

*Il valore di un uomo dovrebbe essere
misurato in base a quanto dà e non in
base a quanto è in grado di ricevere.*

Albert Einstein

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DELLA *CLASS ACTION* PUBBLICA: INQUADRAMENTO NORMATIVO E PROFILI DI CRITICITA' ISTITUZIONALE

Sommario: **3.1.** I criteri della legge delega e l'iter di approvazione del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 **3.2.** La diffida e la risoluzione non giurisdizionale della controversia **3.3.** La proposizione del ricorso, la disciplina dell'intervento, lo svolgimento del giudizio ed il regime di pubblicità **3.4.** La legittimazione ad agire del singolo e la nozione <<di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori>>: la controversa natura giuridica della *class action* amministrativa **3.4.1.** La legittimazione delle associazioni e dei comitati **3.4.2.** La legittimazione passiva e le esclusioni soggettive **3.5.** L'oggetto del giudizio: la violazione dei termini; la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori; la violazione degli standard di qualità e degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi (rinvio) **3.6.** La funzione correttiva-ripristinatoria dell'azione collettiva tra giurisdizione di tipo soggettivo e giurisdizione di tipo oggettivo **3.6.1.** La giurisdizione esclusiva e la mancata previsione della giurisdizione di merito **3.6.2.** Il contenuto della sentenza e l'esclusione del risarcimento del danno: poteri e limiti del giudice amministrativo **3.6.3.** Il giudizio di ottemperanza e l'attività di monitoraggio.....

3.1. I criteri della legge delega e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 198/2009

Il decreto legislativo 27 ottobre 2009 dà attuazione alle deleghe contenute negli articoli da 3 a 7 della Legge 4 marzo 2009, n. 15, titolata per

l'appunto *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (...)*.⁸⁵

L'attuazione della delega inerente la tutela giurisdizionale nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari dei servizi pubblici, contenuta nella lettera l) dell'articolo 4 della stessa legge delega, è contenuta, invece, in altro provvedimento normativo: il decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 31 dicembre 2009, n. 303.⁸⁶

Un comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 15 maggio 2009, infatti, annuncia la decisione del governo di trattare la materia della c.d. *class action* in un decreto legislativo *ad hoc*, per la necessità di acquisire in via preliminare i pareri del Consiglio di Stato e dell'Avvocatura dello Stato e per l'esigenza di coordinare il testo dell'azione collettiva

⁸⁵ La Legge 4 marzo 2009, n. 15 "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti" è pubblicata nella G. U. n. 53 del 5 marzo 2009. Il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, "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", è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 31 ottobre 2009, n. 254 - Supplemento Ordinario n. 197.

⁸⁶ In origine si era pensato ad un unico decreto legislativo di attuazione integrale della legge delega n. 15/2009. All'uopo erano state costituite apposite commissioni di lavoro e quella in materia di *class action* amministrativa era presieduta dalla Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli. Successivamente veniva presa la decisione di stralciare dal testo dello schema di decreto n. 150/2009 la parte relativa all'azione collettiva, per l'accesso dibattito occorso sia tra il ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e il ministro dell'economia e delle finanze (preoccupato per le ricadute dell'iniziativa sulla finanza pubblica), sia con le associazioni dei consumatori (che pretendevano una estensione *tout court* dell'azione collettiva di cui all'art. 140 *bis* del Codice del Consumo anche alle pubbliche amministrazioni). Cfr. C. DEODATO - M. G. COSENTINO, cit., 8.

amministrativa con quello disciplinante l'azione collettiva consumeristica.⁸⁷

Per quel che concerne i criteri di attuazione della delega, l'articolo 4 della Legge n. 15/2009 prevede che l'azione normativa debba essere finalizzata: a modificare ed integrare la disciplina del sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, al fine di assicurare elevati standard qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza, tramite la valorizzazione del risultato ottenuto dalle singole strutture; a prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici, che non rispettino i tempi di erogazione delle prestazioni e che più in generale violino le norme preposte al loro operato.

In riferimento a questo secondo punto, il legislatore fa salve le competenze degli organismi di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori e stabilisce che la proposizione del ricorso debba essere consentita non solo al singolo individuo, ma anche ad associazioni o comitati.

Inoltre, il giudizio deve essere devoluto alla giurisdizione esclusiva anche di merito del giudice

⁸⁷ All'epoca dei fatti, era in corso l'esame del disegno di legge sullo sviluppo, che prevedeva, tra l'altro, la modifica dell'art. 140 *bis* del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (noto come Codice dei consumatori), di poi realizzata con l'art. 49 della Legge n. 99 del 23 luglio 2009, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 Luglio 2009. L'azione collettiva per così dire 'ordinaria' entra in vigore solamente a partire dal 1° gennaio 2010 in forza del rinvio contenuto nella lettera *a*) del comma 3 dell'art. 23 della successiva Legge n. 102 del 2009 di conversione del Decreto Legge n. 78 del 2009.

amministrativo e per essere procedibile deve essere preceduto da una diffida all'amministrazione atta a sollecitare la eliminazione del disservizio riscontrato.

Se la pubblica amministrazione, sebbene puntualmente diffidata, non provveda, il ricorso diviene proponibile; accertata l'omissione o l'inefficienza, il giudice amministrativo ordina l'adozione delle misure idonee ad eliminare il disservizio e, nel caso di perdurante inadempimento, vi provvede egli stesso attraverso un commissario *ad acta* appositamente nominato.

L'iter giurisdizionale deve essere adeguatamente pubblicizzato.

La sentenza di accertamento comporta l'obbligo per l'amministrazione di attivare le procedure disciplinari per individuare i soggetti responsabili delle disfunzioni.

Infine, deve essere prevista la non procedibilità del giudizio *de quo*, nel caso in cui un'autorità di vigilanza abbia già avviato nel relativo settore per il medesimo oggetto apposito procedimento di verifica.

Sullo schema del decreto vengono richiesti i pareri preventivi della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato e dell'Avvocatura Generale, che intervengono entrambi il 9 giugno 2009.

Il Consiglio di Stato, in particolare, constata *una certa genericità dei criteri di delega, specie per quel che riguarda i profili processuali* e osserva che l'attuazione della delega in materia di *class action* amministrativa *deve avvenire in conformità ai principi ed alle categorie dogmatiche del processo amministrativo, onde non causare uno strappo con*

*il sistema giuridico dell'organizzazione e della funzione pubblica, su cui è modellata la tutela del cittadino dinanzi al giudice amministrativo.*⁸⁸

Di poi, alla fine di ottobre 2009 il testo del decreto, come modificato sulla base dei detti pareri, viene trasmesso alla Conferenza Unificata e alle competenti sezioni consultive di Camera e Senato.

Ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge 15/2009, infatti, l'attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 3, comma 2 lett. a), 4, 5 e 6, deve avvenire previa intesa con la Conferenza unificata.

Invero, si osserva che la disciplina dell'azione collettiva avrebbe potuto farsi rientrare nell'alveo della giurisdizione amministrativa di cui alla lettera l) del comma 2 dell'art. 117 della Costituzione, e conseguentemente essere affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.⁸⁹

Il legislatore nazionale, però, preferisce coinvolgere nell'iter di approvazione del testo delegato anche le Regioni.

L'intesa con la Conferenza Unificata viene raggiunta il 12 novembre 2009, mentre le

⁸⁸ Il Consiglio di Stato sottolinea anche che "Il testo su cui la sezione è chiamata ad esprimere il proprio parere ha per oggetto una fonte primaria, sia pure delegata, il che pone problemi alquanto diversi rispetto a quelli solitamente all'attenzione del Consiglio di Stato nell'esercizio delle funzioni di consulenza normativa. Precisamente nella specie si tratta di valutare oltre che la compatibilità delle disposizioni con la norma di delega e con le fonti primarie che rilevano in materia, anche la compatibilità con i principi costituzionali e la coerenza con il sistema e le sue categorie dogmatiche. Ciò vale tanto più nel caso in esame, ove sono toccati aspetti di fondo dell'ordinamento amministrativo, non solo – come è evidente – di carattere processuale, ma anche di carattere sostanziale (...)". Cfr. Cons. Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, Ad. del 9 giugno 2009, n. 1943.

⁸⁹ Cfr. C. DEODATO – M. G. COSENTINO, cit., 9. Ma anche L. HINNA – M. LASALVIA, cit., 420.

Commissioni parlamentari si pronunciano definitivamente il 16 dicembre dello stesso anno.

Il testo definitivo, modificato più volte, viene, infine, promulgato il 17 dicembre 2009 e si compone di otto articoli, alla cui disamina sono dedicati i paragrafi successivi.

3.2. La diffida e la risoluzione non giurisdizionale della controversia

L'art. 3 del D. Lgs. n. 198/2009 descrive gli aspetti procedurali della *class action* amministrativa, prevedendo al comma 1 - come condizione di procedibilità del ricorso - la previa diffida all'amministrazione o al concessionario *ad effettuare, entro novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati.*⁹⁰

La diffida va notificata - *anche con le modalità di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*, all'organo di vertice della amministrazione o del concessionario, che assume *senza ritardo* le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificato il disservizio e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause.⁹¹

⁹⁰ Al riguardo si osserva che: "Le discipline della tutela procedimentale e processuale in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi ruotano complessivamente intorno a regole e principi ben precisi, che sembrano intrecciarsi e condizionarsi a vicenda nell'ottica della effettività della tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini pregiudicate dalle inefficienze amministrative. Il d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 sembra infatti abbandonare un ordine sistematico dei rapporti tra procedimento e processo nella *class action* amministrativa, rimpallando ed intrecciando tutela procedimentale e processuale, alcune volte privilegiando il procedimento sul processo (art. 2), altre volte subordinando il ricorso giurisdizionale al previo esperimento di una specifica procedura. (...). Il ricorso giurisdizionale è quindi obbligatoriamente preceduto da una fase procedimentale che legittima il ricorrente alla proposizione rituale dell'atto introduttivo del processo amministrativo". Cfr. G. SORICELLI, *Introduzione al ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, Roma, 2012, 89 ss..

⁹¹ I commi 1 e 2 dell'articolo 3 del D. Lgs. n. 198/2009, relativi alla disciplina della diffida, sono stati modificati dall'articolo 33, comma 2, lett. a) e b) del DECRETO LEGISLATIVO 30 dicembre 2010, n. 235 "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante Codice dell'amministrazione digitale, a norma dell'articolo 33 della legge 18 giugno 2009, n. 69" (in GU n.6 del 10-1-2011 - Suppl. Ordinario n. 8). Il legislatore specifica che la diffida può essere trasmessa anche attraverso la posta elettronica certificata (PEC), con le modalità di cui all'articolo 48 del

Si tratta di *una diffida ad adempiere di natura amministrativa con contenuto negoziale e, più precisamente, di un negozio unilaterale recettizio indirizzato al soggetto pubblico inadempiente.*⁹²

Le misure atte ad eliminare l'inefficienza devono essere comunicate all'autore delle diffida e il ricorso è proponibile decorsi novanta giorni dalla sua notifica, qualora l'intimato non abbia provveduto all'eliminazione del disservizio denunciato o vi abbia provveduto solamente in parte.

Inoltre, se l'amministrazione diffidata ritiene che *la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invita il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi* (art. 3, comma 1).

In tal caso, per la proponibilità del ricorso, bisogna attendere che i novanta giorni decorrano per tutte le amministrazioni intimare; in ogni caso, analogamente a quanto previsto per il ricorso sul silenzio inadempimento di cui all'art. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241, il ricorso non può essere proposto se sia trascorso un anno dal termine dei novanta giorni dalla diffida.

Il ricorrente, inoltre, ha l'onere di provare l'avvenuta notifica della diffida, la scadenza del termine per provvedere e la persistenza della situazione denunciata.

DECRETO LEGISLATIVO 7 marzo 2005, n. 82 recante il Codice dell'amministrazione digitale (in GU n.112 del 16-5-2005 - Suppl. Ordinario n. 93), e che l'amministrazione ed il concessionario diffidati devono darne comunicazione al Ministro per la pubblica amministrazione ed innovazione (art. 3 comma 2).

⁹² In tal senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 217.

Il ricorso giurisdizionale è, quindi, obbligatoriamente preceduto da una fase procedimentale (consistente appunto nella previa notifica della diffida) che ha chiaramente la funzione di sollecitare la tempestiva correzione in via amministrativa della disfunzione denunciata, così evitando il successivo contenzioso.⁹³

La funzione della diffida e anche quella di fungere da filtro al ricorso giurisdizionale, non essendo contemplato alcun meccanismo di verifica processuale sull'ammissibilità dell'azione collettiva amministrativa, come diversamente previsto nella disciplina dell'azione collettiva ordinaria (art. 140 *bis*, comma 6, D. Lgs. 206/2005).⁹⁴

Lo strumento della diffida, secondo la previsione normativa, è ritenuto dal legislatore il più adatto ad incentivare le amministrazioni o i concessionari ad attivarsi per la eliminazione del disservizio.

In fondo la *class action* amministrativa nasce dall'esigenza di sollecitare la PA a migliorare se stessa, individuando le cause dell'inefficienza e i rispettivi responsabili ed assicurando effettività al sistema di premialità dei dipendenti e dei

⁹³ Cfr. P. de LISE, *La giustizia amministrativa tra tradizione e modernità* in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, XXIV, che sottolinea che il testo normativo sulla *class action* amministrativa "prevede l'intreccio di disciplina procedimentale e processuale; la prima condizione di procedibilità del ricorso per l'efficienza amministrativa tale da caratterizzarsi come indistinto giuridico, una sorta di *continuum*, processualprocedimentale, che supera le separazioni funzionali tra procedimento e processo". Più in generale per una disamina dei rapporti tra procedimento e processo cfr. E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009.

⁹⁴ Oltre a fungere da filtro, l'atto di diffida sarebbe anche idoneo a concretizzare ed attualizzare l'interesse dei singoli ad ottenere un determinato comportamento da parte della pubblica amministrazione, evitando che il ricorso avverso le inefficienze possa atteggiarsi ad azione popolare. Cfr. TAR per la Basilicata, sez. I, sentenza 23.09.2011, n. 478.

dirigenti. Si tratta, quindi, di *un'azione collaborativa per la PA, in quanto aiuta la PA a migliorarsi*.⁹⁵

Ed effettivamente, fin dalle sue prime applicazioni, la diffida risulta costituire una concreta *spinta all'adempimento* e alla eliminazione delle disfunzioni.⁹⁶

⁹⁵ In tal senso il Consigliere De Francisco in un intervento del 15.10.2010 al forum p.a. 2010 dedicato alla *class action* amministrativa. Gli atti del convegno sono consultabili *on line* su <http://saperi.forumpa.it/story/51014/eppur-si-muove-primi-risultati-della-diffida-nella-class-action-pubblica>.

⁹⁶ Al riguardo si segnala l'articolo del Sole 24Ore del 16.11.2010 di c. BUONGIOVANNI, intitolato *Eppur si muove. Primi risultati della diffida nella class action pubblica*, dedicato – per l'appunto - ai primi 'successi' delle diffide presentate da Cittadinanzattiva e da alcune associazioni di consumatori. Nell'articolo si dà atto che la Questura di Roma, il Comune di Cineto Romano, l'Azienda Sanitaria provinciale di Reggio Calabria, RFI e Anas, a seguito della diffide loro pervenute, hanno provveduto, ciascuna per quanto segnalato, a correggere le proprie inadempienze. In particolare, la questura di Roma, diffidata per i ritardi nel rilascio dei permessi di soggiorno a cittadini extracomunitari, è corsa ai ripari. Lo stesso ha fatto il comune di Cineto Romano, che aveva temporeggiato nel concedere il rimborso per la tassa di depurazione pagata illegittimamente dai cittadini: ricevuta la diffida, ha avviato le pratiche per restituire i soldi. Sempre Cittadinanzattiva ha avuto soddisfazione dall'azienda sanitaria provinciale di Reggio Calabria, la quale aveva 'dimenticato' la richiesta di un paziente oncologico perché gli venisse accertata l'invalidità civile. Ha avuto successo anche l'azione intentata da Confconsumatori, che aveva chiesto a Rfi (rete ferroviaria italiana) di ripristinare con urgenza un tratto di linea tra Benevento e Foggia, interrotto dalla frana di Montaguto nel marzo scorso. «Il blocco della viabilità ferroviaria e in parte di quella stradale - spiega l'avvocato Antonio Pinto, presidente di Confconsumatori Puglia - provocava gravi disagi, anche perché rendeva problematico il collegamento Lecce-Roma. Ad aprile si è, pertanto, pensato di presentare la diffida. Dal ministero delle Infrastrutture è subito arrivata la risposta, con la quale si chiariva l'iter degli interventi e la tempistica. Come promesso, a giugno è stata ripristinata la viabilità». Al tempo dell'articolo sono due le diffide in attesa di risposta: quella di Adiantum al Ministero della Giustizia a vigilare sull'applicazione dell'affido condiviso e quella di Assoconsum al Comune di Napoli per assunzioni non trasparenti in una cooperativa e in alcune società partecipate dal Comune. Tre i casi di inadempienza perdurante: Equitalia Gerit spa Lazio, diffidata da Cittadinanzattiva per aver (contro la legge) iscritto ipoteche su immobili in presenza di debiti inferiori a 8000 euro; il Comune di San Gregorio di Campania e l'Acquedotto lucano spa diffidati ancora da Cittadinanzattiva per il rimborso della tassa di depurazione. Sempre nel menzionato articolo si legge: "Probabilmente parte di questa spinta, come suggerito da diversi

D'altronde, almeno nella fase di iniziale applicazione della normativa sulla *class action* amministrativa, non è stato facile monitorare il numero delle diffide e gli esiti delle stesse, visto che per esse, nella stesura originaria del testo in commento, non era previsto alcun obbligo legale di pubblicità, a differenza di quanto previsto per i successivi ricorsi.

Tant'è che nel novembre 2010, in occasione di un incontro con le associazioni dei consumatori volto a fare il punto sullo stato delle diffide in materia di *class action* amministrativa, Carlo Deodato, *illo tempore* capo di gabinetto della Pubblica amministrazione, auspica un intervento del legislatore che preveda adeguate forme di pubblicità anche per la diffida ex art. 3 del D. Lgs. 198/2009, rilevando che essa *rappresenta comunque uno strumento di pressione sulle amministrazioni. L'obiettivo della riforma, infatti, non è tanto quello di accrescere il contenzioso amministrativo, quanto di offrire al cittadino un efficace strumento di rappresentazione delle inefficienze e dei disservizi che costringa le amministrazioni a ripristinare gli standard di qualità prima che la questione venga portata*

commentatori, viene da un elemento nuovo e solo apparentemente secondario nell'impianto scelto per la *class action* pubblica con il decreto 198/2009. Il Decreto, infatti, stabilisce che la sentenza che accoglie la domanda nei confronti di una pubblica amministrazione è comunicata, dopo il passaggio in giudicato, 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 27 ottobre 2009, 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. Insomma già "l'effetto diffida" sembra promettere bene... speriamo meglio".

all'attenzione del giudice, che ne sarà investito solo nell'ipotesi di una persistente inerzia degli uffici.

Da qui la successiva introduzione (per effetto dell'articolo 33, comma 2, lett. b) del D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235) della previsione recante l'obbligo per le amministrazioni ed i concessionari intimati di comunicare le diffide pervenute al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

Sotto altro profilo, va rilevato che l'amministrazione o il concessionario sono diffidati ad assumere le iniziative utili alla soddisfazione degli interessati.

Orbene, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. l), n. 3, della Legge delega n. 15/2009 - deve essere considerato adempimento amministrativo sufficiente a rendere inammissibile il contenzioso anche la mera instaurazione del procedimento volto a responsabilizzare il dirigente del settore, così da eliminare progressivamente l'inefficienza entro un congruo termine. Il decreto delegato, di contro, non si accontenta dell'avvio del procedimento atto ad individuare le cause dell'inefficienza e i rispettivi responsabili. Esso, infatti, richiede un *quid pluris* per evitare la successiva azione legale: il comma 2, dell'art. 3 del D. Lgs. n. 198/2009, sancisce che *il ricorso è proponibile se, (...), l'amministrazione o il concessionario non ha provveduto, o ha provveduto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata*. Il ricorrente, quindi, deve dichiarare la persistenza totale o parziale della situazione denunciata, non essendo sufficiente constatare la mancata adozione di misure idonee ad eliminare l'inefficienza.

