

La Class Action e il ricorso per l'efficienza delle Pubbliche Amministrazioni

di Enrico Bonelli*

Premessa.

Nell'era della "grande crisi globale" il tema della tutela del consumatore non può non assumere un rilievo di primo piano.

Per giunta, considerato il ciclo economico che stiamo attraversando e che ha prodotto una netta contrazione dei consumi, si assiste ad una moltiplicazione delle iniziative delle imprese, volte ad indirizzare ed influenzare le scelte dei consumatori, che, in teoria, potrebbero anche trarre vantaggio dalle offerte di vendita promozionali (sconti, offerte speciali, rateizzazioni, ecc.), ma che, proprio in questa fase ciclica, sono più esposti a forme di pubblicità scorretta, ad offerte promozionali col "trucco" e ad altre insidie e scorrettezze.

Ed allora, a maggior ragione, si richiedono decise iniziative delle istituzioni nazionali e comunitarie, per consentire al consumatore di orientarsi nel nuovo scenario e assumere decisioni quanto più possibile informate, consapevoli e convenienti.

La più recente evoluzione del law making process comunitario, nel senso della "armonizzazione completa" della legislazione degli Stati membri in tema di tutela del consumatore, è sfociata nell'approvazione di una nuova proposta di Direttiva presentata dalla Commissione europea (n. 214 dell'8.10.08), da approvarsi secondo la procedura di codecisione. Secondo tale proposta, le quattro preesistenti Direttive (85/577/CEE, 93/13/CEE, 97/7/CE e 99/44/CE) che disciplinano la materia, dovrebbero essere modificate e sostituite dalla nuova, che andrebbe a costituire una sorta di testo unico per disciplinare gli aspetti comuni, al tempo stesso semplificando ed aggiornando le norme esistenti.

La proposta della Commissione parte da un dato ineluttabile: secondo le indagini compiute attraverso enti specializzati si è accertato che in circa venti anni di applicazione delle normative in materia non si è incrementato il contenzioso né si è estesa la protezione del consumatore, oltretutto lasciando aperta la questione delle limitazioni imposte al diritto interno (1).

In tale quadro, appare addirittura scontato che il consumatore, inteso come soggetto che acquista sul mercato beni e servizi da soggetti che li forniscono professionalmente, in una società di tipo plurale, debba ricevere tutela dall'ordinamento attraverso interventi tendenti all'equilibrio degli interessi in gioco, recuperando una posizione garantita, sia sul piano individuale che collettivo, in virtù di regole volte ad attuare anche (ma non solo) il

principio di efficienza e trasparenza del mercato.

Trattasi, invero, di una tutela che assume necessariamente forme poliedriche, considerato che essa non può non coinvolgere la protezione di diverse categorie di diritti, come il diritto alla salute e alla sicurezza, il diritto alla tutela degli interessi economici, il diritto al risarcimento dei danni, il diritto all'informazione e all'educazione, il diritto alla rappresentanza (o ad essere ascoltati).

La c.d. class action all'italiana.

Non può essere ignorato, inoltre, che l'acquisto, da parte del consumatore, di beni e di servizi da colui che nel diritto comunitario viene definito "professionista" (recte: produttore-venditore) (2) può comportare lesioni della sfera patrimoniale apprezzabili sul piano giuridico e tali da essere ritenute dall'ordinamento meritevoli di tutela risarcitoria.

È per questo motivo che in quasi tutti i moderni ordinamenti sono previsti azioni di tutela, posti a disposizione dell'utenza in caso di controversia con l'impresa.

Trattasi di mezzi che possono assumere forma collettiva e quindi la veste della c.d. "class action" (di derivazione anglosassone), la cui introduzione nel nostro ordinamento si è dimostrata quanto mai difficile e contrastata, proprio per le sue ricadute di carattere economico (risarcimento di danni) a carico delle imprese, che pongano in essere pratiche lesive della posizione dei consumatori.

