b*) e che, pertanto, la relativa previsione sia meramente esemplificativa di quest'ultima¹²¹, si ritiene, per le ragioni che verranno di seguito illustrate, che essa sia piuttosto un provvedimento autonomo e come tale concorrente con le diverse misure idonee, ai fini dell'esecuzione del comando inibitorio in vista del raggiungimento della tutela effettiva del consumatore.

Per poter svolgere l'indagine intorno all'ordine di pubblicazione del provvedimento inibitorio, al fine di avanzare ipotesi conclusive sulla natura e sulla funzione da questo svolta nell'ambito della tutela del consumatore, occorre in via preliminare esaminare le ipotesi di pubblicazione della sentenza di cui al codice civile e al codice di procedura civile.

La pubblicazione della sentenza è tipicamente prevista nel codice civile in due casi di cui, l'uno, all'art. 7, comma 2, in materia di tutela del diritto al nome e l'altro, all'art. 2600, comma 2, in materia di concorrenza sleale: essa è inoltre disciplinata in via generale dall'art. 120 cod. proc. civ. che la consente ogni qual volta possa contribuire a riparare il danno. Il riferimento al profilo del danno, in detta ultima norma –di portata generale–, solleva per lo meno due questioni: la funzione esclusivamente risarcitoria in forma specifica della pubblicazione e la sua conseguente adottabilità nelle sole ipotesi di ricorrenza degli elementi propri della responsabilità civile¹²².

¹²¹ Cfr., in proposito CAMERO R.-DELLA VALLE S., *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 156: “infine viene operata una tipizzazione *ex lege* tra quelle misure idonee di tipo risarcitorio, prevedendo espressamente, alla lett. *c*), la pubblicazione della decisione su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale, senza dubbio una forma di risarcimento in forma specifica, la cui appartenenza per genere alle <misure> di cui alla lett. *b*) viene confermata dalla utilizzazione anche per l'adozione della misura della pubblicazione del medesimo limite/parametro applicativo: l'idoneità della misura alla correzione o eliminazione degli effetti dannosi”.

¹²² La pubblicazione della sentenza, secondo la dottrina tradizionale, è infatti configurata quale strumento di risarcimento del danno in forma specifica. Cfr., in proposito, SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 201 ss. ove l'A. distingue nettamente il fenomeno della reintegrazione del diritto dal diverso fenomeno del risarcimento del danno, il quale può assumere la forma dell'equivalente monetario ovvero della riparazione in natura. Sono espressione del primo fenomeno gli opportuni provvedimenti di cui all'art. 2599 cod. civ., mentre è espressione del secondo la pubblicazione della sentenza di cui al successivo art. 2600 cod. civ. Sull'applicabilità della forma specifica di risarcimento anche alle ipotesi di inadempimento contrattuale cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile*, V, *La Responsabilità*, Milano, 1994.

In particolare, occorre ricordare che mentre nell'art. 7, comma 2 cod. civ. la pubblicazione è direttamente connessa alla sentenza inibitoria emessa a tutela del diritto assoluto al nome¹²³, in materia di concorrenza sleale essa è disciplinata in stretta correlazione non già con l'azione inibitoria –di cui al precedente art. 2599 cod. civ.- bensì con la successiva ed eventuale azione risarcitoria¹²⁴; in tale ultimo caso essa, dunque, concorre nella riparazione del danno eventualmente causato dall'illecito concorrenziale, quale strumento di risarcimento in forma specifica¹²⁵.

La pubblicazione della sentenza è altresì prevista in materia di diritto d'autore e in materia di proprietà industriale, rispettivamente agli artt. 166 della l. 633 del 1941 e 126 del d. lgs. 30 del 2005 recante il codice della proprietà industriale. Nel primo caso essa è disciplinata in una norma autonoma nella quale non si fa nessun riferimento alla funzione che la pubblicazione è chiamata a svolgere¹²⁶; nel secondo caso, la disposizione sistematica delle norme -l'art. 126 segue la norma sul risarcimento del danno- sembrerebbe subordinare l'ordine di pubblicazione alla ricorrenza dei presupposti dell'azione risarcitoria. Tuttavia, l'art. 126 si riferisce espressamente alla “pubblicazione della sentenza che

¹²³ In questo caso, dunque, stando alla distinzione operata da SCOGNAMIGLIO R., *Op. cit.*, tra reintegrazione del diritto e risarcimento del danno in forma specifica, essa dovrebbe avere funzione propriamente reintegratoria essendo funzionalmente collegata alla mera presenza dell'illecito e non anche alla presenza di danni risarcibili.

¹²⁴ L'art. 2600 cod. civ., rubricato per l'appunto <Risarcimento del danno>, dispone al primo comma che “se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni” mentre, al secondo comma specifica che solo in tali ipotesi il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento. L'inciso <in tali ipotesi> con cui si apre il secondo comma sembra, dunque, senza dubbio configurare la pubblicazione quale provvedimento accessorio alla sola pronuncia di risarcimento e non anche a quella inibitoria.

¹²⁵ Stando dunque alla lettera della legge, l'ordine di pubblicazione previsto in materia di concorrenza sleale non sarebbe in alcun modo assimilabile al provvedimento di cui al codice del consumo ove, come anticipato, scompare del tutto qualsiasi riferimento al profilo del danno. In particolare, occorre notare come nel diritto dei consumi siano le misure idonee, e non la pubblicazione, ad essere in qualche modo collegate alla rimozione degli effetti dannosi causati dall'illecito; mentre, nella concorrenza sleale avviene esattamente il contrario: da un lato, gli opportuni provvedimenti funzionali all'esecuzione dell'inibitoria, dall'altro la pubblicazione del provvedimento funzionale al risarcimento. Si ricordi tuttavia, che in ossequio a quanto sostenuto nel capitolo precedente, la funzione risarcitoria delle misure idonee in materia di diritto dei consumi è puramente eventuale e comunque sempre e solo concorrente con la principale funzione integrativa del contenuto dell'inibitoria.

¹²⁶ L'art. 166 recita, infatti: “sull'istanza della parte interessata, o di ufficio, il giudice può ordinare che la sentenza venga pubblicata per la sola parte dispositiva in uno o più giornali ed anche ripetutamente a spese della parte soccombente”.

accerta la violazione dei diritti di proprietà industriale” non già –e non solo– alla sentenza che condanna al risarcimento.

Infine, la misura della pubblicazione della sentenza è stata introdotta nel codice civile nel 1996 con l’art. 1469 *sexies* in relazione alle azioni inibitorie collettive delle associazioni dei consumatori e da ultimo è stata prevista dall’art. 3 della legge n. 281 del 1998 a tutela dei diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti¹²⁷. Dette due ultime previsioni sono poi confluite nel codice del consumo agli artt. 37 e 140 conservando le differenze applicative cui si è già accennato in precedenza.

III.2 La funzione della pubblicazione della sentenza nella concorrenza sleale

La pubblicazione della sentenza che accerta gli atti di concorrenza sleale è prevista e disciplinata dall’art. 2600, comma 2, cod. civ. relativo al risarcimento del danno. Come anticipato, la formulazione letterale della norma circoscrive l’operatività di detto istituto alle sole ipotesi di ricorrenza dei requisiti propri del risarcimento: comportamento doloso o colposo che sia causa immediata e diretta di un danno ingiusto. Per tale considerazione¹²⁸, dunque, la maggior parte della dottrina tradizionale attribuisce alla pubblicazione della sentenza in materia di concorrenza sleale la principale e unica funzione risarcitoria¹²⁹, ossia quale mezzo di risarcimento del danno in forma specifica¹³⁰.

¹²⁷ Qualche considerazione si potrebbe svolgere intorno alla circostanza che, essendovi tra i diritti fondamentali, riconosciuti con siffatta legge, esplicita menzione del diritto all’informazione e ad una corretta pubblicità, la pubblicazione della sentenza svolga nel sistema della legge in questione una funzione oltre che reintegratoria o risarcitoria anche e soprattutto un funzione propriamente informativa del pubblico dei consumatori.

¹²⁸ Alla quale è da aggiungere anche quella derivante dalla previsione generale della pubblicazione della sentenza di merito di cui all’art. 120 cod. proc. civ. che espressamente ne limita la portata ai soli casi in cui possa “contribuire a riparare il danno”.

¹²⁹ Cfr., in proposito MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da GROSSO G.-SANTORO PASSARELLI F., VI, Milano, 1961, p. 43; GHIDINI G., *La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. Cod. Civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 346; FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1998, p. 165.

¹³⁰ Sulla riconducibilità del risarcimento in forma specifica, in rapporto di *genus a species*, ad un’unica categoria logico giuridico basata sul centrale concetto di danno si veda

In particolare alcuni autori¹³¹ operano, in materia di concorrenza sleale, la distinzione tra provvedimenti di carattere restitutorio (o ripristinatorio), adottabili ai sensi dell'art. 2599 in quanto opportuni ad eliminare gli effetti perduranti della condotta anticoncorrenziale accertata, e provvedimenti di carattere risarcitorio adottabili ai sensi dell'art. 2600 che disciplina, in via esemplificativa, lo strumento della pubblicazione della sentenza¹³². Ne consegue, pertanto, che i primi –i quali consistono variamente in ordini di rimozione o distruzione delle cose materiali servite a realizzare l'atto sleale o in adozione di varianti ai prodotti o alla loro presentazione e così via- sono adottabili indipendentemente dalla ricorrenza del requisito soggettivo, essendo accessori alla sentenza inibitoria, nel senso di contribuire a garantirne l'esecuzione attraverso l'imposizione di obblighi di fare fungibili accanto e oltre all'obbligo di cessazione del comportamento anti giuridico¹³³; mentre i secondi, sono adottabili solo in presenza dei presupposti propri del risarcimento del danno, del quale ne costituiscono una riparazione specifica¹³⁴.

SCOGNAMIGLIO R., *Op. ult. cit.*, nonché BIANCA C. M., *Op. cit.*, p. 188: “la forma specifica non costituisce quindi una forma eccezionale di risarcimento né una forma sussidiaria ma uno dei modi attraverso i quali in generale il danno può essere risarcito”. L'A. tuttavia riconduce nell'ambito della categoria del risarcimento in forma specifica tutti i rimedi previsti contro la concorrenza sleale (sia, dunque, quelli adottabili *ex art.* 2599, sia quelli adottabili *ex art.* 2600, comma 2) senza distinguere tra rimedi atti a reintegrare la violazione e rimedi diretti a riparare il danno eventualmente conseguito a quella violazione. Sul dibattito relativo alla collocazione sistematica della forma di riparazione del danno in natura, si veda per tutti DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 228 ss.

¹³¹ Cfr., GHIDINI G., *La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. Cod. Civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 329 ss.

¹³² Cfr., GHIDINI G., *Op. ult. cit.*, p. 333 ss. e, in particolare, p. 346: “Corollario delle affermazioni esposte è l'affermazione che il provvedimento di pubblicazione della sentenza, di cui al medesimo art. 2600, non costituisce che *uno dei possibili* tipi di risarcimento in forma specifica il quale è stato fatto oggetto di espressa previsione legislativa *soltanto* per la sua particolare importanza in materia di concorrenza sleale” (il corsivo è dell'A.).