Sotto questo aspetto, la norma delegata potrebbe apparire affetta da eccesso di delega.⁹⁷

Fatto sta che al fine di consentire l'eliminazione della disfunzione denunciata, il testo definitivo del decreto prevede per l'ente diffidato un congruo lasso di tempo (novanta giorni dalla diffida), più ampio rispetto a quello dei trenta giorni previsto nella versione originaria.⁹⁸

Per quanto riguarda la modalità di presentazione della diffida, la legge chiarisce che essa può essere trasmessa anche mediante posta elettronica certificata e, in assenza di una previsione *ad hoc*, non è necessario che essa sia notificata necessariamente tramite ufficiale giudiziario.

Modalità idonee di trasmissione, quindi, sono da ritenersi anche la spedizione mediante

⁹⁷ In tal senso cfr. C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in <http://www.giustamm.it>, n. 11/2011. L'Autrice, con riferimento alla legge delega in materia di *class action* amministrativa sottolinea che: "ciò che la norma configura come adempimento del destinatario della diffida idoneo a rendere inammissibile l'azione non è affatto la soddisfazione dell'interesse, bensì, semplicemente, l'adozione di misure che a ciò siano utili".

⁹⁸ La modifica inerente l'ampliamento del termine entro la p.a. intimata è chiamata a provveder è suggerita sia dal Consiglio di Stato che dall'Avvocature dello Stato, in considerazione dei criteri della legge delega che richiedono per l'appunto che la diffida sia volta ad instaurare "un procedimento volto a responsabilizzare progressivamente il dirigente competente e, in relazione alla tipologia degli enti, l'organo di indirizzo, l'organo esecutivo, o l'organo di vertice." Sul punto il Consiglio di Stato - nel più volte citato parere sullo schema di decreto - suggerisce la previsione di un termine di trenta giorni per assumere le iniziative ritenute idonee e la previsione di un ulteriore termine di novanta giorni per concludere il procedimento di adeguamento e di eliminazione delle disfunzioni. Invero, tale responsabilizzazione progressiva non è stata disciplinata in questi termini dal legislatore delegato. La versione definitiva del decreto in commento, infatti, prevede solamente un unico termine di novanta giorni dalla diffida entro cui l'ente intimato deve provvedere, imponendo, tra l'altro, a ciascuna amministrazione di regolare la fase della diffida nei suoi aspetti essenziali, anche predisponendo dei moduli *ad hoc* ed individuando l'ufficio deputato a riceverla. Cfr. C. DEODATO - M.G. COSENTINO, cit, 43.

raccomandata postale (preferibilmente con ricevuta di ritorno ai fini della prova), e la presentazione diretta al protocollo dell'ente destinatario.

Sempre nel silenzio della legge, considerata la funzione strumentale al successivo giudizio, è opportuno che la diffida contenga l'indicazione puntuale della violazione dedotta, la specificazione dell'interesse leso e la sua dimensione collettiva nonché la espressa richiesta dell'eliminazione dell'inefficienza riscontrata. D'altra parte, qualora l'ente intimato dovesse rilevare la genericità della diffida o la necessità di acquisire chiarimenti ed ulteriori elementi, è tenuto ad interloquire con gli interessati, secondo le note modalità di collaborazione procedimentale di cui alla legge n. 241/1990. La legge, però, non prevede - a favore dell'amministrazione intimata - alcuna possibile sospensione del termine per provvedere, diversamente da quanto stabilito in materia di conclusione del procedimento amministrativo.⁹⁹

Ciononostante, secondo un comune ed apprezzabile senso di leale collaborazione, sarebbe preferibile attendere più di novanta giorni dalla presentazione della diffida se, nel frattempo, siano pervenute richieste di chiarimenti da parte dell'amministrazione procedente, così da

⁹⁹ L'art. 2, comma 7, della Legge 2 agosto 1990, n. 241, come modificato da ultimo con l'art. 1, comma 38 della Legge 6 novembre 2012, n. 190 (in G.U. 13.11.2012, n. 265) prevede: "Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le disposizioni dell'articolo 14, comma 2".

consentire una disamina delle integrazioni e le successive determinazioni dell'ente.

In ogni caso, il diffidato è tenuto a formalizzare l'eventuale riscontro di carenza di legittimazione attiva o passiva, nonché a far conoscere agli interessati le motivazioni che impediscono di eliminare in tutto o in parte la disfunzione denunciata.

Ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D. Lgs. 198/2009, alternativamente alla diffida, qualora ne ricorrano i presupposti, può proporsi *la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in tal caso, se non si raggiunge la conciliazione delle parti, il ricorso è proponibile entro un anno dall'esito di tale procedura.*¹⁰⁰

La risoluzione non giurisdizionale della controversia integra uno strumento alternativo alla diffida, ma ne condivide la finalità, in quanto è anch'esso preordinato a scongiurare il contenzioso mediante una definizione conciliativa della questione.

In particolare, l'articolo 30 della citata Legge n. 69/2009, dedicato alla *Tutela non giurisdizionale dell'utente dei servizi pubblici* stabilisce che *Le carte dei servizi dei soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità*

¹⁰⁰ Una siffatta previsione sottolinea ulteriormente la peculiarità del ricorso avverso le inefficienze amministrative, che si pone al di fuori della logica del processo amministrativo tradizionale. Non è un caso, infatti, che di siffatto ricorso non vi sia traccia nel Codice del processo amministrativo di cui al D. Lgs. n. 104/2010, neanche nel libro IV recante la disciplina dei riti speciali. Per taluno ciò integra una mera dimenticanza del legislatore delegato; invero, è più probabile che siffatta omissione sia stata voluta, per non alterare l'impianto del codice amministrativo, "onde realizzare appunto una sorta di simmetria con il codice di procedura civile, nel quale non è inclusa la disciplina delle azioni collettive di ultima generazione". Così riferisce R CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 634.

contengono la previsione della possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta; esse prevedono, altresì, l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente.¹⁰¹

La disposizione di cui all'articolo 3 ultimo comma del D. Lgs. n. 198/2009 non trova corrispondenza nei criteri della legge delega se non altro perchè la legge n. 69/2009 è ad essa successiva; la previsione si è resa necessaria, quindi, per evitare la sovrapposizione di meccanismi di risoluzione preventiva delle controversie aventi ad oggetto la stessa questione nel medesimo settore.¹⁰²

¹⁰¹ Il comma 2 dell'art. 30 della Legge 69/2009 prevede altresì che "Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le autorità amministrative che svolgono la propria attività nelle materie contemplate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, e dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, nell'autonomia garantita dai rispettivi ordinamenti, nonché, per i servizi pubblici o di pubblica utilità non regolati dalle medesime autorità, esclusi i servizi pubblici locali, il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, emanano un decreto che individua uno schema-tipo di procedura conciliativa ai sensi del comma 1, da recepire nelle singole carte dei servizi entro il termine di novanta giorni dalla data della sua adozione".

¹⁰² Per completezza espositiva, va osservato che le Competenti Commissioni parlamentari, in sede di parere sullo schema del decreto *de quo*, avevano suggerito di valutare l'opportunità di fare riferimento anche alle forme di composizione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 141 del Codice del Consumo. Il legislatore delegato, però, non fa alcun riferimento a siffatte procedure conciliative, rinvenendone evidentemente la diversa finalità.

3.3. La proposizione del ricorso, la disciplina dell'intervento, lo svolgimento del giudizio ed il regime di pubblicità

L'articolo 1, commi 2 e 3, del D. Lgs. n. 198/2009, descrive le modalità di proposizione ed il regime di pubblicità del ricorso.

Nel dettaglio la normativa in commento prevede che di ciascun ricorso venga data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione ovvero del concessionario chiamato in causa; deve essere fatta apposita comunicazione anche al Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione (art. 1, comma 2). La norma, però, non indica alcuna sanzione nel caso di mancato assolvimento del citato obbligo di pubblicità.

Una volta notificato, il ricorso deve essere depositato nella segreteria del giudice adito, secondo le modalità ordinarie del processo amministrativo.

D'altronde, l'analisi tecnico – normativa allegata al decreto legislativo in commento afferma che per quanto non diversamente ed espressamente disciplinato trova applicazione la disciplina generale dei ricorsi dinanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa.¹⁰³

Al riguardo, va da subito rilevato che il giudizio *de quo* è caratterizzato da tempi più brevi rispetto a quelli previsti dalla disciplina generale.

Ed infatti, l'udienza di discussione del ricorso viene fissata d'ufficio in una data compresa tra il

¹⁰³ Cfr. L. HINNA – M. LASALVIA, cit., 441 ss.

novantesimo ed il centoventesimo giorno dal suo deposito (art. 1, comma 3).¹⁰⁴

In sede di prima udienza, *se il giudice ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio* (art. 1, comma 5).

Nei venti giorni liberi prima dell'udienza i soggetti che versano nella medesima situazione del ricorrente possono spiegare intervento.¹⁰⁵

Il termine previsto per l'intervento potrebbe risultare eccessivamente breve, soprattutto se si considera che non è prevista alcuna forma di pubblicità del decreto di fissazione dell'udienza di discussione.¹⁰⁶ D'altronde, l'ente convenuto in giudizio è tenuto per legge a dare immediata notizia della notifica del ricorso, ma non anche ad aggiornare il sito inserendo la data di fissazione dell'udienza ovvero gli eventuali successivi rinvii.

¹⁰⁴ Sul punto C. DEODATO – M. G. COSENTINO, cit., 47, riferiscono che in un primo momento si era pensato di far decorrere tale termine dalla pubblicazione della notizia del ricorso sui siti istituzionali. Ma ciò avrebbe determinato un incongruo onere a carico delle segreterie dei Tribunali amministrativi regionali, che avrebbero dovuto monitorare costantemente i siti degli enti intimati per individuare la finestra temporale per la fissazione dell'udienza di discussione. E così, in sede di parere sullo schema del decreto, le competenti Commissioni parlamentari di Camera e Senato hanno opportunamente suggerito di prevedere che il decreto di fissazione dell'udienza intervenisse entro un lasso di tempo certamente noto ai Tar riceventi e cioè dal deposito del ricorso.

¹⁰⁵ L'inserzione di una disciplina specifica inerente l'intervento nel giudizio *de quo* era stata sollecitata dal Consiglio di Stato nel noto parere reso sulla bozza dell'articolato. Significativo è il passaggio in cui si osserva che "l'azione del cointeressato si spiega tramite intervento litisconsortile o adesivo autonomo, con facoltà analoghe a quelle del ricorrente, in ciò distinguendosi dal tradizionale intervento *ad adiuvandum* previsto nel processo amministrativo, attesa la natura dell'azione collettiva, la quale è coerente con l'inserimento nel medesimo giudizio, in posizione paritaria, di tutti i soggetti titolari di situazioni giuridiche omogenee a quella del ricorrente, trattandosi in definitiva di orientare l'amministrazione a correggere disfunzioni obiettivamente rilevanti per un'intera classe di utenti".

¹⁰⁶ Cfr. C. CACCIAVILLANI, cit., in www.giustamm.it 11/2011, 45.

Per quel concerne il contenuto dell'atto di intervento, la giurisprudenza amministrativa, in linea con il contenuto della relazione di accompagnamento al decreto, sostiene che, in assenza di norme processuali specifiche, l'intervento soggiace alle formalità previste in via generale dall'art. 50 del vigente codice di rito, *a mente del quale, l'atto deve contenere le ragioni su cui si fonda, essere corredato dai documenti giustificativi, e sottoscritto ai sensi dell'articolo 40, comma 1, lettera d). Lo stesso deve inoltre essere previamente notificato alle altre parti e depositato nei termini di cui all'art. 45 c.p.a.*¹⁰⁷

Rispetto al ricorrente 'iniziale', gli intervenienti sono solamente esonerati dalla necessità di previamente notificare all'amministrazione l'atto di diffida. Per il resto, essi agiscono in giudizio per tutelare un interesse proprio, sebbene comune alla 'classe' in quanto leso dal medesimo comportamento plurioffensivo dell'ente convenuto dinanzi al g.a. con il ricorso a sostegno del quale si dispiega l'intervento.

Pertanto, gli intervenienti sono parte del processo in senso sia sostanziale che processuale, non assumendo la mera veste di 'aderenti', come, invece, nell'azione collettiva consumeristica.¹⁰⁸

¹⁰⁷ In questi termini il TAR per il Lazio, sez. III *bis*, 20.01.2011, n. 552, che dichiara irrituali tutti gli atti di intervento depositati in cancelleria ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D. Lgs. n. 198/2009, per non essere validamente sottoscritti, né notificati, "costituendo delle semplici manifestazioni di adesione ricevute dalla ricorrente e dalla stessa direttamente depositate, sulla falsa riga di quanto prescritto per l'azione di classe dall'art. 140 *bis* del codice del consumo."

¹⁰⁸ L'azione collettiva amministrativa, diversamente da quanto disposto in materia di azione collettiva ordinaria dall'art. 140 *bis*, comma 10, del Codice del consumo che esplicitamente esclude l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile, non distingue tra attori

Tanto è vero che essi sono anche passibili di condanna alle spese del giudizio.

In altre parole, il rito di cui al decreto legislativo n. 198/2009 è sì un rito speciale, ma la sua disciplina non autorizza una *deformalizzazione* del processo amministrativo. Pertanto, il ricorso collettivo, per quanto non diversamente stabilito, segue gli schemi generali del c.p.a. anche in relazione all'intervento degli interessati.

L'atto introduttivo del giudizio, inoltre, a pena di inammissibilità, non può fondarsi su richieste generiche, in quanto la domanda giudiziale, secondo i comuni principi in materia processuale, deve essere sufficientemente determinata nel suo *petitum* in relazione al contenuto dell'azione e alla sua finalità.¹⁰⁹

Parte ricorrente, quindi, non può limitarsi a richiedere la mera eliminazione dell'inefficienza ovvero la emanazione di atti amministrativi generali obbligatori non aventi contenuto normativo, ma deve dimostrare che tali essi sono, indicando la fonte normativa di tale obbligo in riferimento alla situazione di pregiudizio lamentato. In altre parole, il ricorso deve contenere gli elementi necessari ad individuare la domanda nei suoi elementi essenziali, così da consentire al giudice di accertare la disfunzione, il

principali e meri 'aderenti', lasciando intendere che l'intervento processuale *de quo* sia appunto un atto adesivo autonomo.

¹⁰⁹ Cfr. TAR per il Lazio, sez. I, 3.09.2012, n. 7483. Il giudice amministrativo dichiara il ricorso ex D. Lgs. 198/2009 inammissibile per la genericità della domanda, essendo state evocate in giudizio con un unico atto svariate Amministrazioni (ben 26) in relazione alle situazioni più disparate inerenti il rischio idrogeologico. In difetto di una specifica indicazione - per ciascuna delle PP. AA evocate in giudizio - del titolo e dell'oggetto dell'azione, per il g.a. non è possibile comprendere a chi ordinare cosa per porre rimedio alla situazione di pregiudizio e, pertanto, il ricorso è dichiarato inammissibile.

disservizio ovvero l'inadempimento o l'omissione e di pronunciare le statuizioni consequenziali.

Ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 del decreto in commento, infine, possono intervenire nel giudizio anche i dirigenti responsabili degli uffici a cui sono ricondotte le omissioni ovvero le disfunzioni all'interno dell'amministrazione intimata.

E' plausibile che l'intervento dei dirigenti sia un intervento *ad opponendum* rispetto a quello del ricorrente principale, atto a consentire l'emersione di dati fattuali che impediscono la soddisfazione dell'interesse azionato.

D'altro canto, per il dirigente responsabile l'intervento nel giudizio è previsto anche per consentirgli una sorta di difesa preventiva, in ragione delle conseguenze pregiudizievoli a cui si troverebbe esposto se la domanda venisse accolta con sentenza passata in giudicato.

Ed infatti, ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 198/2009, la sentenza che definisce il giudizio è assoggetta alle stesse forme di pubblicità previste per il ricorso e, nel caso di sentenza che accolga la domanda nei confronti di una pubblica amministrazione, essa è *comunicata, dopo il passaggio in giudicato, 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 27 ottobre 2009, 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.

Inoltre, la sentenza che accoglie la domanda nei confronti di un concessionario di pubblici servizi e' comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina (art. 4, commi 3 e 4).

Vanno, infine, pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e su quelli dell'amministrazione e del concessionario resistenti in giudizio, anche le misure adottate per eliminare la disfunzione in ottemperanza alla sentenza di condanna (art. 4, comma 6).

L'obiettivo di tali e tanti obblighi informativi è quello di consentire e al contempo di imporre a ciascun soggetto coinvolto di valutare la sussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza (art. 4, comma 5).

Le previsioni testè riportate in tema di pubblicità e di comunicazione della diffida, del ricorso e della sentenza evidenziano complessivamente il carattere di *moral suasion* dell'azione collettiva nei confronti della p.a. in funzione di garanzia del cittadino.¹¹⁰

Il decreto in commento, invece, nulla dice circa l'ammissibilità della tutela cautelare.

Sul punto, vi è chi sostiene che, in assenza di una espressa previsione normativa, l'ammissibilità della tutela cautelare nel giudizio avverso le

¹¹⁰ In questo senso cfr. A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa, ricostruzione dell'istituto e criticità*, in www.giustamm.it, 2010, 10.

disfunzioni amministrative non è di per sé negabile. Pertanto, in presenza di un temuto prossimo pregiudizio grave ed irreparabile il ricorrente potrebbe richiedere l'adozione di misure idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso.¹¹¹

D'altra parte, va rilevato che il giudizio *de quo* è caratterizzato da un'insita celerità del procedimento, che dovrebbe di per sé risultare sufficiente ad evitare il rischio imminente di un pregiudizio grave ed irreparabile, anche in assenza di una espressa richiesta di tutela cautelare in corso di causa.¹¹²

¹¹¹ L'art. 21, comma 7, della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, a seguito della modifica della disciplina del processo cautelare di cui all'art. 3 della Legge 21 luglio 2000, n. 205, recante "le disposizioni in materia di giustizia amministrativa", prevede la possibilità di attivare la tutela cautelare anche nel caso di comportamento inerte della p.a., in presenza naturalmente di un pregiudizio grave ed irreparabile. L'attuale disciplina della tutela cautelare nel processo amministrativo è contenuta nella Sezione II Titolo II del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, comunemente noto come Codice del processo amministrativo, che ha abrogato le precedenti disposizioni, prevedendo una tutela cautelare 'generalizzata' con possibilità di disporre anche l'ingiunzione al pagamento di una somma di denaro in via provvisoria.

¹¹² In senso contrario C. DEODATO – M. G. COSENTINO che ritengono che la sollecita definizione del merito del ricorso non può di per sé escludere la tutela cautelare, che va accordata, previa fissazione di udienza in camera di consiglio, "per scongiurare la consumazione o l'aggravamento degli effetti dannosi del disservizio riscontrato, nelle more della pronuncia della sentenza", cit., 48.

3.4. La legittimazione ad agire del singolo e la nozione <<di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori>>: la controversa natura giuridica della *class action* amministrativa

L'articolo 1 del D. Lgs. n. 198/2009 è dedicato alla individuazione dei presupposti dell'azione collettiva e alla relativa legittimazione ad agire.

Nel dettaglio, il comma 1 stabilisce che possono agire in giudizio nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, *i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori.*

La norma in commento di fatto ricalca la terminologia impiegata nell'articolo 4, comma 2, lett. l) della legge delega, prevedendo in aggiunta il requisito della omogeneità degli interessi.

L'azione è ammessa se ai soggetti legittimati *derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi.*

Orbene, *in primis* va rilevato che per espressa previsione normativa non tutti gli interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei ad una pluralità di soggetti possono ricevere tutela.

Il legislatore, infatti, consente di agire in giudizio solamente a tutela di situazioni giuridiche che sussistono in capo al singolo e contestualmente in capo ad altri utenti o consumatori.

A ben vedere tale previsione si sposa con la *ratio* dell'azione stessa atta ad assicurare

l'efficienza della pubblica amministrazione, nella sua accezione di amministrazione di servizio e di risultato.¹¹³

Il ricorrente, quindi, può agire giudizialmente se ed in quanto utente o consumatore titolare di interessi comuni alla classe. Tale qualificazione costituisce il primo dei presupposti della legittimazione ad agire ex D. Lgs. n. 198/2009.

Senonchè, la disciplina in materia di azione collettiva amministrativa non definisce la categoria di utente e di consumatore in relazione all'attività amministrativa.

Una definizione in ambito privatistico si rinviene nel Codice del Consumo che all'articolo 3 specifica che per consumatore o utente si intende: *la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale (commerciale, artigianale) o professionale eventualmente svolta.* Lo stesso articolo, però, precisa che tale definizione vale solo *ai fini del presente codice ove non diversamente previsto.*¹¹⁴ Pertanto, in assenza di un espresso richiamo normativo, non è giuridicamente corretto rinviare al codice del consumo per definire la categoria di utente o consumatore di cui al D. Lgs. n. 198/2009.

