amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2021
ESTRATTO

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, José Manuel Ruano de la Fuente, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Mariaconcetta D'Arienzo, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La class action pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità.

di Aristide Police

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

e Esper Tedeschi*

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa: dal "buon andamento" alla "buona amministrazione pubblica"; 2. La class action pubblica: l'istituto; 3. Presupposti, legittimazione e oggetto del giudizio; 4. La sentenza di accoglimento e la clausola di invarianza finanziaria; 5. La giurisdizione del giudice amministrativo e l'individuazione del foro competente; 6. Il giudizio di ottemperanza; 7. L'alternatività tra azione ex d.lgs. 198/2009 e gli strumenti di tutela di cui agli artt. 139, 140 e 140-bis del codice del consumo (oggi artt. 840-bis – 840-sexiesdecies c.p.c.); 8. Conclusioni.

Abstract

At the end of the first decade of the 2000s, the national legislator launched an ambitious plan to reform the discipline of the employment relationship of employees of public administrations (on which the legislative decree 30 March had already intervened significantly 2001, n.165), in the sign of the implementation of efficient internal and external systems for evaluating personnel and administrative structures, also involving important repercussions in terms of responsibilities and the justiciability of individual interests homogeneous with the efficiency of the administrative action undertaken.

The starting point was the l. 4 March 2009, n. 15 (so-called Brunetta reform), with which a broad delegation was conferred on the Government, implemented, then, mainly, on the one hand, with Legislative Decree no. 27 October 2009, no. 150 - which outlines, on the whole, regulatory interventions aimed (in the intentions of the delegated legislator) at transforming the role and structure of public administrations, in order to give them a more dynamic and productive character - and, on the other, with the Legislative Decree 20 December 2009, n. 198, aimed at giving "Implementation of article 4 of law no. 15, in the matter of appeal for the efficiency of administrations and public service concessionaires"

ISSN 2036-7821

1. Premessa: dal "buon andamento" alla "buona amministrazione pubblica".

Sul finire della prima decade degli anni 2000, il legislatore nazionale ha dato avvio a un disegno ambizioso di riforma della disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (su cui era, in maniera significativa, già intervenuto il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), nel segno della attuazione di efficienti sistemi interni ed esterni di valutazione del personale e delle strutture amministrative, implicanti anche ricadute importanti sul piano delle responsabilità e della giustiziabilità degli interessi individuali omogenei alla efficienza dell'azione amministrativa intrapresa.

Punto di partenza è stata la l. 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. riforma Brunetta), con cui è stata conferita al Governo un'ampia delega, attuata, poi, principalmente, da un lato, con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150[1] – che tratteggia, nel complesso, interventi normativi volti (nelle intenzioni del legislatore delegato) a trasformare il ruolo e l'assetto delle amministrazioni pubbliche, al fine di conferire loro un carattere più dinamico e produttivo – e, dall'altro, con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, volto a dare "*Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*".

L'obiettivo del d.lgs. n. 198 del 2009, enunciato già nell'epigrafe, è, dunque, di dare attuazione alla delega di cui alla l. n. 15 del 2009, nella parte in cui dispone che venga introdotta una specifica azione in giudizio per la "*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*" (art. 4, co. 1, l. n. 15 del 2009), secondo i principi e i criteri direttivi di cui al successivo comma 2, lett. l), del citato art. 4.

L'art. 1, al co. 1 – in coordinata lettura con i commi 2 e 3 – ne chiarisce oggetto e finalità.

L'azione è caratterizzata dalla rilevanza accordata agli interessi (anche individuali) al "*corretto svolgimento della funzione pubblica o alla corretta erogazione del servizio pubblico*" (interesse, secondo taluni, "di fatto" e la cui emersione dal "diffuso" connoterebbe la "novità" nel sistema di tutela delle posizioni soggettive nei confronti della amministrazione pubblica)[2]; tuttavia, perché la tutela possa operare in concreto, si

---

* Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Si devono ad Esper Tedeschi i §§ 1, 2, 3 e 4, e ad Aristide Police i §§. 5, 6, 7 e 8;

[1] Il d.lgs. n. 150 del 2009 reca "*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*";

[2] F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici* (Relazione al convegno: *Le* class actions*: modelli a confronto*, Università Roma Tre, Facoltà di economia, Roma, 9 giugno 2010), in *Federalismi.it*, n. 3, 2010, p. 4, testualmente afferma "*il meccanismo legislativo dà luogo a un processo di emersione dal "diffuso" di interessi giuridicamente rilevanti: siamo cioè di fronte a un processo di "giuridificazione" di interessi di fatto; il meccanismo è tipico del diritto amministrativo, in cui spesso il riconoscimento di posizioni sostanziali scaturisce dal riconoscimento di una forma di tutela (secondo una tradizione risalente al diritto romano), con la conseguenza – comune agli*

ISSN 2036-7821

richiede che dalle violazioni od omissioni espressamente indicate nel co. 1 dell'art. 1 cit., "*derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*" (il che costituisce, invece, l'elemento di raccordo della nuova azione con il sistema di giurisdizione amministrativa vigente nell'ordinamento italiano)[3].

Lo schema di decreto legislativo è stato accolto con favore dalla apposita Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, chiamato a rendere il proprio parere dal Ministro per la pubblica funzione e innovazione che lo aveva predisposto[4]. Pur non lesinando osservazioni e suggerimenti correttivi di notevole spessore sull'impianto normativo, la Sezione – nel considerare la compatibilità dello schema (destinato a tradursi in fonte primaria) con i precetti costituzionali – ha espresso "*un plauso*", nei riguardi della "*scelta* [...] *di introdurre nell'ordinamento l'azione collettiva nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici del servizio* [...] *come mezzo di tutela in forma specifica del cittadino e, al tempo stesso, come strumento di pressione sugli apparati pubblici per garantire l'efficienza del procedimento di produzione del servizio*". La logica del nuovo istituto (sul piano della teoria generale) è stata rinvenuta nell'ambito del fenomeno comunemente indicato con l'espressione "*amministrazione di risultato*"[5], intesa quale espressione evolutiva del principio di "*buon andamento*", fissato dall'art. 97 della Costituzione[6].

---

ordinamenti di common law – *che la forma di tutela si atteggerà secondo una logica di tipo rimediale, cioè come mezzo per riparare la lesione piuttosto che come diritto di azione (astrattamente correlato e) strumentale alla posizione soggettiva*";

[3] La denominazione, di "*class action*" con l'aggiunta di "amministrativa" (o "pubblica") – per tenerla distinta dalla azione di classe, già prevista dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo, ora disciplinata dagli artt. 840-*bis* e ss. c.p.c., nell'ambito del nuovo "*Titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe*" – non si rinviene né nella legge delega né nel decreto delegato. Da qualcuno appellata come "giornalistica" (F. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*), essa è rimasta nel linguaggio corrente, mutuata dalla *class action* anglosassone, o, meglio ancora da quella statunitense, dalla quale, tuttavia, si discosta notevolmente per più di un aspetto. F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, è fortemente critico sull'uso dell'espressione "*class action*", per indicare l'istituto introdotto dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198; tutto sommato, osserva l'A., in apertura del suo contributo, è stato ben più preciso il legislatore delegato nell'adoperare "*la denominazione di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*". In ogni caso, si tratterebbe di una *class action* "*all'italiana*", considerati i notevoli scostamenti dalla *class action* statunitense: in questo senso M.A. LUPOI, *Fumata nera per la prima* class action *all'italiana*, in *Giur. Comm.*, fasc. 2, 2012, p. 332. Sull'origine anglosassone della *class action* cfr. di P. FAVA, *Studi e contributi sulle class action finalizzati all'introduzione del rimedio nell'ordinamento interno*, in *Contr. impr.*, n. 1, 2004, pp. 166 e ss.;

[4] Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943;

[5] Sulla nozione di "amministrazione di risultato" si rinvia all'analisi compiuta da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enciclopedia del diritto,* IV (agg.), Milano, 2002, il quale non rinviene alcun conflitto tra la valutazione di risultato e quella di legittimità e da A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali,* in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed Amministrazione di risultato,* Padova, 2008, p. 18, ove pone in relazione il raggiungimento del risultato con l'obbligo a provvedere della P.A. Sullo spostamento del criterio di giudizio da quello normativo-formale al risultato dell'Amministrazione cfr. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2018, pp. 551 e ss.;

[6] Resta, peraltro, tuttora incomprensibile come, malgrado tale apprezzamento, l'azione sia rimasta formalmente fuori dal c.p.a., varato, successivamente, con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (sebbene una prima stesura dello schema

ISSN 2036-7821

Intorno al principio di "buon andamento" esiste ormai un'ampia letteratura secondo cui, tanto nella sua enunciazione astratta, quanto nella sua concreta applicazione, non riguarda soltanto il profilo organizzativo, ma si estende anche alla stessa azione amministrativa, investendo l'intero assetto ed il funzionamento degli apparati, i quali ne sarebbero vincolati sia quando operano in veste di "autorità", sia quando adottano modelli privatistici sia, infine, quando pongono in essere operazioni materiali[7].

Non vi è più ragione di dubitare che, laddove la norma costituzionale indica il "buon andamento" come principio dell'azione amministrativa si riferisca proprio all'efficienza della pubblica amministrazione, ormai veicolata come norma positiva nelle due articolazioni di "efficacia" ed "economicità", nella legge generale sul procedimento amministrativo.

Sennonché, siffatta conclusione è il risultato di un percorso interpretativo del testo costituzionale che, inizialmente, fu fortemente condizionato dall'apparenza di una scarna (se non inesistente) tensione innovatrice dei Padri costituenti, nel disegnare attribuzioni e vincoli dell'Amministrazione pubblica nel nuovo assetto dello Stato repubblicano[8].

---

ne avesse previsto la confluenza nel Titolo IV, nell'ambito dei "*riti abbreviati relativi a speciali controversie*"). In argomento, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, F. G. SCOCA (studi diretti da), Torino, 2012, p. 61;

[7] Fra i molti, P. CALANDRA, *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1966; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; S. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979 e ID., *Buon andamento e responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985; F. BENVENUTI, *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Roma, 1980; nonché, nella manualistica, A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, F.G. Scoca (a cura di), Torino, 2017, p. 202 e ss.; A.M .SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 584; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano , 2008, p. 50; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, pp. 39 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 2005, p. 23;

[8] Del percorso evolutivo fa una dettagliata ricostruzione, con particolare riguardo al collegamento logico-giuridico fra buona amministrazione ed efficienza, D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, pp. 284 e ss. e ID., *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2018. L'equivoco fu alimentato dal ridotto dibattito sull'art. 97 Cost., quale emerge dagli atti dell'Assemblea costituente, e condusse a negarne, a lungo, la portata immediatamente precettiva. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano, ovvero l'arte di arrangiarsi*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, S. CASSESE e G. FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, p. 15, ascrive all'Assemblea costituente una colpevole disattenzione ai problemi dell'amministrazione pubblica, sostanzialmente "liquidati", nell'art. 97 Cost. A sua volta, U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, p. 131, e in *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1995, trattando dei lavori che portarono alla formulazione degli artt. 97 e 98 Cost., analizza anche il sottofondo "politico" a causa del quale "*a forti discontinuità costituzionali o innovazioni costituzionali, avvenute nella fase dal'43 al '47, non corrisponde un tasso proporzionale di trasformazione dell'amministrazione*" e, ancora, "*al passaggio alla democrazia non corrisponde il passaggio a una nuova forma di amministrazione*";

L'interpretazione della disposizione, ma anche la sua considerazione, in dottrina ha subito alterne vicende, almeno fino agli anni '70[9]; sul piano, poi, dell'adeguamento istituzionale, ha incontrato notevoli resistenze e soltanto dagli anni '90 l'ordinamento amministrativo italiano apparve investito da una spinta riformatrice, nel senso della promozione della "efficienza" intesa come "produttività di risultati" ma, tuttavia, non ancora in grado di delineare i paradigmi della nozione di "buona amministrazione", che la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea[10] includerà nell'art. 41, come pretesa, giuridicamente rilevante e tutelabile, di "*ogni persona* […] *di far gestire i propri affari in modo imparziale, equo e entro un termine ragionevole da parte di istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione*"[11].

A partire dalla l. n. 241 del 1990, (il cui art. 1, nella prima stesura, proclama, al comma 1, che "*l'attività amministrativa* [...] *è retta da criteri di economicità, di efficacia*", integrati, con riforma successiva, dalla "*imparzialità*" e dai "*principi dell'ordinamento comunitario*")[12], si andranno affermando normative volte a privilegiare aspetti sostanziali dell'attività amministrativa[13].

---

[9] A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; S. STAMMATI, *Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95, 3° comma e 97, 1° comma della Costituzione)*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, in particolare pp. e 795 ss;

[10] Divenuta giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, l'art. 41 cit. recita testualmente: "*1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua*";

[11] Dell'art. 41 della Carta europea dei diritti dell'uomo, la stessa Unione europea ha curato una spiegazione ufficiale, sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, successivamente aggiornate sotto la responsabilità del medesimo *praesidium*, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che l'anzidetta Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. Tale relazione si rinviene ora nel sito ufficiale dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (istituita con Reg. n. 168/2007 del 15 febbraio 2007) e costituisce uno strumento di ricerca di eccezionale importanza, in quanto vi si rinvengono segnalati gli estremi delle pronunce della Corte di giustizia che hanno "*consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto*" (tra le tante si segnala, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban, Racc. 1992, pag. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc.1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e altri, Racc. 1999, pag. II-2403; cfr. anche le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, Racc. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, Orkem, Racc. 1989, pag. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, TU München, Racc. 1991, pag. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, Lisrestal, Racc. 1994, pag. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc. 1995, pag. II-2589);

[12] Per avere consapevolezza della rilevanza della l. n. 241 del 1990 nel cammino dal "*buon andamento*" alla "*buona amministrazione pubblica*", ci si può affidare alla ricostruzione storica di L. ACQUARONE, *Il problema generale dell'azione amministrativa: dai primi tentativi alle leggi in vigore*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale*

ISSN 2036-7821

Ma, come l'organo consultivo non ha mancato di rilevare, la l. n. 241 del 1990 non ha rappresentato un vero e proprio punto di svolta, ai fini della "*implementazione del principio* (del buon andamento), *nella sua accezione giuridico formale, all'interno del sistema amministrativo*"[14].

Tuttavia, essa è già di per sé espressione di una mutata considerazione dell'Amministrazione pubblica e del suo relazionarsi con le posizioni soggettive, poiché non si limita a definirne il risultato in termini strettamente giuridici (gli effetti che si determinano nella sfera giuridica dei soggetti con i quali gli apparati vengono in contatto), ma – in una prospettiva del tutto nuova di tutela sostanziale dell'interesse legittimo in funzione attuativa dei principi di buon andamento e imparzialità[15] – coinvolge le stesse nei momenti significativi delle tappe fondamentali dell'agire e valorizza la rilevanza sostanziale dell'interesse individuale (e non solo)[16], preludendo, anche, a una tutela oltre i limiti della legalità formale.

Non è un caso che la l. n. 241 del 1990 sia la risultante (a distanza di anni, ma si tratta della "ordinaria" vicenda di un sistema assoggettato a continue crisi governative e talvolta, anche, a repentini scioglimenti delle Camere) della proposta "Nigro" – concepita, nell'ambito della Commissione voluta da Massimo Severo Giannini (quando fu Ministro della funzione pubblica) – a conclusione dei lavori della sotto-commissione dallo stesso Nigro presieduta.

---

dell'azione amministrativa, Napoli, 2006 (in particolare, pp. 3 e ss.). Ma non può sottacersi M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro. it.*, V, 1979, pp. 289 ss., poi anche in *Scritti*, vol. VII, Milano, 2005, pp. 327 ss. (con particolare riguardo al § 1.3., intitolato "*L'azienda Stato*"), ricordando che il "*Rapporto*" in questione è la pubblicazione dell'atto presentato al Parlamento dall'Autore – al tempo Ministro per la funzione pubblica. Ai nostri giorni, non si possono comprendere a pieno né le ragioni, né i sintomi sostanziali dell'introduzione dei principi e criteri della scienza economica all'interno della prima e più importante legge di procedura amministrativa dell'ordinamento italiano, senza ripercorrere a ritroso, la situazione dell'Amministrazione pubblica, la sua arretratezza e il dibattito culturale e politico da cui fu attraversata la Repubblica, nel decennio precedente l'emanazione della n. 241 del 1990. Ne fa una ricostruzione dettagliata D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali cit.*, pp. 327 e ss.; ne individua tratti innovativi salienti, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività cit.*, pp. 80 e ss.;

[13] Si pensi, ad esempio alla disposizione di cui all'art. 21-*octies*, co. 2, della L. n. 241 dl 1990, inserito dall'art. 14, co. 1, l. 11 febbraio 2005, n. 15; e alla nuova disciplina della revoca di cui all'art. 21-*quinquies*, anch'esso frutto delle modifiche apportate dalla l. n. 15 del 2005, e a sua volta assoggettato nel tempo a ulteriori modificazioni;

[14] V. il già citato parere del 9 giugno 2009, n. 1943;

[15] Si vedano, per tale profilo, la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2008, n. 351, e le considerazioni di M. MAGRI, *L'incostituzionalità dello spoils system e la reintegrazione del dirigente*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5, 2009, pp. 511 e ss.;

[16] V. art. 9, l. n. 241 del 1990. Già la disciplina della "partecipazione al procedimento", è idonea a delineare, da sola, una dimensione sostanziale degli interessi, individuali e non, rispetto all'operato dell'Amministrazione, non declinabile nella dimensione di "*protezione occasionale o condizionata all'adempimento dell'onere amministrativo*" (in questo si era vista la posizione dell'"amministrato", rispetto all'onere di efficienza dell'amministrazione, R. RESTA, *L'onere di buona amministrazione,* in *Annuali Macerata,* 1938, e poi in *Scritti in onere di Santi Romano,* vol. II, Padova, 1940);

ISSN 2036-7821

Fu proprio nel "Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato" (cui si è fatto cenno alla nota 11 che precede, e che, formalmente, è rimasto, poi, senza seguito), che si vede l'emersione della "efficienza" come criterio direttivo dell'attività amministrativa, che "deve" attingere dalle scienze economiche gli strumenti tecnici per il conseguimento e il controllo del "risultato", il quale non è un "effetto giuridico", bensì, la conseguenza di fatto dell'attività (il che implica, anche, il superamento dell'idea di un'amministrazione per "atti", rispetto ai quali non può parlarsi di "risultato" ma di "effetti giuridici", ovvero le modificazioni che l'atto produce nella sfera giuridica del destinatario).
È creatura del superamento del pregiudizio nei riguardi della scienza dell'amministrazione e delle tecniche metagiuridiche (maturatosi nelle menti di grandi interpreti che hanno avuto il coraggio di ripensare continuamente se stessi attraverso l'osservazione della realtà fenomenica) la svolta istituzionale che si avverte in successione cronologica rispetto alla l. n. 241 del 1990 e i cui sintomi sono riconosciuti (anche dalla Sezione consultiva del Consigli di Stato) nella privatizzazione del pubblico impiego e nella riforma della dirigenza; nonché, ancora, nelle leggi Bassanini e relativi decreti attuativi, nel decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 112 ("*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*") e, per finire, proprio nella l. 4 marzo 2009 n. 15, il cui art. 4 muove dall'idea che l'attività della pubblica amministrazione, sia essa destinata all'erogazione di atti come di servizi, assuma la configurazione di un "servizio" reso alla Nazione (art. 98 Cost.).
Agevolmente può anche essere rilevato che ciò non nega, in radice, la "natura giuridica" – e non solo economica – del concetto di "amministrazione di risultato", ove lo si rapporti adeguatamente alla "funzionalità" disegnata dalla norma costituzionale[17].
In questa prospettiva si potrebbe affermare che l'azione prevista e disciplinata dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 costituisca la punta di diamante di tale percorso, se non fosse che, proprio la disciplina dell'istituto e la sua pratica applicazione inducono a qualche perplessità, quanto meno in ordine alla sua proficuità ed efficacia.

2. La class action pubblica: l'istituto.
Nel co. 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009, il nuovo istituto è definito, nella sua finalità e nei suoi contenuti essenziali, sul presupposto, non espressamene enunciato

[17] D. VESE, *L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimazione dei diritti fondamentali* cit, pp. 361 e ss. propone, in questo senso, una lettura dell'art. 97, che vede nel precetto costituzionale la "*funzionalizzazione dei compiti dell'amministrazione alla sovranità delle persone in conformità della Costituzione*" e "*l'efficienza come misura della massimizzazione dei diritti fondamentali*";

ISSN 2036-7821

(ma insito nella delega) che l'amministrazione pubblica è di per sé e in ogni sua manifestazione "servizio" reso alla collettività, dai suoi apparati o dalle strutture alle quali è affidata l'erogazione agli utenti di un determinato servizio. Il disservizio è un danno erariale "che può essere anche modesto", ma è soprattutto "un pregiudizio per l'utente"[18]. Cosicché, il controllo esterno, provocato dall'azione per l'efficienza, può essere considerato anche nell'ambito di un circuito complessivo che attraverso la "responsabilità" o meglio accora, attraverso la "responsabilizzazione" si volge ad assicurare il perseguimento del "risultato", come nuovo obiettivo dell'amministrazione efficiente[19].

