

## Mancato avveramento della condizione e buona fede

### Quesito n. 36

Il Comune Isola di Pasqua stipulò una convenzione con l'ing. Tiberio Tiberi con la quale affidava al professionista la redazione del progetto dei lavori per la costruzione di una rete fognaria che servisse i Comuni dell'isola. La predetta convenzione prevedeva tuttavia che il pagamento del compenso fosse subordinato all'ottenimento da parte dell'ente pubblico dei finanziamenti a copertura delle spese. L'ingegnere portava a compimento il suo incarico professionale, il Comune tuttavia non pagava il compenso adducendo la mancata concessione dei finanziamenti e quindi il mancato avveramento della condizione.

Il professionista decideva di rivolgersi ad un legale di sua fiducia, esponendogli che, dal suo punto di vista, l'Ente pubblico non aveva agito secondo le regole della correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e che il mancato avveramento della condizione dipendeva esclusivamente da una sua negligenza nel ritardo con cui erano stati chiesti i finanziamenti, che, in parte, erano stati anche concessi.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tiberio Tiberi, rediga parere motivato.

### Svolgimento

La condizione è una **disposizione che fa dipendere l'efficacia o la risoluzione del negozio giuridico** (o di una singola clausola negoziale) **dal verificarsi di un avvenimento futuro e incerto** (art. 1353 c.c.) (BIANCA).

La condizione è sia l'**evento condizionante**, futuro e incerto, dal quale dipende l'efficacia o la perdita di efficacia del negozio, sia la **clausola condizionale**, che prevede tale evento.

Sul piano classificatorio, la condizione può essere **sospensiva**, se dal verificarsi dell'evento futuro e incerto deriva l'efficacia del contratto; **risolutiva**, quando dal verificarsi dell'evento futuro e incerto consegue la cessazione degli effetti del contratto; **positiva**, se l'evento dedotto in condizione consiste in una modificazione dello stato di fatto esistente al momento della conclusione del

contratto (ad es.: «a condizione che venga rilasciata l'autorizzazione amministrativa»); **negativa** se l'evento dedotto in condizione consiste nel mancato accadimento di un certo fatto, e quindi nel lasciare immutato lo stato di fatto esistente al momento della conclusione del contratto (ad es., «a condizione che non venga revocata l'autorizzazione amministrativa»).

La condizione può essere apposta ai **contratti**, ai **negozi unilaterali mortis causa** (l'art. 633 c.c. ammette che le disposizioni testamentarie possono essere sottoposte a condizione) e all'**intera categoria degli atti giuridici patrimoniali** (l'art. 1324 c.c. estende la disciplina dei contratti agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale) (FALZEA).

La condizione di cui si occupa l'art. 1353 c.c. è la condizione volontaria, ossia la condizione prevista dalle parti, che si contrappone alla **condizione legale** (*condicio iuris*), consistente in un avvenimento futuro e incerto al quale la legge (e non la volontà delle parti) subordina l'efficacia del negozio. Ad es., in pendenza dell'approvazione, da parte della competente autorità di controllo, del contratto stipulato tra la pubblica amministrazione e un privato, il contratto stesso, pur essendosi perfezionato con l'incontro dei consensi e pur essendo vincolante per il privato, non è suscettibile di esecuzione, in quanto **l'approvazione costituisce una condicio iuris dell'efficacia del contratto** e dell'eseguibilità delle reciproche prestazioni, salva l'ipotesi eccezionale in cui, per ragioni di urgenza e in forza di espresso provvedimento, sia stata disposta l'esecuzione anticipata; pertanto, in attesa della suddetta approvazione, il privato non può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento della pubblica amministrazione, poiché la risolubilità del contratto per la suddetta causa presuppone necessariamente la sua eseguibilità (Cass. 4-3-87, n. 2255).

