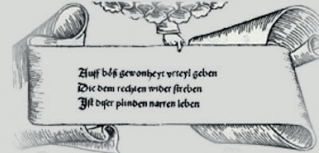




Iurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 6-2025 - VITA GIUDIZIARIA 2

ISSN 2724-2161

Giorgio Dovere

TUTELA COSTITUZIONALE DEL DIRITTO DI DIFESA: SPUNTI DI RIFLESSIONE

Editoriale Scientifica

Giorgio Dove

TUTELA COSTITUZIONALE DEL DIRITTO DI DIFESA: SPUNTI DI RIFLESSIONE

1. *Una forma di tutela dei diritti omogenei*

L'azione collettiva e il fenomeno dal quale nasce e che intende regolare non escludono una rilettura, ovvero un'articolata riflessione, che concerna il coordinamento di alcune disposizioni costituzionali, che sono espressione del riconoscimento che la Costituzione rende all'individuo di svolgere la propria personalità nelle formazioni sociali. Si tratta di un momento di ponderazione di talune dimensioni costituzionali del diritto di difesa, quale garanzia riassuntiva della complessiva esigenza di protezione giudiziale dei diritti della persona¹. E, conformemente a tale proposito, è bene che ci si occupi di forme meno tradizionali in cui il fenomeno oggi si manifesta – si pensi alle espressioni di tutela collettiva, come pure all'eventuale tutela giurisdizionale delle generazioni future –, avanzando magari alcune osservazioni sulle quali forse, in prosieguo di tempo, gli studiosi del diritto potrebbero aver modo di soffermarsi.

A questo proposito, è utile ricordare subito come l'articolo 2 della Costituzione del nostro Paese riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo, e ciò anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua attività sociale ed economica². Queste affermazioni di principi, che appunto corroborano la possibilità delle persone di concretare la propria personalità in quelle che sono le organizzazioni intermedie tra lo Stato e i singoli, fanno senz'altro da sfondo a un tema di importanza fondamentale.

¹ Un altro e diverso momento di riflessione è ora in *Archivio Giuridico online* 4/1, 2025: G. DOVERE, *Diritto di difesa, giusto processo, mediazione: tratti di civiltà giuridica*; in *Archivio Giuridico online* vol. 4, n. 1 (2025).

² Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

I diritti sociali e quelli di libertà affiancati nella nostra Carta fondamentale consentono la possibilità di estendere la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo pure allo spazio delle formazioni sociali grazie alle quali il cittadino, chiedendo un intervento riequilibrante dello Stato, deve fronteggiare i pubblici poteri oppure, forse più di frequente, poteri forti di natura privata. E poiché, come recita il 2° co dell'articolo 3 della Costituzione, «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli ... che ... impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione ... del Paese», i principi in questione non possono che risultare rafforzati. In conseguenza di ciò, se poi si guarda alle successive disposizioni di cui agli articoli 18, 39 e 49, esse appaiono viepiù omogenee con quanto sin qui rilevato³: un positivo *mélange* di personalismo e pluralismo indirizzato alla tutela di diritti individuali e, assieme, collettivi, nella logica più pregnante della nostra democrazia costituzionale.

In questa logica democratica è anzitutto la libertà sindacale che appare strumento utile a soddisfare la ricerca costituzionale di riequilibrio dell'asimmetria che di norma contraddistingue il conflitto tra gli interessi dei lavoratori e i poteri economici forti. Ugualmente, è il diritto dei singoli di associarsi in partiti politici che richiede la garanzia di una pari posizione tra le forze in gioco, e che consente sia ai singoli individui, sia alle loro organizzazioni di contribuire alla costruzione della politica del Paese⁴. E nell'ambito del presente discorso, l'articolo 18 Cost., che recita «i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente ... per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale», per parte sua risulta essere non solo strumento di tutela della libertà individuale, ma pure riconoscimento esplicito dell'autonomia del gruppo organizzato, e per ciò stesso manifestazione dell'impegno statale di tutela dell'individuo all'interno di un'associazione⁵.

³ Cfr., per es., A. D'ALOIA, *Commento all'art. 39 della Costituzione*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione*, curr. R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, I, Wolters Kluwer, Torino 2006, pp. 801 ss.

⁴ Cfr. art. 49 Cost., e G. TIZZONI, *Commento all'art. 49 della Costituzione*, in AA. Vv., *Commentario alla Costituzione*, cit., I, pp. 988 ss.; *adde*, comunque, la letteratura indicata da P. MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa. Profili costituzionali di un disegno in evoluzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011, p. 127 *in apparatu*.

⁵ Cfr.. F. RIGANO, *Commento all'art. 18 della Costituzione*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione*, cit., I, p. 407 ss.; F. BENELLI, in AA. Vv., *Commentario breve alla Costituzione*, curr. V. Crisafulli-L. Paladin, continuato da S. Bartole-R. Bin,

Proprio l'affermazione del pluralismo sociale, e la rete di relazioni capaci di favorire la partecipazione e la piena realizzazione alla vita collettiva, benché sostanzialmente finalizzate alle persone singolarmente intese, hanno consentito che la volontà generale venisse comunque ritenuta come espressione di volontà politiche di fatto mediate da 'strutture' di sintesi e rappresentanza⁶. E sono questi livelli intermedi, formazioni sociali di natura privata, che ormai si occupano della cura degli interessi generali assecondando tendenze che hanno ricevuto impulso pure grazie alla rimodulazione dei sistemi di *welfare state*. Tutto ciò, almeno dalla fine del secolo scorso, ha condotto a un diverso atteggiamento da parte del legislatore sia nei riguardi della regolamentazione delle diverse formazioni sociali, sia nel coinvolgimento di esse in attività e servizi solitamente svolti da enti pubblici, anche sulla base di un principio di sussidiarietà sociale chiaramente ispirato all'ultimo comma dell'articolo 118 Cost.⁷.

Ebbene, tutto ciò considerato, non ha certo torto chi ha sostenuto che, giusto promuovendo legislativamente il coinvolgimento dei cittadini in organizzazioni preposte a realizzare obiettivi tipici di uno Stato sociale, si è dato un diverso modo di promuovere lo sviluppo della personalità dei singoli, al di là per esempio delle tradizionali forme partitiche, nella vita della società contemporanea⁸.

Ora, non è inutile osservare come, se si guarda al contenuto dell'articolo 41 Cost., si trovi assolutamente naturale che, per il caso dell'azione collettiva, si debbano registrare fenomeni di associazioni volte alla tutela di diritti e interessi di consumatori e utenti. Le modifi-

Cedam, Padova 2008, pp. 143 ss.

⁶ Cfr. E. ROSSI, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione*, cit., I, pp. 52 ss.

