

L'azione collettiva pubblica nel sistema di controllo dell'efficienza della Pubblica Amministrazione

Rapporti con le azioni collettive private

*Adele Quattrone**

L'azione collettiva pubblica disciplinata dal Decr. Leg.vo 198/2009 in attuazione dell'art. 4 della Legge Delega 15/99, si pone, in un'ottica di politica legislativa, come strumento di controllo dell'efficienza della pubblica amministrazione e, nell'ordinamento giuridico generale, come istituto innovativo del diritto sostanziale e degli strumenti di tutela giurisdizionale, avuto riguardo alla natura delle situazioni giuridiche riconosciute in capo al singolo ed alla correlativa predisposizione delle azioni a tutela.

La portata innovativa dell'istituto si coglie sin dagli esordi del testo legislativo, nella "scelta" dei soggetti legittimati all'azione: l'art. 1, comma 1, del Decr. Leg.vo 198 riconosce, infatti, la titolarità dell'azione collettiva pubblica "ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e di consumatori" nei confronti di una P.A. o di un concessionario di pubblico servizio, in relazione ad "una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi" derivante da uno dei comportamenti tipizzati dalla norma e consistenti nella violazione di *standard* qualitativi ed economici o nella violazione di doveri di azione.

La legittimazione ad agire riconosciuta in prima battuta al singolo è *estesa* (4° comma), al ricorrere dei medesimi presupposti, alle *associazioni rappresentative della pluralità dei consumatori ed utenti* per la tutela degli interessi dei propri associati che si affermino lesi dalla P.A. o dal concessionario di pubblico servizio in conseguenza delle medesime condotte.

La graduazione dei soggetti attivi dell'azione operata dall'art. 1 - singoli/associazioni - mette in evidenza l'intenzione del legislatore di fare della legittimazione del singolo portatore dell'interesse diffuso (verosimilmente non a caso definito *titolare*, nonostante il diverso suggerimento dato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, nel parere sullo schema del decreto legislativo reso in data 9 giugno 2009)(1), il nucleo centrale della nuova azione collettiva,

(*) Avvocato dello Stato.

La presente relazione è stata redatta dall'Autrice in occasione del convegno sul tema della "class action" tenutosi presso la sede del TAR di Reggio Calabria il 12 e 13 marzo u.s.

(1) Nel prefato parere il Consiglio di Stato evidenzia come la situazione giuridica protetta con l'azione collettiva è quella pluralistica dell'interesse diffuso, la cui titolarità spetta alla collettività di utenti e consumatori. Nei confronti del singolo componente della classe la situazione legittimante all'azione è data piuttosto dalla situazione di contatto, ovvero "dall'inerenza di tale interesse".

spostando il baricentro della tutela degli interessi superindividuali (collettivi e diffusi) dagli enti esponenziali ai singoli cittadini.

Con riferimento ai soggetti dell'azione può, dunque, cogliersi la portata innovativa dell'azione collettiva pubblica rispetto alle forme tradizionali di tutela degli interessi collettivi e diffusi, elaborate per via giurisprudenziale (2), ovvero introdotte dal legislatore (si pensi alle norme che riconoscono alle associazioni rappresentative di interessi diffusi la legittimazione procedimentale - art. 9 L. 241/90, o processuale - art. 91 c.p.p. e L. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente), e rispetto - come si vedrà oltre - ai corrispondenti strumenti di tutela privatistica.

Proprio mediante il superamento dell'impostazione tradizionale legata al paradigma individuale della tutela giurisdizionale amministrativa (ritagliato sull'art. 26 della legge sul Consiglio di Stato) e, sul piano della tutela degli interessi superindividuali, al binomio interesse collettivo - ente esponenziale, l'azione collettiva nei confronti della P.A. si pone nel sistema ordinamentale come strumento di partecipazione dei cittadini alla "cosa pubblica" intesa come amministrazione, riguardata non nel momento finale dell'adozione dell'atto o del singolo rapporto, ma, in forma anticipata, nel momento dell'organizzazione e della gestione complessiva della funzione e del servizio (3).

In tale contesto, l'azione collettiva pubblica è destinata ad operare come strumento di stimolo che, attraverso il controllo diretto del cittadino sul processo di produzione del servizio pubblico (considerato nella duplice accezione di funzione e di servizio in senso proprio), persegue lo scopo di attivare nell'ambito dei pubblici poteri un circolo virtuoso che favorisca lo svolgimento efficiente del servizio: alla base della L. 15/2009 e dei Decr. Leg. vi attuativi nn. 150/2009 e 198/2009 può riconoscersi l'approdo ultimo di una nuova idea di Amministrazione pubblica, intesa come "servizio reso al cittadino", dove il parametro di valutazione non è dato tanto dalla legittimità dell'atto amministrativo, quanto dal criterio economico dell'efficienza, rispetto al quale il principio cardine del buon andamento rileva in termini di risultato (4).

(2) Si fa riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato - Ad. Plen. n. 24 del 19 ottobre 1979, che, in occasione della nota vicenda dell'associazione ambientalista Italia Nostra, aprì la strada al riconoscimento programmatico della tutelabilità in sede giurisdizionale degli interessi diffusi, attraverso l'affermazione della legittimazione processuale delle associazioni che, usando il bene ed assumendone per statuto la tutela, possono riconoscersi come centri di imputazione dell'interesse superindividuale che al bene si riconnette. La tutela giurisdizionale del c.d. interesse diffuso viene resa possibile attraverso un processo di collettivizzazione dell'interesse superindividuale, che da interesse diffuso, presente allo stato magmatico nella collettività, viene riqualficato in interesse collettivo, mediante la personalizzazione in capo ad un centro di aggregazione rappresentativo.

(3) Cfr. ancora parere Consiglio di Stato citato.