**Requisiti** fondamentali dell'evento dedotto in condizione sono:

- l'**incertezza**, ossia l'impossibilità di stabilire se un evento accadrà o no;
- l'**estraneità** dell'evento rispetto alla conclusione del contratto: l'evento dedotto in condizione non può identificarsi in uno degli elementi costitutivi del contratto;
- la **liceità**: il contratto al quale è apposta una condizione (sospensiva o risolutiva) illecita, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, deve ritenersi nullo (art. 1454, co. 1, c.c.). In particolare, è illecita la condizione che comporta un **abusivo condizionamento del contraente** (ad es., la condizione che prevede la risoluzione del contratto in caso di adesione del soggetto a un determinato partito politico) o l'**illiceità del fatto condizionante** (ad es., la condizione che prevede la risoluzione del contratto in caso di esito negativo delle pressioni indebite esercitate su un funzionario pubblico) (BIANCA);

— la **possibilità**: la condizione impossibile rende nullo il contratto se è sospensiva, e si ha per non apposta se è risolutiva (art. 1454, co. 2, c.c.).

Tale regola si riferisce all'impossibilità già esistente e verificabile al momento della stipulazione del contratto e non all'impossibilità sopravvenuta alla conclusione del negozio, come è reso evidente dal richiamo ai concetti di «nullità» e di «condizione da aversi per non apposta», che attengono al momento genetico del contratto e che sarebbero del tutto incongrui se usati per sanzionare l'impossibilità intervenuta nella fase operativa del contratto, inidonea a incidere sulla validità dello stesso o di singole clausole (Cass. 5-1-93, n. 63). L'impossibilità sopravvenuta della condizione, a differenza della condizione impossibile *ab initio* (che rende nullo il negozio *ex art.* 1354, co. 2, c.c.), è configurabile come mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione. Conseguentemente, se taluno si è obbligato a eseguire una determinata prestazione al verificarsi di una condizione, l'impossibilità sopravvenuta di tale condizione sospensiva comporterà la definitiva liberazione dall'obbligo (Cass. 29-1-03, n. 1288).

La condizione è **casuale** quando la verifica dipende dal caso (ovvero dalla volontà di terzi: che equivale a far riferimento al caso, a meno che una delle parti non possa intervenire nel processo di formazione di questa volontà) (FALZEA).

La condizione è **meramente potestativa**, con conseguente **nullità** del negozio (art. 1355 c.c.), se l'evento dedotto in condizione consiste in un fatto volontario che non comporta alcun impegno per il soggetto né ha alcuna seria rilevanza sul piano dei suoi stessi interessi (ad es., «ti assumerò se mi va, se vorrò, se mi piacerà») (MAIORCA). È evidente, perciò, la *ratio* della nullità del negozio soggetto a condizione meramente potestativa: non si può far dipendere l'assunzione di un obbligo ad acquistare o a trasferire un diritto dal mero capriccio dell'obbligato.

Invece, la condizione è **potestativa** quando l'evento in essa dedotto consiste in un fatto volontario il cui compimento (o la cui omissione) non è lasciato al totale arbitrio del soggetto ma rientra in una scelta oggettivamente seria, che comporta un impegno e un'incidenza effettiva sul piano dei suoi interessi personali (ad es., «ti assumerò se mi dedicherò a un'attività professionale») (MAIORCA). Nella condizione potestativa il verificarsi dell'evento condizionante è, quindi, legato a criteri obiettivi di correttezza, equità, ragionevolezza etc., ai quali la parte deve adeguarsi (Cass. 21-5-07, n. 11774).

La condizione si dice, invece, **mista**, quando la verifica dipende parte dal caso, parte dalla volontà di una delle parti.

La **pendenza della condizione** indica il **periodo che intercorre tra la formazione del contratto e il momento in cui si verificherà o non si ve-**

**rificherà l'evento dedotto in condizione.** Durante tale intervallo, è incerto se l'evento si verificherà o meno: se la condizione è sospensiva, gli effetti del contratto non si producono fino al suo verificarsi; se la condizione è risolutiva, il contratto continua a produrre effetti fin dal momento della sua formazione per cessare, poi, nel caso in cui la condizione si avveri.

