

CLASS ACTION PUBBLICA: NUOVE FORME DI TUTELA DELL'INTERESSE DIFFUSO?

di

Dèsirée Zonno

magistrato Tar Reggio Calabria

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> 1°8 aprile 2011^[1]

SOMMARIO: 1. L'interesse protetto e la legittimazione del singolo. 2. La legittimazione degli enti esponenziali. 3. Differenze rispetto all'azione di classe prevista dal d.lgs. n. 206/05 (codice del consumo). 4. I requisiti oggettivi. 5. Rapporti con il silenzio non significativo. 6. Il giudizio di sussistenza della lesione. 7. I rimedi risarcitori. 8. Rapporti tra *class action* pubblica e azione inibitoria o di classe prevista dal codice del consumo. 9. La sentenza conclusiva. 10. L'ottemperanza

1. L'INTERESSE PROTETTO E LA LEGITTIMAZIONE DEL SINGOLO

L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198/09 attribuisce la legittimazione ad agire ai "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*", purchè la lesione patita sia diretta, concreta ed attuale.

Il comma 3 consente poi, a chi si trovi nella medesima situazione del ricorrente, di intervenire nel giudizio.

Il comma 4 del medesimo articolo attribuisce la legittimazione a proporre il ricorso anche ad associazioni e comitati di tutela degli interessi di utenti e consumatori.

Il raffronto tra tali disposizioni ed in particolare la previsione espressa della legittimazione degli enti esponenziali come ulteriore ed aggiuntiva, rende indiscutibile che la legittimazione ad agire sia attribuita in primo luogo ai singoli.

Preliminare è definire quale sia la consistenza della situazione giuridica protetta.

Tre sono gli atti che si offrono all'interprete per la sua esatta individuazione:

- la delega conferita al governo per l'adozione del decreto legislativo in esame;
- il parere facoltativo espresso dalla Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato^{2[2]};
- il testo del decreto delegato.

^[1] Già pubblicato sulla rivista *Giurisprudenza di merito*, 10- 2010, pp. 2362-2381.

^{2[2]} Consiglio Di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi - Parere 9 Giugno 2009 N. 1943/09

Essi si pongono, sotto tale profilo, su di un piano di sostanziale coerenza e continuità.

Già la delega contenuta nell'art. 4, 1. n.15 del 4-3-2009, rinviava, quale presupposto per l'azione esperibile contro l'amministrazione o il concessionario, alla "*lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori*"^{3[3]}.

Analogamente, lo schema di decreto delegato sottoposto alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato (poi parzialmente modificato dopo il citato parere) usava identica formula per individuare l'interesse leso.

A fronte di un tale dato testuale incentrato sul tratto caratteristico della comunanza dell'interesse protetto ad una pluralità di utenti e consumatori, il parere del giugno 2009 espressamente lo qualifica come interesse diffuso.

^{3[3]} Recita testualmente l'art. 4 cit "1. L'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo è finalizzato a modificare ed integrare la disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare elevati standard qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture, a prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato, nonché a prevedere l'obbligo per le amministrazioni, i cui indicatori di efficienza o produttività si discostino in misura significativa, secondo parametri deliberati dall'organismo centrale di cui al comma 2, lettera f), dai valori medi dei medesimi indicatori rilevati tra le amministrazioni omologhe rientranti nel 25 per cento delle amministrazioni con i rendimenti più alti, di fissare ai propri dirigenti, tra gli obiettivi di cui alla lettera b) del medesimo comma 2, l'obiettivo di allineamento entro un termine ragionevole ai parametri deliberati dal citato organismo centrale e, infine, a prevedere l'attivazione di canali di comunicazione diretta utilizzabili dai cittadini per la segnalazione di disfunzioni di qualsiasi natura nelle amministrazioni pubbliche.

2. Nell'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

omissis

l) consentire a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori, nel rispetto dei seguenti criteri:

- 1) consentire la proposizione dell'azione anche ad associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati;
- 2) devolvere il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo;
- 3) prevedere come condizione di ammissibilità che il ricorso sia preceduto da una diffida all'amministrazione o al concessionario ad assumere, entro un termine fissato dai decreti legislativi, le iniziative utili alla soddisfazione degli interessati; in particolare, prevedere che, a seguito della diffida, si instauri un procedimento volto a responsabilizzare progressivamente il dirigente competente e, in relazione alla tipologia degli enti, l'organo di indirizzo, l'organo esecutivo o l'organo di vertice, a che le misure idonee siano assunte nel termine predetto;
- 4) prevedere che, all'esito del giudizio, il giudice ordini all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti di cui all'alinea della presente lettera e, nei casi di perdurante inadempimento, disponga la nomina di un commissario, con esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente;
- 5) prevedere che la sentenza definitiva comporti l'obbligo di attivare le procedure relative all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali;
- 6) prevedere forme di idonea pubblicità del procedimento giurisdizionale e della sua conclusione;
- 7) prevedere strumenti e procedure idonei ad evitare che l'azione di cui all'alinea della presente lettera nei confronti dei concessionari di servizi pubblici possa essere proposta o proseguita, nel caso in cui un'autorità indipendente o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo nel relativo settore abbia avviato sul medesimo oggetto il procedimento di propria competenza.

Afferma, infatti, che la legittimazione si fonda sull'impatto dell'attività amministrativa su beni della vita omogenei per una pluralità di soggetti.

L'argomento usato risiede, per ciò, nel carattere di omogeneità e pluralità degli interessi azionati che fonda la qualificazione nei termini di interesse diffuso.

Anche il testo definitivo recepito nell'art. 1 del d.lgs. n. 198/09 prevede, come requisito legittimante all'azione, la titolarità di “*interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti*”.

Nell'attributo dell'interesse come imputabile ad pluralità di soggetti appartenenti alla categoria di utenti e consumatori si coglie la coerenza del testo finale rispetto al parere, sicchè può mantenersi ferma la qualificazione nei termini sopra descritti.

Depone per la conclusione illustrata anche la finalità dell'azione, rappresentata dalla necessità di ripristinare il corretto svolgimento della funzione pubblica relativa all'adozione di atti generali non normativi o la corretta erogazione di un servizio pubblico.

La natura generale degli atti rinvia evidentemente alla pluralità indeterminata dei destinatari, rispetto ai quali, pertanto, non è enucleabile un interesse esclusivo, restando questo, al contrario, a livello di interesse diffuso.

Anche dalla natura di servizio pubblico può trarsi analogo argomento perché esso è rivolto ad una pluralità indeterminata di soggetti.

Dunque, l'azione prevista dal d.lgs. n. 198/09 è rimedio posto a tutela di un interesse diffuso azionabile dal singolo ma anche da enti esponenziali.

Ma in che termini esso sia tale è questione ulteriore.

A tale scopo bisognerebbe prima di tutto accordarsi sulla definizione di interesse diffuso, la cui elaborazione, non essendo essa contenuta in alcuna norma, è stata affidata, in primo luogo, alla dottrina che non si è espressa in modo univoco.

Può, però senz'altro, concordarsi su ciò che l'interesse diffuso non è, distinguendosi nettamente dall'interesse individuale ed esclusivo (cioè di spettanza di un unico soggetto), rispetto al quale si pone in termini antitetici.

Secondo una prima definizione^{4[4]} l'interesse diffuso si fonda su due requisiti, uno soggettivo l'altro oggettivo.

Esso:

1. non ha come punto di riferimento un bene suscettibile di appropriazione individuale (da cui discende il carattere sostanzialmente non patrimoniale del bene stesso) – requisito oggettivo- ;
2. è una situazione soggettiva comune (in considerazione del carattere di inappropriabilità del bene) a tutti i membri della collettività – requisito soggettivo-.

Se si accede a tale definizione, l'interesse tutelato dalla *class action pubblica* non coincide esattamente con l'interesse diffuso, rispetto al quale può vantare

^{4[4]} In tal senso v. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pag. 76 e ss.

una maggiore specificità relativamente al requisito soggettivo, in quanto si tratta di situazione soggettiva riferibile non all'intera collettività indistintamente, ma ad una particolare categoria: quella degli utenti e consumatori.