⁷ Art. 118 Cost: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». In argomento vd. Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 118 della Costituzione*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione*, cit., II, pp. 2355 ss.; alla letteratura indicata in MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa*, cit., p. 130, adde E. BLASI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nelle culture giuridiche tedesca ed italiana dopo la riforma del Titolo V*, in <https://www.labsus.org/2010/11/la-sussidiarieta-tra-italia-e-germania/>; nonché, più recente, Astrid-on.line, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e le sue applicazioni: un nuovo modo di amministrare*, in <https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/SUSS/SUSSIDIARIETA-ORIZZ-PaperAstrid-2003.pdf>.

⁸ Cfr. per es. ROSSI, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, cit. p. 53.

che più che profonde subite nei decenni che ci precedono dall'assetto dei rapporti economici fissato dalla nostra Carta fondamentale grazie all'ingresso nel nostro ordinamento del Trattato Ce, del diritto derivato e da principi economici più aperti alla concorrenza hanno segnato un'evoluzione del principio della comune responsabilità sociale: nei fatti, in anni recenti, il principio declinato nell'articolo 41 Cost. che «l'iniziativa economica privata è libera» non ha fatto altro che trovare incremento⁹. Invero, nell'ambito della riflessione giuridica nazionale, a seguito delle modifiche all'articolo 117, 2° co., lettera e, Cost.¹⁰, in specie la Corte Costituzionale è largamente intervenuta in tema di costituzionalizzazione della tutela della concorrenza nel più ampio orizzonte dei rapporti economici di cui in particolare all'articolo 41. Non a caso, infatti, le modifiche introdotte nel testo costituzionale hanno avuto un impatto evidente proprio in materia economica tanto che, pur nel contrasto di un vero e proprio *ius controversum* fra studiosi¹¹, non è sembrato possibile negare che la sentenza 14/2004 della Consulta¹² – che ha ricavato la disciplina della concorrenza dall'ordinamento comunitario grazie ai co. 1° e 2° dell'articolo 117 Cost. – abbia fortemente modificato il complessivo modo di intendere i rapporti tra libertà di iniziativa economica privata, concorrenza e mercato, riconoscen-

⁹ In argomento cfr. A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. La Costituzione economica*. Ferrara 11-12 ott. 1991, Cedam, Padova 1997, pp. 178 ss.

¹⁰ Art. 117, 2° co., lettera e Cost.: «Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: ... moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie».

¹¹ Cfr. R. NIRO, *Commento all'art. 41 della Costituzione*, in AA.Vv., *Commentario alla Costituzione*, cit., I, pp. 846 ss.; M. GIAMPIERETTI, in AA.Vv., *Commentario breve alla Costituzione*, cit., I, pp. 403 ss.; ma vd. spec., contrastanti, L. BUFFONI, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 2 (2003), pp. 368 ss.; G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, in *Diritto pubblico*, n. 15 (2009), pp. 91 ss.; L. AMMANNATI, *La tutela della concorrenza nella riforma costituzionale: come definire un "valore" costituzionale comune a Stato e Regioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Jovene, Napoli 2005, p. 40 ss.; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, n. 36 (2008), pp. 791 ss. Adde E. CARLONI, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in www.forumcostituzionale.it.

¹² Cfr., redattore Capotosti, https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2004:140.

do perciò un non indifferente effetto sulla prima parte della Carta costituzionale – si pensi appunto all'articolo 41 – dalle modifiche apportate alla seconda parte, ovvero al Titolo V, e qui all'articolo 117.

Se è vero che la giurisprudenza costituzionale, con indubbie conseguenze sulle competenze legislative statali o regionali, traendoli da norme della prima parte della Carta ha elevato a valori costituzionali quelli che sono l'oggetto della tutela dell'ambiente o della ricerca, è altrettanto vero che, forse, anche il principio della libera concorrenza, grazie all'interpretazione dell'articolo 41 co. 1° e 2°, potrebbe ottenere un'estensione costituzionale in tale direzione. La lettera e) dell'articolo 117, invero, mentre attribuisce esclusivamente allo Stato la disciplina della concorrenza gli assegna al tempo stesso, come del resto fa alla lettera s) con l'ambiente, l'ecosistema e i beni culturali, anche la sua tutela. E dunque, in un discorso portato ben più innanzi, ossia guardando all'iniziativa economica privata prevista nell'articolo 41 Cost., che «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», non si sbaglia a badare agli interessi di quei consumatori cui sia l'ordinamento nazionale, sia quello comunitario tanta attenzione prestano. Non si sbaglia, cioè, a badare ai pregiudizi eventualmente causati ai diritti e interessi di una moltitudine di soggetti, utenti e consumatori, dalle attività d'impresa, produzione, fornitura e distribuzione di beni e servizi.

Allora, proprio se è vero che la concorrenza assume il rango di valore costituzionale, sia il legislatore sia, naturalmente, l'interprete sono invitati ad adottare misure adeguate a tutela dei diritti dei consumatori e utenti al fine soprattutto di conciliare le richieste di libertà economica e quelle di giustizia sociale rispettivamente richiamate dagli artt. 41, 1° co. Cost. e 2, 3, 41, 2° co. Cost.

La *class action*, in tale ambito, non può che apparire uno strumento in più di tutela giurisdizionale¹³. Essa, mentre arricchisce la generale clausola dell'utilità sociale, riesce a bilanciare il valore costituzionale

¹³ In linea generale cfr. D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *www.judicium.it*; R. CAPONI, *La riforma della "class action". Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*; ora vd. P. MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione. Dimensione meta-individuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, n. 1 (2022), pp. 19; AA. VV., *Class Actions in Europe*, cur. A. Uzelac-S. Voet, Springer, Berlin 2021; G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*², Giappichelli, Torino 2024.

della concorrenza con quello della tutela dei lavoratori, e, di fatto – utile al controllo e alla responsabilizzazione sociale dell'impresa –, svolge un ruolo regolamentare del mercato grazie alla sua presenza civilmente 'risarcitoria' nei riguardi dei pregiudizi causati alla collettività. In tale direzione, se si interpreta l'art. 41, co. 2° Cost. sia come principio-valvola sia come concetto di valore, l'utilità sociale potrebbe assumere una valenza dinamica, ovvero capace di orientare l'ordinamento nel mutare della realtà normativa e dei fatti sociali. Una *class action*, dunque, come applicazione della clausola di utilità sociale ex art. 41 Cost., attenta all'interesse dei soggetti coincidenti con quelli complessivi della trasformazione¹⁴.

Sul piano della legittimazione ad agire, è parso possibile immaginare due modelli di azione collettiva risarcitoria¹⁵: il primo attribuisce la legittimazione ad agire a un insieme preordinato di soggetti collettivi, il secondo allarga a chiunque vi abbia interesse, cioè anche a singoli individui. Tuttavia, già in sede di approvazione della prima versione dell'art. 140-*bis* del codice di consumo sono emersi i limiti sia del sistema statunitense, sia di quello europeo.