¹³³ Cfr., in proposito le considerazioni svolte al capitolo che precede.

¹³⁴ Con riguardo alla pubblicazione GHIDINI G., *Op. ult. cit.*, p. 334, opportunamente distingue: “la pubblicazione della sentenza che accerta atti di denigrazione costituisce risarcimento in forma specifica; la pubblicazione di una smentita, invece, rappresenta un provvedimento restitutorio. Ancora, natura risarcitoria (in caso, ad es., di imitazione servile) ha il provvedimento di assegnazione; natura restitutoria ha l'ordine di ritiro dal commercio delle imitazioni o quello che ne condiziona il mantenimento in commercio all'apporto di modificazioni idonee a eliminare la confondibilità”.

Tuttavia alcuni autori¹³⁵, osservando come, di fatto, la pubblicazione di una sentenza viene ordinata “soltanto se l’atto di concorrenza sleale si è esplicato *in modo tale da avere influenza sul pubblico*” riconoscono che questa misura assolve contemporaneamente -e necessariamente- sia ad una funzione risarcitoria sia ad una funzione di rimozione, la quale “lungi dal rimanere confinata su di un piano di mero <fatto>, assurge a rilevante criterio di interpretazione”.

Ne deriva che la pubblicazione sia da configurarsi come “provvedimento <autonomo> dotato di *presupposti caratteristici* (che potrebbero poi, in ipotesi, essere *tutti i presupposti* dei provvedimenti <risarcitori> e di <rimozione> sommati insieme)” che assolve ad una funzione <ambivalente>: “come strumento di *risarcimento del danno in forma specifica* ove il danno esista o sia comunque probabile, e di *rimozione* nei confronti della sussistenza di una fonte permanente di danno, che consiste in una cattiva informazione del pubblico, dalla quale possono derivare distorsioni nel corretto gioco della concorrenza”¹³⁶.

Più di recente, infine, si è giunti a sostenere un’interpretazione sostanzialmente abrogatrice del dettato dell’art. 2600, comma 2, ritenendosi la pubblicazione già implicitamente ricompresa tra gli opportuni provvedimenti di cui all’art. 2599¹³⁷. Lo strumento della pubblicazione, dunque, sarebbe adottabile a prescindere non solo dalla ricorrenza dell’elemento soggettivo ma anche dalla prova della sussistenza del danno e del suo ammontare¹³⁸.

¹³⁵ Cfr., JAEGER P. G., *La pubblicazione della sentenza come sanzione della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, p. 209 ss.

¹³⁶ Così JAEGER P. G., *Op. ult. cit.*, p. 220- 221.

¹³⁷ Cfr., in tal senso LIBERTINI M., *Azioni e sanzione nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da GALGANO F., IV, Padova, 1981, p. 260: “si tratta di soluzione più opportuna, giacché la pubblicazione della sentenza, tendendo ad eliminare, nell’opinione pubblica, l’effetto creato dall’illecita alterazione delle condizioni di mercato, si presenta come una tipica misura di reazione del danno concorrenziale; rispetto al danno patrimoniale essa ha una funzione eventuale e limitata e più che altro preventiva”. L’A. tuttavia afferma che le misure di cui all’art. 2599 “hanno solo un limitata funzione di ampliamento delle misure già desumibili dall’art. 2058” con ciò confondendo i provvedimenti reintegratori dai provvedimenti risarcitori e finendo di fatto per riconoscere la funzione risarcitoria non solo della pubblicazione ma anche di tutti gli altri opportuni provvedimenti.

¹³⁸ Quest’ultimo indirizzo muove dalla peculiare fisionomia del danno concorrenziale; posto che l’illecito concorrenziale non si esaurisce *uno actu* e che anche quando ne viene inibita la continuazione, le sue conseguenze dannose sono suscettibili di continuare a prodursi nel futuro,

In conclusione, sembra corretto, al fine di individuare la funzione svolta dalla pubblicazione, muovere dall'analisi del dato empirico. Non può, infatti, negarsi che la pubblicazione abbia in primo luogo impatto sull'opinione pubblica contribuendo a garantire l'informazione dei consociati in ordine alla lealtà dell'azione imprenditoriale. Da un lato essa, dunque, può servire a ripristinare la situazione antecedente alla commissione dell'illecito, assumendo veste reintegratoria e/o risarcitoria, dall'altro mira a correggere l'opinione pubblica e, di riflesso, ad indurre l'imprenditore all'esercizio leale e corretto dell'attività di impresa. Le molteplici ragioni di opportunità che determinano il giudice all'esercizio del suo potere discrezionale si traducono in una natura necessariamente <mista> della pubblicazione che contemporaneamente –e non potrebbe essere altrimenti- assolve ad una pluralità di funzioni.

III.3 La pubblicazione della sentenza inibitoria

Se nella concorrenza sleale la pubblicazione della sentenza è prevista in conseguenza della pronuncia sul risarcimento dei danni, occorre tuttavia notare come più spesso la pubblicazione sia piuttosto disciplinata quale provvedimento che accede direttamente alla sentenza di tipo inibitorio.

In materia di diritto al nome, ad esempio, la formulazione letterale dell'art. 7 cod. civ. consente all'interprete di ritenere applicabile il provvedimento della pubblicazione a prescindere dalla condanna al risarcimento, *rectius* “salvo il risarcimento dei danni”. La norma, infatti, semplicemente dispone che: “l'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali” senza circoscrivere l'applicabilità di detto rimedio a quei soli casi in cui la pubblicazione possa contribuire a riparare i danni¹³⁹.

il danno concorrenziale è per sua natura difficilmente dimostrabile e quantificabile e, pertanto, si deve ammettere la pubblicazione della sentenza come forma specifica di risarcimento del tipico danno concorrenziale anche in assenza della rigorosa prova della sua sussistenza.

¹³⁹ La norma di cui all'art. 7 cod. civ. appare di natura speciale rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 120 cod. proc. civ., alla quale quindi non potrà farsi riferimento, in via interpretativa, nell'applicazione del medesimo art. 7 cod. civ.

In altri termini, la norma in esame rimette alla piena discrezionalità del giudice la facoltà di ordinare la pubblicazione della sentenza, senza indicare all'interprete alcun criterio di valutazione in ordine all'opportunità di un tale provvedimento. In questo caso, la pubblicazione della sentenza in quanto espressamente svincolata dal risarcimento dei danni dovrebbe, dunque, svolgere l'esclusiva funzione reintegratoria, nel senso di concorrere a rafforzare il comando inibitorio contenuto nella sentenza di condanna, attraverso la diffusione tra i consociati del contenuto di questa¹⁴⁰. In particolare, poi, trattandosi di condanna ad un comportamento negativo - astenersi dal ledere l'altrui diritto- la pubblicazione della relativa sentenza non solo garantisce la reintegrazione del diritto attraverso, ad esempio, la divulgazione della smentita, ma anche dissuade il responsabile dal reiterare la condotta illecita così garantendo l'esecuzione dell'ordine di non fare.

Parrebbe dunque corretto sostenere che, ogni qual volta la pubblicazione della sentenza sia prevista come accessoria alla pronuncia di cessazione di un determinato comportamento illecito, essa abbia non soltanto il ruolo di ripristinare lo *status quo ante* ma anche di coartare indirettamente la volontà del responsabile all'adempimento del comando inibitorio. Detta funzione,

¹⁴⁰ L'azione inibitoria mira, per sua stessa natura, alla reintegrazione del diritto, nel senso di far cessare o, addirittura, prevenire l'illecito; proprio in ragione di detta sua immanente funzione – consistente, in definitiva, nella riaffermazione sul piano processuale del medesimo precetto sostanziale- si è a lungo ritenuto che la sentenza che pronuncia sull'inibitoria sia di mero accertamento e non di condanna. Inoltre, la classificazione dell'inibitoria tra le sentenze di condanna trovava un netto ostacolo nella affermata necessaria correlazione -per aversi sentenza di condanna in senso proprio- tra condanna ed esecuzione forzata di essa: essendo il comando di non fare ineseguibile coattivamente, la sentenza che lo contiene non poteva dirsi di condanna. Tuttavia, si ammetteva la possibilità di considerare quale condanna non soltanto la sentenza la quale viene assistita dall'esecuzione forzata vera e propria ma anche quella il cui adempimento viene garantito attraverso il ricorso all'adozione di misure che indirettamente agiscono sulla volontà del condannato coartandolo all'adempimento del comando negativo. Dette misure, tuttavia, lungi dall'essere disciplinate, nell'ordinamento italiano, in via generale trovavano spazio solo nella materia del diritto industriale e nel diritto d'autore. Deve ritenersi, allora, che nel sistema del codice civile, mancando la possibilità di adottare misure del genere, l'adempimento della condanna negativa era rimesso all'esclusiva volontaria esecuzione di esso da parte dell'obbligato. In questo senso, dunque, può sostenersi che prima dell'introduzione, nel diritto dei consumi, delle misure di coercizione indiretta, l'unico strumento che potesse indirettamente coartare la volontà dell'obbligato a conformarsi alla pronuncia inibitoria fosse appunto la pubblicazione della sentenza, la quale assolveva, pertanto, la principale funzione compulsoria. Sull'eventualità che, a seguito dell'introduzione delle misure di coercizione indiretta nel codice del consumo, la pubblicazione abbia mutato natura e funzione, si veda quanto più oltre nel testo.

definita compulsoria, appare allora tanto più incisiva proprio nella materia del diritto dei consumi ove i soggetti normalmente coinvolti dalla pronuncia inibitoria sono più di tutti sensibili al mantenimento della loro buona immagine commerciale.

III.4 Segue; la pubblicazione della sentenza inibitoria collettiva

La pubblicazione della sentenza inibitoria collettiva –ossia pronunciata all’esito di un giudizio instaurato tra parti portatrici di interessi collettivi diffusi- è stata prevista, in un primo tempo, dall’art. 1469 *sexies* -inserito nel codice civile in seguito al recepimento della Direttiva 93/13- relativo alle azioni promosse dalle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti avverso l’inserzione di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.

La direttiva comunitaria invitava gli Stati a predisporre “mezzi efficaci ed adeguati per far cessare l’inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori” (considerando 14) senza suggerire tuttavia quali strumenti fossero in concreto da considerarsi effettivamente tali. Il legislatore italiano ha ritenuto di non infrangere il sistema unitario del codice civile¹⁴¹ prevedendo, quale strumento adeguato, la -familiare- pubblicazione della sentenza, con ciò –si ritiene- dimostrando di confidare nella funzione compulsoria di questa.