Vero è che la dottrina formatasi in seno al diritto amministrativo propende per una nozione parzialmente diversa di interesse diffuso, laddove individua i limiti per accedere alla tutela di questo, mediante proposizione dell'azione giurisdizionale.

Concordi sono le dottrine sopracitate quando definiscono l'interesse diffuso come situazione adesposta (cioè priva di un titolare esclusivo ma riferibile ad una pluralità di soggetti).

Si differenziano, invece, perchè la seconda inquadra nell'ambito dell'interesse diffuso anche gli interessi riferibili ad una categoria determinata di soggetti (cioè gli interessi collettivi)^{5[5]} e precisa che la sua azionabilità da parte del singolo richiede la differenziazione rispetto agli interessi degli altri consociati.

Il ragionamento seguito parte dal principio soggettivistico di cui all'art. 103 Cost.

Ciò che è da esso imposto non è che l'interesse fatto valere in giudizio sia esclusivo, ma che esso non si traduca in un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione e, dunque, in azione popolare.

Finchè si rispetta tale divieto, salve le deroghe espressamente previste dall'ordinamento, non c'è alcuna previsione che imponga che l'interesse fatto valere dal singolo sia anche esclusivo.

Se così è, anche l'interesse diffuso - cioè non frazionabile e riferibile ad una pluralità di soggetti appartenenti ad una collettività - è tutelabile.

Per escludere che si versi nell'ipotesi di azione popolare si richiede, allora, che la posizione soggettiva del singolo sia differenziata e qualificata, distinguendosi così, da quella degli altri consociati^{6[6]}

^{5[5]} Sulla nozione di interesse diffuso v. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, UTET, 2003, terza ed., pag 182, che lo riferisce sia agli interessi adesposti, cioè senza titolare in quanto riferibili nella loro globalità a categorie indeterminate di persone che non hanno proprie organizzazioni rappresentative di interessi collettivi, sia a quelli collettivi.

^{6[6]} V. ex multis Consiglio di stato, sez. VI, 01 febbraio 2010, n. 413 “ *l'azione innanzi al giudice amministrativo non rappresenta, un'azione popolare che può essere esercitata dal quisque de populo. Essa, al contrario, richiede l'esistenza sia della legittimazione al ricorso (da intendersi come titolarità di una posizione giuridica differenziata rispetto alla collettività indifferenziata), sia di un interesse al ricorso (da intendersi come utilità, anche strumentale, che dall'accoglimento del ricorso può comunque derivare). Nel caso di specie, non si ravvisa in capo ai ricorrenti alcuna situazione giuridica differenziata che valga a distinguere la loro posizione dal quisque de populo. Essi, al contrario, si fanno portatori di un interesse (alla salubrità ambientale e alla tutela della salute) che rimane allo stadio di mero interesse diffuso, poiché nessuno di loro vanta, con riferimento al bene di cui chiede tutela, aspettative specifiche rispetto ad altri soggetti. Nessuno, in altre parole è portatore di una posizione differenziata, visto che ciascuno si trova nella stessa condizione in cui versano le persone che appartengono alla collettività, più o meno ampia, che è interessata al provvedimento amministrativo. Nel caso di specie, del resto, non solo i ricorrenti non forniscono la prova di alcuna lesione, anche solo potenziale, che potrebbe derivare dalla costruzione del terminale di rigassificazione, ma risulta mancante anche il requisito della c.d. vicinitas, che non può identificarsi nella mera residenza anagrafica nel territorio potenzialmente coinvolto dalla*

Nel requisito del carattere diretto concreto ed attuale della lesione subita - contenuto nell'art. 1, co 1 d.lgs. n. 198/09- può cogliersi il frutto della scelta legislativa di confermare l'orientamento più che consolidato che richiede per l'azionabilità dell'interesse diffuso una posizione qualificata e differenziata, identificata dal collegamento stabile con il bene giuridico tutelato.

2. LA LEGITTIMAZIONE DEGLI ENTI ESPONENZIALI

La legittimazione è riconosciuta, al ricorrere dei presupposti di cui al comma 1, anche ad enti esponenziali “a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1”.

Si pone, pertanto, un parallelismo tra la posizione azionata dal singolo e quella fatta valere da associazioni o comitati.

Della formula legislativa, però, non persuade il riferimento, contenuto nella prima parte dell'art. 1, co 4, al ricorrere, *tout court*, dei presupposti di cui al comma 1 dell'art.1 d.lgs n. 198/09.

Il rinvio, evidentemente è alle ipotesi ivi stigmatizzate di disfunzione della funzione pubblica o del servizio.

Tuttavia, poiché il comma 1 richiede anche il ricorrere di una lesione dotata dei caratteri di concretezza ed attualità, si potrebbe essere indotti a pensare che tale requisito debba sussistere anche quando il rimedio sia esperito dagli enti esponenziali.

Ma non è detto che sia così.

Il che è ben comprensibile perché, laddove sia l'ente ad agire a tutela dell'interesse collettivo, la valutazione di lesività può essere compiuta solo in astratto rispetto all'interesse della categoria, a differenza di quanto avviene per la legittimazione individuale.

Se, infatti, il requisito della lesività diretta, concreta ed attuale può giustificarsi con la necessità di “individualizzare” l'interesse diffuso in capo al singolo, esso si concilia poco con il requisito normalmente richiesto per gli enti esponenziali, per cui, più che la concretezza della lesione si richiede la rappresentatività dell'associazione o del comitato.

Per la tutela azionata dagli enti esponenziali, infatti, la valutazione relativa alla legittimazione è stata finora parzialmente diversa rispetto a quella operata per il singolo, in quanto uno degli elementi essenziali sottoposto al vaglio giurisprudenziale per evitare di far trasmodare l'azione esercitata in generico controllo dell'operato dell'amministrazione, è stato quello della

realizzazione del progetto cui ci si oppone, ma, più correttamente, va ravvisata nell'esistenza di uno "stabile collegamento" con l'area interessata dall'azione amministrativa. Tale "stabile collegamento" si differenzia dalla mera residenza anagrafica proprio perché richiede la prova (nella fattispecie, come si diceva, mancante) che l'impianto che si contesta sia almeno potenzialmente in grado di incidere sulla sfera giuridica (economica o personale) del ricorrente.”

rappresentatività dell'ente desunto dall' indicazione, tra i fini statutari, della protezione dell'interesse oggetto di tutela giurisdizionale .^{7[7]}

Di tale conclusione ci si convince analizzando l'azione collettiva prevista nel codice del consumo.

Cosa essa sia è interrogativo da sciogliersi alla luce degli artt. 37, 139 e 140 d. lgs n. 206/05.

L'esplicito riferimento contenuto nelle ultime due delle previsioni citate alla tutela di interessi collettivi di consumatori ed utenti vale ad identificare l'azione collettiva in quella che tutela gli interessi di una categoria di soggetti (nel caso di specie quella dei consumatori ed utenti), più ristretta e definita rispetto all'intera collettività e dotata di interessi propri e specifici rispetto ai quali non è possibile individuare posizioni di titolarità esclusiva o frazionabile.

L'azione collettiva si atteggia, nell'attuale sistema civilistico, come rimedio a contenuto tipicamente inibitorio (cioè in funzione preventiva e preclusiva di comportamenti lesivi ulteriori) ovvero ripristinatorio (in funzione di eliminazione delle conseguenze dannose delle violazioni).

La legittimazione all'azione collettiva civilistica, cioè a tutela degli interessi di una categoria, viene attribuita, allo stato attuale delle previsioni in materia di tutela del consumatore, ai soli enti esponenziali e non ai singoli.

I tratti comuni rispetto al rimedio giurisdizionale previsto dal d.lgs. n. 198/09 risultano piuttosto evidenti.