Inoltre, ai sensi della disciplina in materia di *class action* pubblica, sarebbe illogico pretendere

¹¹³ Cfr. G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012, 201 ss.. L'autore sottolinea che "tale circostanza costituisce il presupposto di un'azione pensata per far valere le pretese dei destinatari dell'attività amministrativa con riguardo alla sua efficacia. Essa si fonda sul ripensamento delle tradizionali categorie di amministrazione e amministrato e su un'amministrazione al servizio dell'utente".

¹¹⁴ Il codice del consumo è in vigore dal 23.10.2005 ed è contenuto nel Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato nella G.U. n. 235 del 8.10.2005 – Suppl. Ordinario n. 162.

che il soggetto che interagisce con la pubblica amministrazione lo faccia per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale. Analogamente, sarebbe assolutamente insensato – in relazione all'attività amministrativa - considerare utenti o consumatori solamente le persone fisiche, con esclusione delle persone giuridiche.¹¹⁵

Pertanto, appare più utile il riferimento alla definizione contenuta nell'articolo 1 lett. pp) del Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, che ricomprende nella categoria di utente anche le persone giuridiche.¹¹⁶

Invero, con riferimento all'attività della pubblica amministrazione, la locuzione di utente trova una puntuale definizione nella delibera n. 88/2010 della Civit che reca le *Linee guida per la definizione degli standard di qualità (articoli 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198)*. Qui per utente si intende quel *soggetto, individuale o collettivo, che ha diritto di usufruire o che comunque richiede di usufruire del servizio pubblico*, laddove per servizio pubblico deve intendersi - sempre secondo le indicazioni della Commissione - qualsivoglia attività, ivi compresa quella che postula l'esercizio di un potere autoritativo, attraverso cui un'amministrazione

¹¹⁵ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo*, cit.

¹¹⁶ L'art. 1, lett. pp) del Codice delle comunicazioni elettroniche definisce utente "la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico". Per un approfondimento in materia cfr. M. CLARICH – G. CARTEI (a cura di), *Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004. Si segnala in particolare il contributo di R. Giarda, *I diritti degli utenti finali*.

pubblica rende un servizio e soddisfa un interesse giuridicamente rilevante.

L'appartenenza alla categoria degli utenti o consumatori, quindi, vale a differenziare la posizione del ricorrente rispetto a quella della generalità dei consociati, i quali, sebbene amministrati, sono estranei al gruppo e, pertanto, hanno solamente un generico interesse non giuridicamente rilevante al corretto funzionamento dell'amministrazione.¹¹⁷

In estrema sintesi, è la qualità di utente/consumatore che differenzia e concretizza l'interesse in capo al ricorrente, legittimandolo alla proposizione del ricorso.

Il tenore della norma è tale, quindi, da escludere che l'interesse semplice e generale dei cittadini al corretto svolgimento della funzione amministrativa ovvero alla corretta erogazione del servizio pubblico sia suscettibile di tutela ex D. Lgs. n. 198/2009. E' richiesto, difatti, un *quid pluris* per legittimare la proposizione dell'azione collettiva amministrativa: la rilevanza giuridica degli interessi e la loro omogeneità per una pluralità di utenti e consumatori. Sennonchè, né la legge delega né il decreto di attuazione si curano di precisare cosa debba intendersi per interesse giuridicamente rilevante, con il rischio di demandare *in toto* al solo giudice amministrativo

¹¹⁷ G. FIDONE, in op. cit., osserva che "meno immediata è la qualificazione di consumatore rispetto ad un'attività amministrativa, che pare più lontana dalle tradizionali categorie del diritto amministrativo e che tuttavia, nel caso di specie, sembrerebbe essere utilizzata quale sinonimo di utente", 205.

l'arduo compito di delineare i contorni della situazione giuridica meritevole di tutela.¹¹⁸

Tale previsione, quindi, se da un lato impedisce di qualificare la *class action* pubblica in termini di azione popolare, dall'altro impone di indagare la natura degli interessi suscettibili di tutela collettiva.¹¹⁹

¹¹⁸ Sul punto è interessante l'osservazione di A. GIUFFRIDA che nel suo scritto *La c.d. class amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in www.giustamm.it, 2010, 10, nota come i rischi scaturenti dalla genericità di tali formulazioni non sono trascurabili sotto un duplice profilo. Da un lato, demandare il compito di individuare la situazione giuridica tutelata al giudice può determinare numerose incertezze, in quanto un indirizzo giurisprudenziale appagante e consolidato può intervenire solo dopo numerosi anni. Al riguardo l'Autore evoca anche l'osservazione di Oliveri che ricorda ad esempio che si è dovuto attendere ben quindici anni affinché i giudici amministrativi definissero un'univoca linea interpretativa in merito al concetto di interesse giuridicamente rilevante ai fini della tutela del diritto di accesso agli atti amministrativi. L. OLIVERI, *Tutti i rischi della class action nella pa*, in www.lavoce.info, 2009. Dall'altro lato, "l'inafferrabilità" dei presupposti per agire in giudizio può incentivare un uso strumentale della *class action* pubblica, creando casi mediatici di disservizi, che costringerebbero la p.a. intimata a concentrarsi in una complessa e probabilmente costosa attività istruttoria al fine di resistere in giudizio per dimostrare l'infondatezza dell'avversa pretesa.

¹¹⁹ Come osservato da U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giornale di dir. amm.*, 3, 2010, 246 "Fermadoci a queste iniziali indicazioni, è già possibile scorgere la peculiare natura dell'azione in discorso. Sembra, peraltro, molto più semplice dire, in prima battuta, cosa non è (...). Dunque, definendola in negativo, 'non è' un'azione popolare. Infatti i requisiti della titolarità di interessi giuridicamente rilevanti e della loro lesione diretta, concreta e attuale, valgono a differenziare l'azione in esame dall'azione popolare, proponibile da chiunque a difesa di un interesse pubblico o della collettività, anche in assenza di una lesione diretta". In giurisprudenza si segnala *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, sentenza 01.02.2010, n. 413: "l'azione innanzi al giudice amministrativo non rappresenta un'azione popolare che può essere esercitata dal *quisque de populo*. Essa, al contrario, richiede l'esistenza sia della legittimazione al ricorso (da intendersi come titolarità di una posizione giuridica differenziata rispetto alla collettività indifferenziata), sia di un interesse al ricorso (da intendersi come utilità, anche strumentale che dall'accoglimento del ricorso può comunque derivare). Nel caso di specie non si ravvisa in capo ai ricorrenti alcuna situazione giuridica differenziata che valga a distinguere la loro posizione dal *quisque de populo*. (...) Risulta mancante anche il requisito della c.d. *vicinitas*, che non può identificarsi nella mera residenza anagrafica nel territorio potenzialmente coinvolto dalla

Si tratta di interessi legittimi, di diritti soggettivi o di un *tertium genus*?

Naturalmente non si ha alcuna pretesa di illustrare esaustivamente un tema tanto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza in merito al *discrimen* tra interessi legittimi, diritti soggettivi ed interessi semplici o occasionalmente protetti.¹²⁰

realizzazione del progetto cui ci si oppone, ma, più correttamente, va ravvisata nell'esistenza di uno stabile collegamento con l'area interessata dall'azione amministrativa. Tale stabile collegamento si differenzia dalla mera residenza anagrafica proprio perché richiede la prova che l'impianto che si contesta sia al meno potenzialmente in grado di incidere sulla sfera giuridica (economica o personale) del ricorrente". Di poi, sulle azioni popolari in generale si confrontino: A. LUNGO, voce *Azione popolare, Parte generale*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 863 e più recente E. CECCHERINI, voce *Azione popolare*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I, 643. Nello specifico con riferimento al ricorso per l'efficienza, si confronti F. CINTOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010, 19 ss. L'autore, dopo aver premesso che nel nostro ordinamento l'azione popolare, quale tecnica di protezione degli interessi semplici ed indifferenziati, "ha avuto successo soprattutto nelle forme dell'azione elettorale, nel contenzioso civile di ineleggibilità e nel contenzioso amministrativo sulla regolarità delle operazioni elettorali", precisa che essa (l'azione popolare) non configura (come sostenuto dalla dottrina più risalente) un potere puro di azione in capo all'attore, sganciato dalla titolarità di una posizione giuridica soggettiva sostanziale. Ed infatti, il precetto costituzionale di cui all'art. 24 della Costituzione - che legittima un diritto di azione individualistico - impone di guardare all'azione popolare come ad una tecnica di tutela di interessi rilevanti facenti capo a chi agisce in giudizio. Il giudice, però, in questo caso è esentato dal dover effettuare una indagine sulla legittimazione ad agire, in quanto essa è per definizione fondata sulla qualità di cittadino.

¹²⁰ Tra i tanti, si segnalano: G. ALPA, voce *Interessi legittimi*, in *Digesto, disc. priv. (sez. civ.) IX*, Torino, 1993, 609 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interessi legittimi*, in *Digesto, disc. priv. (sez. civ.) IX*, Torino, 1993, 527 ss.; M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, 303; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981; C. BARTOLI, *La tutela del cittadino nei confronti della P.A.*, Milano, 1964; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.

Piuttosto, in questa sede, preme evidenziare che secondo alcuni autori gli interessi meritevoli di tutela collettiva dinanzi al giudice amministrativo sono qualificabili come interessi legittimi alla corretta erogazione della prestazione ovvero alla corretta erogazione del servizio, nella misura in cui l'amministrazione o il concessionario di servizi pubblici si siano impegnati a garantire un determinato risultato, mediante il rispetto degli standard di qualità e di tempestività fissati nelle rispettive carte di servizio. Per dirla con le parole di Gianfrancesco Fidone, *nella logica per la quale l'attività amministrativa viene considerata un servizio per l'amministrato – utente, la prestazione assume carattere centrale e doveroso, divenendo oggetto di una pretesa del cittadino. Tale pretesa, tuttavia, sarebbe per lo più al di fuori di un rapporto di tipo sinallagmatico in senso tecnico e, dunque, tale da non fare insorgere nell'utente un vero e proprio diritto soggettivo. Più che di un diritto alla prestazione, si tratterebbe di un interesse legittimo al conseguimento di un risultato dovuto dell'attività amministrativa.*¹²¹

La posizione giuridica dell'utente o consumatore, dunque, integrerebbe i caratteri di un interesse legittimo pretensivo a fronte del dovere dell'amministrazione di fornire un certo

¹²¹ G. FIDONE, cit., 213 ss. L'autore sul punto conclude nel senso che tutte le posizioni giuridiche fondanti l'azione collettiva amministrativa dovrebbero essere ricondotte a interesse legittimo pretensivo al conseguimento del risultato atteso in quanto promesso dall'ente stesso. Inoltre, con riferimento alla predefinitone degli standard, l'autore nota come alcuni di essi sono fissati direttamente dalla legge. Si pensi ai termini per la definizione dei procedimenti amministrativi. Pertanto, ai fini dell'azione per l'efficienza, essi dovrebbero avere rilievo solo se violati sistematicamente, in modo da compromettere il corretto svolgimento della funzione. Analogamente F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit.

livello di attività, misurabile sulla base degli standard qualitativi, quantitativi e temporali contenuti nelle carte di servizio.

Secondo questa impostazione, la posizione legittimante - nel caso dell'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici - non costituirebbe un *quid novis* intermedio tra l'interesse di fatto e quello legittimo, ma integrerebbe posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, caratterizzate, in aggiunta, dal requisito (ancora da indagare) della omogeneità.

Altri autori, invece, pur negando nel caso di specie la configurabilità di un terzo genere di interesse, più intenso di quello di mero fatto e meno intenso di quello legittimo, sostengono che, a seconda dei casi, la posizione degna di tutela collettiva amministrativa assurga ora al rango di interesse legittimo pretensivo ora al rango di diritto soggettivo.¹²²

Da ultimo, non manca chi ritiene che non sia necessariamente richiesta la sussistenza di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo o di diritto soggettivo per legittimare l'azione collettiva amministrativa, *potendo anche esistere, sul fronte del diritto sostanziale, una posizione*

¹²² In questo senso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 214, secondo il quale: "l'azione è promossa, davanti al giudice amministrativo, da chi, vantando un interesse legittimo o un diritto soggettivo, lamenta una lesione diretta concreta e attuale dei propri interessi, per effetto di inadempimenti di un'amministrazione o del concessionario di un pubblico servizio". Dello stesso avviso C. DEODATO- M. G. COSENTINO, op. cit., 26, che sostengono che con la nuova disciplina, le prestazioni contenute nelle carte dei servizi vengono configurate come "veri e propri obblighi dei gestori, esigibili e coercibili dai cittadini - clienti, ormai titolari di diritti soggettivi al loro rispetto".

soggettiva di rilievo 'minore'.¹²³ In altre parole, nel ricorso per l'efficienza, la situazione giuridica fatta valere in giudizio può non raggiungere la soglia dell'interesse legittimo, potendo coincidere con un diritto civico o con un interesse semplice amministrativamente protetto qualificato dalle norme di azione che impongono alla p.a. di osservare le regole di buona amministrazione.¹²⁴

¹²³ In tal senso F. CINTOLI, cit., 14 ss., che conclude sul punto sostenendo: "In questa prospettiva, sembra più opportuno, se non doveroso, per tutte le ragioni che si son dette (non ultima l'esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata e di una lettura sistematica alla luce dell'oggetto del giudizio, il quale è focalizzato persino sul mero ritardo nell'emanazione di atti generali), leggere l'espressione 'lesione diretta, concreta e attuale', come riferibile oltre che ad una lesione già derivata, anche ad una lesione che potrebbe a breve derivare". In questo senso anche F. P. GRIFFI, *Class action e ricorso*, cit., 4, il quale osserva come il meccanismo legislativo in esame "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. (...) L'interesse che assume giuridica rilevanza, e conseguente azionabilità, è quello al corretto funzionamento dell'amministrazione".

¹²⁴ Per un'ampia disamina sul punto, cfr. F. CINTOLI, cit. 14, che rievoca la tradizionale nozione di 'diritto civico', come enunciata da Aldo Maria Sandulli nel suo *Manuale di diritto amministrativo* del 1989. L'autore nota come l'ordinamento conosca numerosi doveri di comportamento in funzione dell'interesse della collettività e in quanto tali sganciati dalla soddisfazione di interessi individuali. Pertanto, l'interesse che i singoli consociati vantano al rispetto di siffatti doveri di buona amministrazione sono adespoti; tali sono ad esempio l'interesse di ciascun consociato al buon andamento della pubblica amministrazione e segnatamente al buon funzionamento dei servizi pubblici. Trattandosi, però, di interessi di mero fatto, essi sono giuridicamente irrilevanti, se non nelle ipotesi in cui – per espressa previsione normativa – essi assurgono al rango di diritti soggettivi o di interessi legittimi. Assai più spesso, invece, siffatte situazioni rientrano nel novero dei c.d. diritti civici, che altro non sono se non particolari figure di interessi semplici (l'interesse al godimento dei beni demaniali, l'interesse alla erogazione di servizi per la collettività, quali quello di pubblica sicurezza, di illuminazione pubblica, di raccolta e smaltimento dei rifiuti, di pulizia delle strade). Sempre Sandulli qualifica come interessi semplici anche gli interessi amministrativamente protetti, definiti così in quanto tutelabili solamente tramite lo strumento giustiziale dei ricorsi amministrativi ed intendendo per essi quelle situazioni originate non da norme di relazione connesse alla erogazione di un servizio pubblico, bensì da norme di azione disciplinanti l'esercizio delle funzioni pubbliche nel rispetto delle regole di buona amministrazione. Dello stesso avviso è U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giornale di diritto*

Questa ricostruzione si fonda sulla *ratio* dell'istituto *de quo* che evidenzia come *il giudizio e l'azione qui non hanno lo scopo di attuare una peculiare posizione soggettiva sostanziale dandovi compiuta tutela, ovvero, in senso sattiviano, non hanno lo scopo di svelare nel processo l'identità della situazione soggettiva dell'attore.*¹²⁵ Il giudice amministrativo, infatti, nel giudizio avverso le inefficienze della pubblica amministrazione o dei concessionari di servizi pubblici, è chiamato ad accertare se vi è stata la violazione dei termini o la mancata emanazione di atti amministrativi generali o ancora la violazione degli standard, allo scopo di eliminare il ritardo, l'inadempimento o l'inefficienza, assolvendo così ad una funzione

amministrativo, n. 3/2010. Più in generale sul tema di buon andamento vedi anche le riflessioni di F. MARTINES, *L'azione di classe del D. Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, e i numerosi richiami in esso contenuti, in www.giustamm.it, 2010.

¹²⁵ Così testualmente F. CINTOLI, cit., 13. Nello stesso senso anche A. GIUFFRIDA, cit., 14 e ss., il quale osserva che "Il ricorrente, dunque, agisce in giudizio non perché mosso da un particolare interesse soggettivo (quasi certamente ciò è vero, ma per il legislatore, ciò deve rimanere sullo sfondo), ma perché vuole che sia giudizialmente dichiarata e colpita l'inefficienza dell'Amministrazione o del concessionario del pubblico servizio. (...) Il ricorrente, quando sollecita l'intervento del giudice amministrativo attraverso l'esercizio della *class action* pubblica, non risulta affatto titolare di una 'fantomatica' situazione soggettiva corrispondente alla pretesa al buon andamento della pubblica Amministrazione: tale pretesa, infatti, non necessariamente si riconnette alla sola titolarità di un diritto soggettivo perfetto o di un interesse legittimo, ma può allargarsi sino a ricomprendere ulteriori pretese prive del rango di vere e proprie situazioni soggettive. Il che significa che, forse per la prima volta, il giudice amministrativo è chiamato a sindacare interessi che, pur tradizionalmente considerati privi di tutela giurisdizionale (perché ritenuti di mero fatto, (...), acquistano ora rilevanza giuridica in quanto giustiziabili". L'autore chiarisce anche che per scongiurare un abuso di azioni collettive da parte di soggetti privi di un interesse sostanziale al ricorso, il legislatore opportunamente prevede oltre all'interesse a ricorrere (di natura squisitamente processuale) anche la titolarità di una situazione giuridica sostanziale sottesa alla pretesa del corretto funzionamento dell'amministrazione. Per una disamina più generale della nozione di interesse al ricorso, cfr. F. CARINGELLA – M. PROTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012, 167 e ss..

correttiva che mira ad assicurare un miglior funzionamento dell'amministrazione nell'interesse superiore e metaindividuale di tutta la collettività.

In tale ottica, l'interesse del singolo non è oggetto di tutela immediata, ma è occasione per un intervento giurisdizionale, tale da incidere fortemente all'interno delle maglie organizzative delle amministrazioni coinvolte nel giudizio.

Invero, il tenore letterale della norma, nonostante le perplessità conseguenti alla sua genericità, depone nel senso di prevedere, quale presupposto per l'esercizio del ricorso, la lesione di interessi giuridicamente rilevanti.

Pertanto, nonostante il giudizio miri ad accertare ed eliminare le disfunzioni colpevoli dell'organizzazione amministrativa,¹²⁶ sono legittimati al ricorso solamente i titolari di un interesse qualificato e differenziato, non riconducibile all'interesse della generalità dei consociati al buon funzionamento dell'amministrazione o alla corretta erogazione dei servizi alla collettività. Difatti, la norma richiede - quale altro presupposto di legittimazione ad agire - la sussistenza di *una lesione diretta concreta ed attuale dei propri interessi*, per quanto omogenei per una pluralità di utenti o consumatori.

In questo senso si esprime anche la giurisprudenza, affermando che *a mente dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 198/2009 - riproduttivo della regola generale processuale - la proposizione*

¹²⁶ In considerazione del risultato del ricorso ex D. Lgs. n. 198/2009, da più parti si afferma che sarebbe stata introdotta una forma di giurisdizione di tipo oggettivo, volto ad attribuire al giudice amministrativo un penetrante potere di intervento nelle maglie dell'organizzazione delle Amministrazioni pubbliche. Si tratta però di una ricostruzione non del tutto pacifica e su cui si ritornerà nel prosieguo della trattazione.

dell'azione è condizionata alla sussistenza di una "lesione diretta, concreta ed attuale", derivante dalle omissioni o dalla gestione inefficiente dell'amministrazione. Il legislatore – richiedendo che sia dimostrata la sussistenza di un interesse che, al di là della sua natura, abbia una sua concretezza e sia stato suscettibile o sia suscettibile di essere lesa – intende evidentemente stemperare la portata dell'ampliamento della legittimazione ad agire, al fine di evitare che l'azione in discorso trascorra sino a diventare uno strumento di controllo oggettivo e generalizzato dell'operato della P.A. e quindi un modello alternativo alla funzione di controllo politico – amministrativo.¹²⁷

Il singolo, quindi, può agire nel limite in cui sia portatore di una situazione giuridica soggettiva personale e al contempo comune ad una pluralità di soggetti appartenenti al gruppo.