(4) Il passaggio dall'amministrazione per atti all'amministrazione di risultato è sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere del 9 giugno 2009. In tale occasione il Consiglio di Stato ha pure avuto modo di sottolineare come la trasformazione della funzione della P.A. nel senso dell'implementazione

In questo senso azione collettiva pubblica ed azioni collettive private confluiscono in un sistema di tutela unitario, che ha come oggetto l'interesse, particolarmente avvertito nelle democrazie economiche occidentali, all'efficienza del sistema di produzione di beni e servizi, riguardato nei due versanti pubblico e privato, differenziandosi i due strumenti di tutela per il fatto che, mentre nell'azione collettiva pubblica la funzione di stimolo opera in modo diretto, ancorché compulsato da un interesse proprio del singolo che agisce giudizialmente, essendo la disfunzione dell'agire della P.A. l'oggetto diretto del giudizio e la misura ripristinatoria dell'efficienza il risultato precipuamente e direttamente perseguito, nelle azioni collettive private l'impulso ad una maggiore efficienza del sistema di imprese viene conseguito indirettamente, attraverso l'irrogazione di misure sanzionatorie (preventive-inibitorie o risarcitorie) che tendono principalmente al soddisfacimento di situazioni soggettive private (collettive o individuali omogenee), e che, per l'appunto indirettamente, grazie alla funzione generalpreventiva svolta dai sistemi sanzionatori, tentano di rimuovere quelle situazioni di squilibrio nel mercato (posizioni anticoncorrenziali, pratiche commerciali abusive) che, traducendosi in minore efficienza del sistema produttivo, costituiscono un costo per la collettività.

Di qui anche il parallelismo che può riscontrarsi nel *modus operandi* delle due azioni.

Legittimazione ed interesse ad agire. Le posizioni giuridiche tutelate

La funzione di stimolo e di controllo di cui s'è detto è stata realizzata nell'azione collettiva pubblica attraverso la previsione di una legittimazione ad agire allargata.

L'art. 1 Decr. Leg.vo 198/2009 attribuisce in prima battuta (comma 1) la titolarità della c.d. *class action* pubblica ai *titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e di consumatori*, ed in via accessoria (comma 4) alle *associazioni rappresentative di consumatori ed utenti a tutela degli interessi dei propri rappresentati*.

Per comprendere perché si parla di legittimazione ad agire allargata occorre affrontare il problema della definizione categoriale della situazione giuridica tutelata in capo al soggetto titolare dell'azione.

La lettera della norma, in base alla quale la legittimazione ad agire è riconosciuta, innanzitutto, in capo ai *titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori in presenza di una lesione diretta concreta ed attuale dei propri interessi*, derivante da taluna delle

di parametri di efficienza ed efficacia sia il risultato di un complesso travaglio riformista che prende le mosse dalla L. 241/90 per arrivare alla Legge delega n. 15/2009 attraverso le leggi Bassanini, la riforma del Titolo V della Costituzione e la L. 112/2008.

condotte tipizzate dalla norma, potrebbe far propendere per la tesi che si tratti di interessi individuali riferibili ad una pluralità indeterminata di soggetti, in capo ai quali si ripetono in modo omogeneo; cioè di situazioni giuridiche individuali caratterizzate dalla serialità.

Secondo questa tesi l'azione collettiva pubblica non rappresenterebbe una novità nell'ordinamento, trattandosi pur sempre della tutela di interessi individuali, secondo i casi concreti (la giurisdizione del G.A. è esclusiva) diritti soggettivi, mediati dall'esercizio di una funzione amministrativa, o interessi legittimi e quindi di normale legittimazione ad agire del titolare della posizione tutelata.

La prospettiva cambia se si guarda all'oggetto dell'azione, consistente nella violazione dei termini o nella mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori (non normativi), nella violazione di obblighi stabiliti nelle carte di servizi, nella violazione di *standard* di efficienza e qualità. Si tratta, evidentemente, di comportamenti che si riferiscono a modelli di azione generale, incidenti su beni della vita non soltanto omogenei per una pluralità di soggetti, ma, di più, attribuibili in modo indifferenziato ad una collettività indeterminata e quindi, in tal senso, riconducibili alla categoria degli interessi superindividuali (5).

Si tratta dunque di un'azione data eccezionalmente al singolo per la tutela di un interesse non esclusivamente proprio, ma metaindividuale in quanto riferibile in modo non frazionabile alla classe, e che il singolo può far valere in concreto non *uti singulus*, ma in quanto componente di una collettività di utenti o consumatori in presenza di una lesione diretta, concreta ed attuale di un proprio non meglio qualificato interesse, in conseguenza dell'agire disfunzionale della P.A (6).

La lesione concreta diretta ed attuale di tale interesse, che integra, sul piano delle condizioni dell'azione, l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) concorre a definire la *posizione legittimante* del ricorrente, alla quale viene recuperato, per tale via, un certo grado di differenziazione e personalizzazione: il ricorrente agisce *uti singulus* e non semplicemente *quisque de populo*, per la tutela di un interesse riferibile alla "classe" di utenti o consumatori cui appartiene, attraverso la proposizione di un'azione nella quale il risultato, consistendo nel ri-

(5) Di azione a tutela di interessi diffusi parla il Consiglio di Stato nel parere citato. Per la tesi della natura superindividuale delle situazioni giuridiche tutelate dalla norma, definite come interessi o diritti collettivi cfr. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in rivista *LexItalia.it*.

(6) La necessità della lesione diretta concreta ed attuale di un interesse proprio del soggetto è, peraltro, l'elemento che discrimina l'azione collettiva dall'azione popolare, riconosciuta nei casi tassativamente determinati dalla legge al *quisque de populo* per la tutela dell'interesse pubblico generale. Per la distinzione, però, fra azioni popolari sostitutive, in cui l'oggetto della tutela è effettivamente l'interesse pubblico generale, ed azioni popolari correttive, in cui il soggetto agisce anche a tutela di un proprio interesse leso, cfr. GALLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, 1996.

pristino diretto del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione del servizio, ridonda (in caso di esito favorevole del ricorso) a vantaggio della collettività medesima; ma tanto il ricorrente collettivo può fare a condizione che la disfunzione dell'apparato amministrativo denunciata venga a "contatto", con effetti pregiudizievoli, con la sua sfera di interesse (7).