Lo sono nella misura in cui se è vero che, in base alle stesse conclusioni proposte in questa sede, l'interesse tutelato dalla c.d. *class action pubblica* è interesse diffuso, è anche vero che esso deve assumere, per accedere a tutela, una dimensione più definita e concentrata attraverso il riferimento ad una specifica categoria (quella dei consumatori e degli utenti), nonché attraverso il criterio di differenziazione della posizione azionata, così trasformandosi in interesse collettivo.

Dunque, il tratto distintivo essenziale, al di là delle differenze terminologiche, tra azione collettiva contrattuale e *class action pubblica*, risiede nel carattere intrinseco della posizione tutelata che, nell'azione collettiva del codice del consumo, resta di natura contrattuale o in taluni casi

^{7[7]} V. in tal senso Consiglio Stato , sez. III, 26 ottobre 2009 , n. 2549 “*Appare priva del requisito dello stabile collegamento territoriale l'associazione che non sia formata da commercianti del quartiere interessato dal provvedimento amministrativo impugnato, dal momento che - affinché possa dirsi trasformato l'interesse diffuso in interesse collettivo, così divenendo interesse legittimo tutelabile in giudizio - è necessario che: 1) l'ente dimostri la sua rappresentatività rispetto all'interesse che intende proteggere, il quale deve essere desunto dal fatto che deve trattarsi di un ente il cui statuto preveda come fine istituzionale la protezione di un dato interesse diffuso o collettivo; 2) che l'ente sia in grado, per la sua organizzazione e struttura, di realizzare le proprie finalità ed essere dotato di stabilità, nel senso che deve svolgere all'esterno la propria attività in via continuativa; 3) che sussista uno stabile collegamento territoriale tra l'area di afferenza dell'attività dell'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (vicinitas).*” Ed anche T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26 novembre 2007 , n. 11749 “*Le associazioni rappresentative dei cittadini e degli utenti sono attivamente legittimate ad agire per la tutela di diritti fondamentali e di interessi collettivi, ma solo se e in quanto sussista un collegamento tra lesione ed interesse diffuso rappresentato dall'ente, da operarsi alla stregua di elementi ben precisi quali: la rappresentatività, gli scopi statutari, l'attività pregressa, la notorietà e la presenza sul territorio.*”

extracontrattuale, ma pur sempre inerente all'ambito di un rapporto tra imprenditore e consumatore, mentre nell'azione collettiva pubblica si inserisce a monte o del procedimento che conduce all'espletamento della funzione pubblica o del processo di erogazione del servizio, avendo l'ambizione di condizionarlo verso pratiche virtuose.

Identica è, nella sostanza, l'imputabilità di entrambe le posizioni soggettive ad una generalità di soggetti.

Coerentemente entrambe le azioni – la *class action pubblica* e l'azione collettiva prevista dal codice del consumo – conducono ad uno stesso tipo di rimedio che si atteggia come ripristinatorio.

Resta diverso il piano della disciplina della legittimazione, perché l'opzione legislativa si è tradotta, per l'azione collettiva civilistica, nell'attribuzione di essa esclusivamente ad enti esponenziali, mentre, per la *class action pubblica*, la legittimazione degli enti esponenziali non esclude quella dei singoli ai quali, anzi, viene attribuita in prima battuta.

Posta in evidenza la similitudine tra le due azioni, sotto il profilo della legittimazione ad agire non può non evidenziarsi che l'azione collettiva civilistica richiede, come requisito imposto agli enti esponenziali per l'esercizio dell'azione solo la rappresentatività dell'ente, senza cenno alcuno al requisito della concretezza e attualità della lesione patita.

La discrasia indicata è allora verosimilmente spiegabile con un difetto di coordinamento tra la prima formulazione dell'art. 1 e le modifiche suggerite dal parere della Sezione consultiva atti normativi del Consiglio di Stato.

Il citato parere aveva infatti, proposto una diversa formulazione dell'art. 1 co 1 dedicato alla legittimazione dei singoli, in cui non si faceva riferimento alla concretezza della lesione come presupposto dell'azione, quanto piuttosto come requisito della legittimazione ad agire del singolo.^{8[8]}

Anche in merito alla legittimazione ad agire degli enti esponenziali era stata proposta una modifica nel senso di evidenziare, con qualche integrazione dell'originaria formulazione, “la necessità di uno specifico collegamento dell'associazione o del comitato con la particolare pluralità di utenti e consumatori”. A tal fine si era suggerito di specificare che gli associati degli enti in questione dovevano “*appartenere alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1*”.

Se si fosse mantenuta ferma la formulazione del primo comma suggerita dalla Sezione consultiva, probabilmente non sarebbero sorti tali dubbi

^{8[8]} Questa la formulazione dell'art. 1 co 1 suggerita nel citato parere: “*I soggetti portatori di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità omogenea di utenti e consumatori, direttamente lesi dalla condotta tenuta nello svolgimento dei propri compiti dalle amministrazioni e dai concessionari di servizi pubblici, possono agire in giudizio nei loro confronti, al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione del servizio, per:*
a) *la violazione di standard qualitativi ed economici, stabiliti dalle autorità preposte alla regolazione e al controllo del settore, o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi;*
b) *l'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori;*
c) *la violazione di termini del procedimento rilevanti all'esterno da parte dell'amministrazione o del concessionario;*
d) *la mancata emanazione di atti amministrativi generali.*”.

interpretativi, in quanto la diretta lesività avrebbe rilevato come requisito riferito esclusivamente alla legittimazione del singolo non rifluente sui presupposti dell'azione esperita dagli enti esponenziali.

La riformulazione del comma 1 dell'art. 1 d.lgs 198/09 nei termini attuali, in cui la lesione diretta concreta ed attuale rientra nel novero dei presupposti dell'azione, può determinare qualche perplessità interpretativa che andrebbe però superata alla luce delle considerazioni appena fatte, nel senso che la concretezza della lesione, per sua natura inconciliabile con il ricorso degli enti esponenziali, non deve ricorrere in tale ultima ipotesi, essendo sufficiente che l'ente sia rappresentativo e sussista la lesione dell'interesse collettivo facente capo alla una categoria di consumatori ed utenti, determinata dai comportamenti elencati nel primo comma.

La conclusione qui sostenuta è supportata anche dal tenore della relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo che riferisce il requisito dell'interesse diretto, concreto ed attuale solo alla proponibilità dell'azione da parte dei singoli, ma non delle associazioni.^{9[9]}

Dunque, più opportuna sarebbe forse stata l'individuazione di criteri legislativi di vaglio della rappresentatività, piuttosto che la formula di rinvio ai presupposti previsti nell'art. 1.

Deve, infine, sottolinearsi che gli enti esponenziali vengono inquadrati nella categoria di associazioni e comitati.

L'uso di tale formula sembra rinviare a soggetti anche privi di personalità e, quindi, non riconosciuti.

Tirando le somme, la nozione di interesse diffuso – in riferimento all'azionabilità sia da parte del singolo sia da parte di enti esponenziali – perde senz'altro i propri connotati di interesse riferibile alla collettività indistinta per assurgere a interesse collettivo, ma pur sempre riferibile al singolo - anche se ad epota - ovvero a un ente esponenziale.

Sinteticamente dovrebbe allora dirsi che la *class action pubblica* è azione collettiva, la cui legittimazione è prevista non solo per gli enti esponenziali, ma anche per i singoli.

E' senz'altro in tali termini che va interpretato il riferimento, contenuto nel parere già citato, all'interesse diffuso che finisce con il coincidere con l'interesse della categoria dei consumatori e degli utenti.

3.DIFFERENZE RISPETTO ALL'AZIONE DI CLASSE PREVISTA DAL D.LGS. n. 206/05 (CODICE del CONSUMO)

La qualificazione nei termini appena esposti induce ad evidenziare, sia pure in modo estremamente sintetico, le differenze del rimedio giurisdizionale in esame con l'azione di classe contemplata nel c.d. codice del consumo.