Nella fase di pendenza, anche se gli effetti tipici del contratto non si sono ancora prodotti o possono essere posti nel nulla, l'acquirente di un diritto sottoposto a condizione sospensiva e l'alienante di un diritto sottoposto a condizione risolutiva sono titolari di un'**aspettativa giuridicamente tutelata**, ossia una posizione di attesa alla quale l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo. In particolare, chi ha acquistato un diritto sotto condizione sospensiva può compiere **atti conservativi** del proprio diritto sospensivamente condizionato (ad es., può esercitare l'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c. e l'azione surrogatoria, oppure può chiedere il sequestro conservativo) (art. 1356, co. 1, c.c.); invece, chi ha acquistato un diritto sotto condizione risolutiva può **esercitare il diritto**, ma l'alienante (colui che ha trasferito il diritto) può compiere atti conservativi, poiché ha un diritto sottoposto allo stesso evento che per lui si presenta come condizione sospensiva (art. 1356, co. 2, c.c.).

Entrambe le parti possono **disporre del diritto condizionato** (ad es., possono trasferire il diritto ad altri), ma gli effetti degli atti di disposizione sono subordinati al verificarsi della condizione (art. 1357 c.c.); inoltre, le parti devono **comportarsi secondo buona fede** (art. 1358 c.c.), osservando un comportamento corretto, tale da non danneggiare l'altra parte; la violazione dell'obbligo di buona fede può comportare il diritto al risarcimento del danno e la risoluzione del contratto.

In via generale, l'obbligo di buona fede esprime l'esigenza che ciascuna parte, dopo aver suscitato nell'altra legittime aspettative, non receda dalle negoziazioni senza un'oggettiva giustificazione (BIANCA); in giurisprudenza però si è ormai chiarito che, l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (Cass. 8-10-2008, n. 24795).

Inoltre, in tema di esecuzione del contratto, la buona fede (in senso oggettivo) si atteggia come un impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del *neminem*

*laedere* siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775).

In questa prospettiva allargata, in dottrina si è precisato che la buona fede si articola nei due fondamentali aspetti della lealtà e della salvaguardia, imponendo al soggetto di comportarsi lealmente e di salvaguardare l'utilità dell'altro contraente nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

Se in passato non era possibile parlare di responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione, in quanto valeva la presunzione di legittimità dell'azione amministrativa, nel corso del tempo questa convinzione si è lentamente sgretolata. In particolare, la Cassazione (**Sez. Un.** 1675/1961) ha riconosciuto la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione, affermando che compito del giudice non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì di stabilire se sia stato un corretto contraente.

Deve quindi essere dichiarata responsabile la p.a. ogniqualvolta viene colposamente trascurata l'acquisizione di elementi procedurali necessari allo scopo di giungere ad una definizione delle trattative.

Ad es., in tema di contratto sottoposto a condizione sospensiva, se la condizione non si verifica può farsi luogo a risoluzione per inadempimento dell'obbligazione prevista dall'art. 1358 c.c., che obbliga ciascun contraente, in pendenza della condizione, a osservare i doveri di lealtà e correttezza, senza influire sul verificarsi dell'evento condizionante pendente (Cass. 18-3-02, n. 3942).

Tale principio è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, che ha accolto una nozione più ampia di imputabilità del mancato avveramento della condizione, ravvisandola non più solo nei casi di violazione degli obblighi espressamente assunti, ma anche nell'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede enunciati dall'art. 1375 c.c. (*ex multis* Cass. 28-7-2004, n. 14198). Si è affermato che i predetti canoni non attengono solo alla fase dell'adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, ma riguardano tutta una serie di comportamenti che, come si evince dalla Relazione di accompagnamento al codice civile, devono essere improntati ad un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, che impone a tutte le parti di agire in maniera tale da preservare gli interessi dell'altra, indipendentemente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni di legge (*ex multis* Cass. **Sez. Un.** 25-11-2008, n. 28056).