La pubblicazione, dunque, è apparsa uno strumento efficace al fine di assicurare il corretto adempimento del comando inibitorio anche in considerazione delle caratteristiche proprie dell’azione collettiva in materia di contratti dei consumatori; è innegabile, infatti, che trattandosi di provvedimento che incide sull’immagine dell’imprenditore, diffondendo la notizia del suo scorretto agire, quest’ultimo vorrà evitare il discredito commerciale –e la conseguente eventuale perdita di clientela- derivante da una

¹⁴¹ Come sarebbe altrimenti stato se avesse ritenuto fin da principio di introdurre misure del genere dell’*astreintes*, mutuandole dalle previsioni, ad esempio, del diritto industriale.

condanna in suo sfavore, attraverso il sollecito adeguamento delle condizioni contrattuali da lui predisposte al canone di equità dei rapporti contrattuali tra professionista e consumatore¹⁴².

Diverse considerazioni possono svolgersi con riguardo alla pubblicazione di cui all'art. 3 della legge del 1998 anche in relazione al contenuto della direttiva 98/27 sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, i cui lavori preparatori hanno di sicuro giocato un ruolo fondamentale durante la stesura della legge nazionale che, infatti, appare –sebbene cronologicamente anteriore alla direttiva- quale vera e propria legge di recepimento di questa.

Occorre allora ricordare che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b) della direttiva in questione, gli Stati membri avrebbero dovuto prevedere “misure quali la pubblicazione, integrale o parziale, della decisione, in una forma ritenuta adeguata e/o la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa al fine di eliminare gli effetti perduranti della violazione”. La norma sembra contemplare due diverse ipotesi di pubblicazione, cui corrispondono diverse funzioni: la pubblicazione della decisione allo scopo di informare il pubblico dei consumatori, e la pubblicazione della smentita allo scopo di ripristinare lo *status quo ante* e porre fine agli effetti perduranti del comportamento lesivo dei diritti del consumatore.

¹⁴² Cfr., MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., II, Torino, 2005, p. 515: “Le norme (art. 1469 *sexies*, comma 3, cod. civ. e art. 3 lett. c) legge 281/1998) rafforzano e amplificano gli effetti del provvedimento inibitorio: la pubblicazione è un rimedio diretto a scongiurare l’inserzione delle clausole vessatorie nei contratti *standard*, ovvero più in generale il compimento di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, in quanto fa leva sul discredito commerciale che la conoscenza del provvedimento inibitorio può determinare in danno di un soggetto, quale l’imprenditore, generalmente sensibile all’esigenza di tutelare la propria immagine” e, ancora, p. 516: “alla luce delle considerazioni testé esposte, sembra corretto evidenziare la funzione compulsoria della pubblicazione”. In senso conforme, cfr., DONA M., *Il codice del consumo regole e significati*, Torino, 2005, p. 201, nota 609. Dubita, invece, dell’efficacia di tale strumento PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, p. 392: “sebbene si possa in proposito ritenere che la consapevolezza della possibile diffusione della notizia dell’avvenuta condanna del professionista sia suscettibile di esplicare una qualche funzione dissuasiva...non sembra che lo strumento sia realmente efficace, né che assicuri l’effettività della tutela. Se l’effetto della pronuncia inibitoria si limitasse alla pubblicazione del dispositivo della sentenza e alla possibilità che il professionista volontariamente si adegui al precetto giudiziale, dovrebbe invero dubitarsi del fatto che l’azione collettiva svolga una efficace protezione degli interessi del consumatore”.

Il legislatore italiano, dunque, ha previsto, in recepimento al dettato dell'art. 2 della direttiva, due diversi strumenti: da un lato, le misure idonee -alle quali si è ritenuto di attribuire funzione integrativa del contenuto del comando inibitorio in vista del raggiungimento della tutela effettiva del consumatore-, dall'altro, la pubblicazione della sentenza; non ha, invece, espressamente previsto la pubblicazione della smentita, o meglio della "dichiarazione rettificativa al fine di eliminare gli effetti perduranti della violazione". Quest'ultimo strumento, tuttavia, potrebbe farsi rientrare nella previsione delle misure idonee soprattutto in considerazione della loro atipicità. In altri termini, la pubblicazione della smentita, a differenza della pubblicazione della decisione, svolgerebbe la medesima funzione delle misure idonee nel senso di imporre al responsabile determinati comportamenti positivi al fine di assicurare la protezione effettiva del consumatore¹⁴³.

Quanto alla pubblicazione della sentenza occorre notare, in primo luogo, come a differenza della previsione comunitaria, il legislatore italiano ne abbia limitato l'operatività ai casi in cui possa contribuire ad eliminare gli effetti perduranti della violazione, adottando, dunque, quella medesima locuzione che la direttiva riferiva alla sola pubblicazione della smentita. La confusione consiste in ciò: nel sistema italiano, sia le misure idonee sia la pubblicazione della sentenza sono ancorate al canone di congruità-adequatezza ad eliminare gli effetti delle violazioni; nel sistema della direttiva, invece, detta limitazione è prevista solamente in confronto alle prime (tra le quali la pubblicazione della smentita è indicata in via esemplificativa) mentre non sussiste con riguardo alla pubblicazione della sentenza menzionata in via generale senza riferimento alcuno alla sua concreta funzione.

¹⁴³ L'unica differenza tra le misure idonee e la pubblicazione della smentita, così come disciplinata nella direttiva comunitaria, consisterebbe in ciò che le prime sono dirette ad eliminare gli effetti dannosi mentre nella seconda non si fa riferimento al profilo del danno. Il legislatore italiano, dunque, sembra essere andato oltre il dettato della direttiva prevedendo le misure idonee in via generale e senza indicare tra queste, in via esemplificativa, la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa e prevedendo altresì in via autonoma la pubblicazione della sentenza. Tuttavia, con riguardo a detto ultimo provvedimento ha adottato la medesima locuzione usata dalla direttiva nella diversa ipotesi della pubblicazione della smentita, con ciò ingenerando confusione tra i due diversi provvedimenti e i presupposti della loro applicazione.

Occorre dunque chiedersi se la diversa formulazione di cui alla legge italiana comporti differenze sul piano applicativo. Al riguardo, si può fin d'ora notare che la pubblicazione della sentenza contribuisce sempre e per sua stessa natura ad eliminare gli effetti perduranti della condotta illecita proprio in quanto garantisce l'adempimento del comando inibitorio; di conseguenza, la previsione di cui alla legge italiana non fa altro che richiamare quella che è la funzione implicita della stessa pubblicazione.

III.5 Conclusioni: la funzione della pubblicazione della sentenza nel codice del consumo

Dalle considerazioni che precedono si ritiene di poter formulare le seguenti conclusioni.

Come anticipato la pubblicazione sembra svolgere in primo luogo una funzione implicita nel senso di contribuire, per sua stessa natura, all'adempimento del comando inibitorio. Detta funzione, tuttavia, nonostante il dettato letterale dell'art. 140, lett. c), cod. cons., non può ritenersi esclusiva essendo piuttosto implicitamente sempre presente ed essendo altresì svolta anche dai provvedimenti idonei nella misura in cui, accedendo al comando inibitorio, garantiscono la reintegrazione del diritto. Inoltre, se la pubblicazione della sentenza fosse consentita solo nell'ipotesi di una sua efficacia contributiva al comando inibitorio, mancherebbe nella legge italiana la previsione della pubblicazione di cui al primo inciso della lett. b) dell'art. 2 della direttiva comunitaria. La funzione cui fa riferimento il codice del consumo è quindi connaturale tanto alla pubblicazione tanto alle misure idonee in quanto sono entrambi provvedimenti che partecipano della natura reintegratoria propria dell'inibitoria; tuttavia, ognuno di essi svolge altresì una funzione propria e distinta. Per le misure idonee si è fatto riferimento al ruolo integrativo del contenuto del comando inibitorio; mentre per la pubblicazione si ritiene di

porre l'accento sulla funzione informativa dell'indistinta categoria dei consumatori.

La pubblicazione partecipa, invero, anche di una funzione latamente compulsoria, la quale però è oggi più efficacemente svolta dalla misura di coercizione indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento del comando inibitorio, espressamente disciplinata dal comma 7 dell'art. 140 cod. cons. Detta misura¹⁴⁴, che evoca le *astreintes* francesi, è stata introdotta con la legge n. 39 del 2002 -emanata in ottemperanza all'art. 11 della legge comunitaria 2001- che ha inserito nell'art. 3 dell'allora vigente legge 281/1998 il comma 5 *bis* del seguente tenore: "In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui al comma 1, ovvero previsti dal verbale di conciliazione di cui al comma 4, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio, dispone il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto"¹⁴⁵. Con l'introduzione di siffatta disposizione si è quindi data piena attuazione alla direttiva 98/27 per quanto già non espressamente previsto dal legislatore italiano con la legge del 1998.

In particolare, poi si è definitivamente risolta –salvo a valutarne la concreta efficacia- la questione circa la coercibilità dell'esecuzione del comando inibitorio. Il pagamento della somma di denaro in ipotesi di inottemperanza alla pronuncia esplicita in senso pieno quella funzione compulsoria ed anzi propriamente coercitiva indiretta, che prima era riscontrabile, in maniera certo affievolita, nel solo provvedimento di pubblicazione.

Così spogliata la pubblicazione della sentenza inibitoria collettiva dalla funzione compulsoria, assorbita questa ed integrata dalla funzione di

¹⁴⁴ Alla quale verrà dedicata la trattazione del capitolo successivo.

¹⁴⁵ La norma prosegue specificando che: "tale somma e' versata all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al Fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori". Sulle implicazioni di tale meccanismo, anche in relazione alla qualificazione giuridica della previsione di che trattasi, si rimanda alle argomentazioni che verranno svolte nel capitolo successivo.

coercizione indiretta svolta dal provvedimento di cui al comma 7 dell'art. 140 cod. cons., non resta che circoscrivere il ruolo della pubblicazione alla corretta ed adeguata informazione del pubblico dei consumatori. La pubblicazione, dunque, assolve in via principale e diretta una funzione propriamente informativa, diventando uno strumento insostituibile nel raggiungimento della tutela effettiva. In questo senso può dirsi che essa non soltanto garantisce in via astratta il fondamentale diritto all'informazione ma concretamente plasma la coscienza sociale del consumatore assicurando la consapevolezza dei suoi diritti¹⁴⁶.

In ultimo, la pubblicazione è il necessario momento di raccordo tra la tutela collettiva e quella individuale¹⁴⁷ sia in quanto pone i consumatori in grado di avere notizia della stessa proposizione dell'azione da parte di una associazione dei consumatori sia perché, a seconda dell'esito di detta azione, il singolo consumatore sarà più o meno determinato ad agire in via individuale avvalendosi, magari, del giudicato positivo ottenuto dall'associazione nell'azione collettiva.

III.6 Segue; sulla pretesa funzione risarcitoria

Così individuato il ruolo della pubblicazione della sentenza inibitoria in ipotesi di azione collettiva a tutela degli interessi dei consumatori, sia consentito spendere ancora qualche parola sulla pretesa funzione risarcitoria che alcuni autori¹⁴⁸ attribuiscono al provvedimento di che trattasi.

¹⁴⁶ Cfr., QUARANTA S., *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., Torino, 2007, p. 577.