Col presupposto della lesione diretta, concreta ed attuale di un interesse proprio del soggetto sembra riproporsi nel contenuto della posizione legittimante il requisito della *vicinitas*, cioè dello stabile collegamento ambientale tra l'agente e la zona in cui è localizzabile il bene che si assume leso dall'azione amministrativa, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva individuato come requisito qualificante della legittimazione ad agire per le associazioni di tutela degli interessi diffusi (8).

Così, ad esempio, il ricorso per l'efficienza del sistema scolastico proposto dinanzi ad un Tribunale Amministrativo Regionale potrà avere ad oggetto solo disfunzioni che si siano verificate nel sistema scolastico dell'ambito locale in cui risiede il ricorrente e di cui il ricorrente afferma di fruire, mentre non sembra che l'incardinamento di un ricorso dinanzi ad un TAR locale potrà riguardare il sistema scolastico globalmente considerato, a prescindere cioè dalla configurabilità, per l'appunto, di una lesione, diretta, concreta ed attuale dell'interesse del ricorrente.

Tale limite sembra porsi anche per le associazioni dei consumatori e degli utenti in ipotesi operanti su base nazionale, atteso che l'azione è data, ai sensi del 4° comma dell'art. 1, al ricorrere degli stessi presupposti previsti per il ricorso del singolo.

Ed infatti i due presupposti della legittimazione ad agire e dell'interesse ad agire confluiranno nel contenuto del ricorso, che dovrà quindi contenere l'affermazione del ricorrente di essere titolare dell'interesse plurimo ed omogeneo per una pluralità di consumatori o di utenti, cioè l'affermazione dell'appartenenza del ricorrente ad una classe/categoria di consumatori o utenti; l'affermazione della lesione di un proprio interesse derivante dalla condotta disfunzionale della P.A. o del concessionario di un servizio pubblico.

Tali deduzioni, che concorrono a definire evidentemente anche la *causa petendi*, saranno verosimilmente oggetto di una verifica preventiva di ammissibilità del ricorso da parte del G.A., sicché la mancanza della previsione

(7) Nel senso che la posizione legittimante del singolo nell'azione di classe pubblica non è data tanto dalla "titolarità diffusa", quanto dall'*inerenza della res collettiva*, attualizzata dal "contatto" dell'agire disfunzionale pubblico con la sfera giuridica del singolo, cfr. Consiglio di Stato parere prefato.

(8) Da Cons. di Stato, Ad. Plen. 19 ottobre 1979 n. 24 si è ritenuto necessario che la sfera di azione dell'ente sia strettamente connessa al territorio in cui si trova il bene a fruizione collettiva, al fine di radicare l'interesse in una situazione sociale spazialmente determinata, fornendo in tal modo un criterio di differenziazione idoneo a scorporre l'interesse concretamente tutelato dall'interesse pubblico generale.

espressa di un preventivo vaglio di ammissibilità dell'azione collettiva pubblica rispetto alla *class action* privata sembra integrare una differenza più formale che sostanziale.

Nell'azione collettiva privata la legittimazione ad agire è diversamente articolata, secondo che si tratti dell'azione inibitoria prevista e disciplinata dagli art. 139 e 140 del codice del consumo, o dell'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140 *bis*, come modificato dalla L. 99/2009 (9).

L'inibitoria privata è data in via esclusiva alle associazioni dei consumatori ed utenti, normativamente qualificate, a tutela degli *interessi collettivi* dei loro rappresentati contro un comportamento abusivo o dannoso dell'impresa posto in essere nell'esercizio di pratiche commerciali, ovvero nell'ambito di rapporti contrattuali e non. La legittimazione dell'associazione ai sensi degli artt. 139 e 140 del codice del consumo è ritagliata sul paradigma tradizionale nel quale la tutela degli interessi collettivi è attribuita agli enti esponenziali della collettività cui si imputa in maniera indifferenziata l'interesse tutelato. La legittimazione delle associazioni è dunque ordinaria e non sostitutiva (art. 81 c.p.c.), poiché l'associazione agendo ad esempio per il ritiro del prodotto difettoso o per il ritiro di clausole abusive da contratti di massa, o per inibire il reiterarsi di pratiche anticoncorrenziali, agisce a vantaggio della collettività di utenti e consumatori in sé considerata (10).

L'azione collettiva risarcitoria, come la collettiva pubblica, si connota per la *legittimazione ad agire allargata*: l'azione ex art. 140 *bis* è riconosciuta per la tutela di un *interesse individuale omogeneo* al singolo appartenente alla classe, il quale può agire anche per il tramite di associazioni cui dà mandato o di comitati cui partecipa. Tuttavia, nella *class action* la posizione giuridica tutelata non è riferibile in maniera indifferenziata ad una collettività di soggetti, ma ha natura individuale e seriale, imputandosi a titolo individuale ad una pluralità di soggetti in capo ai quali si struttura in modo omogeneo, attesa l'identità del soggetto passivo del rapporto - stessa impresa, e l'identità o omogeneità della fonte costitutiva del diritto, costituita da un fatto produttivo di un interesse plurioffensivo. L'azione è data a tutela dei diritti contrattuali o extracontrattuali dei consumatori e utenti nei confronti di una impresa, ovvero di normali diritti relativi: si parla di *diritti individuali isoformi*, di situazioni giu-

(9) La L. 99/2009 ha modificato il testo dell'art. 140 *bis* del codice del consumo introdotto dalla L. 244/2007, che riconosceva la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno alle associazioni rappresentative degli utenti e dei consumatori in via esclusiva, riconoscendo ai singoli solo la possibilità di intervento.