Secondo quest'ultimo sistema, che demanda alle associazioni dei consumatori o ad altri organismi predeterminati la legittimazione a proporre azioni collettive risarcitorie, si sarebbero creati dei veri e propri professionisti dell'azione collettiva; costoro avrebbero avuto un forte interesse a implementare il contenzioso, poiché la gestione delle cause riguardanti diritti individuali avrebbe anche potuto assumere una sorta di valore politico o corporativo tanto da prevalere, eventualmente, sulla valutazione tecnica di merito della stessa azione proposta. D'altronde, il modello statunitense di *class action* basato sull'iniziativa personale dei danneggiati, e dunque senza riserva alcuna circa la legittimazione ad agire, benché capace di evitare il rischio sopra cennato e comunque più rispettoso della libertà individuale, avrebbe potuto comportare (se associato ad altri istituti tipici del sistema d'oltremare) aspetti negativi, come quelli effettivamente registrati in quei contesti lontani, per esempio con procedimenti assai

¹⁴ Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova 1983, pp. 129 s.; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 56 (2010), pp. 115 ss., qui p. 120.

¹⁵ Cfr. R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in www.judicium.it.

temporalmente estesi e con gli studi legali come beneficiari principali¹⁶.

Ebbene, ricordando che l'adozione della formula dell'*opt-in* comporta l'obbligo di dichiarare l'intenzione di avvalersi dell'azione, mentre la scelta dell'*opt-out* prevede l'obbligo di tirarsi fuori dall'azione per non rimanere coinvolti dalle conseguenze della stessa, va detto come per i singoli l'*opt-in* avrebbe la copertura delle norme costituzionali dei vari Paesi: quelle che garantiscono il diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti individuali non espropriabili, neanche per farli valere assieme a quelli di altri, da enti collettivi. La formula, nel caso il singolo non aderisca, consente che egli possa rimanere terzo rispetto all'azione collettiva e indifferente al suo esito¹⁷. Per le imprese, l'interesse ad avvalersi dell'*opt-in* è quello di non dover rispondere a tutti i soggetti lesi, ma solo a coloro che effettivamente hanno partecipato al procedimento; naturalmente, ciò ha come contraltare il rischio di esporre l'impresa a eventuali nuovi processi individuali, pur col vantaggio della possibilità dell'opposizione degli accertamenti fattuali favorevoli intervenuti, nel caso, in altra sede.

La formula dell'*opt-out*, per parte sua, mentre presenterebbe per i singoli l'indubbio vantaggio di veder inseriti tali soggetti all'interno di gruppi che perseguono lo stesso interesse, comporterebbe tuttavia lo svantaggio di dover eventualmente subire le conseguenze negative delle attività, magari pure poco conosciute, dei gruppi stessi. Le imprese, d'altra parte, in conseguenza della formula dell'*opt-out*, se anche potrebbero trovarsi dinanzi al rischio di dover sopportare l'onere di 'affrontare' tutti i soggetti lesi e interessati nel loro insieme, in ogni caso troverebbero l'indubbio vantaggio di chiudere comunque il contenzioso in una sola fase di giudizio. Esse, così, non dovrebbero più rischiare di rispondere in continuazione alle pretese individuali, tanto da poter finanche giungere a considerare la *class action* come uno strumento di protezione.

La soluzione del problema, ovvero la scelta tra le due formule, deve trovare una risposta sia in un'analisi dei costi e benefici della stessa, sia in relazione alla qualità dei soggetti (seri ed efficienti) ritenuti legiti-

¹⁶ È interessante, qui, G. GERARDO, *Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*, in www.judicium.it.

¹⁷ Cfr. V. VIGORITI, *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria in Europa. Le prospettive italiane*, in www.judicium.it

timati ad agire, sia guardando all'adeguatezza dell'informazione diffusa tra i membri della collettività, alla previsione del vaglio di ammissibilità dell'iniziativa collettiva. Nel nostro Paese la soluzione proposta è per un vincolo limitato a chi abbia partecipato al processo; l'ampiezza del riformato art. 140-*bis* si arricchisce di due garanzie in più: se è vero che la sentenza non fa stato nei confronti degli appartenenti alla classe rimasti estranei al processo (questi conservano la facoltà di agire a titolo individuale: 14° co.), gli aderenti sono comunque vincolati dalle transazioni stipulate fra le parti ma, limitando i poteri di gestione delle parti originarie, solo se essi vi hanno espressamente consentito (15° co.).

Se si guarda alla l. 244/2007, e all'originario art. 140-*bis*, l'art. 49 della l. 99/2009 fa un indubbio passo avanti¹⁸. Per ciò che concerne l'estensione degli aventi diritto, senza negare il ruolo delle associazioni, non è esclusa l'iniziativa dei singoli soggetti; in mancanza di una giuria, senza danni punitivi e con un serio e approfondito accertamento del nesso causale, una *class action* può senz'altro essere portata innanzi come strumento efficace per la tutela collettiva dei diritti¹⁹.

Per ciò che concerne l'estensione dei settori in cui l'azione si può applicare, non solo è ammesso il ricorso in materia di consumo, ma pure in tutti quei casi in cui, altrove ampiamente utilizzata e la cui assenza è avvertita come limite, vi siano danni arrecati dall'attività della P. A..

2. Azione di classe e vincoli costituzionali

L'introduzione nell'ordinamento di forme di azione collettiva risarcitorie ha necessariamente tenuto conto dei vincoli costituzionali; questi, infatti, com'è risaputo, sanciscono il diritto individuale di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.). E la questione di fondo ha riguardato in specie l'introduzione nel nostro Paese del sistema di *class action* sul modello statunitense, il

¹⁸ Non è inutile ricordare come, con l'originario art. 140-*bis*, si cercasse di contenere l'incentivo a promuovere azioni pretestuose prevedendo un preliminare, e si reintroducesse, per le azioni collettive risarcitorie, il divieto di fissare i compensi degli avvocati in proporzione ai risarcimenti ottenuti.

¹⁹ Cfr. M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 61 (2007), pp. 529 ss., (p. 534).

quale, poiché lega il singolo al risultato di un'azione collettiva, gli preclude l'azione individuale salvo l'attivo e manifesto *opt-out*: un onere di fare per garantire il mantenimento all'azione individuale sarebbe stato in contrasto con l'art. 24 Cost., da qui dunque il ricorso all'adesione (*opt-in*) di cui si è detto. Analogamente, nel caso dell'azione collettiva risarcitoria introdotta senza la fissazione di una regola sul coinvolgimento dei singoli, costoro avrebbero potuto avvalersi della sentenza in caso favorevole senza essere tuttavia vincolati in caso d'esito negativo. E tuttavia, in tale situazione il sistema sarebbe risultato estremamente squilibrato, poiché le imprese convenute avrebbero comunque dovuto subire le conseguenze negative d'una sentenza di rigetto dell'istanza collettiva.