^{9[9]} “ Gli elementi caratterizzanti la disciplina contenuta nel decreto sono:

- *omissis*

- *la sua proponibilità sia da parte dei singoli aventi un interesse, diretto concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata sia da parte di associazioni e comitati a tutela degli interessi dei propri associati;*”

L'operazione risulta però particolarmente insidiosa perché la nozione di azione di classe è di introduzione piuttosto recente nel nostro ordinamento e resta affidata più che altro alla dottrina, posto che le norme che se ne occupano appaiono orientate più a disciplinare le fattispecie in esame che a fornirne una definizione.

Pur consapevoli, per ciò, di un intraprendere un percorso accidentato, può tenersi fermo che l'azione di classe^{10[10]} è istituto che tutela diritti individuali omogenei di utenti e consumatori.

^{10[10]} Art. 140-bis d.lgs n. 206/05 (Azione di classe)

“1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

- a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;*
- b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;*
- c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.*

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

- a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;*
- b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.*

10. E' escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

Essa è, dunque, caratterizzata dai requisiti:

- della omogeneità (come nella cd. *class action pubblica*) e
- della individualità (con previsione antitetica all'art. 1 del d.lgs n. 198/09 che rinvia alla comunanza dell'interesse ad una pluralità di utenti e consumatori)

Se la categoria di soggetti cui imputare le utilità tutelate rispettivamente dall'art. 140 bis cit. e dal d.lgs. n. 198/09 è identica, essendo rappresentata da utenti e consumatori in entrambi i casi, sideralmente diverse sono le posizioni soggettive azionate.

Nel primo caso costituite da diritti (e non interessi) di natura individuale e seriale, perchè l'unico requisito che può esprimere l'omogeneità senza intaccare il carattere individuale, non può che essere rappresentato dalla serialità.

Il diritto si atteggia, pertanto, come posizione esclusiva in capo a ciascuno, benché "ripetuta", in quanto connotata dai medesimi presupposti.

Nel secondo caso, invece, scompare il tratto individuale del bene della vita, rispetto al quale una pluralità di soggetti collettivamente - e per ciò non individualmente - pretende di trarre un'utilità^{11[11]}.

Traendo le conclusioni in ordine a quanto sin qui evidenziato, si deve allora concludere che il carattere di omogeneità delle posizioni soggettive previsto

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. 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. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. E' fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo".

Articolo inserito dall'articolo 2, comma 446 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con la decorrenza indicata nel comma 447 e successivamente sostituito dall'articolo 49, comma 1, della legge 23 luglio 2009, n. 99

^{11[11]} Così G. Veltri, "Class action pubblica: prime riflessioni" in Lexitalia.it, n. 2/2010, Articoli e Note.

sia nell'art. 1, co 1 del d.lgs. n. 198/09, sia nell'art. 140 bis d.lgs. n. 206/05 non è dirimente.

E' piuttosto il tratto individuale (e seriale) ovvero adespota della posizione azionata che vale a definire le diversità tra gli istituti.

Il precipito logico di tale affermazione si sostanzia nei diversi effetti delle due azioni: nella c.d. "*class action pubblica*" esperito con successo il rimedio giurisdizionale, si ottiene un risultato che giova immediatamente indistintamente a tutti gli altri contitolari dell'interesse diffuso.

Nella *class action* prevista dal codice del consumo l'utilità ottenuta, riguardando un diritto pur sempre individuale, richiede la sua "trasposizione" in capo a ciascun titolare.

A ciò si aggiunge che la prima non attiene, a differenza della seconda, posizioni relative ad un rapporto contrattuale.

4. I REQUISITI OGGETTIVI

Le ipotesi in cui è previsto l'esercizio dell'azione sono essenzialmente tre:

- la violazione di obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero;
- la violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti per i concessionari e per le pubbliche amministrazioni rispettivamente dalle autorità deputate alla regolazione ed al controllo del settore o dalle disposizioni in materia di performance contenute nel d.lgs. n. 150/09;
- la tardiva o la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori non normativi e da emanarsi entro un termine prestabilito dal legge o regolamento.

Di esse le prime due sono destinate a non trovare immediata applicazione, in quanto la norma transitoria contenuta nell' art. 7 d.lgs.198/09 la subordina all'adozione di uno o più decreti della Presidenza del consiglio dei Ministri, tesi a definire in via preventiva sia gli standard qualitativi sia gli obblighi contenuti nelle carte di servizi.

Le rivendicazioni di utenti e consumatori possono però rivolgersi contro la tardiva o mancata adozione di atti generali e non normativi, da adottarsi entro un termine regolamentare o legislativo.

Per tale ultima ipotesi, che riguarda l'esercizio di pubbliche funzioni, infatti, la norma transitoria non frappone alcun ostacolo all'immediata azionabilità del rimedio.

Il presupposto si compone a sua volta di due requisiti:

1. gli atti devono essere:
 - generali;
 - amministrativi;
 - obbligatori;
 - non aventi contenuto normativo.
2. la lesione deve derivare dalla adozione:
 - mancata o

- tardiva.

Il parere sullo schema di decreto inizialmente licenziato dal Consiglio dei Ministri aveva evidenziato da un lato la superfluità del riferimento al requisito dell'obbligatorietà, non indicato nella delega, dall'altro la potenziale equivocità, in termini di teoria generale, del richiamo al carattere generale congiuntamente a quello non normativo.

Gli atti indirizzati ad una pluralità di destinatari non predeterminati vengono, infatti, solitamente distinti in "atti generali" – a contenuto amministrativo – ed "atti normativi" – a contenuto essenzialmente regolamentare, sicchè il rinvio agli atti generali sarebbe stato di per sé sufficiente ad escludere dal campo di applicazione del decreto legislativo gli atti a contenuto normativo.

In tal senso indicativi sono gli artt. 3 e 13 l. 241/90 che operano una distinzione in tali esatti termini.

Il legislatore non ha recepito l'osservazione, verosimilmente preoccupato di evitare ogni disputa riguardo all'azionabilità del rimedio avverso l'inerzia nell'adozione di regolamenti che, in base all'inequivoca formulazione letterale, sono esclusi dall'ambito oggettivo della norma.

In merito alle fattispecie di ritardo o mancata adozione, nessuna osservazione è stata formulata in sede consultiva nel parere già citato.

Tuttavia, la equiparazione del ritardo alla mancata adozione suscita qualche perplessità che nasce essenzialmente dalla compatibilità del rimedio posto a disposizione dell'utenza con il caso di ritardo nell'adozione dell'atto.

Per meglio comprendere il senso del rilievo occorre porre una premessa.

Con la sentenza di accoglimento del ricorso, come testualmente chiarisce l'art. 4 d.lgs n. 198/09, il giudice "ordina di porre rimedio" all'omissione, all'inadempimento o alla violazione.

Il rimedio non può consistere in una condanna risarcitoria, preclusa dall'art. 1, co 6 d.lgs. n. 198/09.

Pertanto, l'ordine impartito dal giudice assume carattere di tutela reale nel senso che è volto non a riparare il danno già determinato dalla lesione, ma ad impedire che essa si protragga oltre.

Conforta tale assunto la considerazione che il rimedio è posto per "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione del servizio" e dunque, come anche indicato chiaramente dal parere già menzionato, per "agire dall'interno" dei meccanismi organizzativi della pubblica amministrazione o del concessionario di pubblico servizio, operando un'ingerenza "virtuosa" negli stessi.

Il rimedio tende, dunque, ad evitare il perdurare della lesione (in ciò la natura ripristinatoria testualmente indicata dall'art. 1 co 1, d.lgs. cit.).

Con espressione plastica può dirsi che la *class action pubblica* è un'azione che guarda al futuro e non al passato.

Se così è, di fronte ad un atto generale che non è stato ancora emanato, pur essendo scaduto il termine perentorio per farlo, ben si inserisce l'intervento

giudiziario che permetterà di porre rimedio all'omissione attraverso l'adozione – sia pure ormai intempestiva – dell'atto invocato.

Sin qui il caso di inerzia totale dell'amministrazione.