[18] Concetto, questo, insito nell'art. 2-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, rubricato "*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*", in forza del quale *"le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento"* nonché nell'art. 7, co. 2, della stessa l. n. 69 del 2009, che qualifica il rispetto del termine di conclusione del procedimento quale "*elemento di valutazione dei dirigenti*", di cui "*si tiene conto al fine della corresponsione della retribuzione di risultato*";

[19] Così M. NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza,* in *Il diritto amministrativo, variazioni*, G. DELLA CANANEA – D. DE PRETIS – M. DUGATO – A. POLICE – M. RENNA (collana diretta da), Torino, 2018, pp. 210 e ss., citando G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 41, il quale rinviene appunto, nell'azione per l'efficienza anche uno strumento di controllo dei processi organizzativi interni e sull'operato dei servizi pubblici, di modo che "*se pure il ricorrente nel promuovere l'azione persegue il solo fine dell'efficacia dell'attività amministrativa, indirettamente il conseguimento di tale obiettivo implica effetti in termini di maggiore efficienza della stessa attività amministrativa*";

Sul punto anche A. BARTOLINI, *La* class action *nei confronti della p.a tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, n. 11, 2009, p. 5 che osserva come "*obiettivo dovrebbe essere quello di arrivare al benchmarking comparativo, ovvero la possibilità di confrontare gli standard qualitativi delle pubbliche amministrazioni in modo da evidenziare quelle più inefficienti. E su queste ultime dovrebbe essere esercitata la voice del controllo diffuso, in modo da 'costringerle' all'allineamento*".

Da un punto di vista giurisprudenziale, in tale ambito – ossia il corretto svolgimento della funzione – è da ricondurre anche la predisposizione dell'idonea modulistica da parte della P.A..

Il riferimento è alla sentenza del T.A.R. Lombardia (Milano, Sez. III, n. 1287 del 7 giungo 2017 – non impugnata), nella quale si legge che "*l'attività di predisposizione della modulistica per l'azione degli uffici […] non costituisce esercizio della funzione specifica alla quale si applica, bensì della più generale modalità di standardizzazione e procedimentalizzazione della funzione amministrativa, che ben può rientrare nell'alveo della giurisdizione del giudice amministrativo. Essa inoltre si presta, più di altre, a determinare prassi collettive di scorretto esercizio della funzione contro le quali è diretta l'azione prevista dal D. Lgs. 198/2009*". L'indicazione giurisprudenziale dianzi citata è di grande momento interpretativo in quanto chiarisce la linea di demarcazione fra "giurisdizione esclusiva" del giudice ordinario in materia di impugnazione dei verbali di accertamento di violazioni del codice della strada (nel caso, notificati tardivamente in violazione dell'art. 201 cod. strad.) e la giurisdizione assegnata al giudice amministrativo, in tema di controllo giurisdizionale nella materia di cui al d. lgs. n. 198 del 2009. La sentenza non smentisce l'orientamento giurisprudenziale consolidato che riconduce nella giurisdizione esclusiva del giudice ordinario non soltanto "g*li atti esercizio della funzione*", ma anche il mancato esercizio della funzione, ed anzi ne dà specificamente atto, citando al riguardo, Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1116 che, nel differente ambito del pubblico impiego ormai assegnato alla giurisdizione del giudice del lavoro, ne riconosce la giurisdizione esclusiva anche per ciò che concerne il "silenzio inadempimento". Sennonché, osserva il giudice lombardo, il limite della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, nelle materie nelle quali è attribuita per legge, si rinviene proprio nel suo carattere derogatorio ed eccezionale, al quale si contrappone, nel caso di cui si tratta, il carattere tassativo della giurisdizione assegnata al giudice amministrativo, nelle ipotesi nelle quali è accordata l'azione per l'efficienza nella pubblica amministrazione che, secondo il T.A.R., si connota anch'essa di eccezionalità, in quanto investe modalità di svolgimento della funzione pubblica con l'obiettivo di garantirne

ISSN 2036-7821

La "finalità" è di "ripristinare" il corretto svolgimento della funzione pubblica o la corretta erogazione di un servizio pubblico.
Lo "strumento" – del tutto inusuale – prevede il coinvolgimento degli stessi fruitori dell'attività amministrativa, nel controllo esterno e giurisdizionale, mediante l'attribuzione di un potere di iniziativa (la proposizione del ricorso giurisdizionale), destinato a esplicarsi, non già sul "risultato finale", bensì sulla osservanza di uno o più segmenti delle misure predisposte dall'ordinamento medesimo, al fine di valutare "il risultato" dell'attività e la corrispondenza dei servizi e dei prodotti resi ad oggettivi standard di efficienza, sempre che costoro (i fruitori) vengano a trovarsi in una posizione ulteriormente "qualificata" dalla lesione "*diretta, concreta e attuale*" dei propri interessi[20].
Quali siano i segmenti rilevanti si può desumere dalla formula, articolata e complessa, che fa, sostanzialmente, dipendere l'azione in giudizio "*dalla 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 da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di*

---

l'efficienza. *Ad colorandum*, e con il fine di ribadire i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario nella materia delle contravvenzioni al codice della strada, il T.A.R. Lombardia ricorda la sentenza del T.A.R. Abruzzo – L'Aquila, Sez. I, 3 dicembre 2014 n. 860 (anch'essa non appellata), con la quale è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso di un Comune avverso l'annullamento prefettizio di tutti i verbali di contravvenzione anche quelli non impugnati, elevati dal Comune medesimo mediante un illegittimo sistema di rilevazione;

[20] Vi è dunque uno stretto collegamento fra d.lgs. n. 150 e il d. lgs. n. 198, poiché il secondo è funzione del primo, più ancora (o meglio, prima ancora) di rappresentarsi come strumento di tutela degli interessati alla buona amministrazione, poiché è concepito come stimolo esterno della corretta osservanza degli standard. In questo senso G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 10 e s., idea questa maturata all'interno della delega conferita con l. 4 marzo 2009 n. 15. Ma anche F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni* cit., p. 3 e s.

In questo senso, più di recente si veda anche G. IACOVONE, *Indicatori di valutazione e buon andamento amministrativo nella performance dei pubblici dipendenti*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 115 e ss. dove rileva che la "*customer satisfaction*" ha assunto il ruolo di indicatore della funzione e della sua buona qualità in seguito alle modifiche apportate al d.lgs. n. 150/2009 nel 2017 (cfr. art. 4, co. 3). In particolare l'A. osserva che "*L'inserimento ed il successivo affinamento normativo della* customer satisfaction *tra i parametri della valutazione e, ancor prima, della programmazione, individua, di fatto, il rapporto con l'utente come criterio e tecnica di miglioramento della performance. Tale rapporto, dunque, sembra assurgere ad indicatore della funzione, della sua buona qualità, "ossia del compito che l'Amministrazione pubblica assume su di sé in un certo contesto, secondo le specifiche connotazioni giuridiche che l'ordinamento le attribuisce". Per una lettura della norma che vada certamente in tal senso e non induca nella tentazione, in vero forte alla luce della carente formulazione, di considerarla meramente programmatica, la procedimentalizzazione della* customer satisfaction *in funzione della qualificazione della partecipazione, va ricostruita sulla base della disposizione, complementare, che ha introdotto nel nostro ordinamento la* class action *per l'efficienza della pubblica amministrazione*". Cfr. anche E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3, I, 2018, p. 501;

ISSN 2036-7821

performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150"[21].

Tale indicazione, così puntuale, richiede, tuttavia, di essere coordinata con il comma 1-*bis*, che vincola il giudice a tenere conto delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*"[22], nonché con i commi 3 e 4 dello stesso articolo, che chiarisce quali siano i soggetti destinatari della tutela, identificandoli non già in base all'interesse individuale, bensì alla appartenenza a un "gruppo" ovvero alla omogeneità degli interessi, in forza della quale il gruppo diviene "entità" rilevante giuridicamente[23].

Ciò non è ancora sufficiente, neanche sul piano meramente descrittivo, a rendere esaustiva la nozione dell'istituto, in quanto, per comprenderne compiutamente il senso occorre anche chiarirsi contro chi può essere promossa l'azione, e qual è la domanda che può essere rivolta al giudice, ovvero, anche in che cosa consiste il controllo giurisdizionale, demandato al giudice amministrativo.

Viene, allora, in rilievo, che non possono essere assoggettate all'azione "*le Autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali, nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministrati*" (art. 1, co. 1-*ter*) e che il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1 (restando fermi a tale fine i rimedi ordinari) (art. 1, co. 6); mentre, per individuare la natura del potere esercitato dal giudice, viene in soccorso l'art. 4, che declina i contorni della pronuncia di accoglimento con le connotazioni di un mero accertamento dichiarativo sulla sussistenza dell'omissione o dell'inadempimento, con riferimento al quale, la forma verbale

[21] Quanto questa indicazione corrisponda alle indicazioni contenute nella delega non è chiaro. Ma non è questa la sola "licenza" del legislatore delegato che si è anche sottratto all'acquisizione del parere dalla Conferenza unificata e ha ritenuto di potere liberamente espungere l'estensione al merito della cognizione del giudice amministrativo contemplata, invece espressamente dall'art. 4 della l. n. 15 del 2009. L'occhio lungo del Consiglio di Stato ha segnalato alcune di tali "licenze", ma non tutte le indicazioni hanno poi avuto decisa incidenza sul testo definitivo;

[22] La formula si incontra anche nell'art. 4, laddove viene indicato il contenuto del "comando" del giudice in sentenza, ed esprime la preoccupazione (che assillò molto il Ministro dell'Economia del tempo) che l'azione non avesse a gravare troppo sulle casse pubbliche. In questo senso G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., pp. 321 e ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 214. Ma quello dell'aggravamento della spesa pubblica sembra sia essere stato all'origine anche dell'avversione alla previsione, nel c.p.a., dell'azione di adempimento. Cfr. F. MERUSI, *Osservazioni sulla sentenza T.A.R. Lombardia, Sez. III, 8. 6. 2011, n. 1472*, in *Osservatorio sul codice del processo amministrativo*, M. CLARICH-R. CHIEPPA (coordinato da), LUISS-Guida al diritto;

[23] È doveroso segnalare che l'attributo "omogeneo" (suggerito dalla Sezione consultiva) evoca suggestioni metagiuridiche e in particolare la teoria "statistica", dove "class" sta per "insieme". Onde non è necessariamente inappropriata e non deve essere ripudiata la denominazione "*class-action* amministrativa" (o pubblica), purché resti chiaro che è cosa "altra" rispetto alla *class-action* anglosassone o americana;

ISSN 2036-7821

adoperata per indicare lo *iussus iudicis* sembrerebbe conferire natura meramente "ordinatoria" al comando di porre rimedio (a omissioni e inadempimenti) "*entro un congruo termine*" (fra l'altro "*nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*"), se non fosse che il successivo art. 5 contempla l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7, co. 1, n. 4 del r.d. 28 giugno 1924, n. 1054[24].

Sembra, a questo punto, che la definizione dell'istituto possa farsi ponendo in evidenza l'uno o l'altro dei suoi aspetti fondamentali, ovvero, la funzione istituzionale e l'attuazione della tutela degli interessi omogeni (anche dei singoli in relazione all'insieme):

a) per questo secondo profilo, l'azione di cui al d.lgs. n. 198 del 2008, potrebbe essere definita l'azione per la tutela di interessi omogenei degli appartenenti a un gruppo di utenti o consumatori di un determinato "servizio pubblico" (latamente considerato) – esperibile singolarmente o attraverso relativi associazioni o comitati – alla efficienza dell'amministrazione pubblica, consistente nella richiesta di accertamento dichiarativo in ordine alla sussistenza di violazioni, omissioni o inadempimenti riconducibili a uno o più degli indicatori specificati all'art. 1. co. 1, ove ne sia derivata una lesione attuale, concreta e diretta, nonché per sentire ordinare di porvi rimedio entro un congruo temine (nei limiti delle risorse strumentali ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica)[25];

b) per il primo profilo, invece, l'azione potrebbe essere definita quale strumento correttivo del cattivo funzionamento delle amministrazioni e dei servizi pubblici, realizzato in maniera indiretta mediante la collaborazione dell'utente consumatore, con l'esperimento del rimedio giurisdizionale, proposto individualmente o dal gruppo di cointeressati (allorché il comportamento omissivo o in contrasto con gli standard prefissati abbia provocato un danno diretto, concreto e attuale) per conseguire una pronuncia di accertamento dichiarativo accompagnata dall'ordine di rimediare entro un congruo termine (ancorché nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica).

3. Presupposti, legittimazione e oggetto del giudizio.

Entrambi i profili evidenziati nelle due bozze di definizione che precedono, concorrono, tuttavia, a caratterizzare, nel sistema di giustizia amministrativa, l'azione per l'efficienza nella pubblica amministrazione, come azione "*sui generis*".

Essa si è presentata come uno strumento anomalo nel sistema di giustizia amministrativa italiana, soltanto perché, fino alla emanazione del d.lgs. n. 198 del

[24] Senza che successivamente vi sia stato adattamento alcuno alla corrispondente disciplina del giudizio di ottemperanza contemplato nel sopravvenuto codice del processo amministrativo;

[25] La definizione anzidetta è desunta, almeno in parte, da T.A.R. Lazio, Roma. sez. II, 6 novembre 2013 n. 8154;

ISSN 2036-7821

2009, non era mai avvenuto che la "persona", in quanto tale, fosse considerata, nell'ordinamento positivo, come titolare di una posizione "rilevante" di interesse, rispetto alla "gestione" della cosa pubblica, quasi che le eventuali disfunzioni di tale gestioni non dovessero riguardarla personalmente, se non quando i comportamenti dei singoli operatori fossero andati a impattare, attraverso il provvedimento, o l'inerzia qualifica, o altro comportamento (ancorché illegittimo) sulla sfera personale c.d. egoistica.

Una serie di fattori concomitanti, hanno spostato l'indice di rilevanza della "persona umana", ponendone in evidenza la "centralità", anche in rapporto alla gestione della cosa pubblica, non soltanto come elemento non singolarmente individuabile di una collettività destinataria di manifestazioni particolari di tale gestione, ma come diretti beneficiari, in qualità di utenti o consumatori, all'interno di tale collettività.

La tutela dell'interesse individuale alla efficiente gestione della cosa pubblica, coglie e positivizza – nel d. lgs. n. 198 del 2009 e su espressa delega del legislatore nazionale – un aspetto particolare di tale posizione ovvero, quello nel quale, le aspettative derivanti dalla programmazione subiscono le conseguenze di una disfunzione, derivante dalla inefficienza, la quale si manifesta attraverso alcuni indicatori puntuali, che lo stesso legislatore ha individuato.

Così come l'osservanza delle regole di azione, dei doveri e degli obblighi comportamentali connessi a tali indicatori è, nelle linee generali, espressione di una efficienza *standard*, altrettanto, la loro inosservanza e violazione, nonché l'inadempimento di taluni puntuali obblighi riconducibili alle obbligazioni contratte dal concessionario, costituiscono altrettante manifestazioni di inefficienza che mettono in moto la tutela individuale, allorché si riflettano sulla funzione o sul servizio, provocando la disfunzione.

Questo meccanismo complesso, qualifica l'interesse individuale omogeneo alla efficienza, come posizione individuale rilevante, e dunque meritevole di tutela.

Il che rende l'azione contemplata dall'art. 1, co, 1 del d. lgs. n. 198 del 2009, pienamente compatibile con il criterio principe fissato nell'art. 103 della Costituzione, che indica nel "Consiglio di Stato" e negli "altri organi di giustizia amministrativa" i giudici naturali e ordinari per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione "*degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi*", senza porre alcun limite alla emersione di posizioni di interesse legittimo nel senso che dovrebbero considerarsi tali soltanto quelle posizioni che l'ordinamento positivo ha già ritenuto qualificabili in questi termini[26].

[26] Sull'evoluzione del concetto d'interesse legittimo si veda, su tutti, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, *passim*, ID., *Attualità del Concetto d'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2011, pp. 379 e ss. e ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990. Sul tema F. FRANCARIO, *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, pp. 497 e ss., partendo dallo scritto di F.G. SCOCA del 2017 cit., osserva proprio che il

L'individuazione, in concreto, delle posizioni giuridiche individuali "rilevanti" è lasciata dalla Costituzione al legislatore nazionale che, sulla base delle indicazione che provengono da molteplici istanze, enuclea, dal diritto oggettivo, la rilevanza delle posizioni individuali, in termini di diritti soggettivi, o in termini di interessi legittimi, senza che nella Costituzione siano posti limiti di alcun genere, al riguardo, se non nel fissare alcuni punti cardini di garanzia e tutela, nei principi generali, e "paletti", nella determinazione del giudice naturale.

L'esigenza ordinamentale di connotare di rilevanza giuridica l'interesse individuale "omogeneo" alla efficienza *standard*, relazionata a puntuali funzioni e servizi pubblici, è stata colta ed esplicitata dal legislatore nazionale (per così dire) al punto giusto[27], ovvero, là dove si è trattato di mettere mano nei sistemi interni ed esterni di valutazione del personale e delle strutture amministrative, nell'obiettivo della "buona amministrazione".

Il legislatore delegato, vi ha dato attuazione dando vita ad un istituto complesso, ovvero la c.d. azione per l'efficienza (non della, bensì) nella pubblica amministrazione, che, considerati gli aspetti fin qua emersi, può essere definita come l'azione giurisdizionale – esperibile individualmente o anche mediante organismi morali statutariamente idonei allo scopo – per la tutela di interessi individuali e omogenei di ciascuno degli utenti o consumatori di determinate funzioni e servizi pubblici, destinati a una data collettività, allorché, dalla violazione o omissione o dall'inadempimento di puntuali vincoli di azione, doveri e obblighi – normativamente predeterminati nella stessa legge – derivi una lesione diretta, attuale e concreta dei suddetti interessi, in rapporto alle aspettative della collettività di riferimento, con la finalità di conseguire l'accertamento giurisdizionale delle violazioni denunciate, in vista della ripristinazione dell'efficienza *standard* dovuta, con riferimento alla funzione o al servizio pubblico programmati, tenendo conto delle risorse disponibili già stanziate e senza aggravamento della spesa pubblica[28].

In quest'ottica, la correlazione causale fra omissione, inadempienza o violazione, da un lato e lesione diretta, attuale e concreta dall'altro, funge da spartiacque, fra *quisque de populo*, e il titolare dell'interesse omogeneo, in quanto serve a porre un collegamento diretto e immediato fra il titolare della posizione "rilevante" (ma per essere tale occorre, anche che sia "omogenea") e l'efficienza *standard*, riferita a una

---

rimedio processuale, nato dalla riforma Crispi del 1889, sia emerso senza precisare quale fosse l'interesse protetto sul piano sostanziale, con la conseguenza, secondo l'A., che "*la costruzione teorica ha sempre oscillato tra la valorizzazione del momento oggettivo o di quello soggettivo nell'individuazione dell'oggetto della protezione*". Sicché rimarrebbe irrisolto il problema se "*il giudice amministrativo sia il giudice del potere (della funzione amministrativa) o il giudice dell'interesse del privato. Se il ricorso al giudice amministrativo serva cioè a garantire il corretto esercizio della funzione amministrativa o a tutelare la realizzazione d'interessi privati*";

[27] Il "punto giusto" è la l. n. 15 del 2009, e in particolare, di tale legge, la delega di cui all'art. 4;

[28] Questa posizione sembra essere in linea con il pensiero di V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2014;

ISSN 2036-7821

determinata funzione o ad uno specifico servizio, da rendersi alla collettività di riferimento del tutelato.
Tale specificazione rende evidente come la norma che attribuisce l'azione, prenda in considerazione la "collettività" soltanto come "dimensione d'ambito", e non anche come titolare dell'interesse tutelato, che non è "collettivo", ma "individuale".
Nel meccanismo di cui al d.lgs. n. 198 del 2009, la relazione diretta fra posizione individuale (e omogenea) e la disfunzione, intesa come momento emersivo del diritto alla tutela, colloca l'azione nel sistema individuato dall'art. 103 Cost., senza bisogno di fare ricorso a immagini figurative ulteriori, perché positivizza, in relazione diretta con la "funzione pubblica" indicata nell'art. 97, co. 2, Cost. (attraverso il potere di iniziativa nel controllo esterno del giudice amministrativo) l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui è espressione l'art. 118, co. 4, Cost.
E, però, l'insieme coordinato delle norme del "procedimento" evidenzia una prudenza, anche eccessiva, nella costruzione dell'azione, stante che essa comporta la penetrazione dell'accertamento giurisdizionale nel vivo degli assetti organizzativo-attuativi, concretantesi in un controllo esterno sulla efficienza provocato, appunto (come si è cercato di chiarire sopra), dall'iniziativa individuale del titolare dell'interesse tutelato[29].

[29] Analizzando i sistemi di giustizia globalmente considerati, si incontrano istituti anomali: così gli istituti di c.d. giurisdizione volontaria che inseriscono, nel sistema della giustizia civile, elementi sostanziali della funzione amministrativa e, nel campo della giustizia penale, la querela di parte che affida all'atto di impulso della persona offesa la procedibilità. Nel campo della giustizia amministrativa, l'ipotesi di una funzione di controllo esterno del giudice amministrativo – eccitato dall'*input* del ricorso (individuale o di un corpo morale rappresentativo) – configura l'attribuzione di poteri *extra ordinem*, non soltanto perché la funzione è formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente di controllo, ma anche perché l'interesse del soggetto legittimato (anche quando l'azione è proposta dal corpo morale rappresentativo), oltre ad essere soltanto espressione del tutto omologa dell'uguale interesse di tutti e ciascuno dei componenti della collettività direttamente interessata dalla funzione o dal servizio pubblico) è anche espressione di un interesse pubblico generale. I contorni di una giurisdizione oggettiva sono sati avvertiti da F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, p. 15 e s. e, tutto sommato, anche nelle pagine successive nelle quali affronta il problema della natura "di fatto" delle posizioni tutelate, e in cui l'Autore si confronta con la norma costituzionale che disegna, invece, la natura "soggettiva" della giurisdizione amministrativa. In posizione dissenziente F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni* cit. che – contraddicendo U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la* class action, in *G.d.A.*, n. 3, 2010, p. 246 (in posizione analoga a quella di Cintioli) – afferma di non credere che "*ci si trovi di fronte a una forma di giurisdizione di tipo oggettivo*", traendone argomento dalla considerazione principale che, nell'azione in esame, il funzionamento degli apparati assume rilievo in funzione del rapporto fra il titolare dell'interesse con la pubblica amministrazione (o con il gestore del pubblico servizio). È, però, da notare che vi è un salto logico nel ragionamento che individua la collettività nel suo insieme la titolare effettiva del "rapporto", mentre l'emersione dell'interesse individuale non farebbe comunque dell'individuo un "titolare" di quel rapporto che non sembra avere le connotazioni proprie della "giuridicità", sicché verrebbe a mancare proprio il "rapporto" diretto potere/individuo, perché a monte non vi è un atto costitutivo, modificativo o estintivo della posizione né del titolare dell'azione, nella della stessa "collettività", né un atto generativo di una relazione intersoggettiva.
Sui risvolti oggetti della funzione giurisdizionale esercitata dal giudice amministrativo cfr. anche M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustzia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 3, 2017;

La prima e fondamentale espressione di tale prudenza si rinviene nella individuazione dei presupposti idonei alla emersione della posizione soggettiva meritevole di tutela: non è qualsiasi disfunzione organizzativa della Amministrazione pubblica e dei pubblici servizi che possa dar luogo al controllo giurisdizionale, consentito in via del tutto eccezionale, dal d.lgs n. 198 del 2009; occorre, al contrario, che essa emerga da specifici segmenti, tutti espressamente indicati dalla norma (art. 1, co. 1) e che gli stessi siano strettamente collegati a una determinata funzione o ad un determinato servizio su cui convergono gli interessi omogenei (individuali o collettivi) del promotore dell'azione, la cui individuazione, in concreto, richiede una particolare attenzione dell'interprete (si tratti della parte privata e del suo difensore o del giudice amministrativo investito dell'azione), con riguardo all'ordine delle attribuzioni e delle responsabilità inerenti alla funzione o al servizio debitamente programmati[30].