¹⁴⁷ Esula da questa sede ripercorrere e analizzare il dibattito intorno all'efficacia di giudicato della sentenza collettiva. Si ritiene tuttavia di poter accogliere la tesi che ammette l'efficacia *ultra partes secundum eventum litis*.

¹⁴⁸ Cfr., CAMERO R.-DELLA VALLE S., *La disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 161: "La circostanza che il legislatore ne abbia fatto oggetto di esplicita previsione normativa in materia di azioni collettive a tutela dei consumatori, nonostante l'esistenza di una norma generale del codice di procedura civile, pare dovuta non tanto alla volontà di seguire pedissequamente la legislazione comunitaria, quanto all'esigenza di promuovere l'utilizzo della misura risarcitoria della pubblicazione proprio in un ambito, quello appunto della lesione

Muovono in senso contrario alla surriferita impostazione una serie di argomenti, primo tra tutti, quello letterale, laddove la norma sulla pubblicazione si riferisce alla correzione o eliminazione degli effetti delle violazioni accertate, esplicitamente omettendo di qualificare detti effetti “dannosi”¹⁴⁹. Inoltre si è escluso, non solo, che la pubblicazione sia una delle possibili misure idonee, ma anche che queste ultime abbiano loro stesse funzione risarcitoria¹⁵⁰, con la conseguenza che neppure attraverso il ricorso ad una pretesa interpretazione sistematica delle norme potrebbe farsi rientrare nella previsione di cui alla lett. c) dell’art. 140 cod. cons., il riferimento al profilo del danno.

Ma vi è di più, la pubblicazione della sentenza è espressamente disciplinata nell’art. 140 cod. cons. quale provvedimento accessorio alla pronuncia di tipo inibitorio. La sua funzione, dunque, deve rimanere circoscritta ad un ruolo complementare rispetto alla principale azione inibitoria¹⁵¹.

Inoltre, accanto all’azione collettiva di tipo inibitorio è stata di recente introdotta l’azione collettiva di tipo risarcitorio; dette due azioni sono del tutto autonome e distinte tra loro e, pertanto, non si vede per quale motivo attribuire alla pubblicazione della sentenza, disciplinata quale provvedimento accessorio della sola pronuncia inibitoria, funzione (anche solo indirettamente) risarcitoria svolta propriamente dalla diversa azione di cui all’art. 140 *bis*¹⁵².

L’ordine di pubblicazione della sentenza accede, dunque, al comando inibitorio e, pertanto, si deve ritenere che partecipi della medesima funzione di reintegra del diritto propria dell’azione principale. Non si dimentichi, infatti che

dell’interesse collettivo, nel quale sono ricorrenti le condotte illecite che o non producono in concreto danni risarcibili oppure producono danni alla cui quantificazione è impossibile procedere”. L’A., in particolare, riconosce funzione risarcitoria specifica anche alle misure idonee, di cui la pubblicazione costituirebbe un tipo legislativo.

¹⁴⁹ L’aggettivo è piuttosto contenuto nella previsione delle misure idonee, ma anche rispetto a queste si è ritenuto –nel capitolo precedente, al quale si rimanda- di escluderne la funzione risarcitoria.

¹⁵⁰ Queste hanno funzione integrativa del contenuto del comando inibitorio nel senso di concorrere con la funzione di reintegrazione propria dell’azione inibitoria.

¹⁵¹ Cfr., in proposito, anche le argomentazioni precedentemente svolte in relazione alle misure idonee e, in particolare, p. 56.

¹⁵² “Dato che l’inibitoria non è diretta funzionalmente a riparare danni, sia consentito dubitare dell’esattezza dell’affermazione, corrente in dottrina, secondo la quale la pubblicazione costituirebbe una forma di risarcimento del danno (in forma specifica)”, così MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., II, Torino, 2005, p. 516.

risarcimento in forma specifica e reintegra del diritto sono fenomeni distinti¹⁵³ e, pertanto, non si comprenderebbe per quale motivo non tener conto di tale distinzione nella materia del diritto dei consumi dove la tutela accordata alle associazioni dei consumatori per gli interessi collettivi *ex art. 140* è propriamente di tipo inibitorio-reintegratorio; di talché risulterebbero oscure le ragioni del legislatore di inserire, nell'ambito dell'azione collettiva inibitoria un elemento di tutela, per così dire, "spurio"¹⁵⁴.

Né possono trarsi argomenti favorevoli alla funzione risarcitoria della pubblicazione muovendo dalla disciplina della concorrenza sleale, non solo per l'accennata diversità di *ratio* delle due materie in questione (l'una tutela l'imprenditore, l'altra tutela il consumatore)¹⁵⁵ ma soprattutto per le differenze strutturali esistenti tra i due ambiti di tutela. La tutela della concorrenza si esplica attraverso una (normale) azione individuale dell'imprenditore rispetto alla quale valgono le normali categorie processual-civilistiche: il titolare del diritto sostanziale è il medesimo titolare dell'azione sia inibitoria sia risarcitoria nella quale ultima si fa valere pur sempre un danno individuale. La tutela inibitoria del consumatore ha, invece, la precipua caratteristica di essere attuata attraverso associazioni <rappresentative> di interessi di tipo collettivo, la cui titolarità se da un lato, è per legge riconosciuta in capo all'ente rappresentativo dall'altro, è, allo stesso tempo, diffusa tra il pubblico indistinto dei consumatori¹⁵⁶. Potrebbe, invero, replicarsi che anche in materia di concorrenza sleale, la pubblicazione viene in concreto concessa a prescindere dalla prova della sussistenza del danno e ciò in ragione delle caratteristiche del danno concorrenziale che pure sarebbero riscontrabili nei confronti del tipo di danno collettivo. Tuttavia, si sostiene, che altro sia la prova della sussistenza di

¹⁵³ Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 228: "il risarcimento in forma specifica non può mai ricondursi alla reintegra del diritto".

¹⁵⁴ A ben vedere, poi, nemmeno le misure coercitive indirette sono utilizzate dal legislatore italiano in chiave risarcitoria; sul punto, si tornerà più approfonditamente in seguito nel capitolo espressamente dedicato alle misure di coercizione indiretta, al quale si rimanda.

¹⁵⁵ Cfr., osservazioni svolte a p. 44, nota 90.

¹⁵⁶ Sulla qualificazione teorica della legittimazione ad agire delle associazioni nel senso di escludere l'ipotesi della sostituzione processuale *ex art. 81* cod. proc. civ., cfr., ARMONE G. M., *Op. cit.*, p. 177-182.

un danno –sia pure di difficile quantificazione- cagionato ad un soggetto determinato, altro sia la prova della sussistenza di un danno strutturalmente collettivo causato da un illecito plurioffensivo.

In conclusione, posto che, nel codice del consumo, la pubblicazione della sentenza è disciplinata nella norma relativa alla tutela inibitoria, deve ritenersi escluso che essa possa essere adottata quale forma specifica di risarcimento del danno; né è dato riscontrare nel dettato legislativo alcun appiglio in tal senso.

IV - LE MISURE COERCITIVE INDIRECTE

IV.1 L'introduzione nell'ordinamento italiano

La direttiva 98/27 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori invitava gli stati membri a designare le autorità competenti non solo a ordinare la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori ma anche “nella misura in cui l’ordinamento giuridico dello stato membro interessato lo permetta, a condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro beneficiario designato nell’ambito o a norma della legislazione nazionale, in caso di non esecuzione della decisione entro il termine fissato dall’organo giurisdizionale o dalle autorità amministrative, un importo massimo determinato per ciascun giorno di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l’esecuzione delle decisioni” (art. 2, comma 1, lett. c)).

Dal canto suo, la legge italiana n. 281 del 1998 non conteneva, nella sua originaria formulazione, nessuna disposizione volta a introdurre nel sistema del diritto dei consumi misure coercitive indirette al fine di garantire l’adempimento del comando inibitorio, che restava affidato alla spontanea esecuzione da parte dell’obbligato¹⁵⁷; né misure del genere vennero introdotte con il d. lgs. n. 224 del 2001 il quale, emanato proprio in attuazione della direttiva 98/27, si limitava a recepirne le sole disposizioni relative alle violazioni transfrontaliere.

La modifica dell’art. 3 della legge del 1998 con l’introduzione del comma 5 *bis* relativo alle misure coercitive indirette, si è avuta soltanto con la legge 39 del

¹⁵⁷ La direttiva, infatti, invitava gli stati membri a prevedere misure del genere *solo* “nella misura in cui l’ordinamento giuridico dello stato membro lo permetta”. Occorre allora notare che se, da un lato, misure del tipo dell’*astreintes* non erano sconosciute al legislatore italiano trovando anzi compiuta disciplina nella materia del diritto industriale, dall’altro, il ricorso a tale ultima materia al fine di integrare e interpretare le norme del diritto dei consumi ha sempre trovato scarso favore da parte della dottrina.

2002 emanata in attuazione dell'art. 11 della legge comunitaria per il 2001¹⁵⁸. Analoga disposizione, tuttavia, non venne introdotta nella materia delle clausole vessatorie *ex artt. 1469 bis* ss cod. civ.¹⁵⁹, e resta tutt'oggi estranea alla previsione dell'art. 37 cod. cons., trovandosi disciplinata soltanto all'art. 140, comma 7, cod. cons. Quest'ultimo prevede che: "con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1, il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto... Tali somme sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori".

L'esegesi della norma solleva molteplici questioni interpretative che si cercherà di comporre nel prosieguo del lavoro, prima però sia consentito discorrere dell'opportunità dell'introduzione di una norma siffatta nonché della funzione svolta dalla misura di coercizione così disciplinata, in relazione alla qualificazione della sentenza inibitoria quale provvedimento di condanna.

Si ricordi, infatti, come parte della dottrina tradizionale partendo dall'assunto che per aversi sentenza di condanna fosse necessario che il comando in essa contenuto potesse essere eseguito forzatamente, escludeva le sentenze inibitorie dal novero di quelle condanna data l'infungibilità dell'obbligo di non fare. Tuttavia, già si è cercato di dimostrare come da un lato, il comando inibitorio, specie in materia di consumatori, non sempre si dimostra essere materialmente infungibile, dall'altro che l'affermata necessaria correlazione tra

¹⁵⁸ Più precisamente si ricordi che la legge del 1998, al fine di completare il recepimento della direttiva 98/27 per quanto non fosse già disciplinato dalla legge medesima, è stata modificata nel 2000 con la legge n. 340 che ha inciso sull'art. 4 relativo al consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti; nel 2001 con il d. lgs. n. 224 che ha recepito le disposizioni relative alla violazioni transfrontaliere e, da ultimo, con la legge n. 39 del 2992 che ha introdotto il comma 5 *bis* all'art. 3, relativo alle c.d. *astreintes*.