Al riguardo, infatti, molti autori, parlano di un interesse individuale, ma isomorfo, cioè riconducibile ad una pluralità di amministrati, senza perdere la sua individualità.¹²⁸

¹²⁷ Così testualmente TAR Basilicata, Sez. I, sentenza n. 478 del 23.09.2011, con la quale il giudice amministrativo dichiara inammissibile il ricorso limitatamente ai ricorrenti e agli intervenienti singoli, motivando che "non è sufficiente che il ricorrente si limiti a dedurre, come nella specie, l'inefficienza in cui la pubblica amministrazione sarebbe incorsa, ma egli deve anche dedurre la lesione personale che abbia subito o che possa subire, nell'immediato o a breve, al proprio interesse omogeneo a quello di una determinata classe di utenti o consumatori. (...) Tali ricorrenti si sono infatti limitati a dedurre il disservizio determinato dalla mancata pubblicizzazione sulla pagine web del sito istituzionale dell'indirizzo di posta elettronica certificata, che avrebbe pregiudicato la possibilità per gli utenti di comunicare telematicamente con la Regione".

¹²⁸ In questo senso: A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in www.giustamm.it, 2009; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in www.giustamm.it, 2010; C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza*, cit.; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit.

Il giudice amministrativo, quindi, deve verificare se l'interesse del ricorrente sia anche omogeneo, ovvero sussistente uguale in capo ad una pluralità di consociati che si qualifichino come utenti o consumatori. In questa ottica, non vi è nulla di diverso rispetto a quanto richiesto dalle regole sulla legittimazione ad agire nel processo civile e nel processo amministrativo, in quanto è comunque richiesta la necessaria corrispondenza tra il ricorrente e colui che afferma essere - nell'atto introduttivo - titolare della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

In altre parole, l'interesse giuridicamente rilevante, per quanto isomorfo *non appartiene ad una species diversa dalle situazioni giuridiche soggettive a dimensione individuale*.¹²⁹

Alla luce di queste considerazioni, la dimensione collettiva dell'azione in commento, per lo meno nella ipotesi di proposizione del ricorso da parte del singolo, emerge soprattutto nella fase dell'intervento *ad adiuvandum* dei terzi, portatori anch'essi di un interesse prettamente individuale, sebbene omogeneo a sua volta a quello del ricorrente.¹³⁰

¹²⁹ Così testualmente C. CACCIAVILLANI, cit., 39.

¹³⁰ G. SORICELLI, *Introduzione al ricorso*, cit., 82 e ss, scrive: "La titolarità di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori sta ad indicare l'identificazione, la qualificazione e la veste del legittimato che, in quanto titolare di interessi meritevoli di tutela perchè afferenti alla classe dei consumatori e degli utenti, potrà agire in giudizio anche singolarmente, sempreché la sua legittimazione sia riferita anche ad interessi riconducibili alla classe predetta. Il successivo comma 3, art. 1 del d. lgs. 198/2009, infatti, si riferisce agli altri consumatori ed utenti che possono intervenire *ad adiuvandum* nel processo, dando vita all'azione di classe. (...) Tale azione diventa di classe nel momento in cui si verifica l'adesione degli altri consumatori e utenti, mentre il comma 4 si riferisce al classico interesse collettivo tutelabile in giudizio dalle associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati".

Secondo questa impostazione, che, ad onore del vero contrasta con quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema del decreto *de quo*,¹³¹ la legittimazione all'azione per l'efficienza dell'amministrazione e dei concessionari di servizi pubblici non presuppone né interessi collettivi né interessi diffusi,¹³² tant'è che si osserva che essa *solo giornalmisticamente può essere definita azione di classe nei confronti dell'amministrazione, quanto meno se il parametro di riferimento è la class action degli ordinamenti anglosassoni.*¹³³

¹³¹ Il Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi – nel parere 9 giugno 2009, sostiene per l'appunto che “si deve considerare che la legittimazione ad agire è data dalla situazione di contatto (titolarità) della posizione soggettiva difesa in giudizio, che nella specie consiste in un interesse diffuso (l'impatto dell'attività amministrativa su beni della vita omogenei per una pluralità di soggetti). E' l'inerenza a tale interesse a integrare la legittimazione del singolo. Peraltro la stessa fonte primaria evidenzia che la situazione giuridica protetta è quella pluralistica (...)”.

¹³² Per completezza espositiva, va osservato che secondo le ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinarie più accreditate, gli interessi collettivi fanno capo a specifici gruppi o categorie sociali tipizzate. In tali casi, la legittimazione ad agire in giudizio è riconosciuta in capo all'ente esponenziale, il quale agisce per la tutela dell'interesse del gruppo rappresentato nella sua interezza, non riconducibile alla sfera del singolo individuo. Gli interessi diffusi, invece, sono relazionati a beni quali l'ambiente, la salute, la qualità della vita che afferiscono allo stesso tempo a ciascun individuo e a tutta la collettività. In quanto interessi meta individuali, essi mancano del requisito della differenziazione; pertanto, non sono qualificabili come interessi legittimi, sebbene siano oggetto di protezione da parte dell'ordinamento nelle forme e nei casi espressamente previsti. Da ciò si desume che la partecipazione procedimentale di cui all'art. 9 della legge n. 241/1990 è un dato neutro rispetto alla legittimazione ad agire in giudizio, dovendosi verificare la sussistenza di altri e ulteriori presupposti. Per una disamina dell'argomento cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Padova, 1970; V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milano, 1979; FERRARA, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1993; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012, 195 ss.. Sul fronte della giurisprudenza con particolare riguardo al carattere della rappresentatività dell'ente quale presupposto per agire giudizialmente cfr. Cons. St. Ad. Pl. n. 24/1979 e più recentemente Cons. St., sez. V, 14.06.2007, n. 3191.

¹³³ Così F. P. GRIFFI, *Class action*, cit. Analogamente, U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela*, cit., in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2010, 248,

Nel caso dell'azione collettiva promossa dal singolo, infatti, il giudizio è volto alla tutela di un interesse che attiene alla sfera personale dell'individuo. La pretesa ad un livello di prestazione corrispondente al contenuto della carta dei servizi, la pretesa al rispetto dei termini nell'erogazione dei servizi o nell'esercizio della funzione, nonché la pretesa all'adozione di atti amministrativi generali obbligatori sono rivendicati dal ricorrente per se stesso e per l'aver subito una lesione diretta concreta ed attuale alla propria sfera giuridica soggettiva. L'interesse tutelato, dunque, non è un interesse meta individuale, né un interesse di categoria, ma solamente un interesse individuale, tutelabile ai sensi del D. Lgs. n. 198/2009, nel limite in cui sia anche omogeneo ad una pluralità di utenti o consumatori.¹³⁴

osserva che "Non è una *class action* in senso stretto (sul modello, cioè di quella statunitense), perché non è prevista solo la legittimazione ad agire individuale (a tutela dell'intero gruppo mediante il meccanismo del *put out*); non è una vera e propria azione associativa, perché non è prevista la esclusiva legittimazione ad agire delle associazioni portatrici di un interesse collettivo. E' invece prevista la legittimazione ad agire sia per il singolo, in quanto titolare di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, sia per le associazioni o i comitati, a tutela degli interessi dei propri associati. (...) Potrebbe quindi parlarsi di un ibrido e giustificarsi anche in sede dottrinale la denominazione giornalistica di '*class action all'italiana*'".

¹³⁴ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, sottolinea che "Tale posizione appare coerente con il sistema generale del processo amministrativo e non costringe l'interprete ad avventurose ricostruzioni dottrinali, legate ad un nuovo *genus* di posizione legittimante. Essa, inoltre, tiene conto della portata innovativa delle nuove previsioni che fanno assurgere il conseguimento degli standard dell'attività amministrativa a parametro di legittimità dell'attività amministrativa" (...) "Anche la disciplina positiva dell'azione conferma la tesi sostenuta, dal momento che secondo l'art. 1, comma 1, d. lgs. 198/2009, in primo luogo, l'interesse deve essere ricondotto individualmente al ricorrente e, solo, in secondo luogo è necessario che esso sia omogeneo ad alcuni altri soggetti facenti parte della categoria degli utenti e consumatori, ma non necessariamente a tutti", 215 -219.

D'altronde, il dato testuale della norma fa riferimento al 'titolare' dell'interesse e non semplicemente al "portatore", *formula quest'ultima che tradizionalmente allude all'esistenza di un interesse diffuso, il quale ha bisogno appunto solo di un portavoce.*¹³⁵

La legittimazione all'azione, dunque, sussiste allorché siano riscontrabili posizioni giuridiche soggettive individuali e al contempo plurime, in quanto, come affermato in più occasioni dalla dottrina, *la circostanza che l'interesse di un individuo sia identico a quello degli altri non impedisce che ciascuno di questi possa essere riconosciuto titolare di un interesse legittimo individuale, senza confusione con l'interesse generale.*¹³⁶

¹³⁵ In tal senso C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si concentra sull'individuo*, nota a margine della sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III bis 20.01.2011, n. 552, in www.giustamm.it. Ed ancora C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza*, cit., 39 ss, nota che il testo definitivo del decreto legislativo 198/2009 prevede requisiti di legittimazione processuale più stringenti rispetto a quelli di cui alla rispettiva legge delega, così escludendo che con l'azione per l'efficienza esperita dal singolo possano essere tutelati interessi adespoti o diffusi, ossia gli interessi di cui non si possa "affermare la titolarità *uti singulus* o la soggettivizzazione in capo a sé". In senso contrario, come già evidenziato in precedenza, il Consiglio di Stato che – nell'ormai noto parere sullo schema del decreto – osserva che in ragione della sostenuta natura di interesse diffuso della situazione giuridica tutelata con l'azione in commento, "non sarebbe preciso definire la situazione del singolo come *titolarità*, la quale piuttosto riguarda la classe (cui, sostanzialmente, si imputa l'interesse diffuso)" e, pertanto, suggerisce di utilizzare "una formula già nota all'ordinamento amministrativo, che all'art. 9 della legge n. 241/1990, individua tra i soggetti titolari del diritto di intervento nel procedimento amministrativo *i portatori di interessi diffusi*".

¹³⁶ L'affermazione è di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2007, che, a proposito degli interessi individuali plurimi, continua nel senso che "non è necessario che un interesse appartenga a un solo individuo perché esso possa essere considerato personale (...). E' ben possibile che ci siano tanti interessi personali uguali che tuttavia non coincidono con l'interesse dell'intera comunità".

Siffatta ricostruzione interpretativa non sarebbe sconfessata neanche dalla previsione per la quale l'azione per l'efficienza è proponibile anche nel caso di mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori a contenuto non normativo. A tal proposito si osserva, infatti, che, da un lato sarebbe artificioso e lesivo in termini di certezza del diritto prospettare una ricostruzione 'cangiante' della legittimazione all'azione che cambia a seconda delle inefficienze/inadempienze lamentate in giudizio (interesse individuale plurimo nel caso si agisca per veder accertato e ripristinato lo standard delle prestazioni; interesse diffuso o indifferenziato nel caso si agisca per l'accertamento della mancata adozione di atti amministrativi generali). Dall'altro lato, proprio l'ipotesi della mancata emanazione di un atto amministrativo generale non normativo e obbligatorio sarebbe *la cartina di tornasole* che conferma la tesi per la quale il singolo individuo intanto ha interesse ad agire in giudizio in quanto è titolare di un interesse - sì omogeneo ad una pluralità - ma anche e prima di tutto individuale, traendo verosimilmente una utilità concreta e personale dalla adozione dell'atto medesimo.¹³⁷

Da qui l'appellativo di tutela collettiva impropria utilizzato sovente dai commentatori con riferimento alla *class action* amministrativa esperibile per l'appunto in relazione ad interessi al contempo individuali ed omogenei ed in

¹³⁷ Così C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza*, cit.; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit.; G. VELTRI; *Class action pubblica: prime riflessioni*, in www.lexitalia.it, 2, 2010.

considerazione, tra l'altro, della sua natura non risarcitoria.¹³⁸

Invero, la natura collettiva dell'azione si riscontra anche sotto il profilo degli effetti della sentenza.¹³⁹

La pronuncia giudiziale, infatti, nell'accertare l'avvenuta violazione dell'interesse giuridicamente rilevante ed omogeneo del ricorrente, condanna l'amministrazione o il concessionario all'adozione - entro un congruo termine - dei provvedimenti

¹³⁸ Cfr. U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela*, cit. Con particolare riguardo al requisito dell'omogeneità degli interessi tutelati cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, osserva che a distinguere il giudizio per l'efficienza dai ricorsi ordinari e da quello sul silenzio sarebbero, da un lato, l'omogeneità dell'interesse del ricorrente a quello di una pluralità di utenti, poiché il ricorrente deve agire facendo valere un interesse che non sia suo esclusivo, ma che abbia una dimensione più generale; dall'altro la finalità correttiva dell'azione. Sul punto anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2010. L'autore ritiene che: "il requisito della necessaria plurioffensività del comportamento omissivo o inefficiente, rappresenta un ostacolo non lieve per la utilizzazione pratica del rimedio e solleva qualche dubbio di costituzionalità. Non sono chiare le ragioni per le quali l'azione non possa essere esperita quando il soggetto leso è uno ed uno solo. Se il diritto e la lesione sono riferibili al singolo la tutela non dovrebbe essere esclusa, né condizionata dalla dimostrazione della valenza ultraindividuale dell'interesse". Invero, il ricorso avverso le inefficienze non si sostituisce, ma si aggiunge agli ordinari mezzi di tutela degli amministrati nei confronti dell'amministrazione. Verosimilmente, il motivo per cui il legislatore esclude la possibilità di agire ex D. Lgs. n. 198/2009 nel caso di lesione individuale esclusiva è da rintracciarsi nella funzione correttiva dell'azione stessa. In altri termini solamente le inefficienze, le disfunzioni e le inadempienze che si reiterano e che, quindi, colpiscono più utenti o consumatori, sono indicative di un vero e proprio cattivo andamento dell'amministrazione, tale da giustificare l'intervento in senso correttivo del giudice amministrativo. La singola disfunzione, come dire, può capitare e di per sé non è prova di un sistema organizzativo che non funziona e, pertanto, non legittima alla proposizione del ricorso per l'efficienza. Viceversa, residua sempre in capo a ciascun individuo il diritto difesa, utilizzando gli ordinari mezzi di tutela giurisdizionale.

¹³⁹ F. P. GRIFFI, *Class action*, cit. in www.federalismi.it n. 13/2010; c. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza*, cit., 46; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit., 220.

necessari a porre rimedio alle disfunzioni, nei limiti naturalmente delle risorse disponibili.

Orbene, rinviando al prosieguo gli approfondimenti sui poteri del giudice amministrativo e sulla natura della sentenza *de qua*, per ora è utile osservare che una condanna "correttiva" dell'attività amministrativa è per sua natura deputata a dispiegare effetti che si estendono al di là delle parti in causa, finendo per apportare benefici all'intera collettività e ancora più in generale al sistema giuridico sociale ed economico nel suo complesso, che si ritrova a godere di una pubblica amministrazione più efficiente.

Ed in fondo questo è l'auspicio del recente processo di riforma della pubblica amministrazione, nel cui contesto significativamente vede la luce anche la disciplina sul ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

3.4.1. La legittimazione delle associazioni e dei comitati

Il comma 4 dell'art. 1 del D. Lgs. n. 198/2009 stabilisce che *Ricorrendo i presupposti di cui al comma 1, il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1.*

Oltre alla legittimazione individuale è prevista, quindi, una legittimazione propriamente collettiva, per meglio dire associativa; tant'è che nel caso di proposizione del ricorso sia da parte del singolo utente che da parte dell'ente associativo, quand'anche venisse meno l'interesse individuale del primo (magari per aver conseguito *medio tempore* l'utilità cui aspirava), permarrrebbe comunque l'interesse dell'associazione o del comitato ad una pronuncia nell'interesse dei propri associati.¹⁴⁰

Per quel che concerne l'individuazione delle associazioni legittimate all'azione collettiva amministrativa, valgono le stesse considerazioni fatte con riguardo alla nozione di utente e di consumatore in sede di disamina dei presupposti legittimanti la proposizione dell'azione in forma individuale.

Pertanto, si può sostenere che la norma in commento si riferisce ad una nozione di associazioni o comitati più ampia rispetto a quella contemplata nel Codice del Consumo.¹⁴¹

¹⁴⁰ In questo senso C. DEODATO – M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la p.a.*, cit., 29.

¹⁴¹ L'articolo 3, comma 1, lett. b) del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 definisce "associazioni dei consumatori e degli utenti: le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi

In altre parole, il tenore letterale della norma in commento non è tale da pretendere che siano legittimate al ricorso solamente le associazioni o i comitati propriamente qualificati (dalla legge o dallo statuto associativo) di consumatori o utenti, essendo sufficiente che l'ente agisca a tutela degli interessi dei propri associati, questi ultimi appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1.

D'altronde, nel caso di azione collettiva pubblica - diversamente da quanto stabilito in riferimento all'azione inibitoria-ripristinativa di cui all'art. 140 del Codice del Consumo - il legislatore non prevede alcuna istituzione di un apposito elenco in cui inserire le associazioni legittimate al ricorso, né tanto meno effettua un rinvio in tal senso alle norme del D. Lgs. n. 206/2005.

La normativa in materia di ricorso per l'efficienza, dunque, legittima l'azione delle associazioni e dei comitati al mero ricorrere dei presupposti di cui al comma 1 dell'art. 1 del D. Lgs. n. 198/2009. Pertanto, sembra essere sufficiente la sussistenza di una lesione diretta concreta ed attuale di un interesse proprio degli associati e contestualmente giuridicamente rilevante ed omogeneo per una pluralità di utenti e consumatori, a prescindere dal grado di rappresentatività dell'ente.

dei consumatori." La Parte V del Codice è dedicata espressamente alle Associazioni dei consumatori in relazione all'accesso alla giustizia. In particolare, l'art. 137 prevede l'istituzione - presso il Ministero delle attività produttive - di un elenco delle associazioni e degli utenti rappresentative a livello nazionali. L'inclusione in detto elenco (ai sensi dell'art. 139) legittima di per sé le associazioni alla proposizione del giudizio ex articolo 140.

Conseguentemente, anche nel caso in cui il ricorso collettivo amministrativo sia presentato dalle associazioni o dai comitati inseriti nell'elenco di cui all'art. 137 del Codice del Consumo, il giudice amministrativo è chiamato a vagliare di volta in volta la sussistenza della legittimazione attiva in capo agli enti proponenti, in quanto la loro riconosciuta maggiore rappresentatività a livello nazionale non è di per sé criterio sufficiente a fondare la legittimazione ad agire ex D. Lgs. n. 198/2009.

Nel caso di queste associazioni, infatti, potrebbe mancare il requisito della omogeneità degli interessi tutelati rispetto ad una pluralità di utenti o consumatori, nonché la lesione diretta, concreta ed attuale in capo ad almeno uno degli associati.¹⁴²

Questa impostazione trova conferma nella pronuncia del Tar per il Lazio, Roma, n. 7483 del 2012, che - nel dichiarare il ricorso inammissibile per la genericità del pregiudizio lamentato - precisa che il Codacons, in quanto associazione, è astrattamente legittimato al ricorso ai sensi del comma 4 dell'articolo 1 del D. Lgs. n. 198/2009.

Nella sostanza, però, l'ente associativo è legittimato ad agire solamente per la tutela degli interessi dei propri associati, ai quali deve

¹⁴² In questo senso: G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit., 224 e ss "Dunque, la mera rappresentatività *ex lege* non sembra sufficiente a configurare la legittimazione all'azione per l'efficienza, dovendo al contrario ricorrere una rappresentanza in concreto di un soggetto legittimato individualmente". Sul punto cfr. anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza*, cit., per il quale "l'omessa espressa menzione delle associazioni rappresentative tra i soggetti legittimati è intenzionale". Anche secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 214, "le associazioni agiscono non come titolari di una legittimazione esclusiva, (...), ma semplicemente come rappresentanti dei propri associati".

derivare una lesione diretta concreta e attuale dalla condotta omissiva o negligente della P.A.. Pertanto, nel caso di specie, a pena di inammissibilità, il Codacons avrebbe dovuto indicare *nominativamente* per ciascuno dei propri associati *il titolo e l'oggetto dell'azione*.¹⁴³

A ben vedere questa sentenza accoglie una interpretazione molto rigida e restrittiva dei requisiti di cui all'art. 1, comma 4, del D. Lgs. n. 198/2009 in materia di legittimazione ad agire delle associazioni e dei comitati, che mal si sposa con la logica associativa¹⁴⁴ e che rischia di appesantire fortemente ed inutilmente il meccanismo processuale *de quo*.