La strumento di equilibrio è stato rinvenuto nella diffida[31], che – nell'ambito della ordinaria tutela delle posizioni soggettive nei confronti dell'amministrazione pubblica – era ormai divenuta obsoleta (per effetto della riforma apportata dalla l. 14 maggio 2005 n. 80 all'art. 2, l. n. 241 del 1990) ma che, al contrario, è rimasta, con i suoi contenuti significativi e "condizionanti", nella disciplina delle relazioni intersoggettive di diritto civile (senza potersi confondere con la "messa in mora", ma idonea a produrne gli effetti)[32] e nel diritto penale[33].

---

[30] In argomento, il T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I, n. 4217 del 27 aprile 2020 ove afferma il principio per cui, nel caso che una determinata funzione – ancorché facente capo ad una Autorità centrale - richieda, per la sua operatività a regime, la cooperazione di differenti amministrazioni nei riguardi delle quali l'Autorità centrale anzidetta è priva di poteri coercitivi di alcun genere, è inammissibile, per mancanza dei presupposti, l'azione ex art. 1 d.lgs. n. 198 del 2009, proposta nei confronti della medesima Autorità centrale, per avere essa omesso di adottare le misure coercitive richieste dalla parte ricorrente al fine di far cessare il comportamento inadempiente delle differenti Amministrazioni. Nella specie, era in discussione, fra l'altro, la mancata adozione di misure coercitive da parte del Ministero della giustizia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche che hanno omesso di comunicare l'indirizzo PEC per le comunicazioni telematiche degli atti giudiziari e le notificazioni processuali, da inserire nell'apposito elenco istituito presso il Ministero della Giustizia e consultabile tramite apposito Portale, con ciò rendendo inattuabile, a regime, il sistema di informatizzazione contemplato dalla 18 giugno 2009, n. 69 la quale, peraltro., non prevede alcuna misura coercitiva (tanto meno esperibile dal Ministero della Giustizia) nei confronti delle Amministrazioni pubbliche che abbiano omesso di effettuare la prevista comunicazione;

[31] G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo cit.*, p. 264, è dell'idea che la previsione della diffida "*assolve alla preoccupazione del Legislatore di proteggere le amministrazioni e i concessionari del servizio pubblico dall'esposizione indiscriminata al ricorso per l'efficienza*"; mentre, P.M. ZERMAN, *Partenza in salita per la* class action, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009, accosta lo strumento adottato dal legislatore alla disciplina del silenzio, anteriormente alla riforma del 2005 della l. n. 241 del 1990;

[32] Art. 1454 c.c.;

[33] Art. 328, comma 2, c.p., nel testo introdotto, con la modifica operata dall' art. 16, l. 26 aprile 1990, n. 86, con la finalità di rafforzare la tutela del soggetto interessato – più che al compimento dell'atto *ex se* (in ordine al quale, l'inerzia potrebbe anche costituire espressione di discrezionalità amministrava) – alla conoscenza delle regioni del comportamento omissivo (in argomento un'interessante sentenza della Cass. pen., Sez. VI., 8 marzo 2018, n. 10595);

ISSN 2036-7821

In termini generali, la diffida è atto "unilaterale" e personale, che richiede capacità di agire, ma ammette, la rappresentanza, non richiede assistenza tecnico-professionale del difensore, trattandosi di atto extragiudiziario. Ciò ne fa uno strumento "insidioso", nella materia di cui si tratta, poiché richiede conoscenza di quali debbano esserne i contenuti essenziali, affinché produca gli effetti ai quali è preordinata, ovvero, nel caso, di aprire la strada al procedimento giurisdizionale.
Nella formula adoperata nell'art. 3 che la prevede, quale impulso del procedimento (non giurisdizionale) che si avvia, per effetto immediato della notificazione, si riscontra qualche elemento di apparente equivocità[34], ma che, invece, anticipa e definisce la portata del *petitum* e della *causa petendi*, oltre che dell'oggetto della futura ed eventuale azione giurisdizionale, nel senso che essa verterà non soltanto sull'accertamento de "*la violazione, l'omissione o l'inadempimento*" delle regole di azione, dei doveri e degli obblighi definiti nell'art. 1, comma 1, ma anche della esistenza del nesso di causalità delle disfunzioni venutesi a determinare nella funzione o nel servizio pubblico, di cui l'intimante è utente-consumatore, nella prospettiva di un adempimento specifico, diretto a porvi rimedio [35].
A questa conclusione si perviene attraverso il coordinamento delle diverse proposizioni, in particolare, relazionando il contenuto dell'ingiunzione – nella parte in cui il diffidante richiede al destinatario di porre rimedio alla lesione – con le operazioni che la norma prevede che siano poste in atto nell'ambito del procedimento previsto all'art. 3, di natura sostanzialmente amministrativa (anche quando si svolge presso il concessionario)[36].

---

[34] In base all'art. 3, co. 1, 1° periodo, il contenuto della diffida deve consistere nell'ingiunzione "*all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati*". Di primo acchito, lascia da pensare l'uso dell'espressione "*interessati*" al plurale, in contrapposizione a "*ricorrente*": per dare coerenza a quello che potrebbe apparire uno strafalcione redazionale, vi è da pensare che si sia trattato di un espediente (sebbene inconscio) per definire la posizione dell'individuo rispetto alla generalità degli altri individui che compongono il gruppo, ovvero, anche l'esplicazione della connotazione di "omogeneità" che devono possedere gli interessi individuali che la norma intende tutelare;

[35] L'art. 3, co. 1, 2° periodo, dispone che l'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario (al quale, evidentemente, la notificazione deve essere indirizzata, ma questo è lasciato all'intuito del lettore), una volta ricevuta la notificazione, "*assume senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento di cui all'articolo 1, comma 1, e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause*". La disposizione in parola chiarisce gli interrogativi sorti nella interpretazione del primo periodo dello stesso articolo, avvalorando l'esegesi esposta nella nota che precede, nel senso che gli "*interventi utili alla soddisfazione degli interessati*" propri di tutti e di ciascuno dei componenti del gruppo sono quelli che ineriscono propriamente alla "efficienza *standard*" e non al "risultato" in sé;

[36] La riflessione nasce dal confronto con l'art. 4, co. 1, che indica il contenuto della sentenza. Ciò che è stato detto, sul collegamento del contenuto della diffida, con *petitum*, *causa petendi* e oggetto del successivo (ed ipotetico) procedimento giurisdizionale, evoca il problema della natura giuridica dell'azione per l'efficienza, nella quale, alla stregua di quanto sopra evidenziato, è riconoscibile una domanda di accertamento dichiarativo, accompagnata da una domanda volta ad ottenere un ordine riparatorio della disfunzione che ha dato occasione all'azione, così configurando le connotazioni di un'azione di accertamento e adempimento. Orbene, sull'ammissibilità di tale tipo di azioni, nel processo amministrativo, nacque un acceso dibattito al tempo dell'emanazione del c.p.a., per via della mancata enucleazione, nel testo definitivo, dell'azione di accertamento e

Si può sorvolare su qualche imprecisione terminologica (ad es., nell'art. 3, co. 1, l'uso improprio dell'espressione "il ricorrente" per indicare colui che deve essere "autore" della diffida), di cui spesso si avvale il legislatore delegato per chiarire "brevemente" il significato della disposizione (nel caso particolare, l'espressione "ricorrente" sta a significare che autore della diffida dovrà essere il "futuro" ricorrente, ovvero colui che, in base al disposto dell'art. 1, co. 1, è titolare della legittimazione processuale).
Ma delle regole di legittimazione al ricorso, invero, il diffidante dovrà essere al corrente, allorquando redige la diffida. Infatti, sono, logicamente, a monte di tale atto, la corretta individuazione della legittimazione attiva, ma anche dell'amministrazione o struttura alla quale la diffida deve essere indirizzata; l'organo che la "rappresenta", nella sua proiezione esterna ed è legittimato a riceverne la "notificazione"; il luogo della sua domiciliazione (in ragione della funzione) (o la casella di posta elettronica certificata), senza che, al contrario, assuma alcun rilievo la persona fisica investita dell'incarico; la *causa petendi* e *petitum* della futura azione; le modalità della notificazione della diffida; ovvero tutti gli elementi necessari perché la diffida produca l'effetto al quale è preordinata.
Ciò, in quanto la diffida è condizione di ammissibilità dell'azione e gli errori della stessa possono ridondare sul piano processuale[37].
Ma gli scarni elementi contenuti nell'art. 3 del d.lgs. n. 198/2009, sotto la rubrica "Procedimento", dicono ben poco al riguardo e non offrono, neanche mediante rinvio, strumenti di riferimento, quale potrebbe essere, in ipotesi, uno schema redazionale di massima, allegato al testo.

---

di quella di condanna, che poi in realtà, sono state sostanzialmente rinvenute, siccome persistenti, attraverso l'esame delle formule dei dispositivi, disciplinate dal codice. Così, M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo – Azione di annullamento*, in *giustizia-amministativa.it*; A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., p. 295;

[37] In questo senso C. DEODATO-M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per efficienza della amministrazione*, Roma, 2010, p. 44 ove è messo in chiaro che deve esservi coincidenza fra gli elementi essenziali della diffida e quelli del ricorso giurisdizionale, non essendo, altrimenti, idonea, la diffida, ad assolvere la funzione alla quale è stata preordinata. Di condizione di ammissibilità del ricorso, con riferimento alla "diffida" (ma ovviamente, analoga definizione può essere adoperata per lo strumento alternativo, contemplato nel co. 3 del medesimo art. 3) parla G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo.* cit., pp. 262 e ss., cercando di sopperire, con proprie argomentazioni, alla mancanza di indicazioni procedurali nel testo normativo. La denominazione (condizione di ammissibilità), cara alla processualistica, evoca il modello "*per formulas*" del diritto romano, nel quale, una fase, davanti al *Praetor*, era volta ad accertare la sussistenza delle "condizioni" per passare alla fase successiva, "*apud Iudicem*", che presupponeva sussistenti le condizioni accertate nella prima fase. Nell'attuale processo e in particolare, in quello amministrativo di cui stiamo trattando, ogni accertamento anche processuale si svolge nel processo, e quello che varia, invece, è l'effetto delle decisioni sulle questioni pregiudiziali, talune rilevabili d'ufficio e altre no; altre ancora idonee a formare "giudicato" se non impugnate, e via dicendo. Tra le tante, si può evidenziare un pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303) che fa una magistrale digressione, sull'argomento (al § 18 della motivazione), con particolare riferimento alla legittimazione attiva, individuando (sia pure in relazione a differente fattispecie) il momento logico della emersione, dall'interesse diffuso, dell'interesse collettivo, con riferimento ad associazione di categoria ed enti esponenziali, al fine del riconoscimento, a questi ultimi, della legittimazione ad agire;

ISSN 2036-7821

In effetti, l'intero contesto sembrerebbe evidenziare che la preoccupazione maggiore del legislatore delegato sia stata di introdurre quante più possibili remore alla (scomoda) interferenza esterna, nel controllo dell'efficienza, voluta dal legislatore delegante, piuttosto che l'accuratezza nel definire l'"azione" *ex se* e i suoi presupposti[38].

La diffida, nel nostro caso, mira a risolvere in sede amministrativa o, comunque, extragiudiziaria[39], le criticità che hanno determinato la diffida e a scongiurare la fase giurisdizionale dando avvio al "*procedimento*", contemplato dall'art. 3 del d. lgs. del quale si tratta, facente capo all'amministrazione o alla struttura del concessionario del servizio pubblico, cui la diffida è indirizzata[40].

Connotazioni proprie di tale procedimento sono:

- l'iniziativa di chi intende promuovere l'azione di cui all'art. 1, co. 1, del decreto, indicato nella norma con l'espressione "*il ricorrente*";
- l'ingiunzione, all'amministrazione competente per la funzione o al concessionario competente per il servizio, "*ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati*";
- la notificazione della diffida[41], di cui la norma indica il destinatario nel titolare dell'organo di vertice "*dell'amministrazione o del concessionario del servizio*" rispettivamente competenti con riferimento alla funzione o al servizio pubblico in cui si è verificata la disfunzione[42];

---

[38] Vi è chi segnala le scarse possibilità applicative della tutela giurisdizionale ipotizzata (G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 266 e s.) e chi osservava che i concessionari di servizi pubblici non avevano ancora provveduto ad aggiornare le proprie carte dei servizi (A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" a una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2012, p. 217.

[39] Cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona Amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. (A proposito di "*Class action *all'italiana")*, in *Giustamm.it*, n. 9, 2010, p. 25 ove si osserva che "*evidentemente si legge in queste disposizioni - che frappongono alcuni ostacoli sul cammino che il cittadino deve percorrere per ottenere una pronuncia del giudice a tutela dei suoi interessi - un atteggiamento assai prudente del legislatore verso il rischio di "invadere" la sfera della funzione amministrativa*".

[40] Ne consegue che, il procedimento in parola è riconducibile, per quanto di ragione, nel perimetro di applicazione della l. n. 241 del 1990, e ne segue le regole, per ciò che non è espressamente contemplato nel decreto; con la conseguenza ulteriore che, ove la diffida debba essere rivolta all'organo di vertice del concessionario di un servizio pubblico, questi sarà tenuto al rispetto dei princìpi di cui al comma 1 dell'art. 1 della stessa legge "*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni*" in forza delle disposizioni di cui alla legge medesima, in applicazione dell'art. 1, co. 1-*ter*, della medesima l. n. 241 del 1990.

[41] Per regola generale, la "notificazione" non è atto del diffidante, ma deve essere da questi richiesta a chi ne ha la competenza in base a legge e che, per l'incombente, assume la funzione di "ufficiale notificatore". Nel testo in esame, dunque, l'espressione "notifica", riferita al "ricorrente" è adoperata in maniera impropria, ma, comunque abbastanza corrente, purché ne sia chiaro il significato, nel senso che la notificazione dovrà avvenire nelle forme e nei modi previsti dalla legge, nelle quali vanno espressamente ricomprese "*le modalità* (informatiche) *di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 2005, n. 85*";

[42] Non costituisce elemento della notificazione, ma una regola di azione posta a carico dell'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario ricevente, la comunicazione della diffida notificata al Ministro per la

ISSN 2036-7821

- il termine che deve essere accordato a costoro per porre rimedio alle conseguenze delle omissioni violazioni o inadempienze indicate dal diffidante, che la norma fissa in 90 giorni (su suggerimento della Sezione consultiva del Consiglio di Stato in quanto ritenuto sufficiente e utile perché costoro individuino, a loro volta, l'ufficio o la struttura competenti a porvi rimedio, tramite il dirigente responsabile);
- l'obbligo di fornire tempestiva notizia all'autore della diffida di tutte le iniziative assunte per fare fronte a quanto richiesto nella diffida;
- l'obbligo dei destinatari della diffida di coinvolgere le altre amministrazioni o altri concessionari ai quali eventualmente siano da addebitare le violazioni, omissioni o gli inadempimenti denunciati dal diffidante e di fare comunicazione della diffida, al Ministro della pubblica amministrazione e innovazione[43].

In alternativa, è data all'interessato la possibilità di promuovere – ricorrendone i presupposti – la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (art. 1, co. 3). Tale modalità, per sua natura, è praticabile soltanto ove si verta in ambito di servizi pubblici, e presuppone che la possibilità di promuoverlo e le relative modalità siano inserite nella carta dei servizi dei "*soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità*" [44].

In entrambe le ipotesi, l'esito non soddisfacente delle procedure dà la possibilità di promuovere l'azione giudiziaria per l'efficienza, entro il termine perentorio di un anno, che, ove sia stata seguita la via ordinaria, decorre dallo spirare del termine di cui all'art. 3, co. 1, primo periodo, senza che l'amministrazione o il concessionario del pubblico servizio abbia provveduto (o abbia provveduto in modo soltanto parziale) a soddisfare la pretesa del diffidante, mentre, ove sia stata preferita la procedura alternativa, decorre dalla conclusione (non satisfattiva) della procedura medesima.

È la stessa norma che attribuisce il diritto di azione, a definire i criteri di individuazione della titolarità della legittimazione attiva. Essa, dunque, deve essere desunta, direttamente, dall'art. 1, comma 1.

Formalmente, ricorrente è colui che promuove l'azione, anche indipendentemente dalla titolarità della legittimazione attiva, in quanto la qualificazione in parola si riconnette esclusivamente all'esercizio dell'iniziativa processuale.

---

pubblica amministrazione e l'innovazione, con la finalità (non enunciata, ma rinvenibile nel comma 3 dell'art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come novellato, anch'esso, dall'art. 33, d. lgs. n. 235 del 2010) di rendere opponibile ai terzi "*la data e l'ora di trasmissione e di ricezione*" del documento informatico, oltre che l'osservanza delle disposizioni relative alla modalità tematica della notificazione.

[43] Per la comunicazione al Ministro della pubblica amministrazione e innovazione, cfr. nota che precede. Quanto al coinvolgimento di altre Amministrazioni o altri concessionari, ciò pone problemi di congruità del termine globalmente fissato in 90 giorni per la conclusione del procedimento preprocessuale;

[44] L'alternatività persegue l'ovvio intento di evitare sovrapposizioni di meccanismi risolutivi stragiudiziali; tuttavia, si osserva, sebbene la funzione assolta finisca con il coincidere, per taluni profili, con la diffida, nessuna analogia può essere fatta fra i due istituti. In argomento C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A. per efficienza della amministrazione* cit., p. 45;

Ma l'atto formale *ex se*, ancorché è sufficiente a incardinare formalmente il rapporto processuale, non lo è ai fini della "cognizione della causa" da parte del giudice, in quanto si richiede che chi promuove il processo sia anche legittimato a farlo.
Nell'azione per l'efficienza di cui al d.lgs. 198 del 2009, la legittimazione attiva ha un'evidente connotazione individuale, in quanto inerisce a una posizione di diritto sostanziale "propria" del soggetto, sebbene per essere "rilevante", ai fini della tutela giurisdizionale, occorre che l'interesse individuale si connoti in base alle seguenti caratteristiche:

- che, nell'ambito della complessità degli interessi che fanno capo ai partecipanti a una "collettività" di individui, la posizione di interesse (che dà titolo all'azione) sia identificabile, come elemento distintivo, in quanto strettamente correlata a una determinata funzione o a un determinato servizio programmato e finanziato per dare soddisfazione a un certo interesse del gruppo, e, in quanto tale, assurto a interesse pubblico (es. il collegamento telematico con il proprio comune, mediante un canale unico, accessibile attraverso una specifica modalità idonea a garantire la tutela dei dati sensibili);
- che l'interesse individuale, sebbene personale, non sia "egoistico", e che sia "omogeneo" rispetto all'identico interesse di tutti gli individui che del pari, come lui, sono identificabili attraverso il medesimo elemento distintivo; il che, aulicamente, induce la qualificazione dell'interesse, come facente capo al soggetto *uti cives*, così valorizzando l'inclusione del suddetto interesse individuale nel disegno attuativo della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4.

L'art. 1, comma 1, è parco di indicazioni, per cui, gli elementi per disegnare la sussistenza della legittimazione attiva individuale devono essere desunte oltre che dal suo contesto, anche, per successiva approssimazione, dagli elementi desumili dall'intero d.lgs. n. 198 del 2009, dalla legge di delega e in particolare dall'art. 4, co. 2, lett. l), ma anche dal comma 1, di tale articolo, la cui attuazione si evidenzia maggiormente nel d.lgs. n. 150 del 2009[45].

[45] L'espressione "*pars quota*" tratta dal diritto civile, per indicare la posizione dei partecipanti a una comunione, pur essendo, probabilmente quella che meglio rende l'idea di "comunione" dell'interesse individuale rispetto all'interesse collettivo non è molto lontana dall'idea di "*frazione dell'interesse collettivo*" che si rinviene in F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e* class action, in *Federalismi.it*, n. 2, 2009, ma, tuttavia, a parere di chi scrive, non è adeguata ad esprime la nozione di omogeneità, che è rapportabile, invece, alla teoria quantistica, nella quale l'omogeneità, esprime tutt'altro concetto, ovvero, indica l'elemento "comune" attraverso cui è possibile isolare, quantitativamente, tutti gli elementi che possiedono determinate caratteristiche, e si rappresentano, dunque, come "titolari di interessi *omogenei*", all'interno di una unità maggiore. Questo fenomeno rende possibile identificare, in una collettività più ampia, una "entità minore", il "gruppo" o "*class*", al cui interno tutti gli elementi sono "*omogenei*" rispetto a quell'unico elemento preso in considerazione per individuare i contorni (rappresentabili anche geometricamente o graficamente) del gruppo. Si tratta, come è stato già detto, di uno strumento matematico attuariale, alla base delle indagini statistiche, e, in generale delle scienze economiche. Nel d.lgs. in esame, l'attributo "omogeneo" è adoperato nel suo significato tecnico e tipico, proprio

Non concorre a integrare la legittimazione la lesione (diretta, attuale e concreta), derivante dall'inosservanza, violazione o inadempimento, di predeterminati doveri, obblighi e oneri, che la legge stessa utilizza come indicatori di un'efficienza *standard* dell'amministrazione, nel condurre a compimento il programma.