In realtà, poiché la *class action* costituisce uno strumento ulteriore di tutela di situazioni a rilevanza sovraindividuale che altrimenti non sarebbero concretamente giustiziabili, supera buona parte dei problemi che ostacolerebbero la tutela individualistica dei singoli diritti; essa determina un ampliamento importante del raggio d'azione della tutela giurisdizionale, e un conseguente incremento della sua efficacia perché apre l'accesso alle corti a interessi che altrimenti ne rimarrebbero privi²⁰. Invero, conciliando il dettato costituzionale con esigenze di simmetria dei possibili esiti del procedimento, il legislatore nazionale (2007 e 2009) ha privilegiato il meccanismo dell'*opt-in*: presente già in altri ordinamenti, e in Italia basato sulla pubblicità disposta dal giudice volta a far conoscere a tutti i soggetti potenzialmente interessati sia l'avvio dell'azione collettiva, sia la possibilità per essi di aderirvi per iscritto entro un termine dato vincolandosi al relativo esito in ogni caso, accoglimento o rigetto che possa essere²¹.

Ebbene, in tale prospettiva la ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. appare senz'altro favorita²².

²⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Diritto processuale nei paesi anglosassoni*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, cur. R. Sacco, VI, Utet giuridica, Torino 1990, pp. 324 ss., massime p. 405.

²¹ Cfr. in generale D. TANZA, *I fondamenti costituzionali delle azioni collettive*, *Class action ed effettività della tutela giurisdizionale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

²² È interessante P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, n. 66 (2012), pp. 475 ss.; tra molti adde, con prospettive diverse, C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Giuffrè, Milano 2008; G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 66 (2011), pp. 50 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Jovene, Napoli

Una volta decisa la prima azione di classe, non è più possibile proporre altre per gli stessi fatti e nei confronti della medesima impresa, tanto che nel caso d'una pluralità di iniziative contemporanee è prevista la riunione delle controversie di fronte allo stesso tribunale o, altrimenti, il ricorso al criterio della prevenzione (14° co.)²³. E comunque, tenuto conto che tale previsione deve considerare i limiti riguardanti l'individuazione del foro competente, coloro che ritengono l'ineliminabile conseguenza dell'azione di classe l'eliminazione del contraddittorio, delle allegazioni e argomentazioni dei singoli membri della classe, colgono l'incompatibilità di tale modello col sistema costituzionale, e qualcuno ritiene finanche costituzionalmente eccessiva, in un sistema del genere, la larghezza dei poteri riconosciuta all'organo giudicante²⁴.

In verità, guardando alla tutela d'una serie di fattispecie che vedono coinvolti gruppi numerosi con situazioni giuridiche prive di protezione adeguata se non in forma collettiva, si può forse diversamente intendere il contraddittorio. E per fare ciò pare opportuno, partendo dal 2° co. art. 111 Cost. («... ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità davanti a un giudice terzo e imparziale»), ricordare come nella giurisprudenza costituzionale siano richiamati assieme il contraddittorio e il principio di parità delle parti, e come possa porsi la questione relativamente al processo civile circa la legittimità costituzionale dei procedimenti a contraddittorio differito o eventuale, come per esempio il caso dei procedimenti ingiuntivi o cautelari *inaudita altera parte*²⁵. Una questione alla quale è possibile dare una risposta positiva, considerando la differenza tra le diverse accezioni del contraddittorio di cui ai co. 2° e 4° dell'art. 111 Cost.: il contraddittorio al di fuori del processo penale non implica affatto la contestualità del confronto dialettico tra le parti, poiché questo può realiz-

2013; C. CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 76 (2021), pp. 825 ss.; I. PAGNI, *Gli obiettivi della riforma della giustizia civile tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in AA.VV., *Studi in onore di B. Sassani*, cur. R. Tiscini-F. P. Luiso, Pacini Editore, Pisa 2022, pp. 1867 ss.

²³ Cfr. VIGORITI, *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria*, cit.

²⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, n. 11 (2000), pp. 224 ss., qui p. 226.

²⁵ Cfr. A. ANDRONIO, *Commento all'art. 111 della Costituzione*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., II, pp. 2111 ss., (p. 2113).

zarsi anche in fasi diverse del giudizio, purché prima dell'emanazione del provvedimento finale.

E dunque, se nel processo civile la garanzia costituzionale del contraddittorio non richiede necessariamente che poteri e facoltà delle parti siano esercitati contestualmente e nelle stesse forme, si può anche effettuare un'interpretazione ulteriore del principio in parola: un'interpretazione capace di superare gli impedimenti maggiori dell'introduzione dell'azione collettiva nel nostro ordinamento. Si tratterebbe, cioè, di ipotizzare un contraddittorio di natura sostanziale, indirizzato, grazie a un riequilibrio tra l'impresa (la parte forte) e una federazione di soggetti singoli (tradizionalmente la parte debole), a recuperare la compatibilità costituzionale. Il contraddittorio, espresso dalla partecipazione al processo e diversamente modulato nei vari tipi di giudizio, nell'ipotesi dell'azione collettiva tenderebbe a guardare più alla sostanza che alla forma, appunto riequilibrando le posizioni deboli grazie alla difesa sostenuta da quei soggetti che il legislatore ha individuato come capaci di tanto, ovvero le associazioni e i comitati.

A dispetto di come la processual-civilistica ha valutato le *class actions* (una semplice somma di diritti e pretese di singoli; l'insieme delle questioni di fatto e di diritto comuni alle pretese dei singoli; ecc.²⁶), con la visione ipotizzata si può semplificare il quadro interpretativo e ammettere la legittimità del tipo di azione in questione, proprio se si considera ciò che la Costituzione esplicitamente prevede, ovvero coniugare il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co. con l'art. 111, 2° co. Cost.. In sostanza, offrire una visione del contraddittorio diretta a superare pure in termini processuali il punto di vista liberale del processo 'paritario', proponendo una visione del confronto fra le parti capace di rimuovere gli impedimenti posti al perseguimento e riequilibrio delle diverse posizioni.

Tutto questo, in una prospettiva tuttavia attenta alle esigenze provenienti dall'UE, diventa più agevole nel considerare quanto stabilito dall'art. 49 della l. 99/2009, che fa comunque salvo il diritto individuale di agire in giudizio²⁷.

²⁶ Per es. cfr. C. CONSOLO-M. BONA-P. BOZZELLI, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Assago 2008.

²⁷ *Adde* art. 1, 446° co. della l. 245/2007.

3. Responsabilità della P. A. e class action

Altrimenti da quanto fin considerato si può dire se si guarda al d.lgs.198/2009, attuativo dell'art. 4 della l. 15/2009, in tema di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, e introduttivo della *class action* nei rapporti coinvolgenti la P. A..

Il provvedimento prevede che i titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, in uno con le associazioni o i comitati a tutela degli interessi giuridicamente rilevanti e omogenei degli associati, possano agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche secondo precise modalità. È stabilito che tali soggetti possano intimare entro novanta giorni gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati; decorso il termine, se l'intimato non abbia provveduto o nel caso l'abbia fatto in maniera parziale, essi possono proporre ricorso al giudice amministrativo; e ciò entro un anno dallo spirare del termine, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, salvo le Autorità amministrative indipendenti, gli organi costituzionali e quelli giurisdizionali, la Presidenza del Consiglio dei ministri e i concessionari dei servizi pubblici. In ogni caso, in luogo della diffida, è possibile promuovere la tutela in sede non contenziosa secondo le procedure conciliative di cui alle carte dei servizi ex art. 30 della l. 69/2009²⁸.