(10) Come osserva VELTRI, *op. cit.*, la collettiva pubblica e l'inibitoria privata si somigliano per la natura della posizione giuridica tutelata, che è in entrambi i casi superindividuale; si distinguono per il fatto che nella collettiva pubblica la tutela giurisdizionale dell'interesse superindividuale è attribuita anche al singolo componente della collettività di consumatori o utenti incisa dalla disfunzione dell'apparato amministrativo, mentre l'inibitoria privata è strutturata sul binomio interesse superindividuale-esponenziale.

ridiche soggettive che si ripetono in modo seriale in capo ad una pluralità di soggetti a causa della omogeneità/ identità dell'evento lesivo (11).

Nella azione collettiva risarcitoria la legittimazione ad agire allargata opera attraverso l'attribuzione al singolo componente della classe (*representative plaintiff*) del potere di agire in nome e per conto proprio ed *anche in rappresentanza* degli altri componenti della classe e si risolve nel *cumulo soggettivo*, ovvero nella confluenza in un unico processo e nella gestione da parte di un unico attore di una pluralità di domande di soggetti diversi (accomunate dal titolo dedotto dall'attore di classe) nei confronti della stessa impresa (12).

Sul piano processuale il risultato del cumulo è realizzato attraverso il meccanismo dell'adesione dei singoli consumatori o utenti all'azione promossa dall'attore di classe, *opt in* (13).

L'adesione, strumento processuale nuovo, proprio dell'azione di classe risarcitoria, si differenzia nettamente dall'intervento, ancorché, come l'intervento "serve" a realizzare la concentrazione di una pluralità di azioni, connesse per il titolo o per l'oggetto, in un unico giudizio, per esigenze di economia processuale e di coerenza del sistema, evitando contrasti di giudicati.

Innanzitutto, l'adesione all'azione di classe si esercita (art. 140 *bis*, comma 3) senza ministero di difensore: l'aderente non assume la qualità di parte nel giudizio, nel quale è rappresentato dall'attore di classe. Ne consegue che le cause di interruzione (come morte o perdita della capacità processuale) e di sospensione che colpiscono i singoli aderenti non producono effetto sul giudizio di classe; si realizza, inoltre, un evidente snellimento del giudizio, anche in senso economico, se si pensa che gli aderenti non saranno destinatari degli atti processuali, di parte e del giudice (con risparmio, fra le altre cose, delle spese e dell'alea delle notifiche).

Coerente con tale sistema l'esclusione dell'ammissibilità dell'intervento volontario, sia autonomo che adesivo dipendente, tenuto conto del rinvio generale fatto dal comma 10 dell'art. 140 *bis* all'art. 105 c.p.c.

Al fine di rendere effettiva la possibilità dell'adesione è previsto un sistema di pubblicità dell'azione di classe le cui modalità concrete sono rimesse al Tri-

(11) Sulla natura degli interessi tutelati con la *class action* risarcitoria, nel senso che si tratta di diritti individuali omogenei o isoformi, cfr. REMO CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro italiano* novembre 2009; nello stesso senso cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*

(12) Nel senso che l'azione di classe si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della classe, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(13) Per il sistema dell'*opt in* l'azione di classe italiana si distingue dalle *class actions* di origine statunitense. In queste l'estensione degli effetti della pronuncia giudiziale resa nel giudizio collettivo opera automaticamente in favore o contro l'intera classe, indipendentemente da una scelta volontaria degli appartenenti alla classe medesima. Questi, se vogliono sottrarsi al giudicato, debbono "chiamarsi fuori", mediante il sistema dell'*opt out*. Sulla struttura ed il modello di funzionamento della *class action* nel diritto statunitense, cfr. PIETRO RESCIGNO, *Sulla compatibilità fra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000.

bunale che le stabilirà caso per caso. L'osservanza da parte dell'attore di classe delle forme di pubblicità stabilite dal Tribunale con l'ordinanza che ammette l'azione è condizione di procedibilità della domanda (art. 140 *bis*, comma 9).

Ulteriore precipitato dell'esigenza di economicità e concentrazione del giudizio è che l'adesione comporta la *rinuncia alle azioni individuali risarcitorie o restitutorie* fondate sul medesimo titolo dedotto nell'azione di classe; inoltre, decorsi i termini per l'adesione, non sono più proponibili azioni di classe fondate sul medesimo titolo, mentre quelle già proposte e pendenti debbono essere riunite obbligatoriamente secondo le regole processuali della litispendenza e connessione (comma 14). Sono tuttavia fatte salve le azioni individuali: in tal modo si realizza il bilanciamento fra il diritto costituzionale di difesa e l'esigenza di economia processuale sottesa all'azione di classe.

Il fatto che l'aderente agisce nel processo per mezzo dell'attore collettivo implica che la sua domanda è condizionata dalle scelte processuali dell'attore di classe. Si pone quindi il problema dei rapporti fra il *representative plaintiff* e la massa di aderenti.

In dottrina si è parlato dell'adesione come di un atto complesso, nel quale coesiste la duplice natura processuale e negoziale (14): l'adesione vale, cioè, al tempo stesso come atto di esercizio dell'azione e come mandato mediante il quale si conferisce al mandatario - attore di classe, il potere di compiere atti giuridici in nome e per conto dell'aderente-mandante (15).

L'art. 140 *bis* non contiene una disciplina esaustiva del rapporto fra proponente e aderente (16). Le uniche regole positive riguardano gli effetti del giudicato e delle rinunce e transazioni intervenute fra le parti, le quali sono inopponibili agli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito. Per il

(14) Per la tesi della duplice natura dell'adesione, da un lato negoziale, assimilabile al mandato con rappresentanza, e dall'altro processuale, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(15) Esclude che l'attore collettivo agisca in qualità di sostituto processuale, quale soggetto che agisce in nome proprio per far valere un diritto altrui anche GIUSEPPE FINOCCHIARO, *La nuova class action, Le regole processuali*, in *Guida al Diritto*, gennaio 2010.