Ma laddove sia versi nell'ipotesi di ritardo, è evidente che, salvo a voler qualificare la previsione come inutile doppiamente di quella precedente, l'atto è stato già emanato, sia pure oltre il termine previsto.

Se però il rimedio è ripristinatorio, pare davvero difficile immaginare quali spazi vi siano per la sua operatività, posto che l'amministrazione o il concessionario hanno già “posto rimedio” alla disfunzione, adottando l'atto in questione.

In altri termini, non pare residuino spazi per un rimedio funzionale ad impedire il perdurare della lesione.

D'altro canto, anche la disciplina contenuta negli artt. 2 l. n. 241/90 e 21 bis l. n. 1034/71, che consente di reagire nell'analoga ipotesi di silenzio-inadempimento, presuppone l'inerzia perdurante ed è inapplicabile quando l'atto sia stato adottato, benché con ritardo.

Il che porta ad un secondo piano di analisi: cioè ai rapporti della disciplina introdotta dalla *class action* con quella ordinaria ex art. 21 bis l. tar.

5. RAPPORTI CON IL SILENZIO

La precedente giurisprudenza escludeva la possibilità di azionare il particolare rito sul silenzio in relazione ad atti generali in considerazione della impossibilità di individuare un destinatario specifico degli stessi, diversamente da quanto imposto dall'art. 21 bis l. tar^{12[12]}.

L'incompatibilità del rimedio con gli atti generali è stato ulteriormente giustificato con l'inapplicabilità delle disposizioni sugli obblighi partecipativi agli atti normativi e generali.

Se, infatti, dagli obblighi partecipativi sono espressamente esclusi gli atti destinati ad una pluralità indeterminata di soggetti (siano essi normativi o meno), a maggior ragione deve escludersi la possibilità di indurre coattivamente l'amministrazione alla loro adozione.

^{12[12]}V. in tal senso TAR Puglia, Lecce, n. 2264/2004 “Quando invece la norma attribuisce alla P.A. un potere discrezionale che si deve tradurre nell'adozione di atti generali o di indirizzo (ad esempio, il piano regolatore generale o un atto di indirizzo in materia di L.E.A.), non può essere riconosciuta al singolo cittadino una posizione differenziata, che lo abiliti ad impugnare il silenzio della P.A. che omette o ritarda l'esercizio del potere, nemmeno se si tratta di un soggetto che, operando nel settore economico interessato dall'attività amministrativa (come nel caso di specie), può ricavare un vantaggio dall'adozione del provvedimento.”

Ed anche Consiglio di Stato, Sezione Quarta, n.4351/2009: “Come è noto, il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 21-bis della legge nr. 1034 del 1971 può essere attivato dal soggetto interessato all'adozione di un determinato atto amministrativo, e quindi da chi possa qualificarsi come destinatario degli effetti di esso: per questo, è opinione pacifica che la situazione legittimante, giuridicamente qualificata e differenziata, che legittima alla proposizione del rimedio de quo ha consistenza di interesse legittimo (cfr. ex multis Cons. stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, nr. 215).”

Ciò in quanto l'ammissibilità di un tale rimedio rappresenterebbe un'ingerenza ben maggiore rispetto alla "semplice" partecipazione, di per sé già preclusa.^{13[13]}

L'assunto veniva confortato da una lettura sistematica dell'art. 3 l. 241/90 che, escludendo l'obbligo di motivazione per gli atti generali o normativi, ne evidenzia la differente sindacabilità sul piano giurisdizionale ed a maggior ragione la inapplicabilità di rimedi sollecitatori che avrebbero determinato una più incisiva forma di intromissione nell'attività discrezionale.

Tale costruzione sembra destinata ad essere ribaltata dall'attuale previsione normativa che ammette la possibilità di rimedi contro l'inerzia nell'adozione degli atti generali.^{14[14]}

Sembra però che debba considerarsi confermata l'inammissibilità dell'azione per superare il mancato esercizio di poteri in autotutela (revoca o annullamento di precedenti atti amministrativi generali).

Ciò per la natura non obbligatoria dell'atto di autotutela, rimesso esclusivamente alla discrezionalità dell'amministrazione, nonchè per i risvolti inconciliabili con il principio di certezza ed inoppugnabilità degli atti non impugnati tempestivamente, in quanto l'obbligo di provvedere sull'istanza di tesa all'esercizio dei poteri di autotutela comporterebbe la trasformazione del relativo potere da discrezionale in vincolato e la sostanziale ammissibilità di un rimedio giurisdizionale contro atti inoppugnabili.^{15[15]}

Il rimedio ex art. 21 bis l. Tar presenta, peraltro, una diversità rispetto all'inerzia nell'adozione di atti generali, prevista dalla *class action pubblica*, in quanto diversa sarà la procedura da seguire.

A seguito, infatti, della modifica dell'art. 2 l. 241/90 apportata dall'art. 2 l. n. 15/2005 è stata decretata la scomparsa della necessità della preventiva diffida, sicchè il decorso infruttuoso del termine per provvedere determina ormai l'immediata azionabilità del rimedio giurisdizionale ex art. 21 bis l. tar. Non così per il "silenzio collettivo" rispetto al quale, dovendosi applicare la specifica previsione contenuta nell'art. 3 d.lgs. n. 198/09, sarà necessaria la preventiva diffida all'amministrazione ad effettuare "gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati", entro il termine di novanta giorni.

^{13[13]} "D'altra parte, se non ammessa, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 241/1990, alcuna partecipazione procedimentale nella fase formativa dell'attività regolamentare dell'Autorità governativa, non si vede perché dovrebbe essere invece al riguardo consentita addirittura l'attività sollecitatoria ai fini della formazione del silenzio rifiuto impugnabile ex art. 21 bis già citato, e cioè una forma d'ingerenza che di tale partecipazione costituisce l'espressione senz'altro più elevata, incisiva e significativa." TAR Lazio, Roma, n. 10946/2008

^{14[14]} In tal senso, G. Veltri, già citato

^{15[15]} Ex multis v. Consiglio di Stato, Sezione Quarta, n. 2661/2006 "L'istanza dell'interessato mirante ad ottenere il riesame, da parte della Amministrazione stessa, di atti autoritativi non impugnati tempestivamente dal medesimo non comporta la configurazione di un obbligo di riesame, in quanto tale obbligo minerebbe, tra l'altro, le ragioni di certezza delle situazioni giuridiche e di efficienza gestionale, che sono alla base dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione e della inoppugnabilità, dopo il decorso di un breve termine, dei relativi atti."

Non è richiesto espressamente che la diffida avvenga a mezzo di ufficiale giudiziario (diversamente da quanto contemplato nell'art. 25 dpr n.3/1957 che, prima della novella del 2005, disciplinava analogicamente la fattispecie del silenzio inadempimento).

Analogamente a quanto previsto dall'art. 2 l. n.241/90, tuttavia, il termine entro cui proporre il ricorso è di un anno (art. 3, co 2 d.lgs. n. 198/09) dalla scadenza del termine di novanta giorni assegnato con diffida.

6. IL GIUDIZIO DI SUSSISTENZA DELLA LESIONE

L'art. 1, co 1 bis, d.lgs. n. 198/09 prevede che, nel giudizio di sussistenza della lesione, il giudice tenga conto delle risorse strumentali a disposizione dell'amministrazione.

Ciò significa che una prestazione obiettivamente tardiva o sotto standard - che dovrebbe dare luogo ad una pronuncia di accoglimento del ricorso - potrebbe non determinare alcuna conseguenza a carico dell'amministrazione o del concessionario, in quanto le risorse a disposizione di questi sono troppo scarse per poter rispondere adeguatamente alle richieste dell'utenza.

Il giudizio di lesività (cioè di mancato rispetto degli standard qualitativi o inosservanza dei termini per l'emanazione di atti generali) è, dunque, influenzato dalla valutazione delle risorse a disposizione dell'amministrazione.

In altri termini il requisito soggettivo riferibile all'ente o al gestore intimato, rappresentato dalla mancanza di mezzi a disposizione, incide sul giudizio di oggettiva sussistenza della lesione e di adeguatezza della prestazione (esercizio di funzioni pubbliche o erogazione di servizi).