La previsione del ricordato mezzo di tutela (3), attraverso l'agguila (da parte della c.d. legge finanziaria per il 2008) (4) dell'art. 140-bis al Codice del consumo, ha lasciato una scia di grande perplessità ed insoddisfazione, per il modo in cui è stata concretamente strutturata (sul piano processuale) l'azione collettiva; basti pensare che, mentre nell'ordinamento statunitense la class action porta - in caso di accoglimento della domanda della classe dei consumatori - ad una sentenza di condanna dell'impresa o delle imprese evocate in giudizio (5), la richiamata disposizione del Codice del consumo aveva in un primo momento classificato l'azione come di mero accertamento.

I consumatori, quindi, sarebbero stati costretti ad ulteriori azioni (a valle della sentenza di accertamento), volte ad ottenere la condanna dell'impresa e il concreto risarcimento dei danni patiti: non è neppure il caso di sottolineare quali inconvenienti questo meccanismo potesse produrre in un sistema giudiziario come il nostro, in termini di tempi di attesa per il risarcimento, di ingolfamento dei ruoli, di dilatazione dei tempi processuali. Sicché, opportunamente, l'ultima versione dell'art. 140 bis, comma 12, del Codice del consumo (nel testo sostituito dall'art. 49 della L. 23.7.09 n. 99) ha espressamente previsto che il Tribunale adito (territorialmente competente, secondo i criteri indicati nel comma 4 dell'art. cit.) con sentenza di condanna "liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme".

prof. Bonelli

Peraltro, continua ad esistere nel testo (comma 7), con tutte le sue ricadute, in termini di dilatazione dei tempi processuali, la disposizione che prevede l'impugnabilità dell'ordinanza con cui il giudice di primo grado decide sull'ammissibilità dell'azione. Si configura un giudizio strutturato in più fasi, in cui quella preliminare è appunto finalizzata a verificare che la domanda proposta non sia pretestuosa o manifestamente inammissibile (6).

Ora, pur non potendo procedersi qui ad un esame approfondito della natura e dei limiti di questa class action all'italiana (la cui entrata in vigore - anche a causa delle modificazioni apportate - è stata più volte rinviata e poi fissata definitivamente al 1° gennaio 2010) (7), non si può non restare perplessi di fronte ad una simile disciplina, specie se si tiene conto che essa sembra divergere dalle linee tracciate dal "Libro bianco" della Commissione dell'U.E. del 3 aprile 2008 (8).

Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici.

Non minori perplessità ha suscitato la disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 198/2009 (emanato in attuazione della delega di cui all'art. 4, comma 2, lett. l), della L. 4 marzo 2009 n. 15), ai fini della concreta regolazione della c.d. "class action" nei confronti della pubblica amministrazione. Invero, trattasi di un istituto avente finalità diverse rispetto alla class action prevista dall'art. 140 bis cit., alla quale perciò non risulta sovrapponibile; come pure, esso ha un campo d'azione differente rispetto all'azione volta ad inibire e/o correggere atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti disciplinata dall'art. 140 del Codice del consumo nei confronti di imprese, anche pubbliche, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/98 (cfr. art. 140 cit., comma 10). Peraltro, il D.Lgs. n. 198/2009 sembra conferire caratteri di alternatività all'azione in parola, laddove, nel regolarne i rapporti con le competenze di regolazione e controllo e con i giudizi instaurati ai sensi degli artt. 139, 140 e 140 bis del Codice del consumo, dispone la sospensione del ricorso fino alla definizione dei predetti procedimenti o giudizi e la sua improcedibilità a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati artt. 139 e 140.

L'esatta definizione del nuovo strumento di tutela è quella di "ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici": invero, non si tratta di un'azione né "di classe" né "collettiva" (nonostante tale espressione compaia nella rubrica dell'art. 4 della delega) (9). Ciò tuttavia, non esclude che l'istituto possa avere una dimensione superindividuale, tenuto conto che oggetto del sindacato giurisdizionale sarà "lo svolgimento di una funzione o... omissis... la erogazione di un servizio", di natura pubblica, cioè rivolti alla generalità dei consociati (10). Per quel che qui interessa, non può non segnalarsi, da un lato, la stranezza di un istituto che costituisce un unicum nel panorama degli ordinamenti occidentali (11), dall'altro, la sua irrazionale limitazione ai soli interessi di "utenti e consumatori" e la sua scarsa incisività, essendo la P.A. tenuta a provvedere all'esecuzione delle decisioni emesse dal giudice amministrativo ai fini della "correzione" del proprio agire, eliminando la violazione, l'omissione o l'inadempimento lamentati, sia nel campo funzionale che dei servizi. Al g.a. è riservata, secondo l'art. 4, comma 2, lett. l), n. 2), della legge di delega n. 15 del 2009, una cognizione "esclusiva e di merito"; tale disposizione, però, non è ripetuta nella medesima formulazione letterale dell'art. 1, comma 7 del D.Lgs. n. 198/2009, che fa riferimento tout court "alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Sicché, ove si ritenesse che il D.Lgs. cit. abbia voluto limitare la cognizione del g.a. alla sola giurisdizione di legittimità, non potrebbe non dubitarsi della costituzionalità della norma interposta per eccesso di delega (12). Sta di fatto che alla individuazione della giurisdizione del g.a. non si accompagna una chiara individuazione di