Tornando al caso che qui ci occupa, in applicazione dei principi sopra enunciati, deve affermarsi che non rileva la circostanza che la mancata verifica dell'evento dedotto in condizione non era imputabile all'ente pubblico che non si era espressamente impegnato a compiere delle attività finalizzate all'ottenimento dei finanziamenti; il Comune avrebbe dovuto però svolgere tutte le atti-

vità necessarie al raggiungimento di quel risultato. Al riguardo Cass. 20-1-2014, n. 12, in un caso analogo, ha enunciato il seguente principio di diritto: «*In tema di compenso del professionista per l'elaborazione di un progetto di opera pubblica, la cui corresponsione sia subordinata al finanziamento dell'opera da parte della Regione e alla presentazione della richiesta di finanziamento e gestione della relativa pratica da parte del Comune beneficiario dell'opera stessa, l'affidamento della stessa, nelle more dell'elaborazione del progetto da parte del professionista, ad altro soggetto privato, costituisce comportamento contrario a buona fede, in violazione dell'art. 1358 cod. civ., che determina l'avveramento fittizio della condizione, ai sensi dell'art. 1359 cod. civ., in quanto cagionato dal comportamento della parte portatrice di un interesse contrario all'avveramento.*»

Il principio di buona fede è, dunque, un principio generale che si deve applicare anche in casi come quello oggetto del presente parere. Infatti, la clausola negoziale in esame nella presente controversia integra una condizione potestativa mista, tale essendo quella il cui avveramento dipende in parte dal caso o dalla volontà di terzi, in parte dalla volontà di uno dei contraenti (nella specie, la concessione del finanziamento dipendeva in parte dall'iniziativa del Comune e in parte dalla volontà del soggetto o dei soggetti che dovevano erogare il detto finanziamento). Nella giurisprudenza più recente si è manifestato un orientamento diretto ad affermare che il contratto sottoposto a condizione mista soggiace alla disciplina dell'art. 1358 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, con il limite che l'omissione di un'attività in tanto può ritenersi contraria a buona fede e costituire fonte di responsabilità in quanto l'attività omessa costituisca oggetto di un obbligo giuridico (Cass., n. 14198 del 2004; n. 6423 del 2003).

Ne consegue che il contratto sottoposto a condizione potestativa mista è soggetto alla disciplina di cui all'art. 1358 cod. civ., che impone alle parti l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, e la sussistenza di tale obbligo va riconosciuta anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista (Cass. Sez. Un. 19-9-2005, n. 18450).

L'ing. Tiberio Tiberi avrà pertanto diritto al pagamento del compenso stabilito per lo svolgimento della propria opera professionale.

### **Riferimenti normativi e giurisprudenziali**

(V. *amplius* SIMONE, Codice Civile Commentato – C1, ed. 2017)

Sul comportamento delle parti nello stato di pendenza:

- art. 1358 c.c.: *Ambito di applicabilità.*

## Class action inammissibile e tutela di altri soggetti

### Quesito n. 37

La Alfa Consumatori, a nome proprio e di Tizio e Tizia, citava davanti al Tribunale di Milano, la Beta Tabacchi per sentirla condannare, ai sensi dell'art. 2050 cod. civ. e 140bis del Codice del Consumo, al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, causati dallo svolgimento di un'attività pericolosa ai danni della salute dei consumatori.

La domanda veniva rigettata sia in primo grado che in sede di gravame non riscontrando i giudici del merito le condizioni per la esperibilità di una class action. Tizio e Tizia si rivolgevano ad un legale di loro fiducia per sapere se, quelli che loro ritenevano essere dei diritti violati, erano definitivamente compromessi. Il candidato, assunte le vesti del legale, rediga parere motivato.

### Svolgimento

I contratti del consumatore sono disciplinati, nei loro tratti essenziali, dal **D.Lgs. 206/05** (Codice del consumo), con il quale il legislatore ha inteso riordinare e semplificare la normativa sulla tutela dei consumatori, in coordinamento con i principi e gli indirizzi affermati in sede comunitaria.