¹⁵⁹ Sul rapporto tra la disciplina codicistica introdotta nel 1996 e la legge sui diritti fondamentali del consumatore del 1998 si veda *retro* p. 10, in particolare nota n. 9.

condanna ed esecuzione forzata non solo non costituisce opinione consolidata in dottrina¹⁶⁰ ma soprattutto non esclude che, ai fini della condanna inibitoria, possano esser disciplinati mezzi che assicurino l'esecuzione di questa in via indiretta¹⁶¹.

Se, dunque, prima dell'introduzione del comma 5 *bis* poteva ritenersi ancora giustificato discorrere sul valore di condanna della sentenza inibitoria, si ritiene che a seguito dell'introduzione della misura coercitiva indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro in caso di inadempimento al comando inibitorio, il dibattito di cui sopra sia destinato a risolversi con la positiva classificazione dell'inibitoria tra le sentenze di condanna¹⁶². Anche prima, tuttavia, della citata riforma sembra comunque che esistessero validi argomenti favorevoli alla classificazione di cui sopra¹⁶³.

Ancora, a ben vedere, la questione non è soltanto quella di garantire l'attuazione degli obblighi infungibili ma, più in generale, quella di riconoscere nel nostro ordinamento un sistema esecutivo alternativo all'esecuzione forzata¹⁶⁴; si tratta, quindi, di affermare la generale efficacia del sistema

¹⁶⁰ Cfr., da ultimo AMADEI D., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori: finalmente un'astreinte*, in www.judicium.it. Secondo l'A. la teoria che "insegna la correlazione necessaria tra condanna e processo esecutivo...presenta il vizio di invertire l'ordine logico delle cose: non si possono utilizzare le conseguenze per qualificare ciò che le produce, ed è la condanna che fonda l'esecuzione, non viceversa l'esecuzione che costituisce la condanna; allo stesso modo non si può considerare necessaria ed immancabile la fase di esecuzione forzata, la quale al contrario è solo eventuale per il caso, comunque patologico, di inerzia dell'obbligato condannato".

¹⁶¹ Per l'approfondimento di dette considerazioni si rimanda al primo capitolo del presente lavoro e in particolare al paragrafo 1.3, p. 25 ss., nonché ai riferimenti bibliografici ivi contenuti.

¹⁶² Cfr., CHIARLONI S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 387: "la legge 39 del 2002 ha introdotto un'importante novità, che indirizza a ritenere possibile ora ciò che malgrado autorevoli opinioni in contrario non si poteva far prima: ascrivere all'inibitoria la natura di sentenza di condanna"; pertanto, si deve concludere secondo l'A. che l'inibitoria in materia di diritti dei consumatori "ha cambiato di recente natura", da sentenza di mero accertamento a sentenza di condanna vera e propria.

¹⁶³ Cfr., in proposito, AMADEI D., *Op. cit.*, p. 6: "non si può dire che prima della recente novella si fosse di fronte al vuoto assoluto: esistevano, e tuttora sussistono, appigli normativi che, forzati nel limite del lecito, possono portare a ritenere potenzialmente operativi strumenti, sia pur minimi, di coazione della volontà del professionista ad adempiere".

¹⁶⁴ Cfr., MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1342 ss. e la critica ivi svolta dall'A. nei confronti del precedente scritto di PROTO PISANI A., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.

coercitivo indiretto ad assicurare l'esecuzione di tutte le sentenze di condanna - e non solo di quelle inibitorie- quale sistema complementare all'esecuzione forzata e addirittura concorrente e alternativo a questa¹⁶⁵. L'ordinamento italiano, invece, conosce soltanto forme tipiche di misure coercitive indirette e, anche nel diritto dei consumi ove l'azione inibitoria è prevista in via generale ed atipica, le *astreintes* che ad essa accedono non costituiscono un sistema generale, poiché ad esse si fa ricorso solo laddove la pronuncia principale sia infungibile¹⁶⁶. Se da un lato, dunque, l'ambito di applicazione delle misure coercitive indirette anche nel diritto dei consumi resta residuale, perché esse accedono solo a quel comando inibitorio che non sia altrimenti coercibile, dall'altro ciò non toglie che la loro previsione sia di fondamentale importanza al fine di garantire quella tutela effettiva del consumatore -così come auspicata dalla comunità europea- proprio in quei casi nei quali si sarebbe potuto ravvisare un vuoto di tutela.

IV.2 L'esecuzione della sentenza inibitoria collettiva prima della riforma

Come anticipato, già prima dell'introduzione del comma 5 *bis* dell'art. 3 della legge 281 del 1998, si ritiene che il provvedimento inibitorio collettivo non fosse del tutto sprovvisto di strumenti di coercizione indiretta che ne garantissero l'esecuzione. Sebbene, infatti, l'adempimento del comando inibitorio, nelle ipotesi tipicamente previste dal codice civile, sia

¹⁶⁵ Cfr., CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano ?*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 157 ss.

¹⁶⁶ Si noti tuttavia che per PIETROBON V. l'*astreinte* quale sanzione disposta dal giudice nell'ipotesi di inadempimento dell'ordine giudiziale costituisce un *corollario naturale della sentenza inibitoria*. In altri termini, "quando si tratta dell'adempimento di un ordine giudiziale, quando sia dato al giudice il potere di pronunziare questa disposizione sembra conseguenza naturale consentirgli di prevedere anche la sanzione per l'inadempimento, come parte dell'ordine stesso" e ancora "in questo caso l'intervento del giudice non è rivolto a rendere effettiva una norma, ma a fare eseguire un proprio ordine emesso in seguito a domanda di parte, secondo una previsione di legge...di talché parrebbe legittimo pensare all'affermarsi del principio per cui il giudice quando ha il potere di dare un ordine di cessazione ha anche quello di stabilire la sanzione per la sua violazione", così in *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Milano, 1998, p. 154.

sostanzialmente rimesso alla esclusiva volontaria esecuzione da parte dell'obbligato¹⁶⁷, si ritiene tuttavia che, nel diritto dei consumi, date le caratteristiche proprie del comando principale medesimo, l'adempimento di questo sia già garantito in sé per sé dalla peculiare fisionomia dell'inibitoria collettiva. In altri termini, l'eventualità che, nel diritto dei consumi, il comando inibitorio sia formulato in termini positivi risolve già *a priori* la questione della possibilità della sua esecuzione ad opera di un terzo in veste surrogatoria.

Occorre allora richiamare alcune considerazioni svolte in precedenza in relazione, in particolare, alle misure idonee e alla pubblicazione del provvedimento.

Quanto alle prime, si è detto che la loro principale funzione è quella di integrare il contenuto del comando inibitorio al fine di garantire la tutela effettiva del consumatore¹⁶⁸. In tal senso dunque, esse costituiscono uno strumento atipico che consente alla parte che ne richiede l'emanazione di indicare al giudice gli strumenti idonei a inibire in concreto la prosecuzione del comportamento antigiuridico da parte del professionista; ne deriva una sufficiente elasticità del contenuto della sentenza inibitoria la quale può essere dunque formulata in qualsiasi modo ne faciliti la concreta attuazione.

Quanto alla pubblicazione, già si è avuto modo di sottolineare come, prima dell'introduzione del comma 5 *bis* dell'art. 3 della legge 281, questa svolgesse la principale funzione di coartare indirettamente l'imprenditore soccombente all'adempimento della sentenza, facendo leva sulla pubblicità negativa che a questi deriva per il caso di non adempimento spontaneo e sulla eventuale conseguente perdita di mercato. Più in generale, dunque, già si è notato come la

¹⁶⁷ Salvo il ruolo e la funzione della pubblicazione della sentenza cui si è detta in precedenza.

¹⁶⁸ Cfr., AMADEI D., *Op. cit.*, p. 8: "pare potersi ritenere che sulla scorta di questa disposizione (la lett. *b*) comma 1 dell'art. 3 l. 281/98) il giudice, nel "riempire" di contenuto la decisione inibitoria, disponga di un'ampia possibilità di inventare, creare ed imporre meccanismi volti ad indurre il professionista ad ottemperare, in aderenza alle peculiarità del caso concreto." nonché, AMADEI D., *Un'astreinte a tutela dei consumatori (prime note sul comma 5 bis dell'art. 3, legge 30 luglio 1998, n. 281)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 387: "le <misure idonee> di cui alla lettera *b*) e la pubblicazione della sentenza di cui alla lettera *c*), sono essenzialmente un arricchimento del contenuto inibitorio del provvedimento di accoglimento dell'azione collettiva delle associazioni". Si noti, tuttavia, che la discrezionalità del giudice in ordine alla possibilità di "inventare, creare e imporre meccanismi" incontrerebbe comunque il limite del rispetto del principio della domanda di parte.

pubblicazione della sentenza, in particolare di quella inibitoria, nelle ipotesi tipiche previste nel codice civile, svolga in primo luogo e per sua stessa natura una funzione compulsoria alla quale, nella materia specifica del diritto dei consumi, si deve affiancare e sovrapporre la funzione propriamente informativa.

In altri termini, l'adempimento del comando inibitorio è affidato in primo luogo alla forza persuasiva della pubblicazione della sentenza; solo nella materia del diritto dei consumi, questa svolge ulteriore e diversa funzione proprio in considerazione dell'autonoma previsione delle misure di coercizione indiretta.

La pubblicazione della sentenza inibitoria è dunque, nelle materie nelle quali non sono previste le *astreintes*, il mezzo di coercizione indiretto tipicamente conosciuto dall'ordinamento italiano.

In conclusione, già prima della autonoma previsione della misura di coercizione rappresentata dal pagamento di una somma di denaro per il caso di non adempimento spontaneo, si ritiene che l'esecuzione della sentenza inibitoria in materia di consumi fosse comunque assicurata dalla concreta fisionomia del comando del giudice. D'altra parte, occorre ancora notare, come la tutela inibitoria prevista dal legislatore comunitario non corrisponde necessariamente alla tutela parimenti inibitoria conosciuta nel diritto interno, in primo luogo perché il primo tipo di inibitoria è per così dire di trasversale applicazione¹⁶⁹ in tutti gli stati membri e pertanto presenta delle caratteristiche che non esauriscono quelle tipiche del diritto interno e, in secondo luogo, perché la legislazione comunitaria persegue l'obiettivo pratico prima che giuridico di assicurare una tutela effettiva al consumatore e ciò a prescindere dalle formule linguistiche, necessariamente atipiche, adoperate nelle singole direttive.

IV.3 L'esegesi della norma e i profili applicativi: l'oggetto dell'astreinte

Come anticipato, occorre ora procedere nell'esegesi del comma 7 dell'art. 140 al fine di risolvere le questioni applicative che la formulazione letterale della norma citata pone all'interprete e all'operatore del diritto.

Dalla soluzione di detti problemi si potranno poi trarre alcune conclusioni in ordine alla generale operatività del sistema delle misure coercitive indirette e al superamento della <tipicità delle forme di tutela esecutiva>¹⁷⁰.