D'altronde non mancano ricostruzioni e sentenze in senso diametralmente opposto che affermano che l'associazione o il comitato siano legittimati ad agire ex D. Lgs. n. 198/2009 purchè sussista nell'ente la finalità statutaria di tutela degli interessi collettivi fatti valere in giudizio, senza che sia richiesta la sussistenza di una lesione individuale in capo ai singoli associati.¹⁴⁵

¹⁴³ TAR per il Lazio – Roma, sez. I, sentenza n. 7483 del 3.09.2012.

¹⁴⁴ D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, cit., 6, scrive che "(...) la concretezza della lesione, per sua natura inconciliabile con il ricorso degli enti esponenziali, non deve ricorrere in tale ultima ipotesi, essendo sufficiente che l'ente sia rappresentativo e sussista la lesione dell'interesse collettivo facente capo ad una categoria di consumatori ed utenti (...)".

¹⁴⁵ In questo senso C. DEODATO – M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A.*, cit.; D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, cit., 4, che scrive: "Tuttavia, poiché il comma 1 richiede anche il ricorrere di una lesione dotata dei caratteri di concretezza ed attualità, si potrebbe essere indotti a pensare che tale requisito debba sussistere anche quando il rimedio sia esperito dagli enti esponenziali. Ma non è detto che sia così. Il che è ben comprensibile perché, laddove sia l'ente ad agire a tutela dell'interesse collettivo, la valutazione di lesività può essere compiuta solo in astratto rispetto all'interesse della categoria, a differenza di quanto avviene per la legittimazione individuale. (...)".

Questa interpretazione è supportata anche dalle considerazioni contenute sul punto nella relazione illustrativa allegata allo schema del decreto legislativo in commento, che subordina la proponibilità dell'azione collettiva alla sussistenza di una lesione diretta concreta e attuale solamente nel caso di legittimazione del singolo. Viceversa, nel caso delle associazioni e dei comitati, la proponibilità del ricorso collettivo è ammessa in relazione alla tutela degli interessi degli associati, purchè si tratti di interessi rilevanti ed omogenei ad una pluralità di utenti o consumatori; nessun riferimento è fatto al requisito della *derivata lesione diretta concreta ed attuale dei propri interessi*.

Dunque, piuttosto che rinviare al comma 1 dell'articolo 1 del D. Lgs. n. 198/2009, il Legislatore meglio avrebbe fatto se avesse individuato uno o più criteri oggettivi in relazione ai quali valutare la sussistenza in capo all'associazione o al comitato della legittimazione attiva alla proposizione del ricorso collettivo, tanto più che non si è ritenuto opportuno istituire un apposito albo.

Per gli enti esponenziali in definitiva, più che alla concretezza della lesione degli interessi tutelati, bisogna guardare al grado di rappresentatività sul territorio dell'associazione o del comitato, nonché alla finalità dell'ente stesso, in ragione della indicazione, tra i fini statutari, della protezione dell'interesse dedotto in giudizio, così da evitare un generico controllo sull'operato dell'amministrazione.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Cfr. TAR per il Lazio – Roma, sez. III *bis*, sentenza n. 552 del 20.01.2011 che ritiene ammissibile il ricorso da parte del Codacons in quanto “non è in

Si sostiene, quindi, che le associazioni possono proporre l'azione contemplata dal D.Lgs. n. 198/2009 se ed in quanto dimostrino di possedere sufficienti indici di rappresentatività degli interessi di categoria.

Al riguardo, la giurisprudenza non esita a qualificare la situazione giuridica soggettiva tutelata dall'azione *de qua* in termini di interesse diffuso che si eleva al grado di interesse collettivo 'soggettivizzandosi' in capo all'ente esponenziale.

Sul punto, merita di essere segnalata la sentenza n. 478 del 23 settembre 2011 del Tar per la Basilicata, che si sofferma più delle altre sulla questione relativa alla disamina della legittimazione attiva delle associazioni, dovendosi pronunciare, nel caso di specie, sull'ammissibilità del ricorso proposto, tra gli altri, anche dal Movimento radicale italiano con finalità dichiaratamente politica.

particolare contestato che Codacons abbia fra i propri associati anche utenti del servizio scolastico che possano dolersi di una lesione diretta, concreta ed attuale derivante dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori in materia di dimensionamento, fruibilità e sicurezza delle aule". Cfr. anche TAR per il Lazio – Roma, sez. I, sentenza 13.02.2012, n. 1416, con la quale il g.a., premesso che "La class action per l'efficienza della pubblica amministrazione è uno strumento di tutela di interessi diffusi, aggiuntivo rispetto a quelli previsti dal codice del processo, azionabile da singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori od anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati comunque appartenenti a tale pluralità", ritiene che "il ricorso si presenta ammissibile in quanto proposto dall'Associazione Forense di Reggio Emilia nonché dai singoli avvocati, mentre si presenta inammissibile in quanto proposto da Burani Interfood Srl, la quale è priva di legittimazione ad agire non essendo titolare di un interesse omogeneo a quello degli altri utenti che hanno proposto l'azione". Per completezza espositiva va rilevato che nel caso di specie il Collegio giudicante finisce per respingere il ricorso per insussistenza della lesione, considerate la insufficienza delle risorse strumentali, finanziarie ed umane a disposizione ed il limite dell'invarianza finanziaria.

In proposito, significativamente il giudice amministrativo esclude la legittimazione ad agire ex D.Lgs. n. 198/2009 per i partiti e i movimenti politici, sostenendo che *il movimento politico è espressione, per sua stessa definizione, degli interessi politici dei suoi affiliati ed in quanto rappresentativo di una classe generale ed eterogenea non è legittimato ad esprimere interessi giuridicamente rilevanti di una classe determinata ed omogenea di utenti e consumatori.*

Pertanto, la tutela collettiva pubblica non può *estendersi ad ogni attività di carattere pubblicistico che si ripercuota sugli associati, ma va pur sempre vagliata alla luce delle finalità statutarie dell'ente.*¹⁴⁷

Invero, la Conferenza unificata in sede di intesa del 12 novembre 2009 sullo schema del decreto, prevedendo le incertezze interpretative che sarebbero insorte in merito alla individuazione delle associazioni legittimate alla *class action* pubblica, raccomanda l'istituzione di un apposito albo nel quale inserire le associazioni dotate di legittimazione attiva, come già previsto, d'altronde, per la materia consumeristica e per quella

¹⁴⁷ Testualmente il TAR per la Basilicata, sez. I, sentenza 23.09.2011, n. 478 che sul punto continua: "Ciò è del resto confermato dallo Statuto del movimento Radicali Italiani, versato in atti, nel quale, tra gli scopi da perseguire, non emerge alcun riferimento alla tutela dei diritti e delle libertà digitali, né, tanto meno, più in generale, alla tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti. (...) Alla luce delle coordinate sopra tracciate, il Collegio ritiene, invece, sussistente la legittimazione ad agire in capo all'Associazione Agora digitale, poiché la stessa non ha un fine politico generale, ma assume come specifico scopo statutario quello di difendere le libertà digitali (...) e di sviluppare una comunicazione in rete che sappia coinvolgere ed informare. Tale associazione, quindi, in quanto rappresentativa proprio dello specifico interesse asseritamente leso dalla Regione con la mancata attuazione delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale è legittimata ad agire".

ambientale. Ciò anche al fine di evitare l'insorgere di contenziosi esclusivamente volti all'accertamento giudiziale della sussistenza della legittimazione.¹⁴⁸

Sennonchè, proprio la relazione illustrativa della normativa in commento precisa che *in questa materia, a differenza di altre (tutela dell'ambiente e dei consumatori) non è apparso possibile né opportuno circoscrivere la legittimazione a un elenco consolidato di enti rappresentativi degli interessi collettivi dei cittadini.*

Per cui, in assenza di una maggiore specificità della previsione normativa sul punto, compete al giudice vagliare la sussistenza della legittimazione attiva in capo all'ente proponente, ora valorizzando il requisito della finalità statutaria, ora quello della rappresentatività, ora quello della *vicinitas*.

Verosimilmente, alla luce dei criteri già emersi in sede di pronunce in materia ambientale o consumeristica, si può ritenere che – anche nel caso di ricorso ex D. Lgs. n. 198/2009 - la legittimazione ad agire è preclusa alle associazioni o ai gruppi occasionali che mancano del carattere della stabilità e della significativa rappresentanza degli interessi tutelati, in assenza di un collegamento territoriale tra l'area di afferenza della propria attività e quella di azione della p.a. o del concessionario di servizi pubblici convenuti in giudizio.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Cfr. Nota della Commissione Affari Istituzionali e Generali della Conferenza Unificata dell'11 novembre 2009.

¹⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza 14.04.2006, n. 2151; TAR per il Piemonte, sez. I, sentenza 25. 09.2009, n. 2292. Per quel che riguarda il requisito della *vicinitas*, in particolare, esso viene valorizzato al fine di dare concretezza alla lesione dell'interesse fatto valere in giudizio dall'ente

3.4.2. La legittimazione passiva e le esclusioni soggettive

Nell'azione per l'efficienza amministrativa sono soggetti legittimati passivi sia le pubbliche amministrazioni che i concessionari dei pubblici servizi. Sono invece espressamente escluse

associativo. Significativamente, con riguardo alla *class action* pubblica, il giudice amministrativo (Tar per il Lazio n. 478/2011) fa un distinguo a seconda che si tratti di ricorso individuale ovvero di ricorso proposto da un'associazione. Il collegio giudicante, infatti, ritiene che la mera circostanza della non residenza del ricorrente o dell'interveniente nel territorio della Regione non possa essere assunta quale valido criterio per negare di per sé la sussistenza di un interesse concreto al ricorso, posto che anche un non residente può avere interesse a fruire dei servizi telematici erogati da un'altra Regione. Anzi in tale ipotesi, l'interesse del non residente è maggiormente stringente e lampante, in quanto proprio l'utilizzo delle tecnologie informatiche consente di abbattere le distanze, eliminando le difficoltà ed i costi per raggiungere un'amministrazione territorialmente distante rispetto al luogo della propria residenza. Viceversa, con riguardo alle associazioni o ai comitati, "risulta necessario individuare un criterio di prossimità tra il titolare dell'interesse e l'ente pubblico in relazione ad una specifica funzione pubblica o ad uno specifico servizio pubblico erogato dall'ente, di cui il soggetto ricorrente prospetti di volere o dovere fruire" nell'interesse dei propri associati (residenti o non residenti). Ed ancora sui requisiti che legittimano le associazioni al ricorso amministrativo, cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza 26 ottobre 2009, n. 2549: "Appare priva del requisito dello stabile collegamento territoriale l'associazione che non sia formata da commercianti del quartiere interessato dal provvedimento amministrativo impugnato, dal momento che – affinché possa dirsi trasformato l'interesse diffuso in interesse collettivo, così divenendo interesse legittimo tutelabile in giudizio – è necessario: 1) l'ente dimostri la sua rappresentatività rispetto all'interesse che intende proteggere, il quale deve essere desunto dal fatto che deve trattarsi di un ente il cui statuto prevede come fine istituzionale la protezione di un dato interesse diffuso o collettivo; 2) che l'ente sia in grado, per la sua organizzazione e struttura, di realizzare le proprie finalità ed essere dotato di stabilità, nel senso che deve svolgere all'esterno la propria attività in via continuativa; 3) che sussista uno stabile collegamento territoriale tra l'area di afferenza dell'attività dell'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso (*vicinitas*)". Così anche TAR per il Lazio – Roma – sez. III, sentenza 26 novembre 2007, n. 11749: "Le associazioni rappresentative dei cittadini e degli utenti sono attivamente legittimate ad agire per la tutela di diritti fondamentali e di interessi collettivi, ma solo se e in quanto sussista un collegamento tra lesione ed interesse diffuso rappresentato dall'ente, da operarsi alla stregua di elementi ben precisi quali: la rappresentatività, gli scopi statutari, la notorietà e la presenza sul territorio".

dall'applicazione del decreto, ai sensi dell'art. 1-ter, *le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri.*

Per quel che concerne il concetto di amministrazioni pubbliche nei cui confronti è esperibile la tutela collettiva amministrativa, soccorre la Delibera n. 88/2010 della Civit, che - nel tracciare le prime linee guida per la definizione degli standard di qualità, la cui violazione legittima il ricorso per l'efficienza - alla lettera a) del punto 1 (dedicato ad illustrare le finalità e le definizioni rilevanti ai sensi della stessa delibera), chiarisce che per amministrazioni pubbliche si intendono: *le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", e quindi "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche*

*amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.*¹⁵⁰

La disposizione, dunque, si riferisce in generale alle amministrazioni e agli enti pubblici non economici, le cui nozioni sono state ampiamente dibattute in dottrina e in giurisprudenza con riferimento alla materia dell'organizzazione amministrativa.¹⁵¹

In questa sede, ci si limita ad osservare che - anche in ragione del vasto processo di privatizzazione - occorre sottolineare che il dato formale e nominalistico non sempre è di per sé sufficiente ad individuare l'ente legittimato passivo ai sensi del D. Lgs. n. 198/2009.

Il giudice amministrativo, pertanto, al di là delle ipotesi tassative di esclusione soggettiva, è chiamato a verificare caso per caso la sussistenza dei requisiti di legittimità passiva in capo alle amministrazioni convenute, anche sulla base dei cc.dd. *indici della pubblicità dell'ente*, che rivelano

¹⁵⁰ Con la successiva delibera 28 ottobre 2010, n. 113, in tema di applicazione del D. Lgs. n. 150/2009 e della delibera n. 88/2010 agli enti del Servizio Sanitario Nazionale, la Commissione per la Valutazione la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche ribadisce che "le disposizioni del D. Lgs. n. 198/2009 trovano applicazione anche nei confronti degli enti del Servizio Sanitario Nazionale - in quanto compresi nel novero delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D. Lgs. n. 165/2001 - secondo le scadenze temporali indicate nel D. Lgs. n. 150/2009 e nell'articolo 7 del D. Lgs. n. 198/2009". Il testo della delibera è disponibile sul sito www.civit.it alla pagina <http://www.civit.it/?p=2401>.

¹⁵¹ Sull'organizzazione amministrativa in generale cfr: G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; S. CASSESE, voce *Amministrazione statale*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, voce *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, 41; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2003. Sugli enti pubblici, si veda: G. ROSSI, voce *Enti pubblici*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989; G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, 223; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una Introduzione*, Bologna, 2007.

anche dal punto di vista strutturale *speciali relazioni organizzative con gli apparati politici degli apparati pubblici*.¹⁵²

¹⁵² In questo senso, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 242. Cfr. anche G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo*, cit., 240, che osserva che la Legge n. 311/2004 fornisce un elenco delle amministrazioni pubbliche, ma che in ogni caso l'elenco non può considerarsi esaustivo. D'altronde, La LEGGE 18 giugno 2009, n. 69 (in SO n. 95, relativo alla G.U. 19/06/2009, n.140) modificando (con l'art. 10, comma 1, lettera a)) l'art. 22, comma 2 della Legge n. 241/1990, dispone che "Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative". Una ancora più rilevante intervento del Legislatore è quello di cui all'articolo 7, comma 2, del D. Lgs. n. 104/2010, che con riferimento all'ambito della giurisdizione amministrativa, precisa 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". Si veda anche D. F. G. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007, il quale scrive che "ente pubblico è quello che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale, nel senso che le definizioni legislative non vincolano l'interprete, il quale dovrà determinare la natura dell'ente indipendentemente dalla sua denominazione, per cui la stessa qualificazione è irrilevante se in contrasto con l'effettiva natura". Tra gli indici sintomatici della pubblicità di un ente in genere sono annoverati: la partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria al capitale sociale; il controllo pubblico dominante, l'oggetto dello statuto volto all'erogazione di un servizio pubblico di interesse generale (cfr. tra le tante in giurisprudenza Corte Cost. n. 284/2002; Cons Stato, sez. VI, sentenza 18.04.2005, n. 1770; Cass. S.U. 23.04.2008, ordinanza n. 1043 tutte sulla RAI), l'eventuale vigilanza da parte degli organi politici, l'impossibilità di essere sottoposti a procedure concorsuali e/o fallimentari, l'assoggettamento alle procedure ad evidenza pubblica. Sovviene al riguardo la nozione di organismo di diritto pubblico molto cara al diritto comunitario, per la quale, a prescindere dalla qualificazione giuridica, un ente è tenuto al rispetto della normativa comunitaria in materia di amministrazioni pubbliche quando la sua attività sia finalizzata al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, abbia personalità giuridica e dal punto di vista strutturale si sottoposto ad una influenza pubblica dominante. Cfr. G. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Dizionario del diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH - G. FONDERICO, Milano, 2006; B. MAMELI, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 66; G. MARI, *Natura pubblica della RAI: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm.*, 2008, 9, 235. In giurisprudenza da ultimo si segnalano: Cons St. sez. VI, sentenza 23.11.2010, n. 5279, per la quale "la natura pubblica, pertanto, non può essere esclusa con riguardo ad organismi i quali, pur presentando la forma societaria, siano sottoposti ad una

Questa prospettiva consente di superare le limitazioni interpretative delle delibera Civit n. 88/2010, che di fatto propone una nozione restrittiva ed anacronistica di amministrazione pubblica fondata per lo più sul dato formale della qualificazione normativa.

D'altronde, l'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 198/2009 espressamente estende la legittimazione passiva anche ai concessionari di pubblici servizi, che sono per lo più soggetti di diritto privato, la cui attività, però, ricopre una rilevanza di interesse generale.¹⁵³

L'inclusione tra i legittimati passivi dei concessionari di servizi pubblici conferma, quindi, una concezione unitaria di amministrazione di risultato, nel senso di soggetto erogatore di prestazioni utili per la collettività. Invero questa scelta non è stata affatto condivisa dai concessionari stessi e dalle rispettive associazioni di categoria che, in sede di discussione sullo schema del decreto, hanno palesato il timore di

disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche, oltre che, ancor più significativamente, dell'attrazione in orbita pubblicistica". In senso contrario Cass. S.U., 22.12.2011, ordinanza n. 28330 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie che riguardano la selezione del personale.

¹⁵³ Sul punto C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la pa*, cit., 32, osservano che la dizione concessionari di pubblici servizi è alquanto generica e "parrebbe includere sia i soggetti erogatori che si sostituiscono alla pubblica amministrazione nello svolgimento di un'attività che, per sua natura, spetterebbe ai poteri pubblici, (...) sia i soggetti che, sebbene svolgano la loro attività sotto il controllo pubblico (nella forma dell'autorizzazione, licenza, permesso e quant'altro) non necessitano di un atto costitutivo o traslativo del diritto ad operare in un determinato settore. (...) Ancora, potrà discutersi se rientrano nella fattispecie soggetta all'azione collettiva in commento anche le ipotesi nelle quali, a rigore, pur in presenza di un titolo concessorio, non sussiste un rapporto diretto tra l'utenza e l'impresa; nonché i casi in cui formalmente manchi un atto concessorio del servizio pubblico".

una sovrapposizione di *class actions* privatistiche e pubblicistiche, nonché una indebita ingerenza del giudice amministrativo nelle maglie dell'assetto organizzativo di imprese private, in violazione del precetto costituzionale che riconosce e garantisce la libertà di iniziativa economica¹⁵⁴

A tale proposito, il legislatore delegato, su suggerimento del Consiglio di Stato, opportunamente prevede che *Il ricorso è proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti ad esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1*, così ancorando la legittimazione passiva al requisito oggettivo del tipo di attività o di funzione svolta. (art. 1, comma 5).

La norma prevede, inoltre, che *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*.