Il Codice intende favorire l'informazione del consumatore, tutelarlo nella fase di raccolta delle informazioni e assicurare la correttezza dei processi negoziali e delle forme contrattuali da cui discendono le decisioni di acquisto. Vengono definiti, inoltre, in modo chiaro i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, promuovendone la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva.

I contratti del consumatore si caratterizzano, anzitutto, per la particolare «qualifica» delle parti. Deve trattarsi, in particolare, di un consumatore e di un professionista.

L'art. 3, D.Lgs. 206/05 stabilisce che:

— **«consumatore»** è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente

svolta. Ciò significa che deve essere considerata consumatore la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per soddisfare **esigenze della vita quotidiana** estranee all'esercizio di tale attività (Cass. 8-6-07, n. 13377);

- «**professionista**» è la **persona fisica o giuridica** che agisca nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario. Pertanto, deve essere considerato professionista tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale; non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività d'impresa o professionale, ma è sufficiente che venga concluso per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (Cass. 10-7-08, n. 18863).

Il legislatore è intervenuto, a tutela del consumatore, anche sul versante del contenuto del contratto, occupandosi delle clausole vessatorie che il professionista, in sede di contrattazione, è in grado di imporre al consumatore.

La vessatorietà delle clausole contrattuali è definita dall'art. 33, co. 1, D.Lgs. 206/05, secondo cui si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La buona fede alla quale fa riferimento la norma è la **buona fede in senso oggettivo**, per cui sono vessatorie le clausole che, in contrasto con il principio della buona fede, comportano un abuso di una parte ai danni dell'altra.

Il D.Lgs. 206/05, al fine di potenziare la tutela del consumatore, prevede che, su iniziativa degli enti indicati dall'art. 37, co. 1 (associazioni rappresentative a livello nazionale dei consumatori o di categorie di professionisti e camere di commercio) può essere chiesto al giudice di inibire a un professionista, o a un'associazione di professionisti, l'uso, nei contratti con i clienti, di determinate clausole vessatorie. L'inibitoria comporta il divieto, per il professionista, di utilizzare la clausola vessatoria in tutti i propri contratti.

Peraltro, le associazioni dei consumatori possono chiedere, oltre all'inibitoria dell'utilizzo di clausole vessatorie, l'inibitoria di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, l'ordine di pubblicazione sulla stampa dei provvedimenti adottati, se ciò è utile a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni (art. 140, D.Lgs. 206/05).

L'inibitoria impedisce la prosecuzione di una condotta illecita, ma non è uno strumento utile per riparare il danno arrecato.



L'azione risarcitoria regolata dal codice civile si rivela, tuttavia, uno strumento inefficace nel caso di comportamenti degli operatori economici suscettibili di cagionare danni a un esteso numero di soggetti. Infatti, per evitare che ciascun consumatore debba promuovere un'azione autonoma per dimostrare il danno subito, la L. 244/07 (legge finanziaria 2008) ha introdotto l'art. 140bis, D.Lgs. 206/05, poi interamente sostituito dalla L. 99/09, che disciplina l'**azione collettiva risarcitoria** ispirata al modello anglosassone della *class action*.

L'azione tutela (art. 140bis, co. 2, cod. cons.):

- i **diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e di utenti** che versino, nei confronti di una stessa impresa, in una **situazione omogenea**, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.;
- i **diritti omogenei spettanti ai consumatori finali** di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- i **diritti omogenei al ristoro del pregiudizio** derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anti-concorrenziali.

I consumatori e gli utenti che intendono avvalersi della *class action* devono aderire all'azione di classe. L'adesione comporta la **rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo**.

L'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti, oggetto di accertamento nell'ambito del giudizio di inammissibilità della domanda, si rintraccia nell'**unicità del cd. danno-evento**, mentre non rilevano gli aspetti attinenti al cd. danno-conseguenza, liquidabile anche in via equitativa.

L'azione di classe si propone con **atto di citazione** (art. 163 c.p.c.). All'esito della prima udienza il tribunale decide sull'**ammissibilità della domanda**.