Procedendo ad elencare i punti controversi così come essi emergono dalla lettura del dettato normativo, si possono individuare le seguenti questioni interpretative: l'applicabilità dell'*astreintes* solo alla sentenza inibitoria pronunciata all'esito di un giudizio a cognizione piena; la coercibilità, attraverso la misura indiretta, non soltanto dell'obbligo inibitorio principale ma anche dei provvedimenti ulteriori emanati ai sensi delle lettere *b)* e *c)* del comma 1 dell'art. 140; l'eventuale adozione d'ufficio dell'*astreinte*; l'ammissibilità della domanda formulata da un'associazione diversa da quella nei cui confronti è emanata la sentenza favorevole; la richiesta dell'*astreinte* in un momento successivo all'emanazione della sentenza di merito e l'individuazione del giudice competente.

Le prime due questioni individuate trovano origine nella lettera della legge che concede al giudice la facoltà di emanare *astreintes* soltanto con il "provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1": da un lato quindi, sembrerebbe preclusa la possibilità di ricorrere alla misura coercitiva indiretta nell'ipotesi di provvedimento emesso ai sensi del comma 8 dell'art. 140 cioè in via cautelare e urgente, e dall'altro emergerebbe come l'*astreinte* sia posta a tutela dell'adempimento dell'intero comando giudiziale così come esso viene concretamente modulato dal giudice, salvo poi chiedersi se sia possibile che il giudice disponga un'*astreinte* per la sola ipotesi di inadempimento parziale,

¹⁷⁰ Cfr., MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1345.

vale a dire per l'inadempimento dell'adozione di una misura idonea o della pubblicazione del provvedimento.

Quanto al problema relativo alla coercibilità del provvedimento inibitorio cautelare occorre considerare che la lettera della legge se da un lato limita l'operatività dell'istituto in esame al solo <provvedimento che definisce il giudizio> di merito, dall'altro tuttavia utilizzando il generico termine <provvedimento> in luogo di quello che sarebbe sembrato più appropriato di <sentenza>, sembrerebbe volersi riferire genericamente a tutte le decisioni con le quali si assicura in concreto la tutela effettiva del consumatore ricomprendendo, dunque, anche quelle emesse all'esito di un giudizio instaurato in via cautelare¹⁷¹.

Verso quest'ultima interpretazione militano, peraltro, una serie di argomenti. In primo luogo, la norma nazionale deve essere necessariamente interpretata alla luce dei principi comunitari nonché in conformità alla direttiva 27/98 della quale costituisce attuazione: quest'ultima all'art. 2, comma 1, si preoccupa di garantire <l'esecuzione delle decisioni> senza operare alcuna distinzione tra provvedimenti definitivi e provvedimenti cautelari. In secondo luogo, il problema dell'eseguibilità della sentenza inibitoria cautelare sembrerebbe trovare immediata soluzione proprio nel dettato del comma 8 dell'art. 140, laddove si opera il rinvio agli artt. 669 da *bis* a *quaterdecies* del cod. proc. civ.; con riferimento infatti all'attuazione del provvedimento cautelare troverà applicazione, in quanto compatibile, l'art. 669 *duodecies* il quale rimette al

¹⁷¹ Cfr., DE MARZO G., *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 681 ss. L'A. in particolare ammette la possibilità di ricorso alla misura dell'*astreinte* al fine dell'adempimento del comando inibitorio cautelare sulla base di due considerazioni: da un lato l'utilizzo del generico termine provvedimento in luogo di quello di sentenza, dall'altro il fatto che la direttiva 27/98 prevede quale presupposto di applicazione della misura del pagamento di una somma di denaro, la mancata esecuzione della decisione del giudice senza distinguere tra quella emessa in via definitiva e quella, invece, cautelare e provvisoria. In senso conforme MINERVINI E., *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 513: "rimane aperto il problema se anche il provvedimento di inibitoria provvisoria possa essere accompagnato dall'ordine di pagare una somma di denaro per ciascun giorno di ritardo. La risposta affermativa appare preferibile, onde evitare che la novella di cui alla l. n. 281/1998 si risolva in una bolla di sapone". L'A. tuttavia avverte: "vi è da temere che il fascino dell'interpretazione meramente letterale, che menziona soltanto il provvedimento di cui al comma 1, e magari la qualificazione della stessa in termini di eccezionalità, orientino differentemente le Corti". Dello stesso A. cfr., inoltre, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 117.

giudice piena discrezionalità in ordine all'individuazione delle concrete modalità di attuazione delle misure aventi ad oggetto obblighi di fare o non fare¹⁷². In tal senso, allora, il potere di disporre *astreintes* potrebbe già ritenersi compreso nel dettato dell'art. 669 *duodecies* e l'*astreinte* sarebbe soltanto una delle possibili modalità di attuazione che il giudice è chiamato ad individuare nel caso concreto¹⁷³.

Inoltre, occorre notare come nell'art. 140 il riferimento all'azione di cui al comma 1 –contenuto anche nel comma 5 del citato articolo- in luogo del riferimento all'azione inibitoria definitiva appaia giustificato non già allo scopo di escludere la pronuncia cautelare quanto, piuttosto, al fine di considerare il comando del giudice così come globalmente formulato, comprensivo dunque non soltanto del comando inibitorio principale ma anche dei provvedimenti ulteriori previsti nel medesimo comma 1¹⁷⁴.

¹⁷² Cfr., AMADEI D., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori: finalmente un'astreinte*, in www.judicium.it, p. 10: “sulla scorta dell'applicabilità dell'art. 669 *duodecies*, è possibile ritenere sussistente un'ampia discrezionalità del giudice nella determinazione di quanto funzionale all'esecuzione della misura inibitoria cautelare, alla realizzazione coattiva dell'ordine di cessazione. Così il giudice che emette il provvedimento inibitorio d'urgenza, disponendo ciò che appare più opportuno nella specificità del caso concreto, potrà certamente anche <inventare> meccanismi capaci di indurre il professionista a tenere il comportamento corretto, non abusivo né lesivo degli interessi consumeristici”.

¹⁷³ Potrebbe addirittura arrivare a sostenersi che l'art. 669 *duodecies*, rimettendo al giudice piena discrezionalità nell'individuazione delle modalità di attuazione del provvedimento cautelare che dispone obblighi di fare o di non fare, costituisca il fondamento ultimo del principio di atipicità dell'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare disposti in via cautelare. Analogo discorso potrebbe condursi anche in riguardo all'art. 612 cod. proc. civ. con la conseguenza di ammettere una forma atipica di esecuzione forzata ogni qual volta si tratti di obblighi di fare o di non fare (si aggiunge, infungibili). Tuttavia, gli artt. 669 *duodecies* e 612 non sono mai stati considerati in quest'ottica né i giudici di merito hanno mai rinvenuto in essi il fondamento del potere di disporre *astreintes*. All'art. 612 cod. proc. civ. la dottrina fa riferimento al fine di individuare il procedimento attraverso il quale richiedere al giudice dell'esecuzione l'adozione della misura coercitiva indiretta quando questa non sia stata già prevista (per il caso di inadempimento, appunto) nella sentenza emessa all'esito della cognizione. Sulla possibilità di richiedere un'*astreinte* successivamente al verificarsi dell'inadempimento della sentenza di cui al comma 1 si legga quanto più oltre nel testo.

¹⁷⁴ Al riguardo si ipotizza la facoltà di disporre *astreintes* a garanzia non soltanto dell'attuazione del comando inibitorio principale ma anche per coartare all'adempimento di una misura idonea e più in generale per l'adempimento dell'intero fascio di obbligazioni derivanti in concreto dalla sentenza del giudice. Per DE MARZO G., *Op. cit.*, p. 683: “il richiamo al giudizio di cui al comma 1 può essere apprezzato come inteso a circoscrivere il novero degli interessi protetti dalle misure introdotte (gli interessi collettivi esercitati dalle associazioni dei consumatori e degli utenti), piuttosto che a delimitare la tipologia di provvedimenti, che infatti, si ripete, sono genericamente indicati, senza alcuna specificazione”.

Si ritiene, infine, che non sussistano validi argomenti per escludere il ricorso alla misura del pagamento di una somma di denaro in ipotesi di inadempimento di un provvedimento cautelare, non soltanto perché la lettera della legge non necessariamente si esprime nel senso della esclusione, ma soprattutto perché “sarebbe davvero irragionevole ipotizzare una preclusione rispetto all’operatività dello strumento di coercizione con riguardo ai provvedimenti assunti prima dell’instaurazione del giudizio di merito”¹⁷⁵.

D’altra parte, apparirebbe fortemente incongruo garantire l’attuazione del provvedimento di merito e non anche quella del provvedimento emanato proprio in ragione dell’esistenza di giusti motivi d’urgenza, soprattutto allorquando si consideri che l’effettiva esecuzione del provvedimento cautelare può, nel caso concreto, rendere addirittura superfluo il successivo giudizio di merito il quale, per effetto della riforma del diritto processuale civile, non è più necessario che sia instaurato al fine del mantenimento dell’efficacia di quella misura cautelare che presenti carattere anticipatorio.

Ancora, la locuzione <azione di cui al comma 1> solleva il quesito se sia possibile che il giudice provveda a disporre un’*astreinte* per il caso di inadempimento dell’ordine di adottare misure idonee o di quello di pubblicare la sentenza; in particolare ci si chiede da un lato, se sia possibile che l’*astreinte* sia posta a garanzia soltanto dell’adempimento dei suddetti provvedimenti e non anche contestualmente a garanzia dell’adempimento del comando inibitorio principale e, dall’altro se il soccombente sia tenuto al pagamento della detta misura anche quando l’inadempimento alla sentenza del giudice sia soltanto parziale.

¹⁷⁵ Così DE MARZO G., *Op. cit.*, p. 683, ove si legge ancora: “le azioni inibitorie cautelari richiedono un *quid pluris* in tema di intensità delle conseguenze dell’agire illecito che impone, quanto all’esecuzione dei provvedimenti che tali conseguenze mirano a fronteggiare, un trattamento perlomeno identico a quello riservato alle decisioni rese all’esito di un processo ordinario”. In un’ipotesi esattamente opposta e contraria a quella considerata, PLAIA A., affrontando la questione relativa alla inibitoria cautelare e alla misura compulsoria a tutela del diritto d’autore, si appella alla coerenza del sistema al fine di affermare l’operatività dell’*astreinte* non soltanto per il caso di inadempimento della pronuncia cautelare ma anche di quella definitiva, sebbene detta facoltà non fosse in origine espressamente prevista dalla lettera della legge. Cfr., PLAIA A., *L’inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d’autore*, in *Cont. e imp.*, 2001, p. 750 ss., in particolare p. 761.

La soluzione a tali interrogativi appare, invero, già implicita nelle considerazioni che si sono precedentemente svolte¹⁷⁶; si può allora definitivamente affermare che per azione inibitoria collettiva (ovvero, per azione di cui al comma 1) si debba intendere quella particolare azione –solo parzialmente analoga a quella tipicamente disciplinata nel codice civile– caratterizzata da una fisionomia propria e frutto dell’elaborazione comunitaria nell’ambito della politica di protezione effettiva del consumatore.