Presupposti dell'azione sono la violazione di obblighi previsti nelle carte dei servizi o violazione dei termini, la mancata emanazione entro e non oltre un termine legale o regolamentare di atti amministrativi generali obbligatori ma non a contenuto normativo, la violazione di *standard* qualitativi ed economici imposti da autorità di regolazione e controllo del settore con conseguenti lesioni dirette, concrete e attuali degli interessi in questione. Naturalmente, nel giudizio sulla sussistenza delle lesioni degli interessi giuridicamente rilevanti e omogenei, tenendo conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane disponibili alle parti intime, il giudice accoglie la domanda una volta accertata la violazione, l'omissione o l'inadempimento. Egli ordina di porvi rimedio entro un termine ragionevole alla P. A. o al concessionario, com'è ovvio nei limiti delle predette risorse ordinarie, dunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Il ricorso giurisdizionale non

²⁸ Per indicazioni più minute e riassuntive si cfr. MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa*, cit., p. 149 nt. 134.

consente di ottenere risarcimenti per danni derivanti da atti e comportamenti lesivi, per i quali restano fermi i rimedi ordinari, e nel caso di inattività della P. A. si applicano le disposizioni in tema di giudizio di ottemperanza.

Le nuove norme paiono ispirarsi alla cosiddetta cultura della responsabilità, nella quale l'amministrazione passa dal modello della funzione a quello del servizio, come del resto sembrerebbe confermato dal parere n. 1943/2009 del Consiglio di Stato, laddove si sostiene l'attitudine del provvedimento in questione a inserirsi in un disegno di riforma fondato sulla concezione dell'amministrazione di risultato, in cui domina il principio del buon andamento²⁹.

Imparzialità e principio del buon andamento sono stati solitamente ricondotti al principio di legalità, con la conseguenza di una visione del tutto formale secondo la quale la disciplina amministrativa si deve ispirare a un criterio di conseguenza e di non arbitrarietà. Questo ha ostacolato una interpretazione del principio di buon andamento coerente col dettato costituzionale, comportando la difficoltà di tradurre in termini giuridici idee di natura economica come per esempio l'efficienza. In tale situazione, negli ultimi decenni il legislatore ha cercato di trovare una risposta sia con la privatizzazione del pubblico impiego, sia con la riforma della dirigenza, oltre che con le leggi-Bassanini (e i relativi decreti di attuazione), la riforma del Titolo V della Costituzione, le leggi di semplificazione normativa 2003 e 2005, la riforma della l. 241/1990 (ll. 15 e 80/2005): il tutto nell'ottica dell'introduzione nel sistema amministrativo della concezione sostanziale del buon andamento, tuttavia non sempre perfettamente in linea con il principio di legalità.

In tale contesto si inserisce anche la l. 15/2009, *Delega al governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, e per così dire l'agire bene oggi si può intendere come manifestazione dell'agire legittimamente, laddove un tempo l'agire legittimamente voleva dire, viceversa, agire bene. A parere del Consiglio di Stato, l'attività della pubblica amministrazione si configura perciò come un servizio reso alla comunità nazionale (art. 98 Cost.), tanto che la responsabilizzazione del pubblico dipendente va intesa come parte di un progetto volto

²⁹ Cfr. *Parere* del Consiglio di Stato, Adunanza 9 giugno 2009, n. 1943/09, sullo *Schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 4, della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*.

all'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione collettiva: un'azione nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi che si allontanano dagli *standard* qualitativi ed economici del servizio. Un'azione, dunque, che diventa mezzo specifico di tutela per il cittadino e strumento di pressione sugli apparati pubblici per garantire l'efficienza del procedimento di produzione di servizi³⁰.

In ogni caso, relativamente a tale azione, va osservato come sia assente la qualificazione di essa come collettiva, e come vi sia un'obiettivo difficoltà a ricondurre la relativa disciplina al modello ordinamentale di cui alla l. 244/2007 e alla l. 99/2009. Le ragioni di ciò dipendono dalla diversa logica sottesa ai provvedimenti in parola e dai diversi spazi d'applicazione (per esempio lesioni dei diritti di consumatori e utenti in ambito contrattuale, oppure rapporto fra cittadini e pubbliche amministrazioni). Invero, l'azione contro le imprese private protegge il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato, almeno nella fase del contratto; nel caso dell'azione verso la pubblica amministrazione, viceversa, si interviene sullo stesso processo di produzione del servizio.

In realtà, le azioni verso la P. A. e verso i privati, nonostante abbiano in comune l'obiettivo di indurre il soggetto erogatore dell'utilità a comportamenti produttivi più virtuosi, divergono nell'applicazione, nel senso che nei rapporti con la P. A. l'azione interviene direttamente in virtù del bene pubblico che l'organizzazione amministrativa è chiamata a realizzare, mentre nei rapporti tra privati essa opera solo indirettamente.

4. *P. A., azione collettiva, conciliazione (e difensore civico)*

Va detto senz'altro come esista una tendenza a introdurre anche nella P. A. elementi appartenenti a una visione prettamente aziendalistica, e tuttavia non è possibile ignorare la fondamentale differenza esistente tra impresa privata e pubblica amministrazione. Questa risiede nel principio di legalità che, soltanto, guida l'attività della P. A., anche a prescindere dal fatto che il buon andamento caratterizzante l'azione pubblica si debba poi inserire nella cornice dei pubblici poteri disegnata dall'ordinamento giuridico.

³⁰ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *www.federalismi*.

Più in generale, a fronte dell'idea di disegnare un'amministrazione di risultato nell'ambito di una concezione sostanziale del principio costituzionale del buon andamento della P. A., quanto contenuto nel testo del nostro provvedimento sembra tuttavia ben lontano da una effettiva tutela dalle inefficienze della P. A.³¹: non a caso è assente, per esempio, uno degli elementi caratteristici e più significativi che contribuisce a conferire efficacia al ricorso all'azione collettiva, ovvero il risarcimento dei danni. A ciò va aggiunta una ulteriore caratteristica del d.lgs. 198/2009, che è quella che estende il sindacato del giudice amministrativo sull'operato della P. A., e che gli conferisce la facoltà di valutare le scelte di allocazione delle risorse disponibili: il giudice, grazie alla sovrapposizione di poteri amministrativi e giurisdizionali, è chiamato a sindacare l'opportunità delle scelte amministrative³².