Il giudizio di inammissibilità ha le caratteristiche di una delibazione sommaria, avente ad oggetto, ai sensi dell'art. 140bis, co. 6, cod. cons., la non manifesta infondatezza della domanda, l'omogeneità dei diritti dei consumatori, l'insussistenza di un conflitto di interessi e l'adeguatezza del proponente a curare gli interessi della classe.

Tale ultimo requisito può ritenersi rispettato solo nell'ipotesi in cui il proponente sia in grado, tenuto conto dell'organizzazione e delle risorse finanziarie in suo possesso al momento del giudizio di ammissibilità, di perseguire efficientemente la tutela dell'interesse di tutti i futuri aderenti all'azione (Trib. Cagliari, 19-02-2014).

La verifica dell'idoneità dei proponenti a curare gli interessi della classe deve essere condotta **prescindendo dall'eventuale esiguità del numero dei ricorrenti individualmente**, poiché l'art. 140bis cod. cons. riconosce la possibilità

di promuovere l'azione anche al singolo componente la classe; qualora, poi, l'azione sia promossa mediante un comitato, tale giudizio non potrà prescindere da una valutazione della rappresentatività dell'organizzazione e delle risorse finanziarie dei ricorrenti e dell'ente, che dovrà compiersi avendo riguardo alla tipologia dell'azione promossa e all'impegno che la stessa comporta, in base alle iniziative e all'attività da compiere (App. Cagliari 18-7-14). Se **ammette l'azione**, il tribunale determina il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo.

All'esito del processo, con la sentenza che **accoglie la domanda** il tribunale liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme; in questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine per giungere a un **accordo sulla liquidazione del danno**. Il verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti all'azione di classe.

Occorre aggiungere che l'art. 140bis, co. 4, in base al quale «la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa», individua il **giudice territorialmente competente** e stabilisce che l'azione di classe, promossa per il risarcimento o le restituzioni conseguenti alla lesione di una pluralità di diritti omogenei di consumatori e utenti, spetta al **giudice ordinario**, davanti al quale possono, dunque, essere convenuti anche i **concessionari di pubblici servizi** nelle ipotesi in cui venga loro addebitato un inadempimento seriale nell'esecuzione del rapporto di utenza.

Questa tesi trova conforto nel co. 12 dell'art. 140bis, dove è previsto che «in caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate», nonché nell'art. 2 D.Lgs. 198/09, il quale ammette che, in relazione alle medesime condotte, siano proposti l'azione *ex art. 140bis* e il ricorso per l'efficienza della PA., stabilendo l'improponibilità del rimedio avanti al giudice amministrativo promosso successivamente all'instaurazione del processo di classe.

Siffatta conclusione non riceve smentita dall'art. 133, co. 1, lett. c), D.Lgs. 104/10 (Codice del processo amministrativo), che devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo,

ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, e alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità».

La norma, che è il precipitato di Corte cost. 204/04, si fonda infatti sul ripudio del criterio dei blocchi di materia nell'attribuzione della giurisdizione esclusiva e sulla riaffermazione della regola generale per cui il riparto di giurisdizione si attua sulla scorta della situazione soggettiva dedotta. Pertanto, esulano dall'ambito esclusivo di cognizione del g.a. i diritti soggettivi che, pur direttamente inerenti alla materia dei servizi pubblici, non risultino correlati al potere autoritativo della P.A. Se è così, la causa volta a ottenere, ad es., il risarcimento dei danni subiti da una pluralità di utenti per i ritardi reiteratamente accumulati da un vettore nell'esecuzione dei contratti di trasporto conclusi con i viaggiatori in virtù di una concessione di servizio pubblico, non coinvolge l'esercizio di poteri autoritativi da parte della PA, poiché si tratta di un insieme di domande volte a far valere l'inesatto adempimento di obbligazioni contrattuali del vettore, rispetto alla cui esecuzione non residuano ambiti di valutazione riservati all'amministrazione.