Si tratta di una ipotesi di litisconsorzio necessario, che integra un'eccezione rispetto alla regola generale in materia di legittimazione passiva, in quanto comporta l'onere di integrazione del contraddittorio, evitando così la declaratoria di inammissibilità del ricorso, normalmente prevista nel caso di notifica dello

¹⁵⁴ Il Legislatore delegato – come vedremo meglio in seguito - ha previsto specifiche cautele procedurali atte a scongiurare sia una sovrapposizione di *class actions* amministrative e consumeristiche aventi la medesima *causa petendi* sia una indebita ingerenza del g.a. nell'organizzazione aziendale dei concessionari di servizi pubblici (escludendo, per esempio, nei loro confronti il giudizio di ottemperanza).

stesso a soggetto diverso da quello che ha la legittimazione passiva.¹⁵⁵

Una previsione siffatta dimostra che non è sempre agevole individuare con esattezza le amministrazioni destinatarie del ricorso e prima ancora della diffida, anche a causa della molteplicità delle strutture organizzative, chiamate spesso a concorrere nell'espletamento della medesima funzione.

Ad ogni buon conto, sono espressamente escluse dall'applicazione del D.Lgs. in commento le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative, gli organi costituzionali e la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'esclusione degli organi giurisdizionali, di quelli costituzionali e della Presidenza del Consiglio dei Ministri è motivata da ragioni di opportunità, in relazione alla circostanza che si tratta di organi regolamentati e caratterizzati da specifici ordinamenti che escludono un sindacato giurisdizionale sul loro operato, se non nelle forme e nei modi previsti dagli stessi rispettivi regolamenti.¹⁵⁶

¹⁵⁵ La norma in questione va coordinata, tra l'altro, con la disposizione di cui al successivo articolo 3, che prevede l'obbligo per l'amministrazione o il concessionario che abbiano ricevuto la diffida ex D. Lgs. n. 198/2009 di richiedere al privato l'estensione della stessa anche alle altre amministrazioni che si reputano "altresi" responsabili della violazione imputata. "Tuttavia, la norma non sembra prevedere l'ipotesi in cui il soggetto diffidente abbia sbagliato mira e si sia rivolto a soggetto diverso rispetto a quello a cui è riconducibile la violazione che intende reprimere, dal momento che è stata inserita la locuzione altresi che porta a pensare che il caso previsto sia quello in cui oltre al soggetto diffidato ve ne siano altri ai quali siano riconducibili le violazioni". Così testualmente G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo*, cit., 249.

¹⁵⁶ *Contra* M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni ancora poco chiari che esalta la funzione di supplenza del giudice*, in *Guida al diritto – Sole24ore*, 43, 2009; G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante attuazione dell'art. 4*

Per quel che riguarda l'esclusione delle assemblee legislative dal novero dei soggetti legittimati passivi, va osservato, inoltre, che il testo definitivo del decreto legislativo *de quo* si riferisce non solo al Parlamento, ma a tutte le assemblee legislative, ivi compresi i consigli regionali, in accoglimento del suggerimento emerso in sede di confronto sul testo normativo con la Conferenza Unificata, che opportunamente sottolinea l'identità della funzione legislativa seppure esercitata nei diversi livelli di governo.

L'esclusione delle Autorità amministrative indipendenti, invece, è da molti contestata, tanto più che sembra porsi in contrasto con la disposizione della legge delega che all'art. 4 lett. l) prevede la possibilità di esperire la tutela collettiva amministrativa anche nel caso di mancato esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori, spesso attribuiti proprio alle *Authorities*.¹⁵⁷

Al riguardo la relazione illustrativa al decreto chiarisce che esse *non sono contemplate nel comma 2 dell'art. 1 del decreto legislativo n. 165/2001, e dunque dalla disciplina fondamentale del pubblico impiego, cui si rivolge la complessiva*

*della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, in www.giustamm.it. Ed ancora, G. SORICELLI, *Introduzione al ricorso per l'efficienza*, cit., 85 che al riguardo parla di "contraddittorio amministrativo che è destinato a trasformarsi in contraddittorio processuale nel caso di proposizione del ricorso successivo".*

¹⁵⁷ Cfr. T. AJELLO, *Ricorso per l'efficienza ed efficienza del ricorso*, in *Gazzetta Amministrativa*, 1, 2011. A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza*, cit.; M. CLARICH, *Uno strumento dai contorni*; cit.; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit., il quale, tra l'altro, osserva che "L'esclusione delle autorità indipendenti dalla legittimazione passiva all'azione per l'efficienza appare, in ogni caso, una scelta prevalentemente politica che mostra, ancora una volta, quanti dubbi e resistenze abbia suscitato il nuovo istituto processuale introdotto".

opera di riforma perseguita con la delega di cui alla legge n. 15 del 2009.

Inoltre, si osserva che le autorità amministrative indipendenti non svolgono compiti di amministrazione attiva, da sola idonea a determinare la lesione dell'interesse legittimante il ricorso che, altrimenti si trasformerebbe in una vera e propria azione popolare per la tutela dell'interesse diffuso al buon esercizio dei controlli e della vigilanza .¹⁵⁸

Esse svolgono, tra l'altro, anche attività paragiurisdizionali, tant'è che proprio la disciplina in materia di azione collettiva amministrativa non consente la contemporanea pendenza del ricorso collettivo e del procedimento instaurato dinanzi ad un organismo con funzione di regolazione e di controllo (art. 2, comma 1).¹⁵⁹

Pertanto, la loro inclusione tra i soggetti legittimati passivi al ricorso avrebbe potuto condurre a situazioni anomale *con un'inammissibile schizofrenia dei ruoli*, che avrebbe visto uno stesso organismo ora nella veste di amministrazione resistente, ora nella veste di organo 'giudicante'.

¹⁵⁸ Così testualmente C. DEODATO – M.G. COSENTINO, *L'azione collettiva*, cit..

¹⁵⁹ D'altronde, già nel 2005 il Fondo monetario internazionale nell'ambito del *Financial sector assessment programm*, riferendosi alle autorità amministrative indipendenti operanti nel settore finanziario, suggerisce di escogitare sistemi atti a garantire loro la possibilità di esercitare le rispettive prerogative di vigilanza senza temere iniziative giudiziarie (*without fear of lawsuits*). Cfr. G. CARRIERO, *Responsabilità delle imprese e interessi collettivi: spunti di riflessione*, in www.federalismi.it, 2008.

3.5. L'oggetto del giudizio: la violazione dei termini; la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori; la violazione degli standard di qualità e degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi (rinvio).

Ai sensi della previsione di cui all'articolo 1 del D. Lgs. n. 198 del 2009, sono tre le fattispecie che legittimano la proposizione del ricorso collettivo, purchè ne sia conseguita una lesione diretta concreta ed attuale ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori.

Nello specifico, la lesione deve derivare: a) dalla violazione di termini; b) dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo, la cui adozione è prevista come obbligatoria entro un termine fissato *ex lege* o per regolamento; c) dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizio o degli standard qualitativi ed economici (previsti dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo dei rispettivi settori, nel caso dei concessionari di servizi pubblici; dalle stesse amministrazioni in conformità alle linee guida della Civit, nel caso delle pubbliche amministrazioni).

Per quel che concerne le violazioni di cui alla lettera c), esse sono correlate alla nozione di standard della prestazione, nonché ai concetti di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, per i quali si rimanda alle considerazioni svolte nel capitolo precedente in materia di *performance* amministrativa.

In questa sede, ci si limita a sottolineare che tra le ipotesi di attivazione della *class action* pubblica, quella che contempla la violazione degli standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte di servizio costituisce certamente la più 'innovativa', in quanto riconosce alla 'qualità' della funzione amministrativa autonoma rilevanza giuridica. In altre parole, la qualità dell'azione amministrativa assurge da sola a valore meritevole di tutela per l'ordinamento e può essere misurata e valutata in termini non solo economici, ma anche giuridici, attraverso il meccanismo di predeterminazione degli standard e di confronto tra i livelli prestazionali previsti e quelli effettivamente resi.

Il difetto di qualità, quindi, è sindacabile e sanzionabile non solo se ed in quanto riconducibile ad un vizio di legittimità del provvedimento amministrativo nell'ambito della logica tradizionale del processo amministrativo come giudizio sull'atto.

Giustamente si osserva che la qualità dell'azione pubblica *diviene valore autonomo sindacabile in via diretta da parte del G. A., a prescindere (ed al di fuori quindi) dal vizio di violazione di legge o di eccesso di potere nel quale il difetto di qualità medesimo tradizionalmente refluisce.*¹⁶⁰

¹⁶⁰ Così F. MARTINES, *L'azione di classe del D. LGS. 198/2009: un'opportunità per l'amministrazione?*, cit., che a pag. 3 del suo articolo osserva come "sino alla introduzione del nuovo strumento processuale in esame, l'oggetto del sindacato del G.A. rimaneva confinato al provvedimento che, gravato di impugnazione nel termine di decadenza, fosse stato adottato in carenza di standard qualitativi fissati in via generale dal legislatore o preventivamente indicati dalla stessa amministrazione. Si trattava, quindi, di una particolare espressione delle giurisdizione generale di legittimità difficilmente percorribile ed alla quale, raramente si faceva ricorso quale unica ed

In altre parole, l'introduzione dell'istituto della *class action* nell'ordinamento amministrativo, nell'ambito di una riforma complessiva dell'organizzazione amministrativa di cui alla Legge n. 15 del 2009 e al D. Lgs. n. 150/2009, che di fatto costituiscono *l'antesignano sostanziale dell'istituto processuale* in esame, evidenzia l'avvenuta giuridicizzazione delle regole di organizzazione dei servizi e delle prestazioni, attraverso la previsione di appositi misuratori, che fungono anche da parametri di valutazione dei dirigenti e dei dipendenti e, in una visione più ampia, della complessiva funzionalità della struttura.

In questo contesto, l'efficienza diviene un valore normativo positivo suscettibile di essere sindacato dal giudice amministrativo, con la conseguenza che *il solo esistere dell'istituto dell'azione collettiva, e dunque dei parametri di ottimalità che essa presuppone quale metro di giudizio per valutare processualmente l'efficienza dei servizi e delle prestazioni ha prodotto già il risultato (rilevante sul piano dogmatico) di spostare l'asse delle linee di demarcazione tra le categorie del merito e della discrezionalità amministrativa e tra questa e la discrezionalità tecnica.*¹⁶¹

autonoma forma di tutela del privato nei confronti dell'azione della P.A. (...). Si tratta, dunque, di una svolta per così dire molto rilevante prodottasi per effetto della introduzione della *class action* e delle ricadute (la cui portata, per il vero, non è possibile valutare ex ante) che il frequente ricorso all'azione di classe potrà in concreto implicare sul versante dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa". Ed ancora: "Tale riconoscimento non rimane senza conseguenze in ordine alla più generale tematica dell'evoluzione dell'oggetto del processo amministrativo ormai definitivamente disancorato da un rigido rapporto con il provvedimento e aperto verso il rapporto cittadino - P.A."

¹⁶¹ Così scrive S. GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi, Relazione al convegno "Class action e p.a.: luci e ombre dell'azione collettiva*, 12

– 13 marzo 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale aggiunge “In sintesi, è mia opinione che l’istituto della “class action” contro la PA, così come disciplinata nel Dlgs 198/2009, si presti effettivamente a consentire un buon livello di controllo, da parte degli amministrati, della qualità dell’azione amministrativa, nel campo dei servizi della PA. Anche se, come da molti evidenziato, l’istituto processuale non consente (almeno non lo consente immediatamente) il riconoscimento del risarcimento dei danni (aspetto quest’ultimo sul quale si tornerà oltre, nel corso del presente intervento e dei lavori del convegno), ciò che appare di importanza centrale è che l’azione di classe consente di ottenere, nel processo e dunque nel contraddittorio tra le parti, un controllo terzo ed imparziale sulla qualità: ossia sulla coerenza tra le soluzioni ed i moduli amministrativi di organizzazione dei servizi e delle funzioni della PA e gli obiettivi di qualità, di efficienza e di efficacia che devono presiedere all’espletamento dei compiti propri dell’Amministrazione pubblica, secondo l’art. 97 della Costituzione”. Ed ancora, “Sono note le differenze, di scuola, tra la nozione di “merito” delle scelte amministrative e “discrezionalità” dell’Amministrazione, categoria, quest’ultima, all’interno della quale si suole distinguere tra discrezionalità vera e propria e discrezionalità tecnica. (...) Invero, si è normalmente ritenuto, sin’ora, che, nella logica dell’organizzazione di un servizio, l’Amministrazione fosse libera di determinarne le regole, specie in punto di qualità delle prestazioni, salvo poi ritenere, ancora una volta come ipotesi scolastica (non risultando una apposita casistica in tal senso), che, nell’interno di tali determinazioni, fossero da distinguere le regole così poste tra quelle espressive di una “politica” dei servizi e quelle ispirate a vere e proprie regole tecniche. E’ ben vero che il giudizio sulla violazione delle regole tecniche della discrezionalità ha conosciuto una forte evoluzione, spostandosene l’oggetto dal sindacato esterno al sindacato intrinseco; ma questa tipologia di ricorsi, per ovvi motivi, si è sempre generata dalla violazione di uno specifico interesse legittimo individuale, ossia da una attività puntuale e provvedimentale della PA, al limite con la valutazione di atti generali presupposti, ma sempre nell’ottica di una censura al provvedimento applicativo e dunque alla tutela di una situazione giuridica individuale (per fare un esempio di scuola, si pensi alla ipotesi in cui viene censurata una scelta progettuale che determina l’esproprio di un terreno da parte del proprietario di quest’ultimo, il quale può dimostrare in giudizio la sussistenza di soluzioni tecniche alternative che riducano o evitino la perdita del proprio bene). Di conseguenza, il “mero” interesse ad ottenere l’efficacia non ha trovato tutela: il che val quanto dire che l’efficienza e l’efficacia della PA assurgono, sì, a parametri di legittimità e di valutazione dell’eventuale eccesso di potere di una determinata sequenza procedimentale, ma non assurgono, nel panorama tradizionale, a valori in sé, che possano essere così rilevanti da divenire oggetto di tutela diretta. E’ questo il principio che è destinato ad essere modificato dopo l’introduzione nell’ordinamento dell’istituto della *class action* in abbinamento all’avvenuta riforma dell’organizzazione della PA operata con il Dlgs 150/2009. Per effetto di queste due nuove (darei “tipologie” di) normative, si può affermare che l’interesse (originariamente e intrinsecamente diffuso, ma suscettibile di esercizio individuale) alla efficacia ed efficienza dell’azione della PA è

Per quanto riguarda l'ipotesi della violazione dei termini di conclusione del procedimento, accanto a chi sostiene che la *class action* è proponibile ogni qual volta venga registrato un ritardo nella conclusione di un procedimento amministrativo, vi è chi sostiene che il D. Lgs. n. 198/2009 prevede la possibilità di ricorrere alla tutela collettiva solamente se il ritardo riguardi l'emanazione di atti amministrativi generali ed obbligatori.

Secondo parte della dottrina, quindi, la fattispecie della violazione dei termini di cui alla normativa in commento andrebbe correlata con l'ipotesi immediatamente successiva della mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori a contenuto non normativo.¹⁶²

divenuto suscettibile di assurgere ad oggetto di una pretesa diretta, tutelabile in giudizio”.

¹⁶² Cfr. D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, cit. che sostiene che la lesione deve derivare dalla mancata o tardiva emanazione di atti amministrativi generali obbligatori non normativi e da emanarsi entro un termine prestabilito dalla legge o dal regolamento. L'autrice, in proposito, osserva anche che, data la natura ripristinatoria e non risarcitoria della sentenza di condanna, con la quale, una volta accertata la violazione, il giudice ordina all'amministrazione di adottare le misure necessarie per eliminare la disfunzione, nel caso di emanazione tardiva, la disfunzione cessa con l'adozione del provvedimento. Pertanto, "(...) pare davvero difficile immaginare quali spazi vi siano per la sua operatività, posto che l'amministrazione o il concessionario hanno già posto rimedio alla disfunzione adottando l'atto in questione", sebbene in ritardo. Nello stesso senso cfr. F. MARTINES, cit., che testualmente scrive: "Viene tenuta distinta dalla ipotesi della omessa adozione dei provvedimenti generali obbligatori quella della adozione tardiva di detti provvedimenti, ovvero oltre il termine imposto dalla legge o dai regolamenti". *Contra* G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit., 157 e ss.; G. SORICELLI, *Introduzione al ricorso per l'efficienza*, cit., 78; A. GIUFFRIDA, *La c.d. Class action amministrativa*, cit., 11; F. P. GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, cit., 6; C. DEODATO – M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A.*, cit., 22, per i quali la disciplina in materia di tutela collettiva amministrativa in relazione alla violazione dei termini è applicabile ad ogni "generica violazione del termine per provvedere assegnato alla pubblica amministrazione, atteso che l'articolo 2 della legge n. 241/90, (...) sancisce l'obbligo dell'amministrazione

Questa conclusione sembra effettivamente avvalorata dal tenore letterale della norma in commento.

Invero, al ricorrere di tutti i presupposti di legge, primo fra tutti la sussistenza di una lesione diretta concreta e attuale di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei ad una pluralità di utenti o di consumatori, nulla osta a ritenere proponibile l'azione collettiva amministrativa anche nel caso di ritardo procedimentale nell'adozione di provvedimenti diversi da quelli rientranti nel novero di atti amministrativi generali ed obbligatori a contenuto non normativo.

Secondo questa impostazione la dimensione collettiva dell'interesse tutelato sarebbe riscontrabile non solo in riferimento al ritardo nella emanazione di atti generali - in quanto tali rivolti ad una pluralità di destinatari - ma anche alla emanazione di atti amministrativi individuali, allorché il ritardo procedimentale si ripresenti sistematicamente e sia cronico e persistente, integrando nella sostanza un disservizio alla collettività di utenti o consumatori.¹⁶³

Questa ricostruzione porta con sé la necessità di coordinare la disciplina in materia di tutela collettiva con quella prevista nel caso di silenzio rifiuto o inadempimento della p.a e con quella

di concludere il procedimento con un provvedimento espresso ed entro il termine fissato dalla legge o da regolamenti".

¹⁶³ G. FIDONE, cit., 159, sul punto osserva – a titolo esemplificativo – che "qualora il Comune violi sistematicamente il termine previsto dalla legge o da un regolamento per il rilascio di un'autorizzazione commerciale, potrà ritenersi che l'interesse del ricorrente al rispetto di quel termine sia omogeneo a tutti coloro i quali si trovino in analoga posizione. Altro esempio potrebbe essere quello della violazione sistematica dei termini per il rilascio di documenti di identità, passaporti, permessi di soggiorno ecc.".

risarcitoria prevista all'articolo 2 *bis* della legge 241 del 1990 nel caso di ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo.¹⁶⁴

A ben vedere si tratta di azioni che rispondono a logiche profondamente diverse, entrambe calate, però, in un contesto normativo, sociale ed economico che riconosce il valore della certezza dei tempi e ne pretende il rispetto.¹⁶⁵

¹⁶⁴ L'art. 2 *bis* rubricato *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (in GU n.192 del 18-8-1990), è stato introdotto dall'art 7 *Certezza dei tempi di conclusione del procedimento* della LEGGE 18 giugno 2009, n. 69 recante le *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*. (GU n. 140 del 19-6-2009 - Suppl. Ordinario n. 95). Da ultimo l'articolo è stato modificato dall'art. 28 del DECRETO-LEGGE 21 giugno 2013, n. 69 *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*. (GU n. 144 del 21-6-2013 - Suppl. Ordinario n. 50), entrato in vigore il 22.06.2013 che prevede un indennizzo automatico e forfettario a favore di chi subisce un ritardo procedimentale e che al comma 9 sancisce: "All'articolo 2-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo il comma 1 e' aggiunto il seguente: "2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento". La recente previsione dell'indennizzo automatico e forfettario nel caso di ritardo procedimentale conferma il ragionamento interpretativo condotto già in precedenza dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella nota sentenza 15 settembre 2005, n. 7, secondo cui il danno da ritardo (contrariamente a quanto previsto per l'indennizzo) è riconosciuto nel limite in cui il ricorrente provi il nesso di causalità materiale ed il carattere colposo dell'inerzia. In *Foro it.*, 2006, III, 1, con nota di G. SIGISMONDI, *Giudice amministrativo e danno da ritardo: una questione definita?*, in *Danno e Responsabilità*, con nota di C. COVUCCI, *L'Adunanza Plenaria boccia il risarcimento del danno da ritardo*. Ed ancora: A. COLAVECCHIO, *La nuova disciplina dei termini procedurali tra innovazioni evolutive e occasioni mancate*, in www.giustamm.it, 7/2010.