In altri termini, l’inibitoria collettiva è un istituto diverso dall’inibitoria tipica in quanto essa non tende semplicemente a far cessare il comportamento illecito bensì ad imporre al soccombente il compimento di tutto quanto risulti necessario ad assicurare al consumatore la tutela effettiva. Ne deriva che, poiché la tutela effettiva è il primario e ineludibile obiettivo di tutto il sistema del diritto dei consumi, proprio in vista del raggiungimento di detto obiettivo si deve poter coartare all’adempimento di ogni obbligazione che in concreto deriva dalla sentenza del giudice. L’*astreinte* dunque deve essere disposta per l’adempimento dell’intero comando concretamente formulato mentre non si ritiene conforme alla *ratio* della normativa che l’*astreinte* sia disposta soltanto a garanzia dell’adempimento dei provvedimenti emessi ai sensi delle lettere *b*) e *c*) del comma 1 dell’art. 140.

Riguardo poi alla questione relativa all’ipotesi di inadempimento solo parziale del comando giudiziale si deve anche in questo caso considerare che, affinché sia raggiunta la tutela effettiva del consumatore, è necessario che il comando in concreto formulato dal giudice sia adempiuto esattamente e nella sua interezza. D’altra parte la previsione del pagamento di una somma di denaro ha la funzione di coartare il soccombente ad eseguire quanto complessivamente disposto dal giudice, di modo che qualora l’adempimento dovesse risultare soltanto parziale ben potrebbe il soccombente essere tenuto al pagamento suddetto per la parte che non ha (o non ha ancora) adempiuto¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Al riguardo si rimanda anche a quanto argomentato e sostenuto nel capitolo dedicato alle misure idonee.

¹⁷⁷ L’affermazione è la logica conseguenza della considerazione dell’azione inibitoria collettiva quale azione unitaria dal contenuto necessariamente complesso, di modo che nella relativa pronuncia si concretino una serie di obbligazioni sia di fare sia di non fare ma anche di dare, di

In altri termini, si ritiene che il soccombente sia tenuto al versamento dell'*astreintes* anche in caso di non ottemperanza all'ordine impartitogli dal giudice di adottare misure idonee nonché di pubblicare la sentenza; si sostiene, in particolare, che anche nei confronti di detto ultimo provvedimento la misura coercitiva indiretta svolga una sua ben determinata funzione. Infatti, si ricordi che la pubblicazione della sentenza assolve in primo luogo il compito di garantire l'esatta informazione del pubblico dei consumatori e, pertanto, proprio al fine di rendere effettivo il relativo diritto, è necessario che il comando del giudice sia adempiuto nella sua specificità. L'*astreinte* dunque, anche in questo caso, può utilmente svolgere la funzione propria di coercizione indiretta¹⁷⁸. Potrebbe, invero, obiettarsi che al professionista resti pur sempre la scelta, economicamente orientata, tra l'adempiere all'ordine di pubblicazione subendo l'eventuale conseguente perdita di mercato ovvero il sostenere il costo dell'inadempimento quale semplice voce di bilancio, soprattutto laddove si consideri che l'ammontare dell'*astreinte* viene determinato all'interno di un limite minimo e di uno massimo che potrebbero apparire troppo contenuti rispetto agli ingenti guadagni che una multinazionale può essere in grado quotidianamente di realizzare¹⁷⁹. Tuttavia, un'obiezione siffatta varrebbe

distruggere, etc. Tuttavia, si potrebbe obiettare che il giudice quando dispone il pagamento di una somma di denaro ha riguardo all'ipotesi di inadempimento al comando inibitorio principale e in tale veste determina la somma tra il limite massimo e minimo previsti dalla legge di modo che se l'inadempimento dovesse essere soltanto parziale si potrebbe verificare la necessità di rideterminare ed eventualmente ridurre detta somma. L'obiezione deve essere però analizzata alla luce del fatto che la legge espressamente si riferisce alla <gravità del fatto> quale criterio per individuare l'ammontare esatto dell'*astreinte*; sull'interpretazione di tale ultima espressione è opportuno rimandare oltre.

¹⁷⁸ *Contra* AMADEI D., *Op. ult. cit.*, p. 12: "in ogni caso, almeno in linea teorica, la misura dell'art. 5 *bis* potrà anche ottenersi in caso di inadempimento ad una <misura idonea> disposta sulla scorta della lettera b); ben difficilmente invece può immaginarsi, in quanto inutile e superflua, una misura coercitiva in relazione alla divulgazione della sentenza, demandata all'iniziativa della parte vincitrice". Al riguardo si obietta che, se da un lato è ben vero che la pubblicazione della sentenza può anche essere effettuata dalla parte vincitrice, costituendo, come detto nel testo, l'unica componente dell'obbligo giudiziale pienamente fungibile, dall'altro non si vede per quale motivo si debba forzare il dato letterale della norma, che si riferisce all'azione complessivamente delineata nel comma 1 dell'art. 140, al fine di escludere l'operatività dell'*astreinte* in riguardo all'obbligo di pubblicazione per il solo fatto che questo può essere validamente adempiuto da un soggetto diverso dall'obbligato.

¹⁷⁹ In proposito cfr., MINERVINI E., *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 513: "sarebbe stato comunque preferibile prevedere da un lato un intervallo maggiore tra l'importo minimo e l'importo massimo, e dall'altro un meccanismo automatico di aggiornamento degli importi minimo e massimo, onde evitare che

riguardo all'adempimento di tutte le obbligazioni che derivano dalla sentenza e non solamente per ciò che riguarda l'ordine di pubblicazione il quale, peraltro, rappresenta l'unica componente del dispositivo del giudice pienamente fungibile, posto che potrebbe trovare pur sempre applicazione il comma 2 dell'art. 120 cod. proc. civ. A ben vedere poi, è questo il limite intrinseco dello stesso concetto giuridico di infungibilità degli obblighi giudiziali, nel senso che in siffatte ipotesi –di infungibilità dell'obbligo- non vi è altro modo di costringere taluno a compiere qualcosa se non prevedendo una sanzione – pecuniaria- per il caso di non adempimento spontaneo.

IV.4 Segue; la domanda di parte e il momento dell'adozione della misure di coercizione indiretta

Proseguendo nell'esegesi della norma, occorre ora affrontare le ulteriori questioni applicative cui già si è fatto cenno: si tratta, in primo luogo, di interpretare la locuzione <anche su domanda della parte che ha agito in giudizio> e, in secondo luogo, di individuare il momento processuale nel quale è consentito richiedere l'adozione delle misure di coercizione indiretta.

Quanto al primo profilo, è agevole considerare fin da subito che alla domanda di parte si contrappone normalmente il potere ufficioso del giudice; tutto il sistema processuale italiano è infatti incentrato sul principio della domanda salvo i casi in cui è espressamente consentito al giudice di disporre d'ufficio. Ne consegue, quindi, che la più lineare interpretazione da dare alla norma in esame sembra essere quella che ammette, oltre ed accanto alla domanda di parte, il potere del giudice di disporre *astreinte* d'ufficio.

Tuttavia, ad una più attenta lettura si può notare come la norma, nella sua formulazione letterale, non si limiti a prevedere <anche la domanda di parte>, che in tal modo si contrapporrebbe *de plano* al potere d'ufficio, bensì specifica <anche su domanda dell'associazione *che ha agito in giudizio*>; non si vede

gli stessi subissero l'erosione dell'inflazione (ma era poi indispensabile fissare un minimo ed un massimo, anziché rimettersi al prudente apprezzamento del giudice?)".

dunque per quale motivo il legislatore abbia voluto specificare che la domanda proviene dall'associazione che ha agito in giudizio quando, stando ai normali meccanismi processuali, non sarebbe potuto essere altrimenti. Ne deriva allora che l'interpretazione che contrappone, nella norma in esame, il potere di parte e quello del giudice non è idonea a cogliere appieno la portata del dettato legislativo. Il riferimento all'associazione che ha agito in giudizio potrebbe far pensare ad una domanda proveniente *anche* da un'associazione rimasta estranea al medesimo: forzando un po' il dato letterale, la norma potrebbe dunque essere intesa nel senso di riconoscere il potere di richiedere *astreintes* non solo in capo all'associazione che ha agito in giudizio ma anche in capo a tutte le altre associazioni terze rispetto ad esso¹⁸⁰. Si potrebbe dunque ipotizzare che, una volta verificatosi l'inadempimento da parte del soccombente e in ipotesi di inerzia dell'associazione attrice, siano legittimate a richiedere la misura coercitiva indiretta tutte le altre associazioni che vi abbiano comunque interesse. Una tale ricostruzione sarebbe poi la logica conseguenza dell'affermazione dell'efficacia *ultra partes secundum eventum litis* del giudicato collettivo in materia di consumatori nonché della finalità pubblicistica che l'*astreinte* normalmente persegue¹⁸¹.

Tuttavia la domanda formulata da parte di un'associazione diversa da quella nei cui confronti è pronunciata la sentenza favorevole presuppone che si sia già verificato proprio quell'inadempimento che l'*astreinte* mira a scongiurare. Occorre allora affrontare l'altra questione prospettata relativa al momento di adozione delle misure di cui si sta trattando.

La norma, sul punto, espressamente prevede che <il giudice dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro...rapportata alla gravità

¹⁸⁰ In senso conforme cfr., AMADEI D., *Op. ult. cit.*, p. 15: "la limitazione all'associazione che ha agito è davvero poco opportuna: l'esclusione delle altre associazioni non consente che ciascuna di esse possa rimediare all'inerzia dell'associazione che è stata parte".

¹⁸¹ In senso critico cfr. sul punto, QUARANTA S., *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., Torino, 2007, p. 568 ove l'A. argomenta piuttosto a partire da ciò che: "l'inadempimento alla condanna (non solo inibitoria) principale sia tale nei confronti sia dell'associazione attrice vittoriosa, sia dell'associazione colegittimata rimasta estranea al processo, cioè che l'illecito del professionista sia tale in relazione a tutti i (e solo ai) soggetti muniti di legittimazione per categoria. Ne deriva che alla legittimazione ad agire segue (ed anzi suo elemento accessorio è) il potere di richiedere (la liquidazione dell'*astreinte*".

del fatto>. Dalla portata letterale sembrerebbe dunque che la misura coercitiva indiretta venga concessa solo a seguito dell'inadempimento, in conseguenza cioè del suo concreto verificarsi; ulteriore argomento a favore di detta interpretazione si ricaverebbe, poi, dal riferimento al criterio della gravità del fatto¹⁸² per la determinazione del concreto ammontare dell'*astreinte*, il quale implica necessariamente una valutazione *ex post* dell'inadempimento.

Così interpretata, però, la norma lascerebbe aperti una serie di dubbi tra i quali quello relativo all'individuazione del giudice competente ad emanare *astreinte* una volta verificatosi l'inadempimento nonché di quale sia il procedimento da adottare; ma soprattutto si verificherebbe l'assurdo che “la coazione all'adempimento opera solo quando...l'inadempimento già c'è stato!”¹⁸³.