L'idea di fondo che sembra ispirare la disposizione in esame è riassumibile nel concetto che se l'amministrazione o il concessionario è privo di mezzi perché le risorse di personale o finanziarie o strutturali sono insufficienti, il mancato rispetto degli standard qualitativi di efficienza non è imputabile all'ente erogatore e per ciò non potrà adottarsi una sentenza di condanna a porre rimedio.

La formulazione appare in verità alquanto impropria.

In realtà, la consistenza delle risorse strumentali, di cui il giudice amministrativo deve tenere conto, è parametro che attiene il giudizio di responsabilità dell'amministrazione e non la sussistenza della lesione (e dunque del danno sia pure non risarcibile con l'azione collettiva).

Trattasi di elemento, infatti, che riguarda le ragioni della lesione e non la sussistenza della stessa.

Per chiarire meglio il concetto è bene fare riferimento ai tratti tipici del giudizio di responsabilità

E' proprio dei giudizi di responsabilità sia civile sia penale distinguere tra lesione del bene protetto e anti giuridicità del comportamento tenuto.

Il giudizio sulla lesione presuppone un accertamento relativo alla situazione in cui versa il "destinatario" della condotta e può ritenersi positivamente

concluso se si rileva, nel soggetto leso, un peggioramento della posizione giuridica esistente (o un mancato miglioramento di quella a cui avrebbe avuto diritto).

Il giudizio che investe, invece, la situazione del soggetto che procura la lesione ed è volto a individuare una particolare situazione che possa giustificarla, determina l'esonero da responsabilità più che un giudizio negativo sulla sussistenza della lesione.

In pratica se una causa di giustificazione assiste l'operato di chi procura la lesione, le conseguenze di questa, pur oggettivamente sussistente, non sono poste a carico di chi la determina.

Un comportamento oggettivamente lesivo, infatti, può non essere antigiuridico se "giustificato" da situazioni che l'ordinamento ritiene meritevoli di pari tutela se non addirittura prevalenti.

La presenza di cause giustificative per ciò non incide sul giudizio di valutazione della lesione, la cui entità resta ancorata esclusivamente alla situazione del soggetto che la subisce.

La situazione "scriminante" determina, piuttosto, una diversa valutazione delle conseguenze della lesione stessa.

La esistenza di tali elementi di giustificazione incide, dunque, sul giudizio di responsabilità più che di lesività del comportamento.

Applicando tali principi alla previsione in parola, non pare dubitabile che il parametro della consistenza delle risorse a disposizione del soggetto erogatore opera non certo come elemento che elide il pregiudizio arrecato all'utente (che non per questo può dirsi adeguatamente soddisfatto), quanto piuttosto come elemento che giustifica la prestazione sotto standard o in ritardo e per ciò rende la lesione arrecata non perseguibile.

Sicchè più appropriata sarebbe stata una formula legislativa che avesse correlato il giudizio sui mezzi a disposizione dell'amministrazione o del concessionario con la possibilità di escludere la pronuncia di accoglimento del ricorso, pur in presenza della lesione riscontrata, piuttosto che porlo in relazione alla valutazione di sussistenza della lesione.

Il giudizio di inadempimento agli standard non è per ciò assoluto, ma relativo rispetto alle risorse a disposizione.

Ciò significa che ad essere colpito dal nuovo strumento di tutela, in realtà, è la scarsa organizzazione dei mezzi esistenti e non il mancato raggiungimento del risultato di un livello adeguato ed accettabile della funzione.

Da qui un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo non rileva la obiettiva inadeguatezza del servizio prestato o della funzione espletata alle esigenze dell'utenza, ma la inadeguata prestazione rapportata ai mezzi esistenti.

In seconda battuta il giudizio oggetto della normativa si atteggia più che altro come giudizio che investe la capacità di ottenere il miglior risultato possibile con i mezzi a disposizione e si sostanzia, dunque, in una valutazione di responsabilità dirigenziale in quanto, il giudizio di ottimizzazione del

rapporto mezzi – risultato, nulla è se non una valutazione di adeguatezza dell'operato dell'apice organizzativo.

7. I RIMEDI RISARCITORI.

Nessuno spazio per i rimedi risarcitori all'interno della *class action pubblica*. Lo afferma espressamente l'art. 1, co 6, che rinvia, per tali casi, ai rimedi ordinari.

Quali siano i rimedi ordinari non è però indicato.

Le disposizioni contenute nell'art. 2, co 1 e 2 d.lgs n.198/09 che precludono la proposizione o la prosecuzione del giudizio dinanzi al G.A., laddove venga proposta, in relazione alle medesime condotte, l'azione 140 bis d.lgs. n. 206/05, potrebbero indurre a pensare che il rimedio risarcitorio ordinario sia quello affidato all'azione di classe prevista nel codice del consumo.

In tal senso sembrerebbe deporre anche il presupposto oggettivo comune, in quanto sia l'azione ex art. 140 bis cit. sia la *class action pubblica* possono scaturire dalle medesime condotte.

In realtà una più approfondita analisi della fattispecie induce ad escludere che vi sia una necessaria coincidenza tra azione di classe ex art.140 bis cod. cons. e rimedi risarcitori ordinari previsti dall'art. 1 co 6, d.lgs n. 198/09.

In primo luogo tale conclusione si fonda sulla considerazione che l'art. 140 bis cit. consente di ottenere il risarcimento del danno per lesione di "diritti" individuali contrattuali o extracontrattuali, ma pur sempre derivanti dall'esercizio di attività imprenditoriale.

Il rimedio così previsto si inserisce a valle di un processo produttivo-imprenditoriale.

Il d.lgs 198/09 tutela, invece, un interesse diffuso che si inserisce nel rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione o concessionario di pubblico servizio.

Esso incide, quantomeno nelle ipotesi di azioni miranti al ripristino del corretto svolgimento della funzione, a monte del processo formativo dell'esercizio di potestà pubbliche che sono del tutto estranee ai rapporti tra consumatori e imprenditore.

Non è per ciò ipotizzabile una coincidenza totale tra l'azione risarcitoria di classe (ex art. 140 bis cod. consumo) ed i rimedi risarcitori connessi alla lesione dell'interesse diffuso tutelato dal d.lgs. n. 198/09.

Se per ciò i rimedi risarcitori ordinari ipotizzati dal testo che disciplina la *class action pubblica* non sono quelli predisposti in ambito contrattuale per i consumatori resta da chiedersi quali essi siano.

La principale difficoltà sul punto sorge dal fatto che la riparazione aquiliana dell'interesse diffuso mal si concilia con un'azione individuale perché il singolo, non essendone titolare esclusivo, non può richiedere il risarcimento per la lesione di un interesse di categoria.

Non a caso passate esperienze legislative hanno attribuito la riparazione per equivalente della lesione di beni diffusi ad enti pubblici titolari della cura

dell'interesse leso^{16[16]}, in grado di utilizzare la riparazione monetaria per apprestare misure idonee a ripristinare il bene collettivo leso.

Tuttavia, l'implicita obiezione contenuta in questa considerazione, può superarsi laddove si pensi che l'azione individuale a tutela dell'interesse diffuso passa attraverso la "individualizzazione" di questo in capo al singolo operata richiedendo il presupposto del carattere concreto, diretto ed attuale della lesione.

Per ciò il singolo agisce a tutela di un proprio interesse, benché non esclusivo e frazionabile.

La lesione concreta, diretta ed attuale potrebbe allora trovare riparazione anche in sede risarcitoria, nei limiti dell'interesse individuale.

In tal caso il singolo, leso direttamente dalla "disfunzione" nell'esercizio della funzione pubblica o nell'erogazione del servizio, potrebbe agire con la *class action pubblica* per ottenere il ripristino della corretta funzionalità degli stessi, azionando un rimedio che, operando per il futuro, impedisce il procrastinarsi della lesione e giova all'intera categoria.