(16) Per il contenuto dell'atto di citazione e dell'atto di adesione, cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.* L'atto di citazione con cui viene introdotto il giudizio di classe deve contenere gli elementi previsti dall'art. 163 c.p.c.; in particolare, l'attore di classe dovrà dedurre e provare l'esistenza di un'azione di classe, ovvero l'esistenza di un diritto seriale nei confronti dell'impresa convenuta riconducibile ad una delle ipotesi previste dall'art. 140 *bis*; la titolarità dell'azione, cioè la propria appartenenza alla classe e la propria capacità di rappresentare gli interessi di questa. Tali elementi saranno oggetto, fra gli altri, del vaglio preliminare di ammissibilità dell'azione da parte del Tribunale (art. 140 *bis*, comma 6). Come atto di esercizio dell'azione, l'atto di adesione deve contenere gli elementi dell'*editio actionis* previsti dall'art. 163 da n. 1 a 4, mentre può escludersi la parte della *vocativo in ius*, già contenuta nell'atto di citazione.

L'elezione di domicilio e gli elementi costitutivi del diritto fatto valere sono espressamente richiesti dal comma 3 dell'art. 140 *bis*: l'aderente deve quindi dedurre il diritto al risarcimento o alla restituzione derivante da un fatto costitutivo identico a quello dedotto dall'attore di classe (*causa petendi*); dovrà altresì dedurre e provare il danno in concreto verificatosi nella propria sfera giuridica; dovrà, infine, formulare la richiesta di risarcimento o di restituzione (*petitum*).

resto, tenuto conto della natura negoziale dell'atto di adesione, la disciplina dei rapporti fra proponente ed aderente può essere integrata, per quanto non espressamente previsto, dalla disciplina del mandato.

In generale, può dirsi che l'attore collettivo non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa se non ha avuto mandato in tale senso dall'aderente. Tale limite deve intendersi riferito agli atti negoziali; se infatti venisse esteso anche agli atti processuali, se cioè occorresse il preventivo assenso dell'aderente per il compimento di qualunque atto del processo, tenuto conto del fatto che qualsiasi scelta processuale dell'attore incide sulla controversia ed indirettamente sul diritto oggetto del giudizio, si frustrerebbe lo spirito dell'azione di classe, che è quello della gestione congiunta di una pluralità di domande da parte di un unico attore nei confronti dello stesso convenuto.

Si può porre però il problema dell'impugnazione della sentenza sfavorevole; l'acquiescenza è infatti atto processuale il cui effetto, consistente nel passaggio in giudicato della sentenza, si riverbera sulla posizione sostanziale oggetto del giudizio. Non pare che l'opponibilità del giudicato, favorevole all'impresa, nei confronti dell'aderente possa ritenersi condizionato dal preventivo assenso di questo; piuttosto, ferma l'opponibilità del giudicato agli aderenti, eventuali contestazioni di questi potranno essere fatte valere nel rapporto fra attore di classe ed aderente secondo le regole del mandato (ad esempio applicando l'art. 1710 c.c.) (17).

Altro aspetto della legittimazione ad agire allargata e del cumulo processuale della *class action* risarcitoria è ravvisabile nella particolare efficacia del giudicato. In deroga al limite soggettivo del giudicato posto nell'art. 2909 c.c. è espressamente previsto (comma 14) che la sentenza *fa stato* anche nei confronti degli aderenti, nonostante questi non assumano la qualità di parte in senso processuale. Si tratta, a ben vedere, di una deroga più di forma che di sostanza, tenuto conto del fatto che gli aderenti sono pur sempre parti in senso sostanziale, agendo in giudizio, o meglio deducendo nel giudizio collettivo una propria domanda per il tramite dell'attore collettivo (18).

Nell'azione collettiva pubblica mancano previsioni analoghe in tema di adesione e di giudicato, ma le differenze rispetto alla *class action* risarcitoria

(17) In senso analogo cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.* Invece, per la necessità del preventivo assenso degli aderenti alla rinuncia all'impugnazione, cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*

(18) Secondo GIUSEPPE FINOCCHIARO, in *op. cit.*, nel processo di classe possono individuarsi tre tipologie di parti, con poteri differenziati e destinatarie di effetti diversi: 1. soggetti che sono parti sia in senso processuale che in senso sostanziale, che possono compiere cioè tutti gli atti del processo e sono destinatari di tutti gli effetti di questo, compreso il provvedimento finale: l'impresa e l'attore di classe; 2. soggetti che sono soltanto parte in senso processuale e che, essendo titolari del potere di compiere gli atti processuali, non sono assoggettati agli effetti del giudicato: le associazioni e i comitati che hanno promosso l'azione di classe; 3. parti in senso sostanziale, che sono solo destinatari degli effetti del giudicato: gli aderenti; cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

non sono sostanziali. Se si considera, infatti, che l'azione collettiva pubblica consente di agire al singolo per la tutela di un interesse collettivo e che, quindi, il provvedimento giurisdizionale tutela *ex se* la collettività di utenti o consumatori alla quale si riferisce l'interesse leso dall'agire disfunzionale della P.A. o del concessionario del pubblico servizio, si comprende come disposizioni analoghe in materia di adesione o di giudicato nell'azione collettiva pubblica sarebbero risuonate pleonastiche.