Anche la "lesione", deve rapportarsi al "gruppo", in quanto destinatario dell'utilità pubblica che la programmazione e il finanziamento relativi si sono proposti di conseguire, ma il singolo è legittimato non in quanto è partecipe in *pars quota* a tale interesse collettivo, ma perché, il fatto di essere un elemento che ha interessi "omogenei" a quelli di altri soggetti – rispetto a una funzione o un pubblico servizio che il Potere amministrativo ha messo in programma di rendere a una collettività – lo identifica come componente del gruppo ("insieme" o "class") al quale il servizio (in senso lato) si indirizza, così da renderlo, *uti cives*, titolare del potere di iniziativa del controllo indiretto giurisdizionale, finalizzato all'efficienza *standard* richiesta (dalla Pubblica amministrazione – Autorità, ai propri apparati o agli operatori esterni di cui si avvale) per il perseguimento del "risultato".

L'accertamento, in concreto, della "lesione" presuppone instaurato il processo, e appartiene al giudice che "deve" tenere conto dalla idoneità delle risorse strumentali, finanziarie e umane, "*concretamente a disposizione delle parti intimate*" (art. 1, co.1-*bis*) e, tuttavia, con i limiti propri della "*cognizione di legittimità*", atteso che quella estesa al

per indicare "l'ambito di rilevanza degli interessi", la circostanza che "tutti gli elementi individuali che costituiscono il gruppo sono caratterizzati dalla medesima identica posizione di "consumatori o utenti". E allora sotto un profilo logico matematico, ma anche giuridico, appare chiaro che l'espressione frazionaria può essere adoperata per indicare il rapporto fra l'individuo e l'entità numerica del gruppo che lo contiene, ma non l'interesse individuale omogeneo di titolarità che sorregge l'azione, il quale è unitario, fa capo all'individuo, non è frazionato né frazionabile e con tali caratteristiche appartiene a tutti i partecipanti al gruppo. Ciò spiega chi sono i soggetti titolari della legittimazione; e "perché" ricevono tutela, ma anche perché è ammesso un intervento in giudizio autonomo, senza limiti, se non quelli espressamente indicati al comma 3 dell'art. 1. Quanto all'aggancio costituzionale, la tutela del cittadino, come singolo ma anche come componente della collettività in cui esplica la sua personalità (art. 2 Cost.), si ritiene che sia la più adatta a dare copertura costituzionale alla legittimazione di cui al comma 4 dell'art. 1, e a consentire una più accentuata elasticità nella individuazione dei corpi morali legittimati a promuovere l'azione, superando l'indicazione testuale e riduttiva di cui al comma 4, appena citato (v., anche, P. M. ZERMAN, *Partenza in salita per la* class action cit.). Singolare potrebbe apparire l'affermazione di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., p. 218, secondo cui "*l'azione per l'efficienza dell'amministrazione e del concessionario di servizi pubblici non sembra presupporre né interessi collettivi né interessi diffusi*", se non fosse che, andando oltre (p. 210) l'Autore chiarisce che "*l'azione per l'efficienza* è [...] *data da una somma di situazioni giuridiche individuali perfettamente divisibili, se pure riferite alla pretesa del risultato dell'attività amministrativa, che è bene della collettività*". E questa sembra, a chi scrive, un'affermazione, fra le più originali, ma anche, fra le più convincenti sul piano logico ricostruttivo dell'istituto, in quanto, a ben vedere né la legge di delega né il decreto delegato prendono in considerazione, come legittimato all'azione, il gruppo-collettività destinatario del servizio, e le stesse formazioni non individuali di cui all'art. 1, co. 4, le quali possono essere legittimate al ricorso, non in quanto *proprie della collettività* destinataria del servizio, ma perché hanno il potere di rappresentanza (anche non esclusivo) degli interessi individuali e omogenei di un determinato gruppo dei propri componenti;

ISSN 2036-7821

merito è stata interpretata come scindibile, per fasi, ed esperibile, pertanto, soltanto nell'eventuale (ma normativamente previsto) giudizio "di ottemperanza"[46].
L'accertamento della legittimazione attiva del ricorrente individuale implica un'operazione relativamente semplice, e analoga considerazione può farsi con riferimento all'eventuale interveniente individuale, stante il tenore dell'art. 1, co. 3, che la prevede[47].
Ciò non toglie che possano insorgere problematiche particolari.
Un esempio, venuto in evidenza – sotto differenti angolazioni – in una recente vicenda riguardante il servizio di mensa scolastica, è quello relativo alla cittadinanza come requisito essenziale per l'emersione dell'interesse al ricorso e dunque della titolarità della legittimazione[48].

---

[46] Nella formulazione dell'art. 1, co. 1-*bis*, l'idoneità delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*", sembra concorrere alla integrazione della nozione stessa di "*lesione*", mentre, nella formulazione dell'art. 4, co. 1, sembra voler incidere sul dispositivo di accoglimento solo limitatamente all'"ordine" che completa il contenuto, secondo la previsione dello stesso articolo 4, co. 1. Parrebbe dunque, che, nelle due proposizioni normative, all'idoneità sia assegnato un ruolo differente: nel primo caso assolverebbe al ruolo di qualificare la "lesione" *ex se*, nel secondo, quello di condizionare il potere ordinatorio del giudice, in vista delle attribuzioni che gli spettano nell'eventuale giudizio di ottemperanza (art. 5). Valorizzandone il primo profilo, vi si potrebbe attribuire il significato e il valore di una esimente, sulla falsa riga del medesimo istituto in campo penale; nel tratto successivo (riguardante il contenuto del dispositivo della sentenza *ex* art. 4, co. 1) la norma sembra piuttosto espressione della preoccupazione del legislatore delegato di non espandere eccessivamente il penetrante potere, spettante al giudice amministrativo, per via del potere sostitutivo che si accompagna alla sua cognizione, nell'art. 5, co. 1, con una "pigra" norma di rinvio, ovviamente formale (dal momento che al tempo, l'interpretazione pretoria della disposizione ivi testualmente indicata era stata assorbita nella sopravvenuta attribuzione formale dei poteri "*di cui all'articolo 27, comma 1, b. 4 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054*", anche con riferimento al giudicato amministrativo). Sul punto T. AJELLO, *Ricorso per l'efficienza ed efficienza del ricorso*, in *Gazzetta amministrativa, Pubblico impiego e responsabilità*, n. 1, 2011, pp. 159 e ss.

A ogni modo, in dottrina si è anche detto che la consistenza delle risorse strumentali inferirebbe solo al giudizio di responsabilità dell'Amministrazione ma non riguarderebbe l'accertamento della lesione. Cfr. C.E. GALLO, *La class-action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, p. 501 e ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, p. 313;

[47] I criteri di determinazione della legittimazione dell'interveniente a norma dell'art. 1, co. 3, coincidono con i criteri fissati per il ricorrente principale. Ma lo strumento litisconsortile ivi previsto, volto a favorire la confluenza, nel giudizio, dell'analogo interesse efficientistico dei soggetti che "*si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente*", introdotto sulla base di puntuale suggerimento del Consiglio di Stato (nel più volte citato parere della Sezione consultiva per gli atti normativi, pronunciato nella seduta del 9 giugno 2009, n. 1943) ha caratteristiche che inducono a ritenere che debba trattarsi, non di un intervento meramente adesivo dipendente, bensì di un intervento autonomo, non vincolato ad altro che all'osservanza dei termini fissati nella medesima disposizione. Sul tema, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, p. 357; ma anche G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 276 e ss. in particolare a p. 279, dove, trattando del procedimento applicabile, commenta e critica la sent. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 20 gennaio 2011 (ivi citata in nota) che, in assenza di una normativa di riferimento, ha ritenuto applicabili le disposizioni in tema di intervento del vigente c.p.a.;

[48] Ma si tratta in realtà di un falso problema in quanto la norma prende in considerazione non il "cittadino" ma l'individuo nella sua posizione di titolare di interesse omogeneo rispetto a quello degli altri partecipanti, nell'ambito di una collettività destinataria di una funzione o di un servizio. Si ricorda, in argomento, l'ormai "storica" sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 6 settembre 2013, n. 8154, che, in ordine alla generalizzata violazione dei termini di conclusione del procedimento di rilascio del permesso di soggiorno di lungo periodo, anche per quanto concerne i familiari a carico, il T.A.R. ha ritenuto legittimati a proporre ricorso cumulativo un

ISSN 2036-7821

Un esempio differente, suggerito dalla casistica, potrebbe essere quello di un servizio idrico di fornitura di acqua potabile che vede in posizione differenziata rispetto alla generalità degli abitanti di un Comune, gli abitanti di un comprensorio residenziale con rete autonoma attingente a un punto di raccolta[49].
Si potrebbero, invero fare tante ulteriori ipotesi, perché le problematiche difficilmente si rappresentano lineari, nella realtà fenomenica[50].
L'analisi, dunque, è sempre da farsi caso per caso, muovendo dalle determinazioni relative alla particolare funzione o servizio, in relazione alla programmazione e agli obiettivi perseguiti, da cui si evince la specificità relativa alla collettività alla quale il servizio deve essere reso o al quale si indirizza la funzione.
A differenti problematiche induce la legittimazione attiva contemplata nell'art. 1, co, 4, in capo a "*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1*".
Il principio di sussidiarietà orizzontale riferito ai singoli nel co. 4 dell'art. 118 Cost., non è che uno degli aspetti della emersione a livello costituzionale del principio di "solidarietà".
Esso si esprime con vigore in ciò che concerne le garanzie e i diritti inviolabili dell'essere umano, in quanto tale, nella formula contenuta nell'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i "*diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*".
L'attuazione dell'art. 118, co. 4, Cost. si riconosce, nel co. 1 dell'art. 1, con riguardo alla tutela dell'interesse *uti cives* a cooperare nella funzione di controllo dell'"efficienza", nei limiti e alle condizioni previste da tale disposizione.
Il co. 4 dell'art. 1, del d.lgs. n. 198, non ha inteso spostare l'indice di tale riconoscimento in capo alle associazioni e comitati di utenti o consumatori ivi indicati, ma soltanto offrire ai suddetti utenti e consumatori, per così dire, una carta in più da giocare, ovvero di potersi avvalere di un'apposita organizzazione di fattori e mezzi, per la tutela del proprio individuale interesse "omogeneo", *uti cives*,

---

gruppo di cittadini extracomunitari, con riferimento alla denunciata violazione generalizzata dei termini di conclusione del procedimento sull'istanza dei familiari, con esclusione, soltanto, di quanti avevano già visto soddisfatta la loro richiesta o vi avevano rinunciato. Non vi è modo di sapere quale sarebbe stato invece l'orientamento del giudice di appello, poiché il relativo ricorso è stato dichiarato perento con decreto monocratico;

[49] Impostata la causa nel senso di riferirsi ad un servizio dovuto all'intera collettività comunale, il ricorso è stato respinto nel merito, in primo grado, per accertata insussistenza della inadempienza, e il problema della legittimazione attiva dei compartisti non ha avuto modo di emergere in appello, in forza delle dinamiche del giudizio di II grado, conclusosi con l'integrale conferma della sentenza del T.A.R. (v. TAR Toscana, sez. I, n. 712 del 2018, e, in appello, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n.1517). Si ha però motivo di ritenere che il problema della legittimazione attiva dei ricorrenti in primo grado non sia passata inosservata del tutto, in appello, poiché proprio il Consiglio di Stato, in una parte della motivazione, pur senza emettere al riguardo alcuna decisione, neppure meramente incidentalmente, ha, però, evidenziato l'alterità degli interessi facenti capo ai compartisti, rispetto alla generalità degli abitanti del Comune;

[50] Ricco di esemplificazioni è G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit, pp. 204 e ss.;

traendone una maggiore forza, organizzativa, di mezzi e di risorse, senza impingere sulla "individualità" degli interessi tutelati, che, oltre che individuali, devono anche essere omogenei, anche quando si organizzino in modo da poter essere "rappresentati" da un centro unico di imputazione dell'azione[51].
Ciò non fa, dell'organismo associativo, un titolare unitario del medesimo interesse, ma soltanto come si è detto, un "rappresentante unitario" (nel senso di "rappresentanza" speciale adoperata dal c.c.), centro di imputazione "unico" per tutti i titolari degli interessi individuali che vi sono associati, con la possibilità, per costoro, di utilizzare le "economie di scala", così massimizzando l'opportunità di concorrere "*uti cives*", al perseguimento dell'efficienza *standard*, ovvero dell'obiettivo comune ai due decreti delegati attuativi della delega di cui all'art. 4 della l. n. 15 del 2009.
Il processo di "*emersione*", dal "diffuso"[52] non ha nulla a che vedere con la "legittimazione" configurata nel comma 4 del comma 1, perché il meccanismo al quale la norma fa riferimento è desunto dalle disposizioni civilistiche e si correla a ciò che, nel diritto comune, indica il fenomeno in forza del quale più soggetti costituiti in un corpo morale, fanno convergere in un unico centro gli interessi coincidenti, ma propri di ciascuno, per la realizzazione dello scopo comune che diviene "statutariamente" lo scopo che l'associazione è legittimata a perseguire nel loro interesse (c.d. vincolo di scopo, nel caso: la rappresentanza in giudizio).
Le difficoltà che il diritto amministrativo ha incontrato e ancora incontra, nel dare "cittadinanza" ai suddetti corpi morali, circa la legittimazione attiva nell'ambito della tutela di interessi pubblici individuali, ma omogenei all'interno di un gruppo, e "non egoistici", può, in un certo senso, giustapporsi alle difficoltà con cui l'ordinamento giuridico generale è passato, nel campo delle relazioni intersoggettive, dalla teoria della "finzione" (art. 2, c.c. del 1865) al riconoscimento della "soggettività" e dunque della "personalità giuridica" *ex* art. 12, c.c. del 1942 (non più in vigore), via via muovendosi nel senso di annettere rilevanza a centri autonomi di imputazione, complessi e non corrispondenti al "tipo" desumile dal codice civile, in funzione attuativa dell'art. 18. co. 1, Cost.
Ai nostri giorni, recentemente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 20 febbraio 2020, n. 6, in funzione nomofilattica, ha enunciato il seguente principio di diritto: "*gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi*

[51] Nella relazione governativa si legge che, in questa materia, non solo non è possibile circoscrivere la legittimazione processuale a un elenco predeterminato di enti esponenziali di interessi collettivi, ma non sarebbe, comunque, opportuno;
[52] Vd. F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni*, ma anche *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e* class action, entrambi citati;

legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso"[53].

Nel contesto al quale si riferisce l'art. 1, co. 4, l'indicazione della Plenaria può essere utilizzata, non testualmente, ma in via di successive approssimazioni, a causa del riferimento della definizione a organismi "*legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie*".

Infatti, il comma 4 dell'art. 1 è ben lungi dal riconoscere titolarità di posizione attiva "autonoma" ad associazioni e comitati ivi previste, quale sintesi degli interessi (indifferenziati) degli appartenenti al gruppo.

Nel rapporto processuale del quale si tratta, la sola "proiezione" che conta, come elemento aggregante, è la rappresentanza processuale (non tecnica, ma speciale) in giudizio, di tutti i partecipanti all'associazione, che fanno anche parte del gruppo al quale si indirizza il servizio.

Ciò consente di allargare una tale possibilità anche ad organismi non costituiti *ad hoc*, purché (utilizzando i criteri metagiuridici dell'insiemistica) siano riconoscibili, in ambito associativo, quali "elementi" che sono appartenenti a quel particolare "gruppo" destinatario della funzione e del servizio del quale si tratta, e che, fra gli scopi dell'organismo associativo, vi sia quello della rappresentanza in giudizio di costoro, con riferimento agli interessi di individuale titolarità[54].

La rilevanza del rapporto associativo, ai fini della legittimazione processuale attiva nel processo per l'efficienza, non rinviene, dunque, copertura costituzionale in nient'altro che nell'art. 18 della Costituzione, e, se si vuole, nel principio generalissimo di solidarietà di cui all'art. 2, co. 2 Cost.

Sicché non è l'idoneità dell'aggregato a essere rappresentativo degli interessi della collettività, alla base della legittimazione in parola, ma l'idoneità a "tutelare" anche, l'interesse individuale omogeneo, dei propri associati o di un gruppo di questi, che fa dell'aggregato medesimo il possibile titolare della legittimazione *ex* art. 1, co, 4.

---

[53] Il principio si rinviene al § 9 della citata sentenza;

[54] La norma non specifica se le Associazioni o i Comitati siano quelli dell'art. 139 del Codice del Consumo. Come precisato da V. GASTALDO, *La* class action *amministrativo: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2016, p. 11 "*non sembra essere necessaria l'iscrizione dell'associazione in appositi elenchi, poiché è sufficiente che l'ente tuteli gli interessi collettivi fatti valere in giudizio*". Sul tema degli interessi collettivi, in generale, si rinvia a F.G. SCOCA, *Interessi protetti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, Roma, 1989; N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; M. CRESTI, Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi, Milano, 1992; A. POLICE, La tutela dei consumatori nel processo amministrativo, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999. Più di recente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008. A proposito della tutela dell'interesse ambientale, vd. M. CALABRÒ, *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, F. GIAMPIETRO (a cura di), Milano, 2006, p. 193 ss.;

ISSN 2036-7821

È in ciò, il tratto distintivo, rispetto alla legittimazione cui si riferisce l'indicazione nomofilattica della Plenaria n. 6 del 2020: la legittimazione processuale degli organismi ai quali si riferisce il d.lgs. n. 198 è la proiezione processuale del vincolo di scopo, che è elemento costitutivo del rapporto associativo, se, e in quanto, nel suddetto vincolo di scopo possa anche essere riconosciuta la tutela degli interessi individuali omogenei dei partecipanti o di un gruppo di tali partecipanti; in altri termini, se nell'ambito di tale collettività di cui all'associazione, sia possibile riconoscere una "*class*" o "gruppo" dei cui componenti l'associazione ha, anche, la rappresentanza degli interessi individuali.

Sembra allora che la suggestiva immagine della "emersione" da interessi diffusi, nel caso in esame, sia fuorviante. L'indicazione grammaticale della norma – sulla cui non tassatività convergono le opinioni dei commentatori – consente l'estensione della legittimazione attiva "anche" agli organismi di cui parla l'Adunanza Plenaria n. 6 del 2020, ma ciò sarà possibile soltanto, se e in quanto, sussistano le condizioni messe sopra in evidenza.

Ed è a questo punto che entra in gioco l'ulteriore insegnamento enunciato dalla Plenaria, in forza del quale è "*ultroneo verificare se, in concreto, tutti i singoli* [fra associati enucleabili come titolari di interessi omogenei, nell'ambito della relazione, con riferimento allo scopo] *nessuno escluso, siano stati effettivamente lesi*", il che equivale vale dire che la rappresentanza degli interessi individuali dei soggetti di cui al co. 1, può ritenersi sussistente anche nell'ipotesi nella quale tali soggetti entrino nell'associazione in quanto titolari di differenti interessi "collettivi" non direttamente riconducibile alla "efficienza" della P.A.

Sembra certo, allora, che, per chiarirsi le idee, non possa essere persa di vista la casistica, grande maestra delle molteplici implicazioni che di volta in volta si possono verificare[55].

---

[55] In questo senso sembrano tuttora, significative talune pronunce giurisdizionali, come:

- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 26 gennaio 2011, n. 552, con la quale è stata ritenuta la legittimazione attiva di CODACONS, in tema di ricorso *ex* d.lgs. n. 198 del 2009, relativo alla mancata adozione del piano generale per l'edilizia scolastica, stante la presenza, fra gli associati, di utenti del servizio scolastico: è proprio in tale pronuncia che rinveniamo applicazione del medesimo principio rinvenuto nella più recente sentenza della Plenaria e cioè che è irrilevante accertare che sussista la lesione effettiva e concreta di tutti gli interessi individuali omogenei, sul tema delle c.d. classi pollaio;

- T.A.R. Basilicata, sez. I, 21 settembre 2011, n. 478 che, nel ricorso avente a oggetto la mancata pubblicazione sulla pagina iniziale del sito *web* della Regione dell'indirizzo di posta elettronica certificata e la mancata adozione di tutti gli atti amministrativi necessari a garantire la fruibilità concreta – da parte degli gli utenti – della comunicazione con la Regione attraverso la posta elettronica certificata, proposto dal partito radicale e da un'associazione avente per statuto la tutela dei diritti digitali, ha ritenuto la legittimazione attiva di tale associazione, negandola nei riguardi del partito politico, in quanto rappresentativo di una classe generale ed eterogenea di interessi e, dunque, non legittimato ad esprimere gli interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei di una determinata classe di utenti o consumatori;

- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028, con la quale è stata ritenuta la legittimazione del CODACONS e dalla Società italiana di intervento sulle patologie compulsive, per l'emanazione delle linee

Anche i criteri fondamentali per l'individuazione del soggetto passivo del rapporto processuale destinato a instaurarsi per effetto dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 1 del d.lgs., n. 198 del 2009, hanno sede nel medesimo articolo 1, comma 5.
Non riguarda i criteri di individuazione della legittimazione passiva, il comma 1-*ter*, ma la delimitazione degli ambiti ordinamentali ai quali non può trovare applicazione la funzione di controllo esterno dell'efficienza, delineata nel d.lgs. n. 198 del 2009. In forza di tale comma, il decreto non si applica a "*le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri*"[56].
È dedicato, invece, alla legittimazione passiva, il comma 2 dove è fissato l'obbligo di dare "immediatamente notizia" del ricorso "*sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati*" e di farne comunicazione "al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione".
Considerato che la "notizia" sul "sito istituzionale" non è nelle disponibilità del ricorrente, sembrerebbe che il relativo onore non incomba né su costui, né tanto meno sulla Segreteria dell'organo giurisdizionale destinato a prendere cognizione della causa, che verrà a conoscenza del "ricorso" soltanto con l'iscrizione a ruolo.
Non resta, dunque, che il destinatario della notificazione, ma a questo punto, induce a qualche perplessità il fatto che la disposizione del co. 5 – che avrebbe reso meglio individuabile il soggetto onerato dell'incombente – sia stata posposta al co. 2.
Legittimi e immediati contraddittori sono gli enti "*i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1*"; a tali enti il ricorso deve essere notificato (co. 5, 1° periodo);

- questi (gli enti intimati) "*informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto*" (co. 5, 2° periodo);
- e costui (sempre in base a quanto precisato nel 2° periodo anzidetto) "*può intervenire nel giudizio*";

d'azione per la prevenzione, il contrasto e il recupero di fenomeni di ludopatia conseguente a gioco compulsivo, ai sensi dell'art. 1, comma 70, della l. n. 220 del 2010, nonché per l'avviamento delle misure di cui all'art. 24, comma 23, del d.l. n. 98 del 2011; ed è stato, al contrario, dichiarato inammissibile il ricorso riunito di altre associazioni, per il difetto di legittimazione, in base al riscontro statutario dello scopo perseguito.