poteri e che dall'attuazione del detto decreto "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica" (art. 8, D.Lgs. cit.), essendo altresì escluso che possa essere risarcito il danno cagionato dagli atti e dai comportamenti lesivi (nei cui confronti restano fermi i rimedi ordinari: cfr. art. 1, comma 6, D.Lgs. cit.).

In definitiva, l'istituto, così come strutturato col

decreto legislativo attuativo della delega, quanto alla sua disciplina processuale, si configura non già come un rimedio volto a garantire l'efficienza dell'amministrazione, intesa come bene collettivo o ultraindividuale, quanto piuttosto come mezzo tendente alla tutela di diritti individuali omogenei, per ottenere prestazioni pubbliche da erogarsi secondo standards qualitativi predefiniti. Sicché, la dimensione collettiva della tutela è costituita in via pressoché esclusiva dalla circostanza che i diritti alle prestazioni pubbliche si trovano (sia pure con contenuto identico) in capo ad una pluralità di soggetti (13), i cui interessi possono essere anche rappresentati da associazioni o comitati (cfr. art. 1, comma 4, D.Lgs. cit.).

Qualche conclusione.

Le aporie ordinamentali fin qui segnalate sono significative dell'atteggiamento con cui si continua a considerare nel nostro ordinamento (nonostante l'evoluzione della legislazione) la questione della tutela del consumatore inteso lato sensu, ancora posta in posizione ancillare rispetto alle esigenze del mercato, della concorrenza e, in definitiva, dell'impresa, sia privata che pubblica. Al punto che, in luogo di percorrere la strada dell'introduzione di nuovi mezzi di tutela, sarebbe di indubbia utilità una rivisitazione di quelli esistenti, alla luce dell'esperienza di altri paesi, come ad esempio l'Inghilterra, che già da tempo demanda le procedure di risarcimento collettivo in materia finanziaria ad agenzie indipendenti (14), in coerenza con la valorizzazione del ruolo della Authority antitrust (15).

De iure condendo, occorrerà, dunque, una decisa svolta legislativa che appresti mezzi di protezione dotati di effettività ed efficacia, consistenti sia in un'adeguata informazione, sia nella valorizzazione del diritto di recesso del consumatore, sia infine nell'applicazione di sanzioni a carico del soggetto economicamente più forte, sia pubblico che privato. Soprattutto, per segnare una vera svolta, appare irrinunciabile giungere ad un più opportuno bilanciamento dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (coordinandoli in un sistema "a rete" con quelli dell'Antitrust europeo e degli altri Stati membri dell'Unione, alla luce del ricordato Libro bianco della Commissione dell'U.E.), ad una riscrittura della class action e, in una prospettiva a medio termine, all'introduzione, in ambito comunitario, di strumenti di tutela più incisivi sotto il profilo economico, come ad esempio la figura del "danno punitivo" per le imprese (anche erogatrici di servizi pubblici). Trattasi di figura già sperimentata in altri ordinamenti (16), la quale, fondandosi sulla ratio della punizione del responsabile civile mediante l'applicazione di una sanzione patrimoniale, comporta un sindacato sulla condotta dello stesso responsabile, con importantissime funzioni di deterrenza e dissuasione rispetto a pratiche commerciali aggressive, scorrette e dannose per il consumatore. Non vi è dubbio che il nostro quadro costituzionale, per la formulazione aperta dell'art. 41 Cost. (17), sembra consentire l'introduzione di tale istituto, né esso appare prima facie incompatibile col nostro ordinamento civilistico, sostanziale e processuale, considerato che quest'ultimo già contempla figure affini: sia la "responsabilità aggravata" ex art. 96 c.p.c. che la "clausola penale" di cui all'art. 1382 c.c., pur in contesti e con effetti diversi, perseguono sicuramente la finalità di dissuadere con una sanzione civilistica (non meramente reintegrativa), i soggetti responsabili dal porre in essere condotte pregiudizievoli per i terzi (18).