¹⁶⁵ In generale si osserva che sul piano giuridico il tempo dell'azione amministrativa, così come quello dell'azione giudiziaria è riconosciuto come un bene autonomamente rilevante, tutelato in sé, che costituisce una componente essenziale delle attività pubbliche. "infatti il risultato implica la certezza del diritto, anche sotto l'aspetto dei tempi degli atti amministrativi".

In particolare, l'articolo 2 *bis* consente a colui che abbia attivato un procedimento di parte e che abbia subito un danno da ritardo di ottenere un risarcimento per equivalente (secondo il tradizionale meccanismo della responsabilità aquiliana).

E' previsto, inoltre, a seguito della recente modifica del 2013, un indennizzo automatico e forfettario per ogni giorno di ritardo, in relazione al ritardo in sé, a prescindere dalla prova del danno subito, del nesso di causalità materiale e dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, svincolato dall'accertamento della spettanza del bene della vita e che va decurtato dal risarcimento del danno se ed in quanto dovuto.

La tutela collettiva, invece, mira ad un risultato che trascende la sfera del singolo con un effetto per così dire *ultra partes* e cioè ripristinatorio della correttezza della funzione amministrativa in relazione al rispetto del termine procedimentale.

Lo scopo di colui che attiva il rimedio collettivo avverso il ritardo procedimentale, infatti, non è quello di ottenere né il risarcimento del danno (tra l'altro escluso dalla normativa sulla *class action* amministrativa) né l'indennizzo automatico e forfettario, bensì quello di eliminare il disservizio da ritardo. Il giudice amministrativo, dunque, nell'ipotesi di cui al D. Lgs. n. 198/2009, è chiamato ad accertare la disfunzione temporale cronica dell'apparato amministrativo che – reiterandosi nel tempo – integra un evento lesivo

Così testualmente G. FIDONE, cit., 157, che osserva anche che l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede che l'attività amministrativa debba essere svolta in un tempo ragionevole. Ma anche M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995 e F. P. GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, cit..

plurioffensivo della sfera giuridica del singolo e di quella omogenea della pluralità di utenti che si ritrovano (anche se in momenti diversi) nella medesima posizione del ricorrente.

Ne consegue che l'emanazione tardiva di un provvedimento amministrativo da parte della p.a. convenuta in giudizio ex D. Lgs. n. 198/2009 di per sé non è circostanza sufficiente a giustificare la declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente (come invece è nel caso di ricorso avverso il silenzio inadempimento della p.a.).

Con il ricorso collettivo, infatti, non si chiede che venga accertata la violazione dolosa o colposa dei termini procedurali ovvero l'obbligo della amministrazione di provvedere al fine di ottenere l'emanazione del richiesto provvedimento ovvero il risarcimento del danno da ritardo; piuttosto con esso si vogliono individuare le cause del ritardo così che la p.a. adotti ovvero sia condannata ad adottare tutte le conseguenti misure per eliminare in via definitiva il ritardo a vantaggio dell'intera classe titolare dell'interesse giuridicamente rilevante ed omogeneo.¹⁶⁶

Lo standard che in questo caso si assume violato e che si mira a ripristinare è quello temporale, così come fissato dalla legge o da un regolamento.

¹⁶⁶ In questo senso anche F. MARTINES, cit., il quale osserva che, ferma restando la dubbia difficoltà di definizione dell'istituto de quo in riferimento alla violazione dei termini, "la soluzione più plausibile potrebbe essere quella di riconoscere allo strumento processuale una valenza sempre connessa all'esigenza di miglioramento della *performance* della P.A.; conseguentemente, potrebbe ritenersi che il giudice, chiamato a pronunciarsi rispetto al ritardo maturato nell'adozione di atti obbligatori, debba adottare una pronuncia di condanna della P. A. ad eliminare le disfunzioni organizzative individuate alla base del ritardo denunciato".

Naturalmente, il termine deve avere natura perentoria e non meramente ordinatoria, in quanto in quest'ultimo caso non vi è alcun obbligo per la p.a. di provvedere entro e non oltre il termine fissato.

Per quanto riguarda, più nello specifico, la questione circa il coordinamento tra la normativa in materia di *class action* e quella in materia di ricorso avverso il silenzio – inadempimento della p.a. di cui agli artt. 31 e 117 del Codice del processo amministrativo,¹⁶⁷ anche in questo caso è da escludere una sovrapposizione di giudizi in quanto, come già accennato, la *ratio* e la *causa petendi* dei due giudizi sono essenzialmente differenti.

¹⁶⁷ Il comma 1 dell'articolo 31 del DECRETO LEGISLATIVO 2 luglio 2010, n. 104 Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo è rubricato *Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*. E' stato modificato da ultimo dal DECRETO LEGISLATIVO 15 novembre 2011, n. 195 Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69. Nella versione originaria di cui all'articolo 21 *bis* legge Tar, prima della modifica del 2005, ai fini della formazione del silenzio inadempimento era necessaria la notificazione di una previa diffida a provvedere all'amministrazione. La disciplina attuale del rito avverso il silenzio dell'amministrazione è contenuta nell'art. 117 del Codice del processo amministrativo - da ultimo modificato dal decreto legge n. 69 del 2013 – che prevede che il ricorso avverso il silenzio e' proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2. Il ricorso e' deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario *ad acta* con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata. Sul silenzio della pubblica amministrazione molteplici sono i riferimenti normativi e giurisprudenziali. Si confrontino V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010; M. DE SIMONE, *Poteri sollecitatori del giudice amministrativo e silenzio della P.A. in ipotesi di mancata adozione di regolamento normativi*, nota a sentenza Tar Lazio 3 dicembre 2008, n. 10946, in *Giur. Merito*, 2009, 5, 1405.

Parte della dottrina ritiene che si tratti in ogni caso di strumenti alternativi tra di loro, tra i quali l'interessato può scegliere in ragione dello scopo perseguito: ricorso avverso il silenzio inadempimento per conseguire l'adozione dell'atto non emanato nei termini con lesione della sfera giuridica soggettiva del solo istante; ricorso per l'efficienza per rimuovere le disfunzioni temporali nella erogazione del servizio o della prestazione, con ricadute positive per tutti gli utenti o i consumatori che si trovino in una posizione analoga a quella dell'istante.

Tant'è che significativamente si osserva che pur in presenza di una coincidenza di presupposti, *l'azione per l'efficienza potrebbe essere preferita da utenti singoli dotati di un animo collettivo ovvero, più realisticamente promossa attraverso associazioni o comitati.*¹⁶⁸

Sul punto, si segnala, inoltre, la sentenza del 26 settembre 2012, n. 8142, sez. terza *bis*, del TAR per il Lazio – Roma – che esclude la tesi della alternatività tra il giudizio avverso il silenzio inadempimento e quello avverso le inefficienze. Il giudice amministrativo, infatti, nel caso di specie dichiara inammissibile il ricorso proposto dal Codacons ex D. Lgs. 198/2009 avverso il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, motivando che, *non essendo stata proposta da parte ricorrente azione per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/90, è precluso al Collegio il relativo accertamento incidentale in questa sede. (...) Solo una volta accertata, da parte*

¹⁶⁸ In proposito, cfr. G. FIDONE, cit., 166 ss..

del giudice amministrativo, l'illegittimità del silenzio-rifiuto, infatti, il Collegio potrebbe affrontare l'ulteriore questione sollevata dalla difesa di parte ricorrente, ovvero se il decorso del termine previsto dall'art. 2 della legge n. 241/90 - norma generale sul procedimento amministrativo - costituisca parametro di riferimento rilevante anche ai fini dei presupposti temporali costitutivi per la proposizione della c.d "class action".¹⁶⁹

¹⁶⁹ Nel caso di specie, il Codacons, assumendo di essere legittimata ai sensi dell'art.1 commi 1 e 4 del D.lvo 198/08 in quanto Associazione avente, tra le altre, la finalità statutaria di tutelare "il diritto alla trasparenza, alla corretta gestione e al buon andamento delle pubbliche amministrazioni" nonché "il diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità" (art.2 Dlgs. 206/05) sia in proprio, sia in quanto rappresentante delle Associazioni ad essa affiliate, e nella specie l'Associazione per i diritti civili nella scuola, nonché degli insegnanti precari iscritti all'associazione, aziona la *class action* al fine di ottenere, ai sensi e per gli effetti degli artt.1 e 3 dlgs 198/09, l'adozione degli atti programmatici di carattere generale ed obbligatori, non aventi carattere normativo, atti a rimuovere e predisporre tutti gli interventi necessari, e comunque riportare in termini di normale tollerabilità l'emergenza legata al fenomeno del precariato nella scuola, al fine di "evitarne la ricostituzione e di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici" (L. 296/06). In particolare, la ricorrente espone di avere diffidato, ex art. 1 del d.lgs. n. 198 del 20/12/2009, le resistenti (in epigrafe analiticamente indicate) ad adottare, entro il termine di 90 gg., tutti gli atti amministrativi generali resi obbligatori dalla legge n. 333/2001, nel rispetto della direttiva comunitaria 1999/70 CE, che impone ogni anno il completamento delle procedure di assunzione a tempo indeterminato e delle nomine dei supplenti entro il 31 luglio, e comunque dall'art. 2 della legge n. 241/90 - affinché possa scongiurarsi per il futuro il fenomeno della reiterata conclusione di contratti a tempo determinato, in luogo della assunzione a tempo indeterminato, con lesione sia dell'interesse legittimo dei docenti sia degli studenti e delle loro famiglie. "Il Collegio ritiene di prescindere, nel caso in esame, dalla sussistenza dell'interesse del Codacons ai sensi dell'art.1, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 198 del 20/12/2009, in quanto il ricorso è sotto altro profilo in parte inammissibile e, in parte, infondato. Giova infatti evidenziare che, non essendo stata proposta da parte ricorrente azione per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-rifiuto ai sensi dell'art.2 della legge n. 241/90, è precluso al Collegio il relativo accertamento incidentale in questa sede. Per tale motivo, non possono trovare ingresso nel presente giudizio tutte le considerazioni - peraltro dettagliatamente espone da parte ricorrente nella memoria difensiva - relative alla violazione, da parte dell'amministrazione, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui art. 2 recita che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero

Il giudice amministrativo sembra sostenere che il termine per provvedere di cui all'articolo 2 della legge sul procedimento amministrativo non costituisce parametro temporale la cui violazione legittima di per sè l'azione collettiva, a meno che non venga accertata preliminarmente e nelle opportune sedi l'obbligo dell'amministrazione di emanare il provvedimento richiesto entro quello specifico termine di legge o di regolamento. In questo senso i due giudizi (quello avverso il silenzio e quello collettivo) sarebbero correlati nel senso che il primo sarebbe propedeutico rispetto al secondo.

Per quel che concerne la fattispecie della 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, va preliminarmente osservato che essa – per come formulata – non è conforme alla previsione della legge delega e si discosta dai suggerimenti resi sul punto dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del decreto legislativo.

La legge delega, infatti, consente l'esercizio dell'azione collettiva nel caso di lesione derivante dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali. Non è

debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso». Solo una volta accertata, da parte del giudice amministrativo, l'illegittimità del silenzio-rifiuto, infatti, il Collegio potrebbe affrontare l'ulteriore questione sollevata dalla difesa di parte ricorrente, ovvero se il decorso del termine previsto dall'art. 2 della legge n. 241/90- norma generale sul procedimento amministrativo- costituisca parametro di riferimento rilevante anche ai fini dei presupposti temporali costitutivi per la proposizione della c.d. "class action". In parte qua, pertanto, il ricorso va ritenuto inammissibile».

fatto alcun riferimento alla obbligatorietà e al carattere non normativo degli atti amministrativi generali.

Il testo del decreto delegato, invece, è più stringente e la discrasia è evidenziata anche dal Consiglio di Stato, il quale, nel più volte menzionato parere, osserva che *la limitazione agli atti obbligatori non trova fondamento nella delega*.

Il Consiglio di Stato, inoltre, rileva che la dizione di atti amministrativi generali non aventi contenuto normativo è equivoca e potrebbe determinare problemi interpretativi in fase di applicazione dell'istituto collettivo. Difatti è noto che la locuzione di atto amministrativo generale si riferisce ad atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, (come confermato anche dalle previsioni di cui agli articoli 3 e 13 della legge n. 241/1990). Pertanto, *la precisazione appare inutile, o peggio, fuorviante (lasciando intendere – a contrario – che l'essenza del regolamento è quella di atto amministrativo generale sia pure a contenuto normativo)*. Il legislatore delegato, però, non ha ritenuto opportuno descrivere la fattispecie legittimante in termini meno intensi.

Ciononostante, non è facile nella pratica distinguere tra atti amministrativi generali e atti normativi, tanto più che alcuni di essi possono avere anche natura mista (si pensi ad esempio agli atti di programmazione e di pianificazione urbanistica).¹⁷⁰

¹⁷⁰ Sugli atti amministrativi generali si vedano tra i tanti: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993; V. CERULLI – IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 534; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 353; F.G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazioni*, in parte IV, *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 268. In giurisprudenza si segnalano: Cass. S.U., sentenza 28.11.1994, n. 10124; Cons. Stato, sez. IV, 15.02.2001, n. 732;

Conseguentemente, ai fini dell'azionabilità del rimedio collettivo, il giudice amministrativo è chiamato a verificare caso per caso la natura dell'atto amministrativo generale di cui si lamenta la mancata emanazione.

Invero proprio con riguardo alla fattispecie della omessa emanazione di atti amministrativi generali obbligatori a contenuto non normativo, è significativa la prima sentenza intervenuta in materia di *class action* pubblica, del 20 gennaio 2011, n. 552 del Tar per il Lazio - Roma, sez. terza *bis*, nota come sentenza sulle 'classi pollaio'.

Nel caso di specie, il Collegio giudicante, premesso che *non vi è, in conclusione, alcun valido motivo per escludere l'immediata operatività delle previsioni di legge aventi ad oggetto l'omissione di atti generali, risultando irragionevole ogni diverso approdo ermeneutico. (...)*, ammette il ricorso per l'efficienza in ordine alla mancata emanazione del piano programmatico per l'edilizia scolastica, qualificandolo quale strumento a carattere generale e non normativo, e nel contempo escludendolo con riferimento alla mancata emanazione delle "norme tecniche-quadro" contemplate dall'art. 5 della legge 11 gennaio 1996, n. 23. *Non v'è dubbio che, nel caso di specie, precisa il giudice amministrativo, trattasi di atto a carattere normativo, come tale escluso dall'ambito*

Cons. Stato, sez. VI, 08.03.2006, n. 1270. Con riferimento specifico alla *class action* amministrativa, C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, cit., 41, osserva che la fattispecie della mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori a contenuto non normativo "sembra essere di ristretta deducibilità in concreto ove si consideri che atti generali obbligatori bensì normativi sono per esempio gli atti pianificatori in materia urbanistica e in materia commerciale, la mancata adozione dei quali non può pertanto essere fatta valere con l'azione per l'efficienza".

di applicazione del d.lgs. 198/09 il quale, in modo non equivoco, assume la natura "non normativa" dell'atto generale a presupposto essenziale ed imprescindibile dell'azione.

3.6. La funzione correttiva – ripristinatoria dell'azione collettiva tra giurisdizione di tipo soggettivo e giurisdizione di tipo oggettivo.

L'articolo 1, comma 1, del D. Lgs. n. 198/2009 chiarisce che la finalità dell'azione è quella *di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*.

Significative sono al riguardo le argomentazioni rese in sede consultiva dal Consiglio di Stato, che qualifica l'azione collettiva nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici 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*.¹⁷¹

Ed effettivamente la ricostruzione sistematica e complessiva della disciplina della *class action* amministrativa, la quale – come è noto – va calata in un contesto più ampio di riforma della pubblica amministrazione, individua come obiettivo primario dell'istituto processuale in esame quello di indurre le amministrazioni e i concessionari ad assumere comportamenti virtuosi nei cicli di produzione ed erogazione dei servizi e delle prestazioni in genere.

Tant'è che – a detta di alcuni commentatori - l'interesse sostanziale del ricorrente sarebbe mera occasione per denunciare ed eliminare eventuali cause di mala amministrazione a vantaggio dell'intera collettività.

¹⁷¹ Così Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere 9 giugno 2009, n. 1943.

Ci si spinge fino al punto di sostenere che, nel caso di specie, sarebbe stata introdotta una inedita forma di giurisdizione di tipo oggettivo, volta ad attribuire al giudice amministrativo un penetrante potere di intervento nell'ambito delle organizzazioni delle amministrazioni coinvolte dall'iniziativa processuale. Si osserva, in particolare, che *il giudice, risolta la questione della legittimazione, viene sostanzialmente a scollare la sua indagine dalla sfera individuale, per concentrarsi sull'oggettiva violazione del benchmark e comunque sull'effettiva situazione di inefficienza, oltretutto con una proiezione molto incisiva sugli interna corporis dell'amministrazione; una proiezione che, a ben vedere, è il frutto di un suo potere inquisitorio e che non si lega strettamente ai contenuti della domanda. Quest'ultima è per il giudice solo una chiave per accedere all'interno delle stanze della p.a.*¹⁷²

¹⁷² Testualmente, F. CINTOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, cit., che si interroga circa la natura del ricorso per l'efficienza ed, in particolar modo, si chiede se esso si collochi "nella dimensione della giurisdizione di diritto soggettivo o in quella della giurisdizione di diritto oggettivo". L'autore scrive: "(...) si tratta di stabilire se il giudice qui provveda a tutelare situazioni soggettive per la piena tutela e soddisfazione della sfera giuridica soggettiva del cittadino o se, piuttosto, assolva ad una funzione correttiva e di sostanziale controllo che mira ad assicurare un miglior funzionamento dell'amministrazione nell'interesse di tutta la collettività." Sul punto conclude ritenendo che l'azione de qua rientri nell'ambito della giurisdizione di tipo oggettivo, in quanto "pur richiedendo la lesione diretta ad un interesse personale dell'attore, tende effettivamente ad attuare un obiettivo che esorbita la sfera soggettiva del singolo". La richiesta titolarità di un interesse giuridicamente rilevante che sia stato leso o possa essere leso dalla inefficienza denunciata è comunque utile a contenere le maglie dell'istituto e ad evitare un abuso dello stesso. "Ciononostante, si vuole cogliere l'occasione per affermare che la tendenza del legislatore ad ingigantire i compiti del giudice e soprattutto a conferirgli funzioni di supplenza o di schietta natura amministrativa sostanziale, senza un chiaro raccordo con i diritti delle parti e col principio dispositivo (...) suscita più di una preoccupazione. Per un verso, esso è il segnale di una crisi sempre più visibile delle Istituzioni politico-amministrative; per altro verso, determina

Trattasi, tuttavia, di una ricostruzione che non è unanimemente accolta né in dottrina né in giurisprudenza. I più, infatti, ritengono che la natura correttiva – ripristinatoria dell'azione giudiziale *de qua* in relazione allo svolgimento di una funzione ovvero alla erogazione di un servizio, non sia di per sé elemento sufficiente ad inquadrare l'azione collettiva amministrativa nell'ambito della giurisdizione di tipo oggettivo.¹⁷³

una allocazione impropria di poteri che stonano con i principi dello Stato liberale di diritto e, segnatamente, con la portata liberale e garantista che la stessa configurazione come soggettiva (anziché oggettiva) della giurisdizione reca con sé". In senso analogo U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, cit. che osserva: "Non tutelando direttamente la pretesa del cittadino, mera occasione per la rilevanza di criticità e disfunzioni dell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, si è in presenza di una forma di giurisdizione di tipo oggettivo e non soggettivo, con ciò verificandosi – nel momento di una forte spinta innovatrice – una paradossale proiezione all'indietro di circa un secolo, quando era predominante la teoria dell'interesse solo occasionalmente protetto che offuscava e sviliva la situazione giuridica soggettiva di cui era chiesta protezione davanti al giudice. In altri e più sintetici termini: rendendo giustiziabile il buon andamento della pubblica amministrazione, l'interesse del singolo torna ad essere occasionalmente protetto, nell'ambito di una giurisdizione di tipo oggettivo".