Quanto al giudicato, se si considera la natura superindividuale dell'interesse tutelato, non frazionabile e riferibile in modo indifferenziato alla collettività, l'oggetto della tutela, consistente in una disfunzione che si registra in un agire generale dell'Amministrazione o nell'organizzazione di un servizio pubblico, quindi una condotta necessariamente incidente sulla generalità dei consociati, il contenuto della pronuncia giudiziale, consistente in un ordine di ripristino della corretta *performance amministrativa*, è evidente come sia conaturata alla struttura dell'azione collettiva pubblica l'efficacia *erga omnes* del giudicato, non diversamente da quanto avviene nell'ordinario giudizio generale di legittimità, in cui, congiuntamente all'atto amministrativo concretamente e direttamente lesivo dell'interesse legittimo del singolo ricorrente, si impugni, quale atto presupposto, un atto amministrativo generale normativo (regolamento) o non normativo (circolare, P.R.G.), dal quale si assume che l'atto attuativo ripete i vizi secondo il meccanismo dell'invalidità derivata.

In luogo dell'adesione e a differenza dell'azione collettiva risarcitoria, nell'azione collettiva pubblica è espressamente prevista la possibilità dell'intervento. La legittimazione all'intervento è riconosciuta ai *soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente* (comma 3); l'ammissibilità dell'intervento è dunque condizionata, principalmente, all'allegazione da parte dell'interveniente della titolarità dell'interesse inciso dalla disfunzione dell'organizzazione o del servizio dedotta in giudizio, e quindi dall'affermazione della propria appartenenza alla classe di consumatori o utenti alla quale si riferisce la condotta censurata; ed in secondo luogo, tendenzialmente, secondo il tipo di intervento, all'allegazione dell'interesse concretamente leso dalla condotta disfunzionale proprio dell'interveniente (interesse ad intervenire).

Può ritenersi, invero, che nel caso di intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, ferma restando la necessità di allegare (e provare) l'appartenenza alla classe di soggetti interessati alla disfunzione amministrativa, trattandosi di intervento non autonomo ma subordinato (appunto adesivo) al ricorso principale, possa prescindere dall'allegazione di una lesione concreta diretta ed attuale di un interesse proprio dell'interveniente; tale deduzione appare, invece, irrinunciabile nell'intervento litisconsortile, concretando tale tipo di intervento una sorta di autonoma azione del terzo nei confronti di una delle parti del giudizio (la P.A. o il concessionario di pubblico servizio).

Per effetto della notifica dell'atto di intervento il singolo interveniente assume la qualità di parte nel giudizio collettivo: può, quindi, compiere gli atti processuali propri della parte ed è destinatario degli atti processuali delle altre parti e del giudice; inoltre, gli eventi interruttivi e le cause di sospensione che lo riguardano sono rilevanti nel processo (19).

Oggetto della domanda e contenuto del provvedimento giudiziale

La differente natura della posizione giuridica tutelata nelle due azioni, pubblica e privata, si riverbera sul piano degli strumenti di tutela e del tipo di provvedimento giudiziale.

La *class action* pubblica presenta profili di analogia con la collettiva inibitoria privata: in entrambi i casi l'interesse tutelato ha natura superindividuale.

L'art. 140 del codice del consumo stabilisce che può essere chiesta al giudice o *a)* l'inibitoria di atti e comportamenti lesivi, in funzione sia preventiva sia propriamente inibitoria, allo scopo di impedire il reiterarsi o il permanere di condotte lesive; o *b)* di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, con funzione cioè riparatoria, di condanna da un *fare specifico*.

Analogamente, ai sensi dell'art. 4 del Decr. L.vo 198/2009, il Giudice, accertata la violazione, l'omissione o l'inadempimento, *ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio in un congruo termine*.

La *class action* pubblica è connotata quindi, dall'atipicità del contenuto del provvedimento giudiziale, che verrà ritagliato dal G.A. sull'oggetto concretamente dedotto in giudizio, e che potrà assumere, secondo i casi, portata inibitoria, ovvero riparatoria (si pensi, ad esempio, all'adozione delle misure organizzative necessarie a ripianare il disservizio o a rimuovere la disfunzione dell'organizzazione dell'ufficio), ovvero ancora propulsiva, come, in partico-

(19) Cfr. il parere del Consiglio di Stato del 9 giugno 2009, il quale evidenzia come a differenza del giudizio generale di legittimità, nel quale, attesa la perentorietà del termine per impugnare, è ammesso solo l'intervento adesivo dipendente (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), nel giudizio collettivo, che non ha natura impugnatoria e nel quale l'oggetto della cognizione giudiziale è un comportamento posto in essere in violazione di doveri o di standard di efficienza e qualità al fine di ottenere il ripristino del corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, è ammissibile anche l'intervento litisconsortile. Vero è che, nel regolare le modalità dell'azione, l'art. 3 prevede come condizione di proponibilità del ricorso, l'onere dell'istante di diffidare preventivamente l'Amministrazione con l'assegnazione di un termine di 90 giorni per l'adozione degli interventi soddisfattivi degli interessati, e che il ricorso deve essere proposto nel termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine "dato" con la diffida. Non sembra però che lo spirare di tale termine comporti la consumazione dell'azione. Deve ritenersi, infatti, avuto riguardo per l'appunto all'oggetto del giudizio, analogamente al ricorso in materia di silenzio provvedimentale o in materia di accesso agli atti amministrativi, che il ricorso collettivo potrà essere promosso anche dopo la scadenza del termine annuale *previa nuova diffida*, ove permanga la situazione di disfunzione e la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

lare, nel caso della violazione dei termini o della mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori (20).