[56] Trova inspiegabile tale esclusione, F. PATRONI GRIFFI, nei contributi citati alla nota 52, soprattutto per ciò che riguarda le amministrazioni indipendenti e la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Cfr. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *apertacontrada.it*, 2010 e M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 43 che si mostrano contrari alla esclusione delle Amministrazioni indipendenti poiché la legge delega, all'art. 4, lett. l), prevedeva che l'azione potesse essere esperita nel caso di mancato esercizio di poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori; e, poiché tali attività sono sovente assegnate ad amministrazioni indipendenti, la scelta del legislatore delegato non appare perfettamente rispondete alla legge delega;

ISSN 2036-7821

- *"il giudice, nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio"* (3° periodo del medesimo co. 5).

La regola principale che se ne può desumere è che la legittimazione passiva si determina – in primo luogo – sulla base della competenza a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni o omissioni del cui accertamento dichiarativo si tratta, il che non esclude in radice che rispetto a un determinato ricorso, i contraddittori necessari siano più di uno, nel caso che omissioni, violazioni e inadempimenti dedotti nel ricorso, siano ascrivibili a amministrazioni o gestioni differenti, nell'incrocio delle competenze e attribuzioni che si rinvengono nella enumerazione di cui al comma 1.

La lettura incrociata del comma 5 dell'art. 1 e dell'art. 3, che disciplina la diffida, individuandone il destinatario, ingenera il sospetto che la stessa diffida possa avere più di un destinatario "necessario", e che il procedimento extra-processuale al quale prelude possa non essere unitario.

Sennonché, accedendo alla interpretazione che, in questo scritto è stata desunta, dalla lettura dell'art. 3 del d.lgs. in esame, ci si avvede che il destinatario della diffida non può che essere unitario, e che dunque, mentre questa deve essere notificata sicuramente all'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario al quale fa capo la funzione o il servizio pubblico – cui spetterà, eventualmente, indicare al privato se "*la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari*" *ex* art. 3, co. 1 – viceversa il ricorso può avere più di un legittimo e necessario contraddittore.

Ciò può, in teoria, dare adito a una molteplicità di necessari contradditori, se gli addebiti sono più di uno e di differente natura, anche per quanto riguarda i centri di imputazione.

Evenienza che entra nell'ordinario, se si interpreta il comma 3 dell'art. 1, nel senso di autorizzare un intervento autonomo, ma che, in ipotesi, può verificarsi anche sulla base del ricorso principale.

Il legislatore sembra aver voluto evitare che una tale ipotesi possa determinare una pregiudiziale di rito irrisolvibile, e ha previsto che sia lo stesso giudice, di sua iniziativa, a ordinare l'integrazione del contraddittorio (3° periodo del co. 5, art. 1). Ma lo ha fatto con una formula che lascia perplessi anche alla stregua delle regole processuali vigenti – per il giudizio amministrativo – al tempo in cui il decreto è stato emanato[57].

[57] "Nella prima udienza", recita testualmente il comma 5, 3° periodo, per indicare il momento processuale in cui il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio. Lo scostamento, dalle dinamiche processuali del giudizio amministrativo, è plateale, ma le conseguenze di poco conto, poiché si tratta di adattare la disposizione ad una procedura che non prevede udienze di "apertura" del procedimento giurisdizionale, come nel giudizio civile;

In riferimento al co. 3, art. 1, non sembra che possano configurarsi controinteressati, ai quali il ricorso debba essere notificato: infatti, colui che versi in posizione corrispondente a quella individuata al comma 1 è, sotto un profilo sostanziale, "cointeressato" e, in ogni caso, il comma 3, come si è avuto modo di precisare, gli riserva la possibilità di un intervento autonomo.

Infine, gli Enti intimati – a mente del 2° periodo del comma 5 – "*informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio*": la norma ha il ruolo di accrescere la funzione di deterrenza dell'istituto in esame[58]. Non si rinvengono ulteriori chiarimenti procedurali, ma sembra che possa utilizzarsi, al riguardo, la disposizione relativa all'intervento in giudizio del "cointeressato", stavolta, però, con funzione giustificativa della violazione dello standard di qualità[59] e, pertanto, l'intervento sarà adesivo (dipendente) ad *opponendum*[60].

Sembra, invero, che la previsione riguardi (e, invero, possa riguardare) soltanto i dirigenti degli uffici dell'Ente pubblico e non anche, nell'ambito della gestione in concessione, soggetti titolari di autonoma rilevanza (ai fini della legittimazione processuale), tenendo presente che la concessione non dovrebbe avere, in teoria, che un solo centro d'imputazione del rapporto con la pubblica amministrazione e, dunque, anche nei confronti degli utenti-consumatori, legittimati al ricorso. Ciò in quanto l'efficienza, in funzione del risultato, inerisce per sua natura e per l'oggetto, al rapporto corrente fra concessionario e amministrazione concedente, tant'è che sul concessionario in quanto tale si configura, anche, l'assoggettamento al rispetto dei principi di cui al comma 1 dell'art. 1 della l. 241 del 1990, "*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*" (art. 1, co. 1-*ter*, l. n. 241 cit.).

Petitum, *causa petendi* e oggetto del giudizio connotano di singolarità l'azione introdotta dal d.lgs. n. 198 del 2009. Ciascuno di tali elementi riceve, infatti, nella logica processuale, una collocazione inusitata.

La *causa petendi* consiste nell'essersi verificata una disfunzione relativa a una funzione o a un servizio pubblico programmato per soddisfare determinati interessi pubblici, riferiti a una collettività, nel cui ambito, il soggetto assume la qualità di

---

[58] A. GIUFFRIDA, *La c.d.* class action *amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010, p. 25;

[59] Sul punto, F. MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2010, p. 7, ove osserva che "*L'intervento in giudizio del dirigente mirerà, certamente, alla dimostrazione ed allegazione di tutti quei fatti giustificativi (difficoltà strutturali, carenza di organico, indisponibilità di adeguate risorse finanziarie) che possano indurre il giudice a ritenere inevitabile la violazione dello* standard *di qualità e, per l'effetto, il rigetto del ricorso proposto dal singolo o dall'associazione di categoria*".

[60] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 368. Cfr. anche C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 11, 2011, p. 47 s., S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2012, p. 1557 e G. SORICELLI, *Considerazioni sulla* class action *amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, p. 140.

ISSN 2036-7821

utente, allorché sussista una relazione di causalità, rispetto a una o più condotte omissive o commissive, espressamente indicate nell'art. 1, co. 1.
L'oggetto del giudizio[61] si articola, a sua volta:

a) nell'accertamento della sussistenza di una di tali evenienze:
   - la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento;
   - la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi;
   - la violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150;
b) l'esistenza di un nesso di causalità, fra l'evenienza e la disfunzione.

Cosicché il *petitum* – sufficientemente determinato nel contenuto minimo dell'azione e della finalità[62] – non consiste nella domanda di accertamento meramente dichiarativo della sussistenza della specifica condotta commissiva o omissiva, essendovi incluso l'accertamento dell'obbligo di porvi rimedio, come è evidente dall'assoggettamento della relativa pronuncia giurisdizionale al limite indefettibile "*delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica*", tanto è che, poi, in numerose sentenze, l'espressione verbale, preferibilmente adoperata nei dispositivi delle sentenze di accoglimento è "*condanna*", in questo senso interpretandosi la volontà normativa, indipendentemente dall'espressione verbale adoperata nell'art. 4, co, 1.

4. La sentenza di accoglimento e la clausola di invarianza finanziaria.

La sentenza di accoglimento dell'azione contemplata nell'art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 198 del 2009 "*accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*".
La definizione normativa si colloca all'interno di un articolo che, formalmente, nei commi dal 2 al 4, indica modalità di trasmissione, a fini notiziali, della sentenza che definisce il giudizio: quanto al comma 2 dell'art. 4, indipendentemente dall'esito, di rito o di merito, di accoglimento o rigetto; mentre, nei commi 3 e 4, soltanto della

[61] V. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° luglio 2016, n. 6433;

[62] Cfr. sul punto D. GIULIANI, *La c.d.* Class action *pubblica: una tutela potenziale*, in *Corr. merito*, 2013, p. 61 e ss. Inoltre, laddove con il medesimo ricorso siano individuate una pluralità di situazioni in cui sia rinvenuta una inefficienza dell'esercizio di una funzione o nell'erogazione di un servizio, dovrà essere ben identificabile l'atto generale da emettere (cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 25 ottobre 2013, n. 672);

ISSN 2036-7821

sentenza di accoglimento nel merito, una volta che sia passata in giudicato e per finalità che eccedono quella notiziale.

Sotto un profilo burocratico, la comunicazione sembra riconducibile ai compiti delle Segreterie del giudice amministrativo, di cui, al massimo deve essere data indicazione, in sentenza, con l'usuale formula "manda alla Segreteria" seguita dall'incombente che dovrà essere posto in atto[63].

Per i profili sostanziali, peraltro, mentre la disposizione contenuta nel comma 2 assolve una funzione meramente notiziale, allorché si tratti di una sentenza di accoglimento, viceversa, la comunicazione della pronuncia, dopo il passaggio in giudicato, è caratterizzata della funzione di strumento di controllo esterno, nel circuito istruttorio finalizzato ad assicurare, attraverso il controllo dinamico delle prestazioni e degli adempimenti relativi a singole funzioni e servizi pubblici (anche in vista dell'adozione tempestiva delle necessarie misure riparatorie o sanzionatorie), l'efficienza *standard* necessaria al conseguimento del "risultato".

La comunicazione, infatti, dovrà essere effettuata:

a) "*agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 17 ottobre 2019 n. 150, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza*" ove la sentenza di accoglimento sia stata pronunciata nei confronti di una pubblica amministrazione (co. 3);
b) "*all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina*", nel caso che la sentenza di accoglimento sia pronunciata nei confronti di un concessionario di pubblico servizio.

Emerge, così, la funzione (per così dire) accessoria, della tutela accordata agli interessi individuali omogenei di cui all'art. 1, co. 1, quale "mezzo al fine" del

[63] Scarno d'indicazioni, il d.lgs. n. 198 del 2001 non fornice alcuna indicazione sull'ufficio a cui spetta, materialmente, di curare le comunicazioni di cui si tratta. Ragionevolmente, del ricorso notificato (art. 1, co. 2) sarà il destinatario, tramite i suoi uffici, a dovere curare la diffusione "immediata" della notizia. Al contrario, quanto alla sentenza che definisce il giudizio, e fra queste, la sentenza di accoglimento, una volta passata in cosa giudicata, la comunicazione parrebbe compito degli Uffici di Segreteria del giudice amministrativo. Prassi vorrebbe che la stessa sentenza ne contenesse l'indicazione. Ma nelle più recenti pronunce, di primo e secondo grado, non ve ne è traccia. Tanto per citarne qualcuna, fra le più recenti: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 4217 del 2020, nulla dice al riguardo; altrettanto dicasi della sent. n. 2524 del 2020 del medesimo T.A.R, Sez. III-*quater*, che pur tuttavia, in ambito differente, contiene il seguente avvertimento: "*manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute del ricorrente*"; non si rinviene alcuna indicazione nelle sentenze Cons. Stato, Sez. V, n. 1517 del 2019 e Sez. IV, n. 4539 del 2017. In una delle più remote in materia, invece (T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 559 del 2012, si trova la formula "*Dispone che, ove la presente pronuncia passi in giudicato, la stessa sia oggetto di comunicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 4 del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 ai destinatari e secondo le modalità che saranno specificate dall'odierno estensore a ciò delegato dal collegio*".

ISSN 2036-7821

perseguimento di un disegno unitario, espresso nella delega di cui all'art. 4 della l. n. 15 del 2009, al quale il legislatore delegato ha dato attuazione, con l'emanazione di due distinti decreti legislativi, unitariamente destinati alla realizzazione di un medesimo obiettivo[64].

E, però, a questo punto della trattazione, la sentenza di accoglimento interessa in sé, per confrontarne il dispositivo con il tracciato che l'art. 34 del codice del processo amministrativo fa dei dispositivi di accoglimento, relazionati alle tipologie di "azioni giurisdizionali" ammesse dalla disciplina codicistica, onde individuare elementi di raccordo con l'azione per l'efficienza, rimasta fuori dal circuito del c.p.a., pur dopo il correttivo di cui all'art. 1, d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160. che ha aggiunto un periodo al testo originario del comma 1, lett. c), del seguente tenore: "*l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio*"[65].

Ciascuna tipologia di "dispositivo" che soddisfa il *petitum* (art. 34, cp.a.), nel merito, può essere interpretato, compiutamente, soltanto relazionandovi, immediatamente, il tipo di azione giurisdizionale in cui si inserisce la pretesa sostanziale coronata di successo.

Ed è in questa circolarità del procedimento esegetico che si chiarisce il "*quantum*" e il "*quomodo*" della tutela che l'ordinamento giuridico ha inteso dare all'interesse individuale, rispetto alla "funzione" amministrativa (cui si riconnette la prestazione del "servizio" alla collettività determinata, o "gruppo", o "class")[66].

---

[64] Com'è stato ricordato nelle prime pagine di questo scritto, la funzione concorrente dell'azione per l'efficienza, quale "*strumento di pressione sugli apparati pubblici per garantire l'efficienza del procedimento di produzione del servizio*" era stata espressamente riconosciuta ed evidenziata nel più volte citato parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943, facendone uno degli elementi qualificanti, anche ai fini della compatibilità costituzionale del nuovo istituto. Ivi il Consiglio di Stato parla chiaramente di "*tutela in forma specifica*", trattandosi, dunque, di un'azione di accertamento mista a condanna a un *facere* specifico. In dottrina, sui poteri cognitori del g.a., si rinvia ad A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000 e, da ultimo, alle riflessioni di A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G. A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 61 e ss.

V'è chi, in relazione a tale azione, ha osservato che potrebbe essere il sintomo di un'evoluzione verso un'azione di esatto adempimento, anche considerato che l'azione di risarcimento è esclusa dal d.lgs. n. 198 del 2009. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012;

[65] Diversamente dall'azione per l'efficienza, la c.d. *class action* "privata" (richiamata nel comma 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 198/2009 mediante l'indicazione delle norme che la prevedevano e disciplinavano al tempo, ovvero, gli articoli "*139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206*") è ora inserita nel sistema della giustizia civilistica – per effetto della l. 12 aprile 2019, n. 31 – del libro quarto del codice di procedura civile, nel quale hanno trovato posto i nuovi articoli, dall'art. 840-*bis* c.p.c., all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., che ora disciplinano l'azione. Con la medesima legge (art. 5) sono stati abrogati gli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo cit.;

[66] G. CORSO, *Art. 34. Sentenze di merito*, in *Il processo amministrativo, Commentario al D. lgs. 104 del 2010*, A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), Milano, 2011., pp. 335 e s.;

ISSN 2036-7821

È la domanda di giustizia, che può essere rivolta al giudice, che qualifica l'azione ed è l'azione a determinare il contenuto della sentenza di merito che l'accoglie; però, ciò su cui deve indagare, è "quale domanda" può essere rivolta al giudice amministrativo (nel nostro caso, allorché, la pretesa si colleghi, in funzione reattiva, all'esercizio di una pubblica funzione).
Ciò, in quanto, in linea generale, è attraverso questo tipo d'indagine che può essere percepita, nei suoi contenuti e nei suoi limiti, la rilevanza che l'ordinamento giuridico (diritto oggettivo) ha inteso dare agli interessi individuali.
Nell'azione per l'efficacia nella pubblica amministrazione, si rinvengono profili che non trovano immediato riscontro negli schemi desumibili dal c.p.a. È vero che il codice del processo amministrativo non era stato ancora adottato, all'atto della emanazione del d.lgs. n. 198 del 2009, ma guardando agli eventi che hanno preceduto l'emanazione del testo definitivo del c.p.a, (il d.lgs. n. 104 del 2010) deve escludersi che la mancata addizione successiva di tale azione, sia stata una delle solite sviste del legislatore, in quanto, l'accertamento dichiarativo (di cui si riconoscono i connotati, sia nell'azione di cui all'art. 1, co. 1 del d.lgs. del 2009 sia nel dispositivo della sentenza di merito che vi dà soddisfazione), unitamente a quella di adempimento (che trova corrispondenza nel dispositivo disegnato nell'art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 198 del 2009, ma non nel costrutto logico della domanda, di cui all'art. 1, co. 1), non sono state poi enucleate, con consapevole volontà, dal testo definitivo del Nuovo codice del processo amministrativo varato con il d.lgs. n. 104 del 2010, malgrado fossero ricomprese nella delega legislativa[67] e nel testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato[68].
Come si è visto, il correttivo di cui all'art. 1, lett. e), d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 ha modificato l'originaria lett. c) del comma 1 dell'art. 34. Ma la postilla evidenzia e circoscrive la possibilità di avanzare una domanda di adempimento, al giudice amministrativo e, d'altra parte, il dispositivo di sentenza disciplinato dall'art. 4, co. 1, d. lgs. n. 198 del 2009 non reca nessun indizio dal quale possa desumersi che l'espressione "ordina", adoperata nella norma, intenda significare "condanna".
La conclusione è, in buona sostanza, che la c.d. *class action* pubblica, si discosta, per sua natura, dallo schema, non soltanto del giudizio impugnatorio[69] , ma anche di

[67] La delega in parola era contenuta nell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69;

[68] Si legge, nella Relazione al Codice, che il Governo ebbe a ritenere "*di non esercitare, allo stato, in parte qua tale facoltà concessa dalla delega, ritenendo adeguata e completa la tutela apprestata dalle azioni già previste dal Capo II*". Osserva al riguardo M. CLARICH, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo* cit., che invero l'uno e l'altro tipo di azione venivano a rappresentare "*con tutta probabilità, una delle innovazioni di maggior rilievo, sia sotto il profilo teorico sia sotto il profilo pratico, dell'intero corpo normativo*";

[69] L'azione si configura come "di accertamento con finalità propulsive". In termini: T.A.R. Sicilia, Sez. III, 14 marzo 2012, n. 559, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 16 settembre, 2013, n. 8388. ordine Così anche per V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace* cit., p. 29, secondo cui l'ordine "*avrà portata propulsiva rispetto alla violazione di termini o alla mancata adozione di atti amministrativi generali*

ISSN 2036-7821

tutte le altre tipologie di tutela ipotizzate nel c.p.a. che, tuttavia, possono essere utilizzate, come in effetti lo sonno state, fino ad ora, nei limiti in cui ciò è compatibile con l'obiettivo finale che qualifica l'azione, quale mezzo di tutela dell'interesse individuale omogeneo all'efficienza standard degli operatori pubblici e privati, in relazione a una determinata funzione o a un determinato servizio pubblico.

Vi è, dunque, contraddizione in termini, nel ritenere che gli interessi individuali omogenei destinati ad assumere rilevanza ai fini dell'azione della quale si tratta, possano essere ricondotti nella medesima categoria d'interessi alla cui tutela sono indirizzate le azioni in giudizio espressamente disciplinate dal codice di procedura amministrativa[70].

Ma questo non sta a significare né che il sistema della giustizia amministrativa non sia di per sé idoneo alla tutela che l'ordinamento si è determinato ad offrire all'interesse individuale omogeno, come disegnato dal d.lgs. n. 198 del 2009, né che questo sia estraneo all'ambito di attribuzioni giurisdizionali che la Costituzione ha fissato per il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa (art. 103 Cost.)[71].

E infatti, la richiamata posizione *uti cives*, non è priva di un "giudice" naturale, una volta che l'ordinamento l'ha individuata, alla stregua di posizione propria della persona (ed anzi, di ciascuna persona, all'interno del gruppo destinatario di una determinata funzione o di uno specifico servizio pubblico); si tratta di vedere – ma se ne parlerà oltre – se tale giudice sia stato correttamente individuato, dal legislatore, nell'ambito del riparto della giurisdizione fra le varie branche della magistratura (quella "ordinaria" *strictu sensu*, nella sua articolazione, in civile e penale a norma dell'art. 101, Cost.; quella amministrativa, *ex* art. 103, co.1; e quella contabile, *ex* art. 103, co 2).