¹⁷³ Nègano che ci si trovi di fronte ad una forma di giurisdizione di tipo oggettivo: F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit., 4 e ss. che scrive: "Tale azione mira dunque a correggere l'attività amministrativa orientandola al rispetto di standard quali-quantitativi, con effetti che si estendono al di là delle parti ricorrenti, finendo per interessare l'intera collettività. Attraverso simili pronunce si può invero effettivamente garantire il rispetto dei criteri costituzionali di imparzialità, buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, quali presupposti per la tutela di quel diritto del cittadino ad una buona amministrazione sancito dall'articolo 41 della Carta di Nizza. (...). Ciononostante non credo si possa dire che ci si trovi di fronte ad una forma di giurisdizione di tipo oggettivo: il processo di giuridicizzazione riguarda un interesse, quello al corretto svolgimento dell'apparato amministrativo(...)" che deve essere concreto e riferibile al cittadino nel suo rapporto con la pubblica amministrazione; D. LOMBARDI, *Le azioni collettive* in AA.VV. *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, IV ed., Torino, 2011, che osserva che una ricostruzione in termini di giurisdizione di tipo oggettivo della disciplina in commento non solo non è conforme al dato normativo, ma è estranea alla struttura del processo amministrativo. Da ultimo G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit. sostiene la

Si osserva, infatti, che ai sensi dell'articolo 3, comma 3, del D. Lgs. n. 198/2009, la pretesa è rinunciabile e la controversia può essere transatta; inoltre, secondo i principi generali del processo amministrativo, se l'ente convenuto elimina l'inefficienza o il disservizio in corso di causa, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, avendo ottenuto il ricorrente integrale soddisfazione rispetto al *petitum* dell'azione.

Siffatte osservazioni proverebbero che l'azione processuale collettiva è in ogni caso diretta alla soddisfazione dell'interesse concreto e attuale del ricorrente, il quale, per espressa previsione normativa, è legittimato ad agire se ed in quanto sia titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata rispetto alla generalità dei consociati.

In altri termini, la tutela collettiva mira ad eliminare il disservizio o la disfunzione non su un piano generale, ma in relazione alla lesione che il ricorrente assume di aver subito ad un interesse giuridicamente rilevante ed omogeneo per una pluralità di utenti o consumatori, nei limiti, tra l'altro, delle risorse disponibili. Cionondimeno, la collettività complessivamente intesa trae beneficio dalla sentenza che condanna l'amministrazione ad eliminare le cause della inefficienza accertata, in

natura di azione parzialmente oggettiva in ragione del contenuto correttivo della sentenza di condanna, concludendo sul punto: "Dunque, seppure nell'azione possono rinvenirsi elementi di una tutela che, in qualche modo, si svicola dalla posizione individuale del ricorrente per assumere carattere correttivo dell'intera attività amministrativa sottoposta a giudizio, non per questo possono aversi dubbi sulla sua legittimità costituzionale. L'azione, in ogni caso, rimane fondata sull'esigenza di garantire al destinatario dell'attività amministrativa uno strumento di controllo adeguato al conseguimento della sua efficacia, che in definitiva è il vero bene della vita che lo interessa personalmente e individualmente", 309.

quanto – è risaputo - una struttura che lavora bene costa meno e genera soddisfazione con riscontri positivi non solo sul piano economico, ma anche in termini di immagine.

Inoltre, si argomenta che la condanna ad eliminare la disfunzione ovvero il disservizio è possibile solamente se ed in quanto il giudice amministrativo abbia accertato che l'ente intimato abbia utilizzato male le risorse economiche, strumentali e umane a disposizione.

Più precisamente, il combinato disposto di cui all'articolo 1, comma 1-*bis* e all'articolo 8 del decreto in commento, non solo esclude che l'attuazione della disciplina in materia di *class action* possa determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (tant'è che è espressamente negata la condanna al risarcimento del danno, fatti salvi gli ordinari rimedi), ma inoltre chiarisce che la disponibilità delle risorse è elemento che il giudice amministrativo deve precipuamente considerare ai fini del giudizio di sussistenza della lesione.

In altri e più sintetici termini, intanto può essere accertata la disfunzione ovvero il disservizio, se ed in quanto risulti che l'amministrazione ovvero il concessionario, pur avendo materialmente a disposizione le risorse economiche, finanziarie ed umane necessarie a garantire il livello di prestazione promesso, siano stati comunque inefficienti o inadempienti. La disfunzione e il disservizio non possono essere imputati all'amministrazione convenuta se si rilevi, attraverso apposita attività istruttoria, la carenza di risorse adeguate a disposizione.

Nella sostanza viene attribuito al giudice amministrativo il potere di verificare i margini di miglioramento nel processo di erogazione della prestazione o di produzione del servizio in relazione alle risorse effettivamente disponibili.

Il testo della norma, inoltre, nel prevedere che la valutazione del limite delle risorse vada fatta in relazione al giudizio sulla sussistenza della lesione, sembra suggerire che siffatta valutazione vada compiuta d'ufficio dal giudice, a prescindere dalla circostanza se la carenza di risorse sia stata rilevata e provata nelle memorie difensive dell'ente resistente.¹⁷⁴ Secondo questa impostazione, quindi, il limite delle risorse rileverebbe nella fase introduttiva del giudizio, condizionando la stessa proponibilità della domanda.

Secondo altra ricostruzione, invece, il limite delle risorse si atterrebbe ad esimente in senso tecnico che, in quanto tale, non escluderebbe la sussistenza oggettiva della lesione, ma solo la sua anti-giuridicità, nel senso che l'inefficienza che l'ha causata non può essere imputata soggettivamente all'amministrazione convenuta.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Così A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza*, cit.

¹⁷⁵ Cfr. D. ZONNO, *Class action pubblica*, cit. che a pag. 11 e ss così argomenta: "E' proprio dei giudizi di responsabilità sia civile che penale distinguere tra lesione del bene protetto e anti-giuridicità del comportamento tenuto. Il giudizio sulla lesione presuppone un accertamento relativo alla situazione in cui versa il destinatario della condotta e può ritenersi positivamente concluso se si rileva, nel soggetto leso, un peggioramento della posizione giuridica esistente (o un mancato miglioramento di quella a cui avrebbe avuto diritto). Il giudizio che investe, invece, la situazione del soggetto che procura la lesione ed è volto a individuare una particolare situazione che possa giustificarla, determina l'esonero di responsabilità più che un giudizio negativo sulla sussistenza della lesione. In pratica se una causa di giustificazione assiste l'operato di chi procura la lesione, le conseguenze di questa, pur oggettivamente sussistenti, non sono poste a carico di chi le determina. (...) Sicché più appropriata sarebbe stata una formula legislativa che avesse correlato il giudizio sui mezzi a disposizione dell'amministrazione

In questo caso, la valutazione del limite delle risorse disponibili, rileverebbe non nella fase iniziale del giudizio quale elemento costitutivo della violazione, ma nella fase successiva, condizionando la possibilità per l'amministrazione di essere condannata e conseguentemente di porre rimedio alla violazione riscontrata.

Cionondimeno, sarebbe possibile una eliminazione parziale delle cause della disfunzione, che tenga conto delle limitate disponibilità economiche, strumentali ed umane accertate in corso di causa.¹⁷⁶

o del concessionario con la possibilità di escludere la pronuncia di accoglimento del ricorso, pur in presenza della lesione riscontrata, piuttosto che porlo in relazione alla valutazione di sussistenza della lesione. (...) Da qui un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo non rileva la obiettiva inadeguatezza del servizio prestato o della funzione espletata alle esigenze dell'utenza, ma la inadeguata prestazione rapportata ai mezzi esistenti. In seconda battuta, il giudizio oggetto della normativa si atteggia più che altro come giudizio che investe la capacità di ottenere il miglior risultato possibili con i mezzi a disposizione".

¹⁷⁶ In questo senso, C. DEODATO – M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A.*, cit.; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo*, cit., 323, che testualmente scrive: "Se tale ricostruzione è corretta, dunque, spetterebbe proprio al giudice dare una valutazione in termini di efficienza dell'attività oggetto del giudizio, date le risorse disponibili, e accertare se all'interno del soggetto resistente vi siano risorse male o sotto utilizzate e delle quali sia migliorabile l'impiego. L'indagine dovrebbe, peraltro, essere conseguente all'eccezione del soggetto resistente, nel corso del giudizio, dell'indisponibilità delle risorse". F. MARTINES, *L'azione di classe del D.LGS: 198/2009*, cit, che sul punto osserva che "l'aver introdotto l'esimente della carenza delle risorse economiche e strutturali costituisce senza dubbio una forte limitazione alla concreta utilità del nuovo strumento processuale in quanto è altamente probabile, considerate le notorie carenze economiche ed organiche delle P.A. – che in sede di giudizio le parti intime potranno sfuggire all'accertamento della violazione della qualità invocando deficit imputabili a obiettive carenze strutturali". Sul punto interessanti sono le osservazioni svolte da D. ZONNO, *Class action pubblica*, cit., che chiarisce i concetti di lesività e antigiuridicità dei comportamenti e osserva che la consistenza delle risorse è elemento che riguarda le ragioni della lesione e non la sussistenza della stessa, evidenziando, sotto questo "la formulazione alquanto impropria" dell'articolo 1, comma 1-bis del decreto legislativo in esame.

Si tratterebbe, dunque, di una valutazione che riguarderebbe non già la pretesa del ricorrente, ma le modalità ed i limiti oggettivi della sua concreta soddisfazione, così escludendo anche sotto questo profilo che l'azione collettiva possa essere attratta nella dimensione della giurisdizione di tipo oggettivo.

Sul punto, va rilevato che anche la giurisprudenza intervenuta fino ad oggi ritiene che il dato testuale della disciplina in commento sia nel senso di escludere che il ricorso avverso le inefficienze possa essere inquadrato in una giurisdizione di tipo oggettivo, pena la violazione dei precetti di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione.

I giudici amministrativi, infatti, optano per una interpretazione letterale delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 198/2009 e, pertanto, qualificano la valutazione del limite delle risorse disponibili come uno degli elementi imprescindibili per fondare il giudizio di sussistenza della lesione in relazione alla lesione dedotta in giudizio.

Al riguardo merita attenzione la sentenza 11 gennaio 2012, n. 1416 della Prima sezione del Tar per il Lazio – Roma – che, per l'appunto, nel giudizio di sussistenza della lesione tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimato.

Pertanto, il consesso amministrativo, pur riconoscendo il disagio lamentato dai ricorrenti in relazione alla carenza di organico dell'Ufficio Unep presso il Tribunale di Reggio Emilia e la concreta esigenza di una celere implementazione del personale di magistratura ed amministrativo, respinge il ricorso, non ritenendo sussistere la

lesione in applicazione dell'articolo 1, comma 1-
bis del D. Lgs. n. 198/2009.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Significativamente, nella sentenza richiamata, i giudici osservano: “La fondatezza dell’azione collettiva in tema di efficienza della pubblica amministrazione, postula che la lesione diretta, concreta ed attuale degli interessi derivi: a) 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; b) dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; c) 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 performance contenute nel d.lgs. 150/2009, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite con d.lgs. 150/2009. La fattispecie in esame, escluse le ipotesi sub a) e sub b), potrebbe eventualmente attenersi a quella sub c), con riferimento alla violazione di standard qualitativi. Tuttavia, da un lato, occorre rilevare che questi ultimi devono essere definiti in conformità a parametri che nel caso di specie non risultano fissati, dall’altro, occorre considerare che, ai sensi del richiamato comma 1 bis dell’art. 1 d.lgs. 198/2009, nel giudizio di sussistenza della lesione il giudice deve tenere conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimare e ciò in relazione al noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. Dalle osservazioni formulate dal Servizio Studi del CSM risulta che la situazione di scopertura degli organici di magistrati presso il Tribunale di Reggio Emilia è del 13%, dato in linea con quello nazionale, atteso che, allo stato, risultano scoperti 3 posti di magistrato togato su 23 previsti in organico, laddove vi sono altre sedi con scoperture superiori, tra cui il distretto di Messina, dove la scopertura è del 20%, il distretto di Caltanissetta, con una scopertura superiore al 21%, e quello di Reggio Calabria, con una scopertura superiore al 17%. Nella memoria prodotta dall’Avvocatura Generale dello Stato, è riportata, per quanto concerne la situazione del personale amministrativo del Tribunale di Reggio Emilia, la relazione del Direttore Generale della Direzione Generale del Personale e della Formazione del Ministero della Giustizia che indica in primo luogo come attualmente la pianta organica del personale amministrativo del Tribunale preveda 63 posti con 57 risorse umane presenti. In particolare, la relazione richiamata evidenzia che, dall’esame complessivo della situazione dell’ufficio, emerge che la percentuale di scopertura complessiva è pari al 9,52%, inferiore alla scopertura media nazionale che si attesta attualmente al 12%. Nella relazione, tra l’altro, è ancora fatto presente, in relazione agli interventi posti in essere, che, nei limiti delle normative in materia di acquisizione di personale e tenuto conto della dotazione organica prevista, l’ufficio in esame è stato sempre tenuto nella dovuta considerazione; nello specifico, dal 2008 al 2011 sono state attivate complessivamente 13 procedure di comando e di esse 8 sono andate a buon fine, alcune

concludendosi alla naturale scadenza (due anni), laddove altre hanno avuto una durata più limitata. In relazione alla situazione dell'UNEP presso il Tribunale di Reggio Emilia, la relazione ha poi posto in rilievo che allo stato sono in servizio 12 unità rispetto alle 20 previste, tenuto conto di un funzionario UNEP e di un ufficiale giudiziario distaccato ad altri uffici; nel 2005 sono stati coperti tre posti già vacanti di funzionario UNEP con altrettanti idonei del concorso bandito nel 2002, portando così le presenze in tale profilo a 7 su 9 posti previsti. Ha altresì evidenziato che, tenuto conto della specifica natura delle attività di competenza non è possibile, in questo caso, realizzare comandi di personale da altre amministrazione in mancanza delle necessarie conoscenze tecniche richieste, mentre assume particolare rilevanza il ricorso alle applicazioni temporanee da altri UNEP del distretto ai sensi dell'art. 14 dell'accordo sulla mobilità interna del 27 marzo 2007. Sulla base di tali evidenze, il Collegio - pur tenendo conto delle osservazioni di replica contenute nella memoria depositata dai ricorrenti in vista dell'udienza di merito e pur ritenendo che quanto prospettato dagli stessi circa la concreta esigenza di una celere implementazione del personale di magistratura ed amministrativo presso il Tribunale di Reggio Emilia sia meritevole di adeguata considerazione in sede amministrativa - rileva nondimeno che, in presenza di altre sedi giudiziarie con scoperture pari o superiori a quella manifestata dalla sede giudiziaria in discorso, trova necessariamente applicazione il richiamato comma 1 bis dell'art. 1 d.lgs. 198/2009, secondo cui, nel giudizio di sussistenza della lesione, il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimato. Ne consegue che, tenuto conto delle risorse a disposizione sia del Ministero della Giustizia, per quanto attiene al personale amministrativo, sia del CSM, per quanto attiene al personale di magistratura, la lesione deve essere esclusa. D'altra parte, ove si dovesse ritenere la lesione sussistente per ogni accertata situazione di scopertura di una sede giudiziaria rispetto alla pianta organica, si perverrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che tutte le azioni collettive, riferite ad ogni distretto, dovrebbero essere accolte, a prescindere dall'entità della scopertura, con conseguente obbligo di ripianamento della stessa anche in assenza delle relative risorse umane e strumentali, atteso che il numero complessivo di personale di magistratura e di personale amministrativo a livello nazionale costituisce una variabile indipendente nel giudizio. In altri termini, in presenza di un dato esogeno, costituito dal numero complessivo di personale a livello nazionale inferiore a quello previsto dalla somma delle piante organiche relative ad ogni distretto, la mera sussistenza di una scopertura a livello locale non può di per sé sola determinare una lesione dell'interesse tale da determinare l'accoglimento del ricorso a ciò ostandovi la norma contenuta nel richiamato comma 1 bis dell'art. 1 d.lgs. 198/2009, evidentemente ispirato al principio di cui al brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. La questione relativa all'inadeguatezza della pianta organica del Tribunale di Reggio Emilia, in considerazione dell'accresciuta domanda di giustizia, peraltro, dovrà essere considerata dagli organi amministrativi competenti in sede di rideterminazione delle piante organiche, tenuto conto della situazione complessiva a livello nazionale e di singoli distretti".

Sotto altro profilo, va rilevato che il giudizio in merito al limite delle risorse disponibili risulta essere irrilevante in relazione alla specifica ipotesi dell'omissione di atti obbligatori per legge. In questo caso, infatti, il limite del *rebus sic stantibus* è vagliato dallo stesso legislatore al momento della previsione dell'obbligo con contestuale attribuzione all'amministrazione della potestà di emanazione dell'atto generale.

Siffatta considerazione trova conferma nelle osservazioni di cui alla più volte menzionata sentenza n. 552 del 2011 della sezione Terza *bis* del Tar per il Lazio – Roma, la quale, tra l'altro, ritiene che il giudizio sul limite delle risorse concretamente a disposizione rileva ai fini della esigibilità del comportamento dovuto.

3.6.1. La giurisdizione esclusiva e la mancata previsione della giurisdizione di merito

Ai sensi dell'articolo 1, comma 7, *il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.*

Rispetto ai criteri di delega contenuti nell'articolo 4, comma 2, lettera l), n. 2 della legge n. 15/2009, il testo del decreto non contiene il riferimento alla giurisdizione di merito, tant'è che, secondo alcuni autori, la legge delegata segnerebbe un arretramento di tutela.¹⁷⁸

Invero, sul punto i giudici di Palazzo Spada in sede di parere, evidenziano siffatta discrasia ed invitano il legislatore delegato ad eliminarla, sia per evitare possibili questioni di legittimità costituzionale del decreto per violazione dei criteri di delega, sia per consentire un effettivo e penetrante controllo del g.a. sull'organizzazione della p.a., possibile con l'attribuzione in *subiecta materia* di una giurisdizione sia esclusiva che di merito.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cfr. A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa*, cit., che osserva: "Aver il decreto attuativo circoscritto la giurisdizione a quella esclusiva implica, ancora una volta, una sensibile riduzione dell'ambito di tutela accordato al ricorrente. Scelta, peraltro incomprensibile, perché contrasta con la finalità di perseguire – piaccia o non piaccia – un penetrante controllo sull'organizzazione amministrativa intimata e sull'effettivo rispetto degli *standards* qualitativi programmati (...)".

¹⁷⁹ In via generale, senza alcuna pretesa di completezza espositiva, secondo la definizione più risalente e tradizionale, la giurisdizione esclusiva consiste nell'attribuzione alla cognizione del g.a. delle controversie afferenti agli interessi legittimi e anche, in via principale, ai diritti soggettivi, con il limite dell'incidente di falso e delle questioni di stato e capacità delle parti. L'articolo 7, comma 1, del c.p.a. recita testualmente: "Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti

soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". Siffatta disposizione appare degna di nota anche e soprattutto perché, recependo le indicazioni della Consulta, richiede in tema di perimetrazione della giurisdizione esclusiva del g.a. l'esercizio del potere pubblico anche se solo mediato, così confermando che il giudice amministrativo non è giudice della pubblica amministrazione, ma del pubblico potere anche se esercitato da soggetti privati. Viceversa, ogni qual volta la p.a. non eserciti il potere pubblico, essa agisce come soggetto di diritto comune ed i suoi comportamenti sono denunciabili in sede di giurisdizione del giudice ordinario. In proposito sono degne di nota le osservazioni formulate dal Presidente del Consiglio di Stato, dott. Pasquale De Lise, in occasione della *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa per l'anno 2012*: "La condivisione dell'obiettivo di una tutela piena e soddisfacente, se non deve far venire meno le specificità di ciascun giudice, deve anche condurre a una rappresentazione meno separata e divisa dei sistemi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. E' ormai definitivamente acquisito che, entro il principio di unità della giurisdizione inteso in senso non organico ma funzionale, il giudice amministrativo è il giudice ordinario delle situazioni soggettive attribuite alla sua cognizione. Va ricordato l'autorevole richiamo del Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione di due anni fa, affinché sia sempre privilegiata la concentrazione delle varie tecniche di tutela in capo ad un unico Giudice, piuttosto che la rivendicazione o la dismissione di competenze". Roma, Palazzo Spada, 01.02.2012. Attualmente, le materie di giurisdizione esclusiva del g.a. sono elencate nell'articolo 133 del c.p.a., che ha abrogato la pleora di disposizioni succedutesi nel tempo nelle varie ipotesi. Non vi è alcun riferimento, però, alla giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo in materia di ricorso per l'efficienza. Secondo alcuni autori, tale omissione si giustifica, non per la non tassatività dell'elencazione di cui al D.Lgs. n. 104/2010, bensì in ragione del fatto che il rito di cui al D.Lgs. n. 198/2009 non integra nella sostanza una forma di giurisdizione esclusiva. In questo senso, C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza*, cit. che a pag. 32 e ss testualmente osserva: "Sembra, però, da negare che quella del giudice amministrativo sull'azione per l'efficienza sia competenza giurisdizionale esclusiva, quand'anche così dica la legge, pacifico essendo che