Rispetto al giudizio generale di legittimità, dove il potere di cognizione del G.A. è circoscritto alla verifica dei vizi di legittimità specificamente dedotti nei motivi di ricorso, ed il potere decisorio alla pronuncia caducatoria, nell'azione collettiva la sfera della cognizione e della pronuncia giudiziale si delinea più ampia, ai limiti della giurisdizione di merito. Vero è che, mentre la Legge delega (art. 4, 2° comma, lett. l) n. 2 del Decr. Leg.vo 198/2009) parla espressamente di giurisdizione di merito, il Decr. Leg.vo 198 non esplicita tale carattere della giurisdizione. Sembra, però, sussumibile nei poteri decisorii assegnati al G.A. in materia di azione collettiva, anche in vista dell'eventuale successivo giudizio di ottemperanza, che il G.A. possa dare indicazioni circa le misure da adottarsi per rimuovere la disfunzione, possa cioè pronunciare sentenze di condanna ad un fare spe-

(20) Per l'analogia dell'azione collettiva pubblica per la mancata adozione di atti amministrativi generali con il ricorso in materia di silenzio ex art. 21 *bis* L. TAR, cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*, il quale evidenzia anche il rischio di possibili sovrapposizioni fra le due norme. Del resto il ricorso ex art. 21 *bis* per la mancata adozione da parte della P.A. di atti amministrativi generali è stato già ammesso dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. del 26 febbraio 2010 n. 1146, in materia di omessa adozione di atti di aggiornamento dei tariffari per il rimborso delle prestazioni sanitarie).

Lo stesso Autore evidenzia il rischio di sovrapposizioni di tutela e di giurisdizione nell'ipotesi di violazione di standard di efficienza e qualità riferita alla materia dei pubblici servizi e quindi la necessità di procedere ad una sorta di *actio finium regundorum* fra i due tipi di azione collettiva pubblica e privata. Invero, l'art. 140, 11 comma del codice del consumo stabiliva che *resta ferma la giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di servizi pubblici, ai sensi dell'art. 33 del Decr. Leg.vo 80/98*; fatti salvi i rapporti individuali di utenza e le controversie meramente risarcitorie, riservate alla giurisdizione del G.O.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, fra gli altri, l'art. 33 del Decr. Leg.vo 80/98, come modificato dall'art. 7 della L. 205 del 2000, nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del G.A. la materia dei servizi pubblici ivi comprese le controversie di diritto soggettivo. Per effetto della pronuncia manipolativa della Consulta sono rimaste al G.A. le controversie in materia di pubblici servizi in cui viene in rilievo l'esercizio di un potere.

Il problema si ripropone alla luce del Decr. Leg.vo 198 del 2009 che conferma nella materia dei servizi pubblici la giurisdizione esclusiva del G.A., mentre l'art. 140 *bis*, comma 12, in combinato - disposto con il Decr. Leg.vo 198, lascia intendere che l'azione collettiva risarcitoria è esperibile dinanzi al G.O. anche nei confronti dei concessionari di pubblici servizi.

Nell'opera citata l'Autore ritiene che il distinguo fra azione collettiva privata e pubblica in materia di servizi pubblici va fatto alla luce del diverso ambito oggettuale sul quale le due azioni incidono. Se l'azione riguarda il disservizio in quanto tale, e quindi il contatto contrattuale o extracontrattuale fra utente o collettività di utenti e impresa, si versa nell'ambito della giurisdizione del G.O. che potrà essere adito, secondo i casi con azione inibitoria o risarcitoria. Se invece, oggetto dell'azione è l'organizzazione in quanto tale, sia pure riguardata attraverso il disservizio, dedotto non come oggetto diretto della cognizione del Giudice, ma come elemento sintomatico dell'inefficienza del sistema, si versa nell'ambito della giurisdizione amministrativa, con l'azione collettiva pubblica.

Il problema della possibile sovrapposizione delle azioni collettive, pubblica e privata, nella materia dei pubblici servizi è del resto presa espressamente in considerazione nella Legge Delega 15/99 e risolto, al fine di evitare duplicazioni di giudizi e possibili contrasti di giudicati, nell'art. 2 del Decr. Leg.vo 198/2009, che detta la regola dell'alternatività delle due azioni e della prevalenza del giudizio civile rispetto a quello amministrativo, quanto alla tutela inibitoria (1° e 2° comma).

cifico (21).

La disfunzione nell'esercizio della funzione amministrativa è, in realtà, *un in sé* dell'azione giurisdizionale amministrativa, se si considera che l'eccesso di potere, come vizio di legittimità dell'atto amministrativo, nelle diverse figure sintomatiche in cui può in concreto presentarsi, è il vizio attraverso il quale si è tradizionalmente censurato l'esercizio disfunzionale del potere, ovvero lo sviamento dalla sua causa tipica (22).

Nell'azione collettiva pubblica, però, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo, a parte l'ipotesi della violazione dei termini fissati inderogabilmente dalla legge per l'adozione di atti generali obbligatori (in cui sembra riproporsi il vizio della violazione di legge, ma solo in apparenza perché la violazione dei termini non è presa in considerazione in sé, ma come sintomo di una disfunzione dell'organizzazione amministrativa), il parametro sul quale fondare il giudizio non è dato dalla legittimità dell'atto amministrativo (che può mancare), ma dall'efficienza della funzione amministrativa complessivamente considerata, ovvero da un parametro che non è di legittimità ma piuttosto economico (23).

Strumenti di tutela

Le due azioni collettive, pubblica e privata, si presentano parallele anche sul piano degli strumenti di tutela.

La tutela collettiva privata è articolata nelle due azioni inibitoria (artt. 139 e 140 codice del consumo) e risarcitoria (art. 140 *bis* codice del consumo).

Con l'esperimento della *class action ex art. 140 bis* in particolare è possibile per la classe di consumatori ed utenti chiedere l'accertamento della responsabilità dell'impresa e la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni.

Ai sensi del comma 12, "*se accoglie, il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omo-*

(21) Di giurisdizione di merito parla espressamente il Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo, in data 6 settembre 2009.

(22) Nel senso che l'eccesso di potere è il vizio con cui si deduce l'agire disfunzionale della P.A. cfr. ROCCO GALLI, *op. cit.*

(23) Sottolinea il Consiglio di Stato nel prefato parere come il principio del buon andamento dell'amministrazione, tratto dall'art. 97 Cost. venga assunto nel nuovo contesto normativo in una dimensione che non è più soltanto quella della legalità, nel senso che l'atto legittimo è di per sé segno di un esercizio del potere conforme al buon andamento, ma piuttosto quella economica dell'efficienza, che può in ipotesi anche prescindere dal parametro della stretta legittimità.

geneo di calcolo per la liquidazione di dette somme”.