Potrebbe, altresì, con distinta azione, ottenere la tutela risarcitoria per i danni già subiti.

L'ipotesi che meglio stigmatizza tale eventualità è quella di mancata adozione di un provvedimento: con la *class action pubblica* si otterrebbe l'emanazione dello stesso e con l'azione risarcitoria la riparazione del danno causato dal ritardo nell'adozione.

Questione diversa ed ulteriore è quella della giurisdizione sui tali rimedi risarcitori ordinari.

Non ci sono ostacoli per riconoscerla in capo al giudice amministrativo.

Il carattere accessorio della tutela risarcitoria è un dato ormai acquisito.

La natura servente di questa ha indotto anche il giudice delle leggi^{17[17]} ad escludere che la tutela aquiliana sia una materia a sé stante da fare confluire, in ragione della natura di diritto soggettivo della pretesa risarcitoria, necessariamente nella giurisdizione ordinaria.

Al contrario proprio il carattere strumentale induce, in attuazione di un'interpretazione effettiva e sostanziale dell'art. 24 cost., a concentrare la tutela principale e quella risarcitoria dinanzi allo stesso giudice.

Gli artt. 35 d.lgs n.80/98 e 7 l. n. 1034/71^{18[18]} che affidano al giudice amministrativo, sia in sede esclusiva, sia di legittimità, la giurisdizione sul risarcimento del danno, sono espressione di tali principi.

^{16[16]} v. art. 18 l. 349/86 in materia di danno ambientale

^{17[17]} V. Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004

^{18[18]} Art. 7 l. n. 1034/1971 "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso (2)."

D. lgs. n. 80/1998 - Art. 35 "1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto."

Da questa impostazione consegue che è da censurare qualunque interpretazione che scinda, dinanzi a ordini giurisdizionali diversi, la tutela principale (sia essa impugnatoria- demolitoria, di condanna o di mero accertamento) da quella risarcitoria.

Sarebbe, per ciò, ben difficilmente giustificabile, nel quadro così delineato, la sottrazione del rimedio risarcitorio connesso all'esercizio di pubbliche potestà (cui viene assimilata la erogazione di un servizio) al giudice cui è costituzionalmente attribuito il sindacato giurisdizionale sul potere pubblico. Se, dunque, il giudice amministrativo, con giurisdizione esclusiva, è giudice dell'interesse diffuso "individualizzato", per il principio di concentrazione, deve concludersi che il rinvio agli "ordinari rimedi di tutela" ben potrebbe essere inteso nel senso che la tutela risarcitoria, resta pur sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Conforta l'assunto anche la considerazione che il risarcimento contemplato dal decreto delegato è risarcimento da atti e comportamenti.

Il riferimento alla nozione di atti non ha mancato di suscitare perplessità, in quanto tra i presupposti per l'esercizio della *class action pubblica* non è rinvenibile verosimilmente alcun atto^{19[19]}.

Il presupposto oggettivo, infatti, è rappresentato o dalla tardiva o omessa emanazione di atti (sicchè è il ritardo o l'omissione - e non l'atto - a determinare la lesione) ovvero da prestazioni sotto standard (in cui ancora una volta è il comportamento e non l'atto ad arrecare pregiudizio) o, infine, dalla violazione di obblighi contenuti nelle carte di servizi.

Qualunque sia il futuro applicativo della formula usata nella parte in cui rinvia agli "atti", resta comunque da osservare che l'endiadi è tipica delle recenti attribuzioni di giurisdizione al G.A. (nella specie nella forma della giurisdizione esclusiva)^{20[20]}.

Dunque, anche il dato testuale non esclude ed anzi sembra rinviare alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

Va esaminata, infine, la riparazione della lesione derivante da tardiva o mancata adozione di atti amministrativi generali non normativi.

In questo caso è l'esercizio del potere pubblico che viene in rilievo (sotto il profilo del ritardo o dell'omissione *tout court*), sicchè sotto il profilo della giurisdizione, non pare ci siano spazi per la giurisdizione ordinaria.

La risarcibilità della lesione determinata dal tardivo o omesso esercizio del potere si inquadra nella tematica della risarcibilità degli interessi strumentali o procedurali.

Prima dell'introduzione dell'art. 2 bis l. 241/90, da parte della novella operata dalla l. n. 69 del 2009, che prevede la risarcibilità del danno causato dalla tardiva adozione del provvedimento amministrativo), la giurisprudenza del

^{19[19]} V. G. Veltri già cit.

^{20[20]} V. art. 34 d.lgs 80/1998 e art. 53 d.p.r 327/2001

Consiglio di Stato aveva trovato il suo momento di sintesi con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 7/2005.

La decisione aveva ritenuto che il quadro normativo al momento esistente non consentiva di accordare la tutela risarcitoria a prescindere dalla spettanza del bene della vita ovvero della utilità finale cui il provvedimento tardivamente – o mai adottato – mirava, sicché laddove, a fronte dell'istanza per ottenere un atto amministrativo, non potesse concludersi per la spettanza del provvedimento positivo, doveva comunque escludersi la risarcibilità del danno eventualmente cagionato dalla tardività del diniego.

Punto nodale della decisione era stato il mancato recepimento della delega legislativa contenuta nell'art.17 co1, lett. f) L. n. 59/1997 per la previsione di forme anche forfettarie di indennizzo per il mancato rispetto dei tempi procedurali.

Si era argomentato, infatti, che dalla mancata attuazione della delega era desumibile l'assenza, nell'ordinamento, di forme risarcitorie per l'interesse solo procedimentale al rispetto dei termini di conclusione.

Il quadro normativo pare ora mutato con l'introduzione della norma di cui all'art. 2 bis della legge sul procedimento amministrativo.

Se a tale disposizione la futura linea interpretativa dovesse riconoscere la portata innovativa che è stata già da alcuni sostenuta ^{21[21]} - e che pare condivisibile – dovrebbe prendersi atto che anche il risarcimento del danno da ritardo nell'adozione di atti generali e non normativi può trovare ingresso dinanzi al giudice amministrativo.

Circa le modalità dell'azione, essa dovrebbe essere soggetta a termine quinquennale, come previsto dall'art. 2 bis l. 241/90.

8. RAPPORTI TRA CLASS ACTION PUBBLICA E AZIONE INIBITORIA O DI CLASSE PREVISTA DAL CODICE DEL CONSUMO

Non può, a questo punto, non prendersi in esame il rapporto di prevalenza tra azione inibitoria o azione ex art. 140 bis e *class action pubblica*.

In primo luogo deve rilevarsi che l'azione inibitoria ex artt. 139 e 140 cod. consumo o quella di classe ex art. 140 bis dello stesso codice proposte prima di quella ex art. 1 d.lgs 198/09 determinano l'improponibilità di quest'ultima. Diversamente se la *class action pubblica* è proposta prima di uno di questi rimedi, l'improcedibilità consegue solo al passaggio in giudicato della sentenza sull'azione inibitoria, mentre nel caso di azione risarcitoria di classe è previsto un onere di riassunzione del giudizio sospeso.

^{21[21]}V. P. Quinto, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore.*, 2009, pubblicato sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, Studi e contributi.

P.M. Zerman., *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009* 2009, pubblicato sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, Studi e contributi.

Posta questa differenza di effetti derivante solo dall'ordine cronologico di proposizione dei rimedi, si deve rilevare che se è vero che all'origine di entrambi i mezzi di tutela vi è il medesimo comportamento, è anche vero, però, che esso può incidere, per come si è già evidenziato, su interessi diversi, sicchè l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso proposto dinanzi al giudice amministrativo, in ragione della proposizione della citazione dinanzi al Tribunale ordinario, potrebbe determinare un vuoto di tutela per l'interesse lì fatto valere.

La scelta legislativa potrebbe allora rivelarsi contraria al principio di tutelabilità delle posizioni giuridiche di cui all'art. 24 cost. ovvero irragionevole.

9. LA SENTENZA CONCLUSIVA.

Con la sentenza conclusiva del processo il giudice ordina all'amministrazione o al concessionario di porre rimedio alle disfunzioni accertate.