---

obbligatori, oppure contenuto correttivo e riparatorio (o ripristinatorio) nel caso in cui vengano accertate disfunzioni o disservizi per violazione delle Carte dei servizi o degli standard qualitativi ed economici";

[70] In una delle prime sentenza sulla materia, il T.A.R. Lazio (Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028, nel caso c,d. "ludopatia") ha affermato espressamente che "class action" costituisce uno strumento di tutela "*aggiuntivo*" rispetto a quelli previsti dal codice del processo;

[71] Corretta la considerazione di A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici* cit., secondo cui, la mancata previsione, nel nuovo Codice del processo amministrativo fu dovuto alla mancanza di coordinamento delle due leggi di delega, rispettivamente la l. n. 69/2009 il cui art. 4 conferì la delega per la redazione del codice, e la l. n. 15 del 2009, in attuazione della quale sono stati emanati i decreti legislativi n. 150 e 198 del 2009. Sulla "elasticità" del Codice del processo amministrativo, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *G.d.A.*, n. 11, 2010, pp. 1121 e ss, e, più di recente, fra i molti, R. VILLATA, *Processo Amministrativo, Pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2, 2021, pp. 369 e ss. e F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi e domani*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 1097 e ss. Da ricordare, anche, in argomento. F. PATRONI GRIFFI, Class action *e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, dove, molto efficacemente, l'attuale Presidente del Consiglio di Stato tratteggia la correlazione fra le forme di tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri e l'assetto giuridico istituzionale dei poteri pubblici, "*quale è concretamente e positivamente dato*";

ISSN 2036-7821

Infine, in relazione alla sentenza di accoglimento, deve evidenziarsi che – una volta accertato che il cittadino ha titolo al corretto svolgimento della funzione – l'Amministrazione non possa ulteriormente valutare la richiesta di rispristino. Ossia, l'ordine del giudice amministrativo avrà natura conformativa dell'azione della P.A., quest'ultima onerata nel dar corso al corretto svolgimento della funzione o alla corretta erogazione del servizio[72].

Tuttavia, il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione, né stabilire i modelli comportamentali da osservare, poiché sotto tale profilo la P.A. mantiene l'autonomia politica e amministrativa che non è sindacabile dal g.a. Spetterà, dunque, al soggetto condannato individuare i provvedimenti più opportuni per rimuovere l'inefficienza e per riorganizzare il servizio[73].

Procedendo, nell'analisi della sentenza di accoglimento del ricorso di cui all'art. 1, co. 1, altri due elementi la caratterizzano rispetto ai dispositivi delle sentenze disciplinati dal codice del processo amministrativo: il limite dell'adeguatezza delle risorse e la clausola c.d. di invarianza finanziaria.

Nessuno dei due elementi è estraneo all'obiettivo perseguito globalmente dalla legge di delega ed enunciato anche in apertura del d. lgs. n. 198 del 2009, ovvero di "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*".

Nell'ambito di tale obiettivo – di cui sostanzialmente, "l'azione in giudizio" è lo strumento con cui si materializza l'iniziativa individuale che provoca il controllo esterno del giudice amministrativo, in attuazione della sussidiarietà orizzontale cui si riferisce l'art. 118 Cost. – la "idoneità delle risorse", dapprima come parametro dell'esistenza stessa della lesione individuale (art. 1, co. 1-*bis*) e, successivamente, come limite del dovere di ottemperare all'ordine contenuto nella sentenza definitiva (art. 4, co. 1 e art. 8), non ingenererebbe alcuno stupore, se non fosse per la sua anomalia, rispetto ai dispositivi contemplati nell'art. 34 del codice del processo amministrativo[74].

---

[72] Cfr. G. SORICELLI, *Considerazioni sulla* class action *amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, 2010;

[73] Sul punto A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici* cit., secondo cui "*il giudice, se accerta la violazione ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio, lasciando intatta la discrezionalità dell'amministrazione e l'autonomia del concessionario circa la individuazione delle misure più idonee*". In ogni caso, non sarebbe astrattamente esclusa la nomina del commissario ad acta, in applicazione della regola generale dettata dall'art. 34, lett. e), c.p.a. Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo* cit., p. 297;

[74] In dottrina, c'è chi ha visto, nel "vincolo" delle risorse (non previsto nello schema originario del decreto delegato) il momento logico della trasformazione dell'azione data al titolare di interessi individuali omogenei, da azione "*finalizzata, nell'interesse del ricorrente, all'efficacia dell'azione amministrativa, in un'azione per l'efficienza*". In questo senso, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 321. A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., p. 241, preferisce porre l'accento sulla preoccupazione del legislatore delegato di non aggravare la spesa pubblica (elemento comune alla mancata previsione dell'azione di adempimento nel nuovo codice del processo amministrativo). La giurisprudenza si è limitata a evidenziarne la portata limitativa dei poteri decisori (a partire da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 30 luglio 2012, n. 7028). V. GASTALDO, *La* Class action

Può ritenersi di ordine pubblico il principio sintetizzato nel brocardo "*ad impossibilia nemo tenetur*"[75], sicché non è illogica né incongrua, la natura esimente riconosciuta nell'art. 1, co. 1-*bis*, ai fini della valutazione della lesione, né è irrazionale il limite apposto in via preventiva al dovere di ottemperanza.

Il vero problema è di sapere a chi spetti il giudizio di idoneità e, posto che spetti al giudice amministrativo, come tale potere si inquadri, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma non estesa al merito, che gli è attribuita, sia in tema di valutazione della lesione, sia più in generale, nella decisione di cui è espressione la sentenza di cui all'art. 4, co. 1[76].

Non è estraneo neppure agli obiettivi che si propone la legge di delega, la clausola di invarianza, che è però, anch'essa, del tutto insolita, oltre che anomala, come limite preventivo del potere "ordinatorio" del giudice amministrativo, espresso nel dispositivo della sentenza definitiva di accoglimento "nel merito".

Con ogni probabilità, la difficoltà di inquadrare la tutela dell'interesse individuale omogeneo, nel sistema di tutela delle posizioni personali nei confronti della pubblica amministrazione, ha fatto perdere di vista la necessità di inquadrare anche l'eccezionale potere giurisdizionale di calarsi nel "controllo", sia pure "esterno" dell'efficienza, in rapporto ai vincoli di natura finanziaria, anch'essi disciplinati per legge, che incombono sulla funzione amministrativa e che rinvengono, nella programmazione e nella assegnazione effettiva, la dimensione finanziaria alla quale è condizionata l'attuazione di un determinato programma.

Vigente il vecchio testo dell'art. 81 della Costituzione, l'onere di copertura finanziaria, espresso con l'apposizione della clausola di invarianza finanziaria in talune leggi concernenti assetti organizzativi della pubblica amministrazione, in forza della elasticità che la stessa norma costituzionale consentiva nell'ambito della programmazione degli interventi, aveva dato luogo a gravi inconvenienti, ma già nel dicembre dello stesso anno 2009, a dieci giorni di distanza dal d.lgs. n. 198 del 2009, pubblicato nella G.U. del 31 dicembre successivo, è stata promulgata la l. 31 dicembre 2009, n. 196, pubblicata lo stesso giorno.

In tale legge è contenuta una normativa stringente e vincolante per le Amministrazioni pubbliche e sono stati introdotti strumenti tecnici e normativi volti

---

amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace cit., pp. 30 e ss., pone in rilievo l'incidenza delle disposizioni (contenute nell'art. 1, co. 1-bis e dell'art. 4, co.1) sull'attuale scarsa efficacia dello strumento, in quanto entrambi (l'inidoneità delle risorse e la clausola di invarianza) costituiscono strumenti facilmente utilizzabili per sottrarsi a pronunce di accoglimento scomode;

[75] Cfr. M.L. MADDALENA, *La* class action *pubblica*, *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013, p. 4 e, in particolare, in giurisprudenza si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 17 febbraio 2014, n. 1872;

[76] F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta* class action *amministrativa* cit., pp. 24 e ss. Infatti, come osservato in giurisprudenza, il giudice non può certo sostituirsi all'Amministrazione nell'individuare le scelte organizzative e gestionali. È esclusa la possibilità di poter dettare indicazioni specifiche, salvo non si tratti dell'ordine di adottare atti generali. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-*quater*, 6 settembre 2013, n. 8154;

ISSN 2036-7821

a evitare aspettative e diritti soggettivi, confliggenti con i vincoli finanziari ivi previsti.

Nel citato contesto, ragionevolmente è stato previsto l'inserimento della clausola anche nel contenuto di una pronuncia giurisdizionale che, altrimenti, avrebbe rischiato di entrare di peso nei vincoli finanziari dell'amministrazione, sebbene non destinata a risolvere conflitti di natura egoistica, in puntuali rapporti con le Amministrazioni pubbliche, ma soltanto a rendere concreto lo straordinario coinvolgimento nel perseguimento della efficienza *standard*, nella attuazione di incombenti inerenti a una determinata funzione o servizio pubblico[77].

A dieci anni dalla emanazione del decreto legislativo in esame, occorre rilevare che, la riforma, nel 2012, dell'art. 81 della Costituzione, ha dato una vera e propria sferzata ai vincoli non soltanto programmatici ma anche finanziari delle pubbliche Amministrazione, imponendo loro di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito,[78].

I primi commentatori del d.lgs. n. 198 del 2009, non potevano tenere conto di questa sopravvenuta svolta dei principi costituzionali relativi al bilancio dello Stato né della introduzione del principio del pareggio; quelli successivi hanno preferito concentrare la propria attenzione sugli aspetti "infrenanti" della clausola di chiusura, così come in tale ottica è stato da taluni considerato il requisito di "idoneità" delle risorse, ridondante nella duplice configurazione dell'art. 1, co 1-*bis*, come elemento di qualificazione della lesione degli interessi individuali (alla stregua di "esimente") e nel dispositivo della sentenza di accoglimento, come limite dell'onere di adeguamento all'ordine contenuto in sentenza[79].

---

[77] Si rivela allora corretta la considerazione di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. p. 214, secondo cui, l'inserimento della clausola di salvaguardia nella sentenza che decide, accogliendolo, sul ricorso di cui si tratta, si inserirebbe nella medesima esigenza di prevenire aggravi della finanza pubblica, che sarebbe alla base della mancata previsione dell'azione di adempimento nel codice del processo amministrativo, malgrado l'originaria previsione nello schema approvato dalla apposita Commissione De Lise. Ma l'Autore sembra non tenere nella debita considerazione il differente ambito di interessi, disciplinato e preso in considerazione, almeno al tempo, dal codice del processo. Pertinenti appaiono le considerazioni di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 321 e ss. intese a considerare ricomprese in unico disegno, sia la rilevanza del limite delle risorse, sia la clausola di invarianza, con la finalità di non aggravare il *budget* di cui l'Amministrazione dispone. Meno convincente A, SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, cit., secondo cui l'art. 1, co. 1-bis, si inserirebbe "*nella disciplina dell'interesse a ricorre*" con l'intento di limitarne i contorni. In generale sulle criticità di tale strumento giudiziale si rinvia a G. IACOVONE, *La class action tra efficienza amministrativa ed effettività processuale. Spunti critici*, in F. ASTONE-M. CALDARERA - F. MAGNANARO - F. SAITTA - N. SAITTA - A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, vol. II, pp. 1587 e ss.;

[78] La legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, ha introdotto il principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale;

[79] C. TUBERTINI, *La prima applicazione della "*class action *amministrativa"*, in *G.d.A.*, 2011, pp. 862 e ss. osserva come il limite delle risorse finanziarie riacquisterebbe vigore in sede di ottemperanza, in caso di dimostrata impossibilità di dare esecuzione alla pronuncia del g.a., a fronte della provata insufficienza delle risorse a disposizione;

ISSN 2036-7821

5. La giurisdizione del giudice amministrativo e l'individuazione del foro competente.

Dopo quanto si è detto non vi è ragione di dubitare né che il giudice amministrativo sia giudice naturale degli interessi individuali omogenei tutelati a norma dell'art. 1, co. 1, d.lg. n. 198 del 2009, né che il legislatore nazionale abbia fatto corretto uso della discrezionalità attribuita dall'art. 103 Cost. entro i limiti desumibili dalla stessa norma costituzionale, nell'attribuire, al giudice amministrativo, giurisdizione esclusiva, nell'ambito della tutela dello specifico interesse all'efficienza.

A parte la considerazione che lo schema originario di decreto è stato, per tali profili, esaminato dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato[80], con implicito avallo in ordine alla mancanza di dubbi di legittimità costituzionale della norma che assegna l'azione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, da tempo, ormai, il giudice delle leggi ha indicato principi e criteri per l'esercizio corretto del potere legislativo di estendere la tutela a diritti soggettivi, secondo quanto eccezionalmente consentito dallo stesso art. 103 Cost., desumibili dal coordinamento di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 204/2004 e n. 191/2006, con le quali la Corte medesima è intervenuta, rispettivamente, sugli ormai superati artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998 (con la prima delle sentenze) e sull'art. 53, co. 1, D.P.R. n. 327/2001 (con la seconda)[81].

---

[80] Cfr. il più volte citato parere, dell'Adunanza del 9 giugno 2009, n. 1943, in apertura del "Considerato" § 1 e oltre nel § 2, là dove la Sezione consultiva, pone in relazione "*la situazione giuridica rilevante*" con la tipologia di tutela accordata, inserita propriamente nell'ambito della "giustizia amministrativa". È irrilevante, in questa correlazione, l'aggancio alla nozione di "interesse" diffuso (in questo scritto più volte messa in discussione) essendo piuttosto incontrovertibile, quanto sottolineato dalla Sezione, in ordine al puntuale collegamento fra interesse tutelato e potere, rispetto al quale è destinato a risolversi il conflitto in sede giurisdizionale. Anche se l'ipotesi originaria sulla quale è intervenuto il parere si confronta su uno schema che, pedissequamente, riconosceva al giudice amministrativo giurisdizione anche "di merito", come indicato nella delega, poi estromessa dal testo definitivo, nulla cambia, per quanto concerne l'avallo implicito dato dall'organo consultivo alla individuazione del giudice titolare della giurisdizione, autorevole, anche se non dirimente in sé, perché l'ultima parola al riguardo appartiene alla Corte costituzionale, davanti alla quale non risulta tuttavia che sia mai stata posta la questione;

[81] Dalle due sentenze della Corte sopra citate può infatti desumersi che non è l'interesse pubblico in sé, né la materia su cui verte l'azione, ciò che fa del giudice amministrativo il giudice naturale della posizione giuridica lesa, ma, in via ordinaria, la natura di tale posizione soggettiva, in rapporto al potere autoritativo dell'Amministrazione pubblica e ai limiti costituzionali ai quali soggiace la discrezionalità; ma anche, in via eccezionale e in base a espressa previsione di legge (e in forza dei poteri attribuiti al legislatore dallo stesso art. 103 Cost.), la posizione di diritto soggettivo nel caso in cui la lesione si esplichi attraverso "comportamenti collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere (c.d. comportamenti amministrativi). Sul tema la letteratura è amplissima. Tra i primi commenti alle pronunce costituzionali citate si veda: sulla sent. n. 204/2004, F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2181 e ss.; sulla sent. n. 191/2006, G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1945 e ss. In merito cfr. anche A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 978 e ss.;

ISSN 2036-7821

I suddetti criteri sembra che siano stati osservati nel decreto legislativo in esame, che attribuisce l'azione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 1, co. 7), espressamente escludendo da tale ambito di applicazione, "*il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari*" (art. 1, co. 6)[82].

La scelta, dunque, è stata nel senso di ricondurre tale azione alla giurisdizione esclusiva e non di merito del giudice amministrativo[83], nonostante la legge delega all'art. 4, co. 2, lett. l), n. 2 estendesse la cognizione al merito e il successivo n. 4 prevedesse l'ordine del g.a. all'amministrazione o al concessionario di "*porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti*"[84].

Il g.a., dunque, non può sostituirsi all'amministrazione o al concessionario nella individuazione delle misure concrete da adottare, dovendosi limitare a verificare che la scelta iniziale dell'amministrazione (il risultato programmato) sia stata

[82] L'esclusine delle eventuali domande risarcitorie, dall'ambito di applicazione della disciplina per l'efficienza, secondo quanto disposto dal citato co. 6 dell'art. 1, è considerata argomento dirimente per quanto riguarda ogni dubbio sulla legittimità costituzionale della attribuzione della giurisdizione esclusiva, di cui al successivo co. 7 del medesimo articolo, da G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., p. 255. Tuttavia, vi è chi dubita della attribuzione esclusiva con riferimento particolare alla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi e, in parte, anche al mancato rispetto dei predefiniti criteri di efficienza per l'erogazione del servizio pubblico affidato al concessionario, in cui, si afferma, non sarebbero in giuoco "comportamenti" dell'Amministrazione pubblica. Cfr. in argomento. V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *Federalismi.it*, 2016, (al § 10) e C. CONSOLO - B. ZUFFI, *L'azione di classe* ex *art. 140*-bis *cod. cons., Lineamenti processuali*, Padova, 2012, p. 348. Sennonché, si deve replicare, è proprio in questo curioso intreccio che nella materia viene a determinarsi fra regole di azione, doveri e obblighi del concessionario in rapporto alla funzione allo stesso attribuita e agli interessi che ne vengono coinvolti in termine di efficienza, che si concretano quei viluppi di posizioni soggettive dai confini indefiniti che costituiscono la ragione stessa della scelta legislativa di attribuire la giurisdizione al medesimo giudice degli interessi legittimi;

[83] Sterminata è la produzione dottrinaria sul tema della giurisdizione di merito. Per gli scritti più datati – ma d'indiscusso rilievo – si rinvia a A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it*., 1969 e U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl*., 1969. Più di recente, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, vol. I, Padova, 2000 e ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, vol. II, Padova, 2001; E. PICOZZA, *commento all'"art. 7 – giurisdizione amministrativa"*, in *Codice del processo Amministrativo*, E. PICOZZA (a cura di), Torino, 2010, pp. 12 e ss.; F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, fasc.1, 2021, pp. 1 e ss.; R. VILLATA, *Antonio Amorth e la Giustizia Amministrativa*, fasc. 1, 2021, pp. 101 e ss. Nella manualistica, A. POLICE, *Le "forme" della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017;

[84] Per M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice* cit., la previsione di una giurisdizione estesa al merito nell'ipotesi di un'azione per l'efficienza dell'amministrazione avrebbe rappresentato un "*unicum*" nel panorama degli ordinamenti occidentali, con attribuzione di importanti poteri al g.a. che gli avrebbero consentito di assumere il ruolo di "manager *pubblico*". In particolare per l'A. tale estensione al merito amministrativo "*consente di sindacare l'opportunità delle scelte amministrative e di adottare misure sostitutive nei confronti dell'amministrazione* […]. *Per porre fine a certe disfunzioni il giudice (e per lui il* commissario ad acta*) dovrà trasformarsi in una sorta di* manager *pubblico*". Cfr. anche G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., p. 303, che osserva come la scelta della giurisdizione estesa al merito avrebbe comportato problemi, con riguardo ai concessionari di servizi pubblici, per incompatibilità con il principio di libertà e d'iniziativa economica;

ISSN 2036-7821

correttamente portata a compimento, secondo i parametri (gli standard di efficienza) predeterminati dall'amministrazione (o dall'autorità di regolazione per i concessionari)[85].

In questo senso, peraltro, l'attività amministrativa non resa in conformità dei parametri di efficacia, già predeterminati o previsti dalla legge, conduce anche all'illegittimità (oltre che all'inefficienza) e, per tale verso, la correttezza dell'attività amministrativa è sovrapponibile alla legittimità[86].

Anticipando, inoltre, quella che diverrà una regola generale del processo amministrativo, il legislatore delegato ha disposto (art. 1, co. 7) che "*le questioni di competenza sono rilevabili d'ufficio*". La norma, come per altre regole procedurali fissate con il d.lgs. n. 198 del 2009, disciplina un aspetto soltanto delle problematiche legate all'individuazione del giudice competente ad essere investito di una determinata controversia, fra l'altro senza indicare alcun limite alla rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza, né la fonte a cui attingere per la disciplina generale dell'istituto.

Entrato in vigore, di lì a poco, il nuovo codice del processo, il problema si è risolto da solo, rinvenendosi la disciplina della competenza nelle norme contenute nel Capo IV, del Titolo I del Libro I (artt. dal 13 al 16) del c.p.a., tutte ritenute applicabili all'azione per l'efficienza, compresa la disposizione che, al comma 1 dell'art. 15, fissa un limite alla rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza (fino alla sentenza di primo grado) e l'altra, in forza della quale, "*nei giudizi di impugnazione esso* (il difetto di competenza) *è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza*" (art. 15, co. 1, 2° periodo, c.p.a.)

Nella dinamica del processo amministrativo, l'individuazione del foro competente ha dato adito a numerosi problemi, prima e dopo l'emanazione del nuovo codice del

---

[85] Nonostante quanto si è detto nel testo v'è chi ha osservato che "*il giudice amministrativo assumerebbe in sostanza «le vesti di una sorta di inedito* Ombusdman*», i cui poteri di cognizione si estendono sino alla valutazione delle modalità di utilizzo delle risorse finanziaria, strumentali ed umane delle Amministrazioni inadempienti*" (A. GIUFFRIDA, *La c.d.* class action *amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità* cit., p. 43). Cfr. anche U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la* class action cit., p. 251. Per la definizione di Ombusdman si veda G. DE VERGOTTINI, voce *Ombusdman*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1979, XXIX, p. 884;

[86] In relazione al rapporto di continenza e di rispondenza del "risultato" nel principio di legalità, cfr. S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE - F.G. SCOCA (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004, pp. 41-50. L'amministrazione di risultato (o, meglio, i risultati dell'amministrazione) diventa strumento di misurazione della capacità della stessa di perseguire gli obiettivi e, dunque, di rispondenza al criterio di buon andamento e ai profili corollari di economicità, efficienza ed efficacia. Cfr. sul punto L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., pp. 307 e ss. Cfr. anche A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2018, pp. 551 e ss.