Nella sostanza, è introdotta una forma d'azione assolutamente nuova, una sorta di azione pubblica, poiché rivolta a consentire un controllo dell'applicazione corretta dei principi di economicità ed efficienza della P. A. nell'interesse della generalità dei consociati (visto che il singolo che agisce non ottiene ristoro della lesione subita); questi trarranno beneficio dalla sentenza che ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio alla violazione, omissione o inadempimento³³. Tuttavia, il carattere apparentemente innovativo del d.lgs. rischia di produrre scarsi effetti concreti. Invero, l'ordine del giudice di porre rimedio alla violazione, omissione o inadempimento previsto dall'art. 5 del decreto rimane eseguibile attraverso le forme del giudizio di inottemperanza. E questo, come si sa, in forza del principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, 1° co Cost. non sarà attivabile sia nei confronti di concessionari di pubblici servizi, sia nei confronti della pubblica amministrazione: un giudizio, dunque, poco efficace visto che comunque la P. A. dovrà provvedere all'esecuzione nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già ordinariamente assegnate, e senza oneri ulteriori per la finanza pubblica.

Le perplessità su tale azione riguardano peraltro anche la restrizio-

³¹ Cfr. A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della P. A. tra favole e realtà*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 12 (2009), pp. 953 ss.

³² Cfr. M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al diritto*, n. 43 (2009), pp. 19 ss.

³³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Class action: con il rimedio "superindividuale" i magistrati entrano nelle scelte organizzative*, in *Guida al diritto*, n. 43 (2009), pp. 16 ss.

ne del campo delle amministrazioni coinvolte, soprattutto con riferimento alla Presidenza del Consiglio dei ministri che solitamente adotta atti amministrativi generali. Ma tali perplessità riguardano pure la nozione di atto amministrativo generale non avente carattere normativo, e in quanto tale idoneo in caso di mancata o ritardata adozione a essere contestato in giudizio; inoltre, esse riguardano il carattere residuale dell'azione, tenuto conto che la sua proponibilità è condizionata dall'avvio di una preliminare azione di classe *ex art.* 140 del cod. cons. o dal procedimento amministrativo avviato da un'Autorità di regolazione al fine di accertare le stesse condotte ritenute censurabili³⁴. Altre perplessità riguardano lo stravolgimento della struttura del processo, vista la previsione dell'intervento in giudizio degli enti intimati, di altri interessati, del dirigente responsabile di ciascun ufficio chiamato in causa.

E a questo proposito non si può non rilevare una contraddizione presente nella disposizione *de quo*: immaginando la presenza in giudizio, in contraddittorio col ricorrente, di più dirigenti grosso modo concordi nel voler 'salvare' la P. A. nonostante il proprio operato e sulla base di usuali giustificazioni, spesso pretestuose, relative alla carenza di risorse finanziarie o di personale o ad altrui inadempienze. Un fatto del genere, tra l'altro, sembrerebbe favorito, in caso di accoglimento del ricorso, dal fatto che il giudice, se è vero che può ordinare all'amministrazione di porre rimedio, lo può fare solo nei limiti delle risorse strumentali, finanziari e umane ordinariamente assegnate e, come sempre, senza ulteriori oneri per la finanza pubblica³⁵.

Inoltre, per ciò che riguarda una eventuale fase di conciliazione, pur essendo necessari successivi interventi per definirne le modalità, va effettuato un accostamento tra l'ipotesi in parola e quanto stabilito dall'art. 140-*bis* del cod. cons. Tale articolo, così come riformato, pur avendo escluso ogni forma di conciliazione nell'esercizio dell'azione di classe, oggi ammette il ricorso a essa in forza dell'art. 15 del d.lgs. 20/2010, laddove si stabilisce che «quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito». Questo vuol dire che si esclude la possibi-

³⁴ Cfr. CLARICH, *Uno strumento dai contorni poco chiari*, cit., pp. 19 s.

³⁵ *Ibidem*, p. 20.

lità di una mediazione nell'azione di classe, fino a quando essa non abbia assunto i tratti che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, e dunque fino alla scadenza del termine per le adesioni. L'idea di promuovere, con evidenti indubbi vantaggi³⁶, una risoluzione non giurisdizionale della controversia sembra ispirare anche il d.lgs. di cui qui si parla, anche se in ogni caso non si può trascurare il diverso contesto, pubblico contro privato, in cui esso spiega effetti.

In realtà, sarebbe quasi ovvio esprimere un giudizio positivo circa la previsione di un tentativo di conciliazione stragiudiziale prima dell'avvio dell'azione collettiva risarcitoria; non a caso, è uno specifico della conciliazione quello di giungere a soluzioni rapide del contenzioso pure nei casi di illeciti pluri-offensivi, tipici dell'azione collettiva di risarcimento, e comunque con costi minori e in tempi più rapidi. Tuttavia, non si può trascurare la posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha formulato un'ipotesi diversa di lavoro più attenta all'attuale quadro normativo e alla convinzione che fosse giusto dare spazio a soluzioni e competenze già esistenti. Pur favorevole all'introduzione anche nel nostro Paese dell'azione collettiva, l'Antitrust ha sottolineato posizione e ruolo affidatigli dall'ordinamento, e partendo da tale fatto ha auspicato, proprio con riferimento all'art. 140-*bis* del cod. del cons., l'introduzione di disposizioni di raccordo tra la disciplina della *class action* e le proprie competenze. L'ipotesi è stata quella di un sistema in cui l'azione collettiva risarcitoria possa essere esperita a seguito del procedimento amministrativo di competenza dell'Autorità: un procedimento volto a tutelare in via diretta e immediata l'interesse dei consumatori e scongiurare il verificarsi stesso del danno, o in ogni caso a circoscriverne la portata³⁷.

Accolta questa posizione dal d.lgs.198/2009, sempre nell'ambito degli strumenti stragiudiziali, con riferimento all'introduzione dell'azione collettiva nei rapporti con la P. A. va comunque considerata la possibilità del ricorso anticipato alla figura del difensore civico, riconoscendone l'eventualità del compito di attivarsi anche in giudizio. In-

³⁶ Cfr., per es., le riflessioni in A. GRAZIOSI, *Mediazione, conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 73 (2019), pp. 37 ss.

³⁷ Cfr. AGCM, segnalazione/parere A.S. 430, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008), in www.agcm.it/agcm_ita/DSAP/SEGNALA:NSF/9ed3b69a17.

vero, nella difesa civica si è fino a oggi rilevata la presenza d'una sorta di duplicità di anime: una soggettiva, quale avvocato del popolo a tutela di interessi e diritti; una oggettiva, a mo' di ufficio reclami dell'amministrazione a tutela dell'imparzialità del buon andamento della P. A. E questo, in uno con la trasformazione impressa dalla normazione della fine dei recenti anni Novanta, da istituto di partecipazione ad autorità amministrativa semi-indipendente (o a indipendenza debole). In ogni caso, al fine di un utile e coerente ricorso al difensore civico, pare opportuno che vi sia un rafforzamento della sua autonomia e un suo maggiore radicamento sul territorio in funzione coerente anche col principio, poiché presente a livello regionale, provinciale e comunale, di sussidiarietà e collaborazione.