***Prof. Associato di Istituzioni di Diritto
Pubblico presso l'Università Federico II di Napoli**

Note

1. - In tema, per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in Riv. it.dir.publ.comun., 2010, in specie, 51 ss.
2. - Sul punto, cfr. C.G.C.E., 21 giugno 1977, C 150/77, in Raccolta, 1978, 1431; ID., 3 luglio 1997, C 26995, in Nuova giur. civ. comm., 1998, I, 344.
3. - Su cui si può vedere G. BUFFONE, *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.altalex.com, 2007; F. LUONGO, *Aspettando la Class action. Prime considerazioni e perplessità sull'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*; ibidem, S. BERTUZZI e G. COTTA-RELLI, *Class action*, Napoli, 2008; AA.VV., *Le azioni collettive in Italia, profili teorici ed aspetti applicativi. Il diritto privato oggi*, a cura di C. Belli, Milano, 2007; E. BELLINI, *Class action e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e Responsabilità*, nn. 8-9, 2005, 817; A. BRIGUGLIO, *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in www.judicium.it, 5 marzo 2008; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in Riv. proc., 2007, 567; G. CHINE' - G. MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori* (art. 2, commi dal 445 al 449, legge 24 dicembre 2007, n. 244), Roma, 2008; C. CONSOLO - D. RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 891 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'articolo 140 bis del codice del consumo*, in *Foro it.*, 1/08; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Punzi*, Milano, 2008.
4. - La L. 24.12.2007 n. 244, all'art. 2, comma 445, ha previsto che le disposizioni di cui ai successivi commi 446-449, disciplinino l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, quale nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, in conformità dei principi stabiliti dalla normativa comunitaria tendenti ad innalzare i livelli di tutela. In concreto, la nuova disciplina aggiunge al Codice del consumo l'art. 140-bis (più volte modificato), che contiene appunto una dettagliata regolamentazione della class action all'italiana.
5. - Tuttavia, anche nel sistema statunitense, la class action è ormai ritenuta insufficiente, e quindi criticata, sia per la sua scarsa deterrenza, sia per i suoi modesti risultati in termini di risarcimento: sul punto, v. G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, 89.
6. - Forti perplessità sulla strutturazione dell'azione collettiva risarcitoria sono state espresse da molti studiosi, valga per tutti la posizione espressa da G. ALPA, su *Il Sole 24 Ore* del 17 novembre 2007, secondo cui "la normativa per la tutela degli interessi collettivi approvata ieri sera al Senato - in un contesto improprio quale è la Finanziaria - è un mostro giuridico che, se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia"; adde, G. BUFFONE, *Class action italiana*, op. cit., in specie, 6-7.
7. - Com'è noto, l'entrata in vigore dell'istituto è stata più volte rinviata per consentire l'introduzione di modifiche (cfr. da ultimo, art. 49 della L. n. 99 del 23.7.2009). Può rinviarsi, sul punto, ai siti www.Adusbef.it - www.Federconsumatori.it.
8. - Il Libro bianco, pubblicato dalla Commissione in data 3 aprile 2008, è stato pensato proprio per rendere più agevole il risarcimento dei danni e più efficienti le relative domande presentate dai danneggiati, nel rispetto delle tradizioni e dei sistemi giuridici europei. Il documento contiene una serie di raccomandazioni volte a garantire che i soggetti danneggiati da questo tipo di violazione abbiano accesso a meccanismi efficaci per chiedere un risarcimento completo del danno subito. I punti fondamentali di raccomandazione del Libro bianco sono i seguenti:
 - ricorso collettivo: i consumatori e le imprese possono raggruppare le loro richieste. La Commissione raccomanda l'utilizzo di "representative action" intente da gruppi riconosciuti di consumatori, piuttosto che "class action" proposte da studi legali per un numero imprecisato di richiedenti (sistema statunitense);
 - risarcimento unico del danno subito: ovvero un risarcimento completo che include la perdita effettiva causata, ad esempio, da un aumento anticoncorrenziale dei prezzi o dalla perdita di profitto dipendente da una riduzione delle vendite;