Alla presente azione si attaglia perfettamente quanto osservato da F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, pp. e 75 ss. secondo cui efficacia e legittimità sono "*due modi distinti e concorrenti, anzi in qualche modo intrecciati, di valutazione dell'attività amministrativa*";

ISSN 2036-7821

processo amministrativo[87], ma, dalla casistica giudiziaria, sembrerebbe che non ne abbia dato, di particolari, nei giudizi dei quali si tratta (la stessa Rassegna curata dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato, sfiora appena il problema)[88].
Da segnalare è, tuttavia, la difficoltà di adattare, nella ricerca del foro competente (in tema di azione per l'efficienza), la regola di cui al comma 4-*bis* dell'art. 13 (aggiunto dal correttivo di cui al d. lgs. n. 160 del 2012)[89], alla specificità dell'azione.
È da ritenere, al riguardo, che, per orientarsi correttamente, occorre tenere nettamente distinte la nozione di "*interesse a ricorrere*" adoperato nella norma processuale (ivi, con ogni evidenza, da ricondursi al comportamento riprovevole, che ha determinato la lesione "*diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*"), dagli interessi che sono alla base della titolarità della "legittimazione a ricorrere", che si indirizzano alla funzione o al servizio pubblico che deve essere reso al "gruppo" di appartenenza, e che è quello che consente l'individuazione dell'elemento soggettivo, all'interno del gruppo.
L'esigenza di tale precisazione viene dalla necessità di portare l'attenzione sulla circostanza che l'inserimento dell'azione per l'efficienza nelle tipologie disciplinate dal codice del processo amministrativo può avvenire soltanto facendo dipendere il modello processuale, da adattare all'azione, dalla natura de "la violazione, l'omissione o l'inadempimento", il cui accertamento dovrà costituire l'oggetto dell'accertamento indicato, nell'art. 4, co. 1, come componente essenziale, poi, del dispositivo della sentenza di accoglimento.
Ancorché, dunque, l'azione per l'efficienza sia configurata, nel decreto legislativo che la istituisce, alla stregua di un mezzo unitario di tutela a carattere correttivo, volta al

[87] La disciplina codicistica sulla competenza richiese un apposito correttivo, intervenuto con d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160;

[88] Approfondimenti, possono essere fatti, partendo dal primo apparire delle problematiche sulla competenza, con l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, con l. 6 dicembre 1971, n. 1034, che, salvo le ipotesi limitate di competenza inderogabile, fra cui, specificamente, quella funzionale del T.A.R. del Lazio, sede di Roma, prevedeva, all'art. 31, co. 1, la regola della non rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale, sulla falsa riga della disciplina dell'istituto nel codice di procedura civile. Per approfondimenti, A. ANDREANI, *La competenza per territorio dei Tribunali amministrativi*, Milano, 1974; P. STELLA RICTHER, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975; A. DE ROBERTO, voce *Competenza (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1989, 3; E. CANNADA BARTOLI, *Questioni sul giudizio di competenza territoriale*, in *Giur. It.*, 1996, pp. 375 e ss: A. POLICE, *La competenza del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2003, pp.120 e ss. Con riferimento, invece, alla disciplina codicistica, applicabile anche all'azione della quale ora si tratta v. P. CARPENTIERI, *Le questioni di incompetenza*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; nelle linee generali, fra i primi commenti, C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e di giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2010. Più attuale, A. POLICE, *La competenza*, in *Giustizia amministrativa*, F.G. SCOCA (a cura di), Torino, 2017, pp. 333 e ss.;

[89] Il comma 4-*bis*, dell'art. 13 del c.p.a., dispone nel senso che "*la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza*";

ISSN 2036-7821

controllo sull'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa[90], essa in realtà si articola in maniera differente, a seconda che l'addebito venga fatto consistere, nella " violazione di termini", o nella "mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo (da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine normativamente definito)", "dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi" (stabiliti in base agli atti e modalità di cui allo stesso art. 1, co. 1), così che possono aversi azioni riconducibili a differenti tipologie disciplinate dal codice del processo amministrativo.
Orbene, è in rapporto alle anzidette tipologie che, ad avviso di chi scrive, la competenza territoriale deve essere determinata, ivi compresa quella funzionale e inderogabile del T.A.R. del Lazio, di Roma.

6. Il giudizio di ottemperanza.
L'art. 5 del d.lgs. chiude il cerchio dei poteri giurisdizionali del giudice amministrativo, nell'azione per l'efficienza, che il legislatore nazionale avrebbe voluto estesi al merito già nella fase cognitoria, ma che il legislatore delegato ha evidentemente interpretato nel senso che tali poteri potessero riferirsi, esclusivamente, al successivo ed eventuale giudizio di ottemperanza e, dunque, l'indicazione della delega, a tale riguardo, fosse, comunque, attuata, frammentandone in due momenti differenti, il contenuto volitivo.
Tale potere (di estensione della cognizione al merito), nel giudizio di ottemperanza, si configura fortemente limitato, per via indiretta, dai vincoli apposti al potere ordinatorio, nel dispositivo della sentenza di accoglimento, in base all'art. 4, co. 1.
Il rinvio all'art. 27, comma 1, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924, è pacifico che debba, ora, intendersi, al procedimento di cui agli artt. 112/115 c.p.a. e che l'azione relativa abbia come presupposto la "*perdurante inottemperanza*" oltre il termine fissato nella sentenza[91].
Vi è tuttavia, ancora qualche titubanza, sul fatto che, nel silenzio della norma, la disposizione abbia voluto ricomprendere l'eventuale nomina del commissario *ad acta* (art. 114, co. 4, lett. d, c.p.a.)
I più sono dell'opinione che tale possibilità sia del tutto implicita[92] ma non manca chi, al contrario, avanza il dubbio che una siffatta nomina possa risolversi nella

[90] La definizione è di G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo* cit., che l'adopera in più parti del testo, ma in particolare a p. 340, per specificare come, nello spazio della tutela giurisdizionale delle posizioni rilevanti in tema di efficienza (o anche "efficacia"), l'ordinamento offre anche strumenti aggiuntivi o complementari o sussidiari, o alternativi ed escludenti (come in ipotesi l'azione inibitoria ex art. 140 del codice del consumo ora assorbita dal codice di procedura civile).
[91] A. PALMIGIANO, *La* class action *nei confronti della pubblica amministrazione*, Roma, 2014, p. 25 e C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A., per l'efficienza dell'amministrazione*, Molfetta (Bari), 2010, p. 60;
[92] Fra i molti, M. GNES, *L'applicazione della "*class action*" pubblica, in materia di immigrazione*, in *G.d.A.*, n. 7, 2014, p. 740;

ISSN 2036-7821

violazione del principio di invarianza finanziaria (in relazione all'art. 8 del d.lgs. n. 198 del 2009) per via della disposizione contenuta nell'art. 57 D.P.R. n. 15 del 2002 che prevede la corresponsione di un compenso al commissario *ad acta*, in quanto organo ausiliario del Giudice amministrativo[93].

La più ragguardevole delle perplessità investe la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza nei confronti del gestore del pubblico servizio[94].

Pur con le perplessità che derivano dal non avere rinvenuto precedenti giurisprudenziali specifici, il dubbio se il giudizio di ottemperanza possa essere esperito nei confronti del gestore di pubblico servizio, dovrebbe potersi risolvere, ad oggi, facendo applicazione dell'art. 112, co. 1, c.p.a., in forza del quale "*i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*".

Per la verità, già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5 del 2005, aveva sciolto il nodo, con riferimento ad un soggetto privato succeduto a un soggetto pubblico e alla possibilità di coinvolgere, nell'ottemperanza, all'ordine di esibire la documentazione amministrativa, il soggetto di diritto privato.

L'elemento di raccordo, fra l'assoggettamento al giudizio di ottemperanza e il soggetto privato al fine di accertarne la legittimazione passiva, è stato rinvenuto nella natura dell'oggetto sostanziale della pretesa che ha trovato accoglimento nel giudicato di cui si tratta e nella sua idoneità a trasferirsi, per effetto della successione, nella sfera giuridica del soggetto privato. Nel caso, ha osservato la Plenaria, "*la giurisprudenza è venuta chiarendo, sin dall'indomani della emanazione dell'art. 23 della legge n. 241 del 1990, che le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico etc). La detta linea interpretativa ha ottenuto conferma legislativa con le modifiche apportate all'art. 23 dalla cit. legge n. 241 del 1990 dalla legge 3 agosto 1999 n. 265 e, più ancora, con la recente legge n. 15 del 2005 che si è spinta fino ad iscrivere - agli effetti dell'assoggettamento alla disciplina sulla trasparenza - tra le pubbliche amministrazioni anche i soggetti che svolgono (come nella specie) attività di pubblico interesse*" Cosicché, nessun dubbio residuerebbe una volta

[93] V. GASTALDO, *La Class action amministrativa* cit., pp. 33 e ss.;

[94] D. ZONNO, Class action *pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. Merito*, 2010, pp. 2362 e ss. avanza l'ipotesi che l'interessato dovrebbe rivolgersi all'Amministrazione concedente, o vigilante, affinché sia questa a ingiungere al concessionario di ottemperare (eventualmente anche adottando le misure sanzionatorie del caso), e, in caso di inerzia dell'Amministrazione, esperire nei confronti dell'anzidetta amministrazione l'azione per la declaratoria dell'obbligo di provvedere all'esercizio dei poteri di controllo e repressivi, in quella sede chiedendo la nomina di un Commissario *ad acta*. Un filone minoritario ritiene che nei confronti del concessionario andrebbe esperita un'azione esecutiva di diritto civile. In questo senso, S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra Innovazioni mancate e utilità effettive* cit., pp. 1575 e ss. e G. CREPALDI, *Il ricorso per l'efficienza delle Pubbliche Amministrazioni: ipotesi ricostruttive e criticità*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 5, 2012, pp. 1454 e ss.;

ISSN 2036-7821

accertato che il soggetto privato (ovvero la società per azioni) "*è chiamata allo svolgimento degli stessi compiti già inerenti all'ente pubblico economico*".
Successivamente, con sentenza n. 42 del 2007, il CGA per la Regione Sicilia si è sostanzialmente adeguato all'indicazione della Plenaria, affermando il principio per cui, in tema di legittimazione passiva, nel giudizio di ottemperanza, l'elemento determinante nella ricostruzione del presupposto si identificherebbe con il dato oggettivo che l'adempimento si realizzi tramite attività correlabili alla titolarità di una pubblica funzione.
Dopo l'entrata in vigore del c.p.a. il fondamento normativo per l'individuazione della giurisdizione amministrativa in materia d'ottemperanza, nel caso in cui il soggetto resistente sia un gestore si un servizio pubblico, è stato rinvenuto – prima ancora che nell'art. 112, co. 1, c.p.a. – nell'art. 7, co. 2 del codice, laddove si afferma che "*per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*"[95].
Tali principi possono trovare applicazione, con i dovuti adattamenti, alla vicenda in esame, restando fermo (ad avviso di chi scrive) che non sembra praticabile la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 112 c.p.a., in quanto introdurrebbe surrettiziamente, nel giudizio di ottemperanza, una pretesa non contemplata, ed anzi espressamente esclusa, dall'art. 1, co. 6, dall'ambito di tutela accorata con l'azione *ex* art. 1, co. 1,

7. L'alternatività tra azione ex d.lgs. 198/2009 e gli strumenti di tutela di cui agli artt. 139, 140 e 140-bis del codice del consumo (oggi artt. 840-bis – 840-sexiesdecies c.p.c.).
In base all'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009, l'azione per l'efficienza non può essere proposta se, in relazione alle medesime condotte censurate: a) sia in corso di svolgimento un procedimento amministrativo instaurato da un organismo con funzione di regolazione e di controllo, istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato; b) sia pendente avanti al giudice civile un'azione

[95] In questo senso T.A.R. Sicilia, sede di Catania, sez. I, 5 settembre 2014, n. 2393. In tale caso il g.a. ha osservato che il codice ha utilizzato la nozione di Pubblica amministrazione in senso lato, ricomprendendovi anche tutti i soggetti ad essa assimilati, tra i quali rientrano le società pubbliche di gestione dei rifiuti, le quali devono essere costituite obbligatoriamente tra gli enti pubblici locali territoriali e sono deputate alla cura di predominanti interessi pubblici, tant'è che devono rispettare i principi del procedimento amministrativo ed agiscono esercitando anche poteri di natura autoritativa. Parzialmente diverso è l'orientamento del Consiglio di Stato che, in un caso, ha limitato l'equiparazione dei soggetti privati alla P.A. di cui all'art. 7 c.p.a. solo nell'ipotesi in cui è la legge a effettuarla espressamente, nonché nella misura in cui il soggetto privato è preposto all'esercizio di attività amministrative ed in relazione alle stesse (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 502; cfr. anche da ultimo T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 24 maggio 2021, n. 1660 e T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 20 ottobre 2016, n. 1317);

ISSN 2036-7821

inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 cod. cons., oppure un'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* dello stesso codice (c.d. *class action* civilistica o risarcitoria)[96].
Inoltre (art. 2, co. 2, 1° periodo) dispone che, qualora il procedimento di cui al comma 1 o un giudizio instaurato ai sensi degli articoli artt. 139 e 140 cod. cons (ma non nel caso di giudizio instaurato *ex* art. 140-*bis* del suddetto codice) siano iniziati dopo la proposizione del ricorso di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2009, il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei già menzionati procedimenti o giudizi (e a tale fine sono disposti a carico del soggetto contro cui sono proposte le azioni, gli incombenti di cui al comma 3 del medesimo art. 2).
Infine, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso per l'efficienza diviene improcedibile; mentre, in ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi giorni dalla definizione del procedimento di cui al comma 1, ovvero dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento.
Vi è alternatività e sussidiarietà fra le azioni contemplate nel comma 1, dell'art. 2, d.lgs. n. 198 del 2009, e l'azione di cui all'art. 1, co. 1 del medesimo decreto, collegate da una medesima *ratio*, che è quella di evitare possibili conflitti di giudizi, in ordine alla sussistenza o meno dell'asserita lesione, resi o da soggetti diversi per natura e funzioni (l'organismo di vigilanza e il giudice amministrativo), oppure da giudici appartenenti a due diversi rami della giurisdizione (giudice civile e giudice amministrativo).
Vi è una letteratura propensa a porre in evidenza il carattere residuale dell'azione dell'efficienza[97] e in questa direzione andrebbero, nella previsione del medesimo d.lgs. n. 198, sia il procedimento che si apre in seguito alla diffida (art. 3, co. 1 e 2), sia quello alternativo da utilizzare a scelta dell'interessato (art. 3, co. 3), espressamente volti a evitare il procedimento giurisdizionale, sia anche la preferenza sostanzialmente accordata ai "*procedimenti amministrativi instaurati da un organismo*

[96] Come si è già avuto modo di precisare, la disciplina di cui alle disposizioni da ultimo citate è stata interamente assorbita nell'ambito del nuovo Titolo VIII-*bis* del libro quarto del codice di procedura civile, ma ciò non ha comportato l'immediata inapplicabilità, di tali disposizioni, in quanto, sebbene la legge di riforma 12 aprile 2019, n. 31, pubblicata nella G.U. n. 82 del 18 aprile 2019, ne dichiari l'abrogazione (art. 5), l'art. 7, co. 2, della stessa legge ne assicura l'ultrattività, limitatamente "alle condotte illecite poste in essere precedentemente" alla entrata in vigore della legge anzidetta fissata al decorso di "dodici mesi dalla pubblicazione della medesima legge nella Gazzetta Ufficiale" (art. 7, co. 1), al fine di "*consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività' processuali con modalità telematiche*. Da segnalare che le modifiche del codice di procedura, hanno richiesto anche una modificazione delle norme di attuazione con l'introduzione del titolo V-*bis* delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, in materia di azione di classe (art. 2);

[97] In questo senso, fra gli altri, C.E. GALLO, *La* class actio*n nei confronti della pubblica amministrazione* cit.;

ISSN 2036-7821

con funzione di regolazione e di controllo, istituiti con legge statale o regionale e preposto al settore interessato"[98].

Una "maggiore incisività della misura", sembra essere alla base della preferenza accordata alle azioni già contemplate negli artt. 139 e 140 del codice del consumo, alle quali si riconoscono finalità correttive con rilevanti punti di convergenza con le finalità perseguite sostanzialmente dall'azione per l'efficienza. E, infatti, l'azione contro le imprese private è volta a proteggere il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato, e però con effetti limitati a una puntuale fase del "contatto" (negoziale o non), mentre quella nei confronti della pubblica Amministrazione o del concessionario interviene nella fase dinamica della funzione o del servizio.

Per ciò che concerne l'inibitoria privata, il punto di divergenza più significativo è costituito dalla legittimazione delle associazioni di consumatori e di utenti, che devono essere iscritte nell'apposito elenco ministeriali e chiaramente agiscono a tutela dell'interesse collettivo (cfr. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies*, co. 1, c.p.c.).

Altro aspetto critico è dato dalla circostanza che l'alternatività, così rigorosamente disciplinata nel d.lgs. n. 198, può lasciare senza copertura taluni degli interessi tutelati dall'art. 1, co. 1 del decreto delegato[99].

A tutt'altro obiettivo si indirizza la c.d. *class action* civilistica, disciplinata, già, dall'art. 140-*bis* del codice del consumo ed ora inserita nel c.p.c., volta a introdurre nell'ordinamento nazionale l'omonima azione conosciuta a livello internazionale e che per taluni profili sembrerebbe ispirarsi alle azioni volte a riparare danni diffusi provocati da eventi di notevole intensità. Ma le differenze sono molto di più dei punti di contatto e troppo complesse per essere affrontate in questa sede[100].

---

[98] Secondo G. VETTORI, *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, Milano, 2013, p. 1026, tale scelta appare ragionevole con riferimento agli artt. 139 e 140 cod. cons.; non altrettanto in relazione all'art 140 *bis*, volto ad ottenere il risarcimento del danno che non può costituire oggetto del ricorso per efficienza delle pubbliche amministrazioni;

[99] G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit., pp. 341 e ss. osserva come la disposizione che dispone l'improcedibilità dell'azione al passaggio in giudicato della sentenza di merito resa nel giudizio *ex* artt. 139 e 140, potrebbe "*privare il ricorrente di uno strumento di tutela non concesso nell'altra sede di giudizio. Infatti, se anche ricorresse il presupposto della medesimezza delle condotte, potrebbe essere diversa la finalità delle due azioni*"; il ricorrente, a causa dell'imposta alternatività, "potrebbe vedersi privato del solo mezzo di tutela idoneo a fargli conseguire lo sperato (nel giudizio di efficienza) risultato in termini di efficacia e, indirettamente, in termini di efficienza (dato lo sforzo organizzativo e di aumento della produttività cui sarebbe costretta l'amministrazione al fine di garantire il miglioramento dell'efficacia, dato il vincolo delle risorse)". Pertanto, secondo l'A. cit., la "medesimezza" andrebbe intesa come "*medesimezza di risultato*" della sentenza che ordina al soggetto resistente di agire e non solo di "*medesimezza di condotte*";

[100] Il principale punto di contatto tra le due azioni afferisce alla legittimazione ad agire: anche per l'azione di classe privatistica, infatti, è previsto che ciascun componente della classe titolare dell'interesse omogeneo possa agire in giudizio (oggi cfr. art. 840-*bis*, co. 2). È chiaro, comunque, che l'omogeneità degli interessi deve essere interpretata con criteri del tutto differenti e certamente non rapportata dalla sussidiarietà orizzontale cui si ispira l'art. 1, co. 1 del decreto in esame. Ma tra le maggiori differenze non può sottacersi la conseguenza della mancata adesione all'azione di classe. L'attuale art. 840-*septies* c.p.c. disciplina il procedimento di adesione dei titolari di interessi omogenei a quelli azionati. Pertanto (come già per il precedente art. 140-*bis* codice del consumo), gli

ISSN 2036-7821

La *class action* privata inerisce a una determinata relazione rispetto alla quale i soggetti legittimati si configurano quali consumatori o utenti; riguarda la violazione dei diritti loro spettanti in questa veste; persegue l'obiettivo della tutela della parte più debole del rapporto (obiettivo per nulla insolito nella disciplina civilistica sostanziale)[101].

Si differenzia, inoltre, dall'azione inibitoria di cui all'art. 140 (ora artt. 840-*bis* e ss., c.p.c.), in quanto finalizzata all'accertamento di responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno oltre che alla restituzione (a differenza della prima che è volta alla inibizione di fatti e comportamenti lesivi, nei confronti di consumatori e utenti in rapporto a una determinata fase della funzione o del servizio, e a eliminarne gli effetti dannosi).

In passato, in via dubitativa si ammetteva che l'azione *ex* art. 140-bis del codice del consumo potesse essere proposta, dopo il passaggio in giudicato della sentenza che accoglieva il ricorso *ex* art. 1, co. 1, d.lgs. n. 198 del 2009, per ottenere il risarcimento del danno, non conseguibile in sede di esperimento dell'azione per l'efficienza, ma riconducibile, in assenza di preclusioni normative dalla disposizione che, nell'art. 1, co. 6, lascia "*fermi i rimedi ordinari*"[102].

Il nuovo art. 840-*bis* c.p.c. reca una disposizione che merita di essere attenzionata poiché pare aver sciolto i dubbi sulla cumulabilità delle due azioni. Al co. 2 si prevede, infatti, che: "*l'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*". Sicché sembrerebbe essere confermata l'inutilizzabilità dell'azione di classe privatistica (volta ad ottenere una pronuncia risarcitoria) nei confronti della P.A. *strictu sensu* intesa, ma è invece espressamente ammessa nei confronti dei "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità". In questo modo – in virtù del terzo periodo del co. 2 – parrebbe non doversi più dubitare della possibilità di esperire l'azione di risarcimento *ex* artt. 840-*bis* e ss. c.p.c. sia nel caso in cui l'azione per l'efficienza venga proposta sia laddove quest'ultima non venga avanzata.

---

effetti della sentenza di condanna di risarcimento o restitutori, non saranno estendibili ai soggetti che non abbiano partecipato al giudizio. Al contrario, nel caso dell'azione per l'efficienza dell'amministrazione, gli effetti della sentenza di accoglimento e la conseguente rimozione delle violazioni, genererà dei necessari effetti *ultra-partes*, rispondenti a un miglioramento dell'efficacia dell'attività amministrativa con una pluralità di destinatari;

[101] Si pensi alle clausole di cui all'art. art. 1341 c.c.;

[102] In questo senso, V. GASTALDO, *La* Class action *amministrativa:* cit., pp. 16 e ss. Osserva, tuttavia, al riguardo, D. ZONNO, Class action *pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2366, che la *class action* privata consente di ottenere il risarcimento del danno per lesione di "diritti" individuali contrattuali o extracontrattuali, solo se derivanti dall'esercizio di attività imprenditoriale, cosicché l'accostamento fra le disposizioni può riguardare soltanto una tipologia di danno collegato all'azione per l'efficienza, ovvero quella che abbia come parte contrapposta un concessionario di pubblico servizio;

ISSN 2036-7821

8. Conclusioni.

A questo punto, sembra che talune conclusioni possano essere tratte, sul piano della giurisdizione che l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione (o, nella pubblica amministrazione, che dir si voglia) ha assegnato al giudice amministrativo.