In una visione del genere, l'eventuale istituzione a livello-Paese della figura consentirebbe di congiungere il livello nazionale con quello comunitario, che già prevede la figura del Mediatore europeo³⁸. Una volta fissati tali organi, resa tempestiva la loro nomina o elezione e più incisivi i relativi poteri, andrebbero forse specializzate le rispettive funzioni in un senso per certi versi già presente, per esempio, presso alcuni statuti che lo collocano tra gli organi di garanzia a difesa civica dell'infanzia, dell'adolescenza, dei minori, degli immigrati e, per quello che qui più importa, dei consumatori e utenti³⁹.

5. Risarcimento, misure comunitarie, diritti futuri

In ambito europeo, ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato CE vi è stata un'attenzione per la tutela del diritto delle vittime al risarcimento del danno, nonché a favore di una maggiore parità e certezza del diritto; quest'attenzione ha spinto ad affrontare l'argomento delle azioni di risarcimento per le violazioni delle norme comunitarie *antitrust*⁴⁰. Pre-

³⁸ Cfr. per tutti M. P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 10 (2000), pp. 303 ss.

³⁹ Cfr. M. OLIVETTI, *Nuovi organi regionali "non necessari"*, in AA.VV., *Gli statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, cur. R. Bifulco, Giappichelli, Torino 2006, pp. 353 ss., (p. 360).

⁴⁰ Cfr. I. PAGNI, *L'azione di classe e l'azione inibitoria in materia di violazioni del diritto antitrust e di tutela dei dati personali. Introduzione*, in AA.VV., *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, cur. V. Barsotti et alii, Giappichelli, Torino 2020, pp. 103 ss.; già prima EAD., *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi*

supposto di ciò, in linea con i contenuti del Libro bianco del 2008 adottato dalla Commissione europea, è stata la constatazione che le vittime delle violazioni delle norme sulla concorrenza non ricevono il risarcimento che effettivamente spetta loro, e questo per diverse ragioni: sia per i poteri assai limitati delle autorità garanti della concorrenza, sia per l'inadeguatezza delle norme e procedure nazionali che disciplinano la responsabilità civile a garantire il risarcimento delle vittime di violazioni del diritto della concorrenza⁴¹.

In più occasioni, la Corte di Giustizia europea ha affermato che le vittime di cartelli e di altre violazioni *antitrust*, consumatori e imprese, hanno diritto a ottenere una compensazione per il danno ricevuto⁴². Seguendo questo orientamento, la Commissione ha rilanciato il dibattito sulle modalità per consentire un accesso effettivo alla giustizia da parte delle vittime delle violazioni delle norme sulla concorrenza. E ciò perché appare evidente come né l'azione comunitaria, né quella dei vari Stati membri sono sufficienti a risolvere i problemi individuali, necessitando sforzi congiunti a entrambi i livelli. Dunque, in specie per quanto concerne la legittimazione ad agire, la Commissione ha accolto la posizione della Corte di Giustizia, per la quale chiunque abbia subito un danno causato da una violazione di norme *antitrust* deve poter chiedere il risarcimento dinanzi ai tribunali nazionali.

La Commissione, onde affrontare le inefficienze dell'*antitrust*, in un'ampia azione per rafforzare i meccanismi di azione collettiva nell'UE, ha suggerito di combinare due meccanismi di azione collettiva complementari. Ovvero, le azioni rappresentative di soggetti qualificati come le associazioni dei consumatori, gli organismi statali, le associazioni commerciali poste a nome di vittime identificate o identificabili, e le azioni collettive con modalità *opt-in* in cui le vittime optano espressamente per aggregare in una sola azione le richieste individuali di risarcimento del danno subito. La Commissione, col *Libro verde* del 2008, è partita dalla constatazione che quando i consumatori vittime di una pratica abusiva desiderano far valere i propri diritti (specialmente

Giuridica dell'Economia, n. 1 (2008), pp. 127 ss. (anche in AA. VV., *Studi in onore di M. Acone*, III, Jovene, Napoli 2010, pp. 1813 ss.), e comunque cfr. l'intero fascicolo 1/2008 di quest'ultima rivista.

⁴¹ Cfr. *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, del 02.04.2008 (COM 2008 165 def.).

⁴² Cfr. per es. Causa C-453/99, *Courage e Crehan*, e cause riunite C295-298/04, *Manfredi*.

in relazione ai servizi finanziari, alle telecomunicazioni, ai trasporti) si trovano, purtroppo, ad affrontare ostacoli sia in termini di accesso, sia di efficacia e contenimento dei costi, i quali impediscono concretamente di ottenere un effettivo risarcimento⁴³.

Tenuto conto della modestia dei risultati ottenuti anche in ambito comunitario⁴⁴, la Commissione ha rivolto l'attenzione alle azioni di ricorso collettivo da parte dei consumatori, nella considerazione di esse come strumento utile, in via complementare e sia a livello nazionale sia transfrontaliero, a ottenere un risarcimento nel caso dei ricorsi di massa⁴⁵. In particolare, il *Libro verde* considera il diritto al risarcimento del danno subito da consumatori in situazioni genericamente definite di carattere transfrontaliero, *cross border cases*; ma poiché sempre la Commissione di solito non si occupa del diritto interno degli Stati dell'Unione, l'intervento in questione sembra tuttalpiù assumere una valenza solo formale visto che l'Unione, nel promuovere la tutela transfrontaliera, sollecita anche quella degli Stati singoli⁴⁶. E tra le varie ipotesi prospettate dalla Commissione quella che sembra essere la soluzione maggiormente rispondente agli obiettivi europei è la quarta: la soluzione definita "procedura giudiziaria di ricorso collettivo", relativa appunto alla tutela collettiva in sede giurisdizionale e rivolta agli Stati affinché apprestino strumenti di tutela in forma collettiva dei diritti individuali⁴⁷.

Tale soluzione, propone una misura comunitaria per garantire che in tutti gli Stati membri esista un meccanismo di ricorso giudiziario collettivo ed efficiente. Tutti i consumatori UE, in questo modo, potrebbero ottenere un risarcimento adeguato nei ricorsi di massa grazie ad azioni rappresentative, azioni di gruppo o *test case*. E, tra le questioni sulle quali il *Libro verde* invita a prendere una decisione, vi sono il finanziamento della procedura, le modalità per impedire le richieste non fondate, le posizioni nei tribunali, le procedure *opt-in* e *opt-out* e la distribuzione del risarcimento⁴⁸.

⁴³ Cfr. *Libro verde* dal titolo *Sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori*, del 27.11.2008 (COM2008 794 def.).

⁴⁴ Cfr. VIGORITI, *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria*, cit.

⁴⁵ Osservazioni riassuntive dense e interessanti sono in MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa*, cit., p. 162 nt. 164.

⁴⁶ Considerazioni di altrettale importanza in, ivi, pp. 162 s. ntt. 165-167.

⁴⁷ Cfr. VIGORITI, *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria*, cit.

⁴⁸ Cfr. ancora, con notazioni ampie e di rilievo, MAZZINA, *Nuove prospettive del diritto di difesa*, cit., pp. 164 ss. nt. 169.