Potrebbe allora apparire più corretto leggere la norma in esame come se vi fosse scritto: <il giudice dispone *che*, in caso di inadempimento, il soccombente paghi...>, con la conseguenza che, così ricostruito il dettato legislativo, l'*astreinte* potrebbe essere disposta immediatamente nella sentenza che chiude il giudizio ordinario svolgendo in tal modo la sua funzione propria di coercizione indiretta, salvo poi, in ipotesi di sua inefficacia coercitiva, trasformarsi in una vera e propria sanzione per il verificarsi dell'inadempimento¹⁸⁴.

Occorre infatti considerare che la misura di cui si sta trattando partecipa necessariamente di una duplice natura: da un lato, agisce con funzione privatistica nel senso di garantire il soddisfacimento degli interessi della parte vittoriosa, dall'altro opera con funzione pubblicistica nel senso di assicurare il rispetto delle pronunce dell'autorità giudiziaria nonché di prevedere la

¹⁸² La gravità del fatto “deve dal giudice essere apprezzata tenendo conto non solo dei profili soggettivi della condotta, ma soprattutto delle conseguenze che il persistente inadempimento può comportare rispetto agli interessi protetti” così DE MARZO G., *Op. cit.*, p. 683. In senso conforme, MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, a cura di GABRIELLI E.-MINERVINI E., II, Torino, 2005, p. 514.

¹⁸³ Così AMADEI D., *Op. ult. cit.*, p. 16. D'altra parte, l'interpretazione letterale per la quale l'*astreinte* potrebbe essere concessa solo una volta verificatosi l'inadempimento renderebbe effettivamente possibile l'azione da parte di associazioni rimaste estranee al giudizio ordinario.

¹⁸⁴ Cfr., MINERVINI E., *Op. ult. cit.*, p. 512: “sembra pertanto che sia lo stesso giudice che emette il provvedimento inibitorio a disporre, contestualmente, siffatto pagamento per l'ipotesi di inadempimento da parte del professionista degli obblighi stabiliti dal provvedimento stesso”.

sanzione per il caso di non ottemperanza a queste¹⁸⁵. Sembra dunque che il legislatore italiano, non avvertito di detta duplice funzione, abbia utilizzato una formula ellittica che non consente di cogliere appieno il meccanismo della coercizione indiretta, il quale opera sempre necessariamente in due direzioni. In ossequio, dunque, alla duplice natura della misura coercitiva indiretta sembra allora corretto interpretare la norma nel senso che essa consenta da un lato, di disporre *astreintes* per il caso futuro ed eventuale dell'inadempimento così assolvendo alla funzione propriamente coercitiva, dall'altro di emanare la medesima misura successivamente al verificarsi dell'inadempimento assolvendo così ad una funzione propriamente punitiva del comportamento non conforme alla decisione giudiziale¹⁸⁶. Ne conseguirebbe che, se disposta con la sentenza che chiude il giudizio di merito essa potrà essere emessa su domanda dell'associazione attrice ma anche d'ufficio dal giudice, mentre se richiesta in sede di esecuzione della decisione medesima la domanda potrà essere avanzata dall'associazione parte del giudizio e dalle altre associazioni che vi hanno interesse¹⁸⁷, mentre non si vede come potrebbe concretamente operare in detta ipotesi il meccanismo officioso.

¹⁸⁵ Cfr., al riguardo CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 157 ss.

¹⁸⁶ Cfr., MINERVINI E., *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 512: "la misura coercitiva indiretta in parola non ha, palesemente, finalità risarcitorie e/o riparatorie, ma piuttosto finalità <punitiva>: essa si avvicina più alla *Geldstrafe* tedesca che alla *astreinte* francese".

¹⁸⁷ In tal caso si ritiene che si possa validamente utilizzare il procedimento di cui all'art. 612 cod. proc. civ.

BIBLIOGRAFIA:

- AA. VV., *Codice del consumo, Commentario*, a cura di ALPA G.-ROSSI CARLEO L., Napoli, 2005;
- AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, *Gli scambi*, a cura di BOCCHINI F., Torino, 2003;
- AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, II, *Il mercato*, a cura di BOCCHINI F., Torino, 2003
- AA. VV., *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di ALPA G.-LEVI V., Milano, 2001;
- AA. VV., *La tutela collettiva dei consumatori*, a cura di VERARDI C. M., Napoli, 1995;
- ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999;
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002;
- AMADEI D., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori: finalmente un'astreinte*, in www.judicium.it;
- AMADEI D., *Un'astreinte a tutela dei consumatori (prime note sul comma 5 bis dell'art.3, legge 30 luglio 1998, n. 281)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 387 ss.;
- ARMONE G. M., *La tutela collettiva. L'inibitoria*, in *Diritto dei consumi e nuove tecnologie*, II, *Il mercato*, a cura di BOCCHINI F., Torino, 2003;
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;
- BELLELLI A., *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 614 ss.;
- BERTOLO G., *Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 497 ss.;
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994;
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e imp./Eur.*, 1996, p. 431 ss.;

- BUONOCORE V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 237 ss.;
- BUSNELLI F., *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989;
- CALAMANDREI P., *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934;
- CALVO R., *Il Codice del consumo tra <consolidazione> di leggi e autonomia privata*, in *Cont. e imp./Eur.*, 2006, p. 74 ss.;
- CAMERO R.-DELLA VALLE S., *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999;
- CAPPONI B., *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Foro it.*, 1994, IV, p. 439 ss.;
- CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano ?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.;
- CARBONE V., *Giudizio negativo della Ce sul non corretto recepimento della direttiva n. 93/13*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 515 ss.;
- CARNEVALE V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in www.judicium.it;
- CARNEVALE V., *Tutela inibitoria*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., 2007;
- CHIARLONI S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 387 ss.;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935;
- COLAGRANDE R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, p. 700 ss.;
- CONTI R., *Controversie nei servizi pubblici: l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 598 ss.;
- CONTI R., *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 281/1998*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 392 ss.;
- CONTI R., *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1275 ss.;

- CONTI R.-RIZZO G., *Inibitoria collettiva in danno del gestore di telefonia: all'orizzonte le class actions*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1144 ss.;
- DE MARZO G., *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 681 ss.;
- DE POLI M., *Clausole vessatorie, norme bancarie uniformi e azione inibitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 495 ss.;
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993;
- DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 529 ss.;
- DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 527 ss.;
- DONA M., *Il codice del consumo regole e significati*, Torino, 2005;
- FABBIO P., *Questioni in materia d'inibitoria collettiva ex art. 1469 sexies c. c. alla luce della l. 30 luglio 1998 n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 722 ss.;
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1998;
- FRIGNANI A., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971;
- FRIGNANI A., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989;
- FRIGNANI A., *L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 999 ss.;
- GENOVESI G., *Brevi note sul problema (non risolto) della legittimazione all'azione inibitoria a tutela dei consumatori*, in *Corriere del merito*, 2005, p. 887 ss.;
- GENTILI A., *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contratto e imp.*, 2002, p. 680 ss.;
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I contratti*, 2006, p. 159 ss.;

- GHIDINI G., *La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 346 ss.;
- GIUSSANI A., *Inibitoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1998;
- GIUSSANI A., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1061 ss.;
- GIUSSANI A., *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 315 ss.;
- GIUSSANI A., *I torti della Fiat verso i consumatori: la giustizia civile richiama le Dedra difettose*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 81 ss.;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003;
- IRTI N., presentazione a *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di IRTI N., Milano, 2004;
- JAEGER P. G., *La pubblicazione della sentenza come sanzione della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, p. 209 e ss.;
- JAEGER P. G., *Inibitoria, "pericolo di ripetizione", "tentativo" di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, p. 5 ss.;
- LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 ss.;
- LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 385 ss.;
- LIBERTINI M., *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469 sexies cod. civ.)*, in *Contratto e imp./Eur.*, 1996, p. 555 ss.;
- LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da GALGANO F., IV, Padova, 1981;
- LIEBMAN E. T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931;
- MANIÀCI A., *Tutela inibitoria e clausole abusive*, in *Contratti*, 1999, p. 16 ss.;

- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2000;
- MANDRIOLI C., *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 9 ss.;
- MANDRIOLI C., *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1345 ss.;
- MARICONDA V., *Il provvedimento del Tribunale di Roma sulle clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Contratti*, 2000, p. 577 ss.;
- MARINUCCI E., *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 216 ss.;
- MAZZAMUTO S.-PLAIA A., *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.*, 1993, p. 670 ss.;
- MAZZAMUTO S., *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Contratto e imp.*, 2004, p. 513 ss.;
- MENGOZZI P., *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contratto e imp./Eur.*, 2002, p. 54 ss.;
- MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratti*, 2000, p. 1165 ss.;
- MINERVINI E., *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 509 ss.;
- MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. MINERVINI-E. GABRIELLI, Torino, 2005;
- MINERVINI E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e imp.*, 2006, p. 635 ss.;
- MINERVINI E., *Dei contratti dei consumatori in generale*, Torino, 2006;
- MINERVINI E., *Codice del consumo*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., Torino, 2007;
- MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO G.- SANTORO-PASSARELLI F., Milano, 1961;

- NIVARRA L., *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1127 ss.;
- ORESTANO A., *L'inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori* in *Corr. giur.*, 2000, p. 513 ss.;
- PALMIERI A.-LAGHEZZA P., *Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza*, in *Foro it.*, 2000, I, 2065 ss.;
- PALMIERI A., *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra adii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V, 77 ss.;
- PALMIERI A., *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, 347 ss.;
- PALMIGIANO A., *Prime iniziative giudiziarie delle associazioni dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 79 ss.;
- PETRILLO C., *Brevi considerazioni sulla tutela degli interessi collettivi*, in www.judicium.it;
- PIETROBON V., *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, 1998, Milano;
- PLAIA A., *L'inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d'autore*, in *Cont. e imp.*, 2001, p. 750 ss.;
- PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.;
- PROTO PISANI A., *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 127 ss.;
- PROTO PISANI A., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.;

- PUNZI C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 647 ss.;
- QUARANTA S., *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva*, in *Digesto, Disc. priv. sez. civ.*, I agg., Torino, 2007;
- RAPISARDA C.-TARUFFO M., *Inibitoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, 1989, Roma;
- RAPISARDA SASSOON C., *Inibitoria*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 475 ss.;
- RAPISARDA C., *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 92 ss.;
- REICH N., *L'azione collettiva transfrontaliera nel diritto tedesco e nel diritto comunitario*, in *Contratto e imp./Eur.*, 1998, p. 447 ss.;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, ristampa;
- ROSSI CARLEO L., *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879 ss.;
- ROSSI CARLEO L., *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Cont. e imp./Eur.*, 2006, p. 33 ss.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 201 ss.;
- SCOGNAMIGLIO R., *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1976;
- SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962;
- SCUFFI M., *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 154 ss.;
- SIRENA P., *Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 501 ss.;
- SPOLIDORO M. S., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982;

- TARUFFO M., *Problemi in tema di esecutorietà della sentenza di condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 789 ss.;
- TARUFFO M., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 529 ss.;
- TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970.