Che l'azione abbia infranto gli schemi usuali del giudizio amministrativo è reso evidente da una molteplicità di indizi.

Anche prescindendo dalla efficacia *ultra-partes*[103] che l'attitudine correttiva della sentenza di accoglimento *ex* art. 4, co. 1, è destinata a esplicare[104], appare fermo che:

a) l'obiettivo, enunciato in apertura, dalla fonte legislativa che disciplina l'azione, è di "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione pubblica o la corretta erogazione di un servizio*";
b) il predetto obiettivo, sin dal suo configurarsi, non è visto in funzione di un interesse individuale egoistico del soggetto al quale è accordata la titolarità dell'azione, e neppure, a tutto concedere, del gruppo al quale il soggetto fa capo, bensì a rimuovere una "disfunzione" nel percorso attuativo degli interessi pubblici che funzione o servizio pubblico sono volti a soddisfare, in base agli obiettivi che una determinata programmazione si è proposta di perseguire, predisponendo risorse (strumentali, finanziarie e umane), a servizio di una determinata collettività (o gruppo, o "class")[105];
c) l'iniziativa individuale del soggetto o dei soggetti che all'interno del gruppo si caratterizzano per essere titolari di interessi omogenei, rispetto a quella determinata funzione, essendone utenti o consumatori, reali o potenziali, è concepita come "strumento" per provocare un controllo esterno del giudice amministrativo, sulla efficienza dell'azione amministrativa, che si concreta, poi, con la comunicazione che deve essere fatta, a cura degli uffici burocratici di quel giudice, agli organi indicati ai commi 3 e 4, deputati a specifiche funzioni di vigilanza e controllo; senza contare che anche indipendentemente dalle iniziative di tali organi, l'Amministrazione individua, sulla base della sentenza passata in

[103] A parte l'efficacia della pronuncia di accoglimento nei confronti di tutti gli appartenenti al gruppo, indipendentemente dalla loro partecipazione al giudizio, l'art. 4, commi 3 e 5, d.lgs. n. 198 del 2009, rende anche chiaro come il controllo esterno del giudice amministrativo sia destinato a riflettersi sulla sfera giuridica dei soggetti contemplati nel d.lgs. n. 150 del 2009, indipendentemente dal loro coinvolgimento nel giudizio. Infatti è innegabile che, come osservato da S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra Innovazioni mancate e utilità effettiv*e cit., pp. 1575 e ss., "*il miglioramento della qualità di un servizio pubblico e l'imposizione del rispetto di determinati standard prestabiliti, al pari dell'adozione di un atto amministrativo generale, non possono che favorire tutti i potenziali destinatari del servizio pubblico ovvero dell'attività della pubblica amministrazione*";

[104] Vd. U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino, cit*. p. 246 e F. CARINGELLA, *Al debutto la class action nei confronti della P.A.*, in *Il diritto per i concors*i, 2010, pp. 153 e ss. i quali, sulla base di tale considerazione, riconoscono una "*sorta di azione pubblica*", nel giudizio per l'efficienza;

[105] Aspetto, questo, reso rimarchevole dall'art. 1, co. 1-*bis*, che condiziona l'esistenza stessa della "lesione" alla idoneità delle "*risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate*";

ISSN 2036-7821

cosa giudicata, "*i soggetti che hanno concorso a cagionare le situazioni di cui all'art. 1, comma 1 e adottano i conseguenti provvedimenti di propria competenza*" (art. 4, co. 5).

In parole povere, il soggetto titolare della legittimazione entra, attraverso l'azione, nella "funzione amministrativa" (in ciò agevolato, in base a una legge, che positivizza il disposto dell'art. 118, co. 4, Cost.), ma soltanto mediante l'intermediazione del giudice amministrativo.

Se poi si ha riguardo ai meccanismi che governano il principio della domanda, ci si avvede che, anche per tali profili, l'azione in esame infrange gli schemi.

Pur essendo l'idoneità "*delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimat*e" elemento integrante della lesione, tuttavia nessuna prova o principio di prova si richiede al ricorrente e, a ben vedere, neppure ne è fatta richiesta alla parte intimata, in via di eccezionale inversione dell'onere della prova (in considerazione della, più che probabile, indisponibilità da parte del ricorrente), ma, con certezza, deve essere accertata d'ufficio, dal giudice che "deve" tenerne conto, alla stregua di una vera e propria esimente[106].

Il giudice, inoltre, ordina, d'ufficio (art. 1, co. 5), l'integrazione del contraddittorio nei confronti di una parte (resistente) necessaria del giudizio, che non potrebbe ammettersi, secondo i criteri ordinari del giudizio amministrativo[107].

Ancora, i due vincoli della idoneità delle risorse e della invarianza finanziaria, propri della funzione legislativa e di quella amministrativa (art. 81 e art. 97, co. 1, Cost.) entrano di peso nell'esercizio della funzione giurisdizionale, come limite dello *iussus iudicis*.

Si ha un bel dire, allora, che non possono in ciò riconoscersi i sintomi dell'esercizio di una giurisdizione oggettiva, perché altrimenti l'azione, se così fosse, non sarebbe più rivolta alla tutela degli interessi soggettivi, nei confronti della pubblica amministrazione, secondo lo schema del giudizio di parte previsto dall'art. 24 Cost., in correlazione al successivo art. 113, ingenerando così il sospetto della illegittimità

[106] Una siffatta configurazione delle cause di giustificazione, la si rinviene soltanto nelle maglie del giudizio penale, e nel ruolo ivi accordato alle "esimenti", in favore dell'imputato, al quale non si richiede neppure di non avere commesso l'azione, così come alla parte intimata alla quale comunque è da attribuirsi la condotta riprovevole relazionata agli indicatori specificati nella norma (art. 1, co, 1);

[107] Resta, valido, al riguardo, l'insegnamento desumibile dalla sentenza del Consiglio Stato, sez. VI, 27 agosto 2002, n. 4302, nella quale (non ancora vigente il Nuovo codice del processo amministrativo) è stato categoricamente escluso – con riferimento ad un provvedimento imputabile a più amministrazioni – che la notifica a una sola di esse desse la possibilità di integrazione successiva del contraddittorio, essendo inapplicabile la disposizione contenuta nell'art. 21 della l. T.A.R. (in tema di possibilità di integrazione successiva del contraddittorio, nei riguardi dei controinteressati, purché il contraddittorio fosse stato tempestivamente instaurato nei confronti di uno almeno di costoro), in quanto nei confronti dell'Autorità emanante (o delle autorità emananti, quando sono più di una) il termine di proposizione dell'azione è a pena di decadenza, e, come tale, "*non è suscettibile di interruzione*" (art. 2964 cod. civ.). L'art. 49 del c.p.a., non ha modificato, per tali profili, i termini della questione;

ISSN 2036-7821

costituzionale del decreto delegato in esame, tutto sommato anche per violazione della delega[108].

Il problema, in altri termini – se è vero (come è innegabile) che sussistono e concorrono insieme tutti gli elementi sopra evidenziati – non si può risolvere facendo ricorso al canone esegetico per cui, fra tutte le interpretazioni possibili della legge, deve essere privilegiata quella più conforme al dettato costituzionale[109].

Occorre piuttosto, invertire il processo esegetico e verificare se, fra tutte le interpretazioni possibili dei principi e delle garanzie che si rinvengono nella Carta costituzionale, sia o meno possibile individuare un principio di tutela delle posizioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri, che si riferisca anche alla posizione che il soggetto assume non per se stesso, bensì *uti cives*, e che sia riconducibile nel criterio di riparto, che ne assegna la giurisdizione al giudice amministrativo *ex* art. 103, co. 1, Cost.

In uno dei commenti più immediati, dopo l'emanazione del decreto, è stato osservato, nella sostanza che non è possibile piegare l'azione per l'efficienza "*interamente sulla giurisdizione di legittimità e sulla tutela ordinaria dell'interesse legittimo*" in quanto ciò equivarrebbe "*a sancirne un vero e proprio ripudio*"[110].

Nello stesso commento si suggerisce una lettura dell'art. 24 Cost. meno rigorosamente legata ai canoni di una giurisdizione a domanda[111].

Un passo ulteriore può essere compiuto, evidenziando come l'azione in parola non nega né la tutela individuale (purché sussista l'omogeneità degli interessi), né la necessarietà dell'iniziativa di parte, né la disponibilità dell'azione da parte di chi ne ha l'iniziativa, nei limiti nei quali le altre parti in giudizio vi aderiscano.

---

[108] In questo senso la posizione di F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza* cit., moderatamente condivisa da G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza* cit. p. 308 e s. Sulla natura oggettiva della class action cfr. E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.1, 2013, pp. 44 e ss.;

In senso categoricamente contrario cfr. S. VERNILE, *op. ult. cit*. A sostegno della propria tesi l'A. richiama la diversa azione risarcitoria e restitutoria prevista dal Codice del consumo a tutela dei consumatori, la cui efficacia soggettiva della sentenza si diversifica, da un punto di vista soggettivo, a seconda dell'esito del giudizio: in caso di accoglimento beneficiano degli effetti positivi dell'azione non soltanto i soggetti che abbiano preso parte al processo, bensì tutti i titolari di interessi omogenei; nel caso, invece, di rigetto non sono vincolati dall'esito del giudizio, potendo, pertanto, riproporre l'azione. Sul punto cfr. R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1205 e ss.

Invero, si potrebbe anche obiettare, che non cessano di appartenere alla materia delle relazioni intersoggettive (e dunque dei diritti soggettivi, che rinvengono nel giudice civile "ordinario" il loro giudice naturale), i casi di c.d. "volontaria giurisdizione", nei quali il giudice civile esercita un controllo repressivo ed ispettivo, sulla osservanza di doveri connessi all'esercizio di determinate funzioni (in particolare, si pensi al caso di carenza di attività degli organi sociali che giustifica l'intervento del giudice, nell'ipotesi di estinzione di società).

[109] Questa, in definitiva, sembra essere la ragione per la quale, gli autori sopra citati hanno negato la configurabilità di una giurisdizione oggettiva;

[110] In argomento, F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa* cit., p. 3;

[111] *Ivi*, pp. 24 e ss.;

ISSN 2036-7821

Non nega, anzi, richiede espressamente che, presupposto ineludibile della tutela, sia la lesione effettiva di un interesse proprio (ancorché omogeneo) di chi la invoca (ovvero che sussista "*una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*").
Altra cosa è constatare che, per iniziativa di parte, il giudice amministrativo viene immesso nel controllo dell'efficienza *standard*, in rapporto a puntuali regole comportamentali alle quali gli operatori pubblici e privati sono tenuti per legge (art. 1, co. 1) e che tale giudice è chiamato a operare, anche nell'interesse pubblico generale, quale garante della osservanza dei vincoli che – fissati (ora) negli artt. 81 e 97 comma 1 Cost. – erano già insiti nell'art. 81 Cost. vecchio testo, ma erano stati positivamente individuati e rafforzati, al tempo dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 198 del 2009, dalla nuova legge di contabilità e finanza pubblica, emanata il 31 dicembre 2009, n. 196.
Ed ecco allora, che, in vista di tale superiore interesse, il giudice amministrativo non è più astretto, nel corso del giudizio, dall'iniziativa di parte, ed è, anzi, tenuto d'ufficio ad accertare la sussistenza della lesione sulla base degli elementi costituenti, secondo le indicazioni dello stesso art. 1, ma poste in rapporto alle risorse a disposizione dell'intimato (co. 1-*bis*), indipendentemente dalle allegazioni di parte (del ricorrente come del legittimato passivo resistente) e a ordinare l'integrazione del contraddittorio, nei confronti di amministrazioni o concessionari ai quali il ricorso introduttivo non è stato notificato, anche qui contravvenendo a canoni generali della tipica azione giurisdizionale, disciplinata dal c.p.a., vedendo, poi, vincolati, in radice (e in funzione di tale superiore interesse), l'attitudine "ordinatoria" della sua pronuncia di accoglimento, e la futura ed eventuale giurisdizione estesa la merito, di cui al giudizio di ottemperanza (art. 4, co. 1).
Ciò anche nella considerazione che gli effetti della sua decisione di accoglimento, non si arresteranno alle "parti in causa", ma saranno destinati ad espandersi nelle sfere giuridiche di soggetti che, nell'ambito del gruppo sono titolari di interessi omogenei, ancorché, pur avendone la possibilità non abbiano partecipato all'azione (*ex* art. 1, co. 3), ovvero tutti i partecipanti al gruppo; ma non è tutto, in quanto ne restano coinvolti, sia pure trasversalmente, anche soggetti (operatori pubblici) rimasti estranei al giudizio, a norma dell'art. 4, commi 3, 4 e 5, del d.lgs. in esame.
In definitiva, quanto sopra evidenziato chiarisce che il giudice amministrativo è immesso, "a domanda" del soggetto legittimato a promuovere l'azione, in una funzione che pure essendo direttamente e immediatamente indirizzata a offrire tutela alla posizione soggettiva "*uti cives*" dedotta in giudizio, nei confronti della pubblica amministrazione o del concessionario del pubblico servizio, è però, anche, espletata nell'interesse generale, con l'obiettivo di esperire un controllo esterno non soltanto sul perseguimento dell'efficienza *standard* (reclamata dal Potere pubblico nei confronti dei propri operatori e dei concessionari di pubblici servizi) quanto

ISSN 2036-7821

piuttosto a garantire che (anche indipendentemente e a dispetto di tali pretese) tale efficienza sia perseguita con le risorse programmate e stanziate[112].

Ne deriva una complessità delle attribuzioni del giudice amministrativo che, certamente, eccedono le connotazioni tipiche, di una giurisdizione "a domanda", ma non per questo ne snaturano l'essenza fondamentale.

Infatti, non può essere revocato in dubbio che siano di interesse legittimo le posizioni individuali omogenee (oggetto diretto della tutela giurisdizionale), rispetto alla "efficienza" considerata in rapporto a un determinato "servizio" che il pubblico potere ha programmato di rendere al "gruppo" di appartenenza dei suddetti "interessati"[113].

Le connotazioni di tale interesse restano sostanzialmente identiche anche quando il pubblico potere ha deciso di avvalersi di un operatore esterno (il concessionario del pubblico servizio), in forza di uno strumento mutuato dal "diritto comune", che colloca nel sistema delle "obbligazioni contrattuali" le prestazioni dovute, per assicurarne l'efficienza *standard* richiesta dall'Amministrazione concedente.

È in questo processo complesso, che la giurisdizione del giudice amministrativo - deputato ad una funzione che va oltre quella tipica, invadendo (per senza impingere sulla discrezionalità) ambiti del "controllo" sull'esercizio del Potere amministrativo -

---

[112] È stato osservato che la valutazione dell'efficienza per le Istituzioni pubbliche – la cui finalità è la produzione di beni sociali che rispondano ai bisogni della cittadinanza – non può essere basata solamente sull'ottimizzazione nell'impiego delle risorse produttive *tout court*, ma deve essere collegata alla valutazione dell'efficacia della gestione. Sul punto cfr. A. D'ADAMO - C. LOMBARDI - A. ROSA, *Manuale per la gestione della performance nelle Pubbliche Amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2019, *passim*. Anche la "strategia", secondo G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, 2010, *passim*, diviene parte della valutazione dell'attività amministrativa, nell'ambito dei risultati raggiunti dalla P.A. Pure il Consiglio di Stato, nel parere n. 1943/2009 reso sullo schema del d.lgs. di attuazione della l. delega n. 15/2009, ha osservato che l'attività della P.A. deve essere valutata "*nel quadro dei fondamenti di macroeconomia, non solo in quelli nei quali tradizionalmente ha svolto un ruolo (stabilizzazione, distribuzione del reddito), ma anche con riguardo a quelli in cui solo in tempi recenti si è affermata la sua rilevanza (efficienza produttiva, sviluppo)*" (p. 4) che rappresentano nuovi parametri del buon andamento *ex* art. 97 Cost.;

[113] F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa* cit., p. 12, evidenzia come, seppure sia vero che gli interessi individuali "omogenei" si configurino meno rigorosamente degli ordinari "interessi legittimi", sembrando piuttosto "*interessi amministrativamente protetti*", dirimente sia, poi, sulla effettiva natura degli interessi tutelati, "*la necessità che dalla violazione degli standard e/o inefficienza tipizzate «derivi una lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi»*". Sulla medesima lunghezza d'onda dell'A. sopra citato è M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di "*class action *all'italiana".)* cit., p. 22. F. MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?* cit., p. 2 dà per scontata la natura di interesse legittimo della posizione individuale "omogenea" tutelata dal d.lgs. in esame e ritiene di dover mettere in guardia dal non confondere tale posizione con quella di "*interesse legittimo diffuso* (rectius *collettivo) azionabile dagli enti esponenziali nei limiti in cui è tradizionalmente consentito nel nostro ordinamento*". Non si sbilancia nel definire le posizioni soggettive nella c.d. *class actio*n pubblica (interesse legittimo/diritto soggettivo), anzi sottolineando la compresenza di entrambe le posizioni anche nei differenti strumenti assegnati alla giurisdizione del giudice ordinario e incompatibili con la tutela davanti al giudice amministrativo, S. MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2020, pp. 40 e ss., senza tuttavia mettere in discussione la natura individuale della tutela accordata nell'azione della quale si discute;

si connota di evidente oggettività, senza che siano violati i canoni degli artt. 24 e 113 della Costituzione e, tanto meno, che siano violati i criteri di riparto della giurisdizione, fissati, per il giudice amministrativo, nell'art. 103, co. 1, Cost.[114].

Appare nell'ordine delle cose che l'azione per l'efficienza concorra ad animare il dibattito sulla nuova configurazione della legittimazione attiva alla domanda di tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. e, in linea più generale, sulle nuove frontiere del processo amministrativo[115].

Dall'ultimo decennio del secolo scorso, è in atto, nell'ordinamento italiano, una profonda trasformazione del diritto amministrativo che rinviene il punto di partenza nel flusso di riforme legislative che hanno profondamente segnato "*il modo di intendere il diritto amministrativo, i suoi confini e i suoi contenuti*"[116]. Convergono, nella causa del fenomeno, l'interferenza dei processi mondiali di globalizzazione, l'elaborazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali che vincola gli Stati nazionali nei confronti dell'ordinamento sovranazionale, la concomitante complicazione del sistema delle fonti, tutti elementi da molte parti avvertiti come siccome concorrenti nella erosione della Sovranità statale.

Sembra inevitabile che nuove forme e nuovi moduli di azione ed organizzazione amministrativa non consentano più l'utilizzazione di schemi tradizionali, inadeguati a spiegare i nuovi fenomeni.

Tuttavia, il mutare della fisionomia dei pubblici poteri e dei rapporti fra essi ed i cittadini non costituisce argomento sufficiente a mettere in discussione la persistente idoneità del sistema dualistico a offrire tutela alle posizioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri più di quanto non potrebbe verificarsi nella replicazione di un sistema monistico che la lungimiranza del Costituente repubblicano ha voluto accantonare, pur nel ripudio generalizzato di giudici straordinari o speciali (art, 102, co. 2 Cost)[117].

---

[114] Così come i canoni della giurisdizione ordinaria del giudice civile non vengono infranti né quando il giudice ordinario è investito della c.d. volontaria giurisdizione, né quando, eccezionalmente, il procedimento giurisdizionale davanti al giudice civile richiede la partecipazione straordinaria del pubblico ministero o conferisce a questi uno speciale potere di iniziativa (così, ad esempio, i casi di nullità del contratto; l'art. 70 e l'art. 72, co. 3 e 4, c.p.c.; il particolare potere di impugnazione *ex* art. 363, comma 1, c.p.c.);

[115] Fra i tanti, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, e, della stessa A., in un più recente contributo, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, pp. 602 e ss.; cfr. anche C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019 e G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2021, pp. 447 e ss.;

[116] F. FRANCARIO, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2008;

[117] In argomento, G. GARGANO, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(ci)tà della giurisdizione*, in *GiustAmm.*, n. 3 2017, p. 4 e s., nonché, ivi anche citati, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969 e A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Quest. Giust.*, 3, 2015, p. 139;

In parole povere, chi scrive è convinto di non doversi unire al coro di chi auspica una riforma del "sistema giustizia" nel senso del traghettamento della tutela nei confronti dei pubblici poteri all'interno di una giurisdizione unica[118].

Al contrario, a dispetto di chi rinviene nell'accostamento alla forma processuale civilistica l'argomento principale per negare attualità al dualismo fissato dalla Costituzione, sembra proprio che l'impulso innovativo derivante dal codice del processo amministrativo abbia ridato attualità al disegno costituzionale, facendo della giurisdizione amministrativa la sede ottimale della coniugazione della domanda di giustizia con le mutate esigenze economico sociali, debitamente bilanciando interessi pubblici e privati[119].

Rafforzano tale convincimento, da un lato una recente opera di un grande Maestro, intorno all'interesse legittimo[120], dall'altro l'implementarsi delle ipotesi di legittimazione attiva nell'ambito del processo amministrativo, delle quali costituisce una manifestazione, ma non certamente l'unica, quella "speciale" disegnata dall'azione di cui al d.lgs. n. 198/2009.

[118] Per tutti, fra i maggiormente convinti, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Quest. Giust*, 3, 2015;

[119] G. GARGANO, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(ci)tà della giurisdizione*, cit., e, del medesimo Autore, il più recente scritto, *Il giudice del "potere pubblico" ed il percorso riformatore*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2020, pp. 833 e ss.;

[120] F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria* cit.

ISSN 2036-7821