In ogni caso, suscita perplessità una decisione resa nota da una dei membri della commissione UE Giustizia e libertà civile che stabilisce il rinvio dell'adozione della direttiva sull'azione collettiva a causa sia della crisi economica, sia del rischioso calo degli investimenti che l'introduzione di una *class action* europea potrebbe provocare. È evidente come si sia riservata maggiore attenzione alle esigenze delle grandi imprese piuttosto che ai diritti dei consumatori; la preoccupazione delle Autorità europee pare in contraddizione non solo con tutta la politica europea, che nella concorrenza e nella competizione vede una risorsa anche in tempo di crisi, ma pure con le ragioni che dovrebbero giustificare la battuta d'arresto subita dall'azione collettiva, ovvero il calo degli investimenti.

Proprio quest'ultimo aspetto, in realtà, chiama in causa il problema della responsabilità nei riguardi delle future generazioni, sulla base del presupposto che un sistema della giustizia efficiente rappresenta una garanzia per il sistema economico non solo ai fini del presente, ma anche per il futuro. Invero, com'è evidente, l'inefficienza del sistema giudiziario compromette la competitività del Paese ed evidentemente rappresenta un forte dissuasore per gli investimenti stranieri, aggravando ulteriormente i periodi di crisi vista l'impossibilità di riscuotere in tempi ragionevoli i propri crediti.

È noto come esistano Costituzioni che parlano esplicitamente di una responsabilità verso le generazioni future e della necessità di conservare e utilizzare le risorse naturali in modo sostenibile. La Costituzione del nostro Paese manifesta pur essa una naturale proiezione al futuro attraverso norme programmatiche, e grazie all'attenzione per la dimensione dinamica del rapporto tra società e fattori sociali ed economici di sviluppo. L'art. 3 Cost., per es., fa emergere una sorta di proiezione verso il futuro nella parte in cui stabilisce che la Repubblica è chiamata a rimuovere quegli ostacoli che di fatto impediscono agli individui di godere dei diritti fondamentali (art. 3, 2° co. Cost.), necessari per lo sviluppo della persona (art. 2): un connubio, appunto, tra principio personalista e dovere di solidarietà che definisce un progetto di società dinamico, proiettato verso il futuro e il progresso.

6. *Notazioni conclusive*

In definitiva, dopo le riflessioni qui effettuate su aspetti vari ma complementari del diritto di difesa dei soggetti, va detto come i dispositivi di giustiziabilità debbano ovviamente essere considerati secondo le regole tipiche e la diversa intensità degli ordinamenti nazionali. E l'attenzione, privilegiando i meccanismi giurisdizionali di tutela, è opportuno vada posta in specie su tutta quella produzione di natura costituzionale, ma anche amministrativa, in cui vi sia il richiamo esplicito alle generazioni future. In tale orizzonte l'azione collettiva, pur considerata guardando a una dimensione spaziale, ossia comparando attuali sistemi diversi, e alla sua applicazione temporale, ovvero tra passato e presente, va certamente valutata con interesse rivolto pure al futuro, e cioè nella sua dimensione posta a tutela dei diritti delle generazioni future⁴⁹.

Ciò che deve essere oggetto di riflessione ulteriore è l'opportunità di riconoscere diritti alle generazioni venturose⁵⁰: nello specifico, poi, ammettere una tutela anche nella forma delle azioni collettive. E, considerato quanto si è detto in precedenza, un aspetto problematico che attraversa tutta la questione riguarda la necessità, una volta che si sia ammessa l'azione collettiva per i diritti futuri, di stabilire risarcimenti equi. La necessità di individuare il numero delle vittime non solo presenti ma anche future coinvolge l'esigenza degli autori degli illeciti di conoscere, appunto, il numero esatto di esse, sia quelle presenti (come avviene in quei sistemi in cui vige l'*opt-out*) sia quelle future; ma si tratta anche della necessità dei danneggiati futuri di evitare che il loro danno possa essere considerato diversamente rispetto a quanto avviene per il danno lamentato dalle vittime presenti.

Allora, se è vero che le azioni di classe dovrebbero restare competenza del sistema giudiziario, è altrettanto vero che questioni di più vasta portata come alcune di quelle via via accennate debbano essere oggetto di dibattito democratico parlamentare; insomma, la realizzabilità di una tutela giuridica effettiva dei diritti delle generazioni future richiede decisioni non occasionali ma meditate e sostenute

⁴⁹ Vd. spec. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano 2008.

⁵⁰ Vd. il volume AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, curr. R. Bifulco-A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2008.

dall'interazione dei diversi attori coinvolti⁵¹. Occorrono non solo nuove codificazioni, ma un diverso ruolo della giurisprudenza e in specie quello delle Corti costituzionali: facendo affidamento in una rinnovata opera di integrazione (si pensi all'integrazione europea) di queste ultime, potrebbe forse prendere avvio la soluzione del problema relativo alla sanzionabilità della responsabilità intergenerazionale⁵².

I temi sin qui sfiorati, nati dalla constatazione dell'esistenza di una serie di fenomeni capaci oggi di orientare anche il mondo del diritto verso direzioni ancora fino a qualche decennio fa non immaginabili, hanno spinto a riflettere sulle nuove dimensioni del diritto di difesa. In particolare, osservando come l'art 2 Cost. richieda anche l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (2° co.), si può forse sostenere che questi ultimi non siano solo quelli che concorrono ad assicurare la solidarietà politica garantendo il funzionamento dello Stato, e quelli di natura etico-sociale o di carattere economico, ma siano pure, e probabilmente lo saranno sempre più, quelli della solidarietà intergenerazionale. Questi, declinati nella forma 'moderna' della responsabilità, richiedono un impegno diretto dei governi, dei *leaders* politici nell'ambito delle loro funzioni pubbliche, ma anche dei cittadini nello spazio delle loro funzioni private⁵³.

Sul piano strettamente giuridico, in prospettiva utile è fondamentale una visione e una pratica di tutela multistrategica, ovvero la realizzabilità di un'effettiva tutela giuridica dei diritti delle generazioni future. Questa richiede un procedere non casuale ma ponderato, supportato dall'interconnessione dell'attività responsabile di ognuno⁵⁴, nel tentativo di aprire un varco che porti verso una prospettiva che, svincolandosi dai lacci del presente, estenda la visione della politica del diritto molto innanzi.

⁵¹ Vd. G. LUCHENA, *Ambiente, diritti delle generazioni future ed etica della responsabilità*, in AA.VV., *La tutela multilivello dell'ambiente*, cur. F. Gabriele-A. M. Nico, Cacucci, Bari 2005, p. 204.

⁵² Fra tanti cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2000.

⁵³ È interessante la lettura di M. ROBINSON, *Doveri senza frontiere*, in *la Repubblica*, 7 dic. 2003, p. 14.

⁵⁴ Cfr. R. BIFULCO, *La responsabilità verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico*, in AA. VV., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, cur. A. D'Aloia, Giuffrè, Milano 2003, pp. 174 s.