- divulgazione: obbligo di divulgazione delle prove rilevanti, sotto il controllo del giudice, per assicurare un procedimento equo ai contendenti;
 - valore di prova delle decisioni definitive: la commissione raccomanda che le decisioni definitive adottate dalle autorità responsabili della concorrenza degli Stati membri siano considerate come prova nelle cause successive.
- Per la lettura completa del documento, si rinvia al sito: www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust.
9. - In effetti, correttamente si è parlato di un'azione collettiva "correttiva del malfunzionamento dell'amministrazione": così F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in www.federalismi.it, 2/2009.
 10. - Ai sensi dell'art. 1, co. 1 del D. Lgs. n. 198/2009, i singoli interessati (direttamente ovvero tramite associazioni o comitati) potranno adire il giudice amministrativo in situazioni che inevitabilmente incidono nella sfera giuridica nella pluralità di soggetti, "se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, della violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti".
 11. - In tal senso, cfr. M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 43, 19.
 12. - Sul punto, cfr. G. FINOCCHIARO, *Class action: con il rimedio "superindividuale" i magistrati entrano nelle scelte organizzative*, in *Guida al diritto*, cit., 16 ss., il quale sottopone l'istituto a serrate critiche ed esprime fondate preoccupazioni, considerato che "il D.Lgs., infatti, attribuirà al giudice amministrativo poteri di sindacato sulle scelte organizzative aziendali della Pubblica Amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi talmente penetranti da snaturare la funzione giurisdizionale come tradizionalmente intesa".
 13. - In tal senso, cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Osservatorio energia*, n. 2/2010, in www.apertacontrada.it.
 14. - Soluzione, questa, suggerita da G. ROSSI, op. loc. ult. cit.
 15. - Sul punto, sia consentito rinviare ancora una volta, per ulteriori approfondimenti anche di carattere bibliografico, a E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in Riv. it.dir.publ.comun., 2010, in specie, 76 ss.
 16. - Si pensi all'ordinamento statunitense, in cui l'istituto dei punitive damages ha appunto funzioni di deterrenza e sanzionatorie dei comportamenti scorretti delle imprese. Sul punto si può consultare, in giurisprudenza, *Supreme Court USA*, 26 giugno 1988, in *Foro it.*, 1990, IV, 164 ss., con nota di M.S. ROMANO; ID., 4 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, IV, 235, con nota di G. PONZANELLI; ID., 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 2003, 4, 355, con nota di G. COLANGELO.
 17. - In tema, anche in relazione all'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost., tale da giustificare la compatibilità col nostro sistema costituzionale dei nuovi strumenti di tutela, come il danno punitivo e la class action, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in Riv. it.dir.publ.comun., 2010, in specie 62 ss.
 18. - Contra, per l'incompatibilità dell'istituto con i principi dell'ordinamento italiano, cfr. G. BUFFONE, *Class action italiana*, op. cit., 5, secondo cui non sarebbe coerente col nostro sistema civilistico "l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata dall'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata 'in re ipsa'".
- Lo stesso A. ritiene che le sentenze straniere che prevedono danni punitivi sono contrarie all'ordine pubblico (art. 64, co. 1, lett. g), L. 31 maggio 1995 n. 218) e per tale ragione esse non possono essere deliberate nel nostro ordinamento. Nella stessa linea interpretativa, cfr. Cass. Civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Corriere giur.*, 2007, 497, con nota di P. FAVA.
- Risulta, tuttavia, evidente che l'introduzione dei punitive damages consentirebbe di riconoscere al risarcimento finalità più incisivamente risarcitorie, imponendo di valutare adeguatamente, tra l'altro, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, oltre alla sofferenza determinata dall'illecito.