Al di là delle differenze terminologiche, l'ordine di adottare il comportamento virtuoso si traduce in una condanna.

La pronuncia in questione deroga, per ciò, profondamente agli schemi del giudizio impugnatorio normalmente propri della giurisdizione amministrativa.

Il tratto caratteristico della decisione adottanda è, però, rappresentato dal limite delle risorse ordinarie già assegnate, entro le quali deve muoversi la pronuncia ripristinatoria.

Ciò significa, in primo luogo, che non si può fare ricorso a risorse straordinarie, ma soprattutto che le risorse – pur sempre ordinarie- devono essere quelle assegnate già.

La presenza dell'avverbio, salvo a volerlo attribuire ad un uso non avveduto della migliore tecnica legislativa, sembra individuare un ulteriore limite di cui il giudice deve tenere conto.

L'avverbio rinvia, infatti, alla circostanza che le risorse ordinarie possono essere solo quelle che siano state assegnate *in precedenza* rispetto alla pronuncia giudiziaria.

Ne consegue che il Giudice deve tenere conto solo delle risorse che siano in concreto a disposizione dell'amministrazione o del concessionario (perchè già assegnate) che, nei fatti, potrebbero essere ben inferiori di quelle ordinarie "a regime".

La rilevanza del riferimento alle risorse *già assegnate* si rivela nelle ipotesi in cui le risorse effettivamente assegnate all'ente pubblico o al concessionario privato siano inferiori a quelle di cui dovrebbe essere dotato normalmente per lo svolgimento delle proprie funzioni o l'erogazione del servizio.

In ipotesi di organico carente rispetto alle dotazioni ordinarie - cioè di organici di fatto sottodimensionati rispetto a quelli di diritto – il giudice dovrà tenere conto della circostanza che la parte condannata si trova in una

situazione di sottoassegnazione di risorse e modulare su questa realtà contingente il proprio ordine di ripristino.

Con il rischio di innescare un circolo vizioso perché a minori risorse corrisponde un più limitato il potere di ingerenza giudiziaria, sicché l'aumento delle stesse risulta addirittura controproducente.

Concludendo, il parametro limitativo su cui il Giudice deve modulare il contenuto della sentenza di accoglimento, rappresentato dalla "continenza" dell'ordine di ripristino alle risorse strutturali della parte soccombente, si scinde in due ulteriori sottocriteri rappresentati dall'essere tali risorse:

a) solo quelle ordinarie, con esclusione, dunque, di tutto ciò che può comportare un impegno straordinario (cioè a dirsi oltre la dotazione organica "a regime");

b) solo quelle già assegnate, a significare che il riferimento deve essere parametrato alle dotazioni strutturali in concreto presenti nel momento storico in cui interviene la sentenza o -ancor meglio- in cui essa dovrà essere eseguita.

10. L' OTTEMPERANZA

Rimasta inattuata la previsione, contenuta nella delega, di una giurisdizione non solo esclusiva, come recepito dall'art 1, co 7 d.lgs. n. 198/09, ma anche di merito, l'unica ipotesi in cui è possibile rivenirla è quella dell'ottemperanza contemplata dall'art. 5 d.lgs. cit.

Si deve segnalare, tuttavia, che il giudizio di ottemperanza che, richiama esplicitamente la previsione dell'art. 27, co 1 n. 4 r.d. 1054/1924, è previsto solo per le sentenze emesse nei confronti delle pubbliche amministrazioni, rimanendo quelle destinate a sanzionare i concessionari di pubblici servizi del tutto escluse dalla lettera della norma.

Il dato testuale, pertanto, conduce a ritenere che contro le inadempienze di costoro non sarà possibile adire nuovamente il G.A. per ottenere l'accertamento dell'inosservanza dell'ordine impartito e l'eventuale commissariamento.

Non può neppure agevolmente ritenersi che la nozione di pubblica amministrazione vada intesa in senso "allargato" e comprensivo anche dei gestori di pubblico servizio, in quanto il raffronto con le disposizioni contenute negli artt. 22 e 23 l. n. 241/90 depone in senso contrario.

In quella sede, infatti, il legislatore ha espressamente ricompreso nel novero delle pubbliche amministrazioni, ai fini dell'applicabilità della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, altri soggetti, menzionando tra i soggetti passivi delle disposizioni in questione i gestori di pubblici servizi.

La praticabilità dell'estensione in via interpretativa della nozione di pubblica amministrazione risulta ancor più improbabile laddove si pensi che nel corpo dell'articolato normativo essa viene distinta da quella di concessionario, sicché sarebbe ben strano ipotizzare che le due figure soggettive,

separatamente considerate in tutto il testo del decreto legislativo, si “fondano” repentinamente solo in occasione del giudizio di ottemperanza.

Dunque, sembrerebbe che la limitazione sia frutto di una precisa scelta legislativa.

Se così è, deve tuttavia ritenersi che una previsione più ampia non avrebbe determinato uno “strappo” ad una tradizione storicamente consolidata.

E’ ben vero, infatti, che l’ottemperanza è rimedio storicamente deputato a dare esecuzione a sentenze rese nei confronti della pubblica amministrazione, tuttavia, tale deroga non sarebbe stata né la prima né tantomeno l’unica.

Come già indicato, la disciplina del diritto di accesso ai documenti si estende anche a soggetti di diritto privato, limitatamente all’attività di pubblico interesse, e a gestori di pubblici servizi.

Nei confronti di costoro, pertanto, è da tempo possibile richiedere l’accesso a documenti amministrativi e ricorrere contro l’eventuale diniego espresso o tacito.

Il precipitato di tale previsione è che è esperibile il giudizio di ottemperanza per la sentenza rimasta ineseguita, anche se emessa nei confronti di un gestore di pubblico servizio.

L’ordinamento, per ciò già conosce, ipotesi di giudizio di ottemperanza non limitato a soggetti formalmente pubblici.^{22[22]}

Una sua estensione a tutte le ipotesi di sentenza di accoglimento, indipendentemente dalla natura del destinatario, non avrebbe, dunque, determinato crepe insanabili nella coerenza del sistema, la cui tenuta rischia di essere, invece, compromessa dalla inesistenza di un rimedio efficace per garantire l’esecuzione coattiva della pronuncia rivolta al gestore del pubblico servizio condannato in sede di cognizione.

Laddove si dovesse, comunque, ritenere prevalente - come sembra - l’interpretazione letterale, l’esecuzione della sentenza potrebbe essere garantita dalla possibilità di proporre ricorso di esecuzione nei confronti dell’amministrazione concessionaria o, comunque, vigilante affinché eserciti i propri poteri di controllo sul corretto esercizio della concessione di pubblico servizio.

Il ricorrente dovrebbe, in tal caso, chiedere la declaratoria giudiziale dell’obbligo dell’amministrazione concedente di attivarsi per l’esecuzione del giudicato mediante l’esercizio di tutte le prerogative possedute nei riguardi del concessionario inadempiente (fino eventualmente all’adozione di un atto di decadenza dalla concessione) e, in mancanza, la nomina, da parte del giudice amministrativo, di un commissario ad acta che le eserciti in via sostitutiva, secondo le regole generali.^{23[23]}

Infine, l’ultima notazione in tema di giudizio di ottemperanza riguarda le perplessità che suscita il divieto di maggiori oneri finanziari imposto dall’art. 8 d.lgs. n. 198/09.

^{22[22]} v. sul punto la decisione dell’Adunanza Plenaria n. 5/2005.

^{23[23]} In tal senso v. T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 15 maggio 2002, n. 285

E' noto, infatti, che al commissario ad acta, in qualità di ausiliario del giudice, spetta un compenso, sensi dell'art. 57 del D.P.R. n. 115/2002.

Ciò determina necessariamente un onere finanziario a carico dell'amministrazione soccombente, che potrebbe rivelarsi non esiguo in considerazione della complessità dell'attività prestata dal commissario, sicchè il principio dell'invarianza finanziaria è forse destinato a rimanere piuttosto utopistico.