Sul piano temporale, occorre evidenziare che non sussiste la legittimazione attiva delle associazioni dei consumatori per **condotte dannose poste in essere in epoca antecedente al 2009**, in quanto l'art. 140bis cod. cons. è applicabile solo agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della L. 99/09.

*Quid iuris*, come nel caso che qui ci occupa, se una class action venga respinta dai giudici del merito? A tal proposito era da registrare un contrasto giurisprudenziale.

Da un lato vi era chi (Cass. 14-6-2012, n. 9772) sosteneva che il ricorso in Cassazione fosse inammissibile dal momento che: *“Nell'azione di classe a tutela di consumatori e utenti, l'ordinanza con cui la corte d'appello, in sede di reclamo, dichiara l'inammissibilità della domanda è fondata su una delibazione sommaria che, in quanto tale, non è idonea al giudicato sostanziale, non preclude la riproposizione della domanda in via ordinaria e, fatta eccezione per il capo relativo alla pronuncia sulle spese e sulla pubblicità, non è ricorribile per cassazione”*.

Tale affermazione non era però condivisa da altro orientamento in base al quale: l'art. 140-bis non pone l'azione di classe come alternativa ed equivalente rispetto all'azione individuale, giacché, oltre alle differenze in rito delle due forme processuali di tutela, l'azione collettiva appare in grado di esercitare una maggiore pressione sul professionista o produttore e di garantire minori costi per il consumatore; inoltre, rispetto all'azione individuale, la class action meglio può proteggere interessi collettivi e riequilibrare il rapporto.

Stante il contrasto come sopra delineato, sono intervenute in merito le Sezioni Unite della Cassazione (sent. 1-2-2017, n. 2610). Giova ricordare che si verte in tema di risarcimento dei danni, patrimoniali o non patrimoniali, che i proponenti della domanda o i successivi aderenti all'azione di classe assumono di avere subito per effetto delle condotte contestate alla convenuta, e non anche un'azione volta alla tutela di un interesse collettivo riferibile all'associazione rappresentativa o ai proponenti. Inoltre, in base all'art. 140bis del Codice del Consumo, come sopra enunciato e ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., che dispone che “contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge”, la Cassazione ha da tempo chiarito (Cass. n. 2953 del 1953), con orientamento costante, che un provvedimento, ancorché emesso in forma di ordinanza o di decreto, assume carattere decisorio - requisito necessario per proporre ricorso ex art. 111 Cost. - quando pronuncia o, comunque, incide con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, con la conseguenza che ogni provvedimento giudiziario che abbia i caratteri della decisorietà nei termini sopra esposti nonché della definitività - in quanto non altrimenti modificabile - può essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost.

La decisorietà, dunque, consiste nell'attitudine del provvedimento del giudice non solo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma ad incidervi con la particolare efficacia del giudicato (nel che risiede appunto la differenza tra il semplice “incidere” e il “decidere”: cfr., per tutte, Cass. n. 10254 del 1994).

L'azione risarcitoria collettiva, in quanto azione proposta per ottenere un risarcimento, altro non è che un ulteriore strumento che il legislatore ha messo a disposizione come tutela processuale in aggiunta a quella ordinaria. Così delineata, certamente non può essere negata in caso in cui vengano fatte valere delle posizioni individuali, né i diritti degli aderenti ad un'azione di classe possono essere definitivamente compromessi da un'eventuale dichiarazione di inammissibilità dell'azione e, a maggior ragione, non possono essere compromessi i diritti di tutti gli altri appartenenti alla classe; inoltre la eventuale ammissione dell'azione consente di aderire ad essa anche a quei soggetti che in precedenza si erano visti dichiarare inammissibile l'azione individuale.

Stante l'autorevole orientamento, Tizio e Tizia potranno aderire ad eventuale altra azione risarcitoria proposta da altri consumatori.

### **Riferimenti normativi e giurisprudenziali**

(V. *amplius* SIMONE, Codice Civile Commentato – C1, ed. 2017)

Sull'azione di classe:

- art. 140bis, D.Lgs. 206/2005.