La norma prevede, quindi, due soluzioni alternative di definizione del giudizio di classe. Tendenzialmente la decisione giudiziale avrà un contenuto di condanna, nell'ipotesi in cui, verosimilmente, sia possibile stabilire senza dilazione l'entità del risarcimento. Il rinvio all'art. 1226 c.c., in tale ipotesi, opera come criterio obbligatorio per il Giudice (equità sostitutiva) e non sussidiario, nel senso che, nel caso di specie, l'applicazione del criterio equitativo prescinde dal presupposto dell'impossibilità di provare il danno nel suo preciso ammontare, e ciò in considerazione dell'opportunità di evitare i costi ed i tempi di un accertamento minuzioso del “quantum” individualmente risarcibile a ciascuno di coloro che hanno preso parte al giudizio (24). In alternativa, il Giudice potrà emettere sentenza con la quale accerta la responsabilità dell'impresa e fissa i criteri per il risarcimento del danno.

In subordine il Tribunale potrà adottare pronuncia di accertamento della responsabilità e fissare solo i criteri per la determinazione del risarcimento. Questo rimarrà rimesso ad una serie di giudizi individuali, ovvero potrà essere oggetto di trattative fra l'impresa e la classe dei consumatori, favorite dallo *spatium deliberandi* previsto fra il deposito della sentenza ed il momento in cui questa diviene esecutiva (25).

La tutela collettiva pubblica non contempla la possibilità di chiedere il risarcimento del danno. L'art. 1, 6° comma, fa salvi, però, i rimedi ordinari.

L'esclusione della tutela risarcitoria implica il divieto di cumulo della tutela atipica per il ripristino dell'efficienza con la tutela risarcitoria, in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 35 del Decr. Leg. vo 80/98 come modificato dall'art. 7 L. 205/2000 per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Occorre, però considerare, che l'ordine giudiziale di ripristinare lo *standard* di efficienza o di adottare l'atto obbligatorio omesso può integrare una riparazione in forma specifica. Del resto, il rinvio ai rimedi risarcitori ordinari denota che solo in apparenza il sistema di tutela collettiva pubblica è “monco” rispetto al sistema privato.

In proposito si osserva, da un lato, che rinvio ai rimedi ordinari non pare significare necessariamente rinvio alla giurisdizione ordinaria, e, dall'altro, necessariamente rinvio alle azioni individuali ordinarie.

Tale ultimo versante, ancorché il rinvio ai rimedi ordinari richiami in prima battuta l'azione risarcitoria individuale, riferibile ad un bene della vita proprio del soggetto, in quanto differenziato rispetto alla generalità dei consociati, deve però tenersi presente l'esperibilità, in materia di pubblici servizi della *class action* privata dinanzi al G.O., del resto espressamente prevista dal

(24) Nel senso detto cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

(25) Si afferma in dottrina che, nell'ipotesi in esame, la sentenza è di accertamento e non di condanna generica; in tal senso cfr. REMO CAPONI, *op. cit.*; GIUSEPPE FINOCCHIARO, *op. cit.*

comma 12 dell'art. 140 *bis*.

Sul piano della giurisdizione, occorre considerare la riserva tendenziale alla giurisdizione ordinaria, ribadita da Corte Costituzionale in sentenza 204 del 2004, della cognizione dei diritti soggettivi. Quindi in linea di massima, sulle questioni risarcitorie dovrebbe ritenersi competente il G.O. Occorre però considerare l'art. 7 L. 205/2000, che nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, come quella in esame, riserva al G.A. anche la cognizione delle questioni risarcitorie. Sembra che l'art. 7 L. 205/2000 sia destinato ad esercitare una *forza attrattiva* della giurisdizione sulle questioni risarcitorie in ipotesi connesse con le ipotesi di violazione degli *standard* di efficienza per cui è "data" *class action* pubblica. Con la conseguenza che, il divieto di cumulo di cui si è detto sembra comporterà nell'applicazione concreta una riedizione, nella sfera della giurisdizione amministrativa, del c.d. doppio binario di tutela (26).

Conclusioni comparative

La sostanziale omogeneità dei due sistemi di tutela, pubblico e privato, lascia presagire l'uso concorrenziale nella prassi applicativa delle due azioni, almeno nella materia dei pubblici servizi, in cui l'eventualità di sovrapposizioni è concreta e del resto avvertita dal Legislatore che, attraverso l'art. 2 del Decr. Leg.vo 198, ha sentito l'esigenza di "dare" regole risolutive del possibile concorso di azioni.

Considerata la maggiore ampiezza del sindacato del G.A., grazie anche all'officialità dell'istruttoria propria del giudizio amministrativo, che dovrebbe consentire un più agevole e penetrante accertamento dell'inefficienza dell'organizzazione del servizio pubblico, è possibile ipotizzare la prevalenza dell'azione pubblica rispetto a quella privata anche nella materia dei pubblici servizi. Di contro, l'espunzione dalla tutela collettiva dell'azione risarcitoria, rinviata ai mezzi ordinari, potrebbe indurre ad avviare direttamente una *class action* in materia di pubblici servizi nella quale la disfunzione dell'organizzazione del servizio potrà essere dedotta e conosciuta anche direttamente dal G.O., quale fatto lesivo, costitutivo della pretesa risarcitoria.

(26) Sull'esperibilità, in ipotesi, dell'azione risarcitoria *ex art. 2 bis* L. 241/1990 per il caso di violazione dei termini per l'adozione di atti amministrativi generali obbligatori, cfr. GIULIO VELTRI, *op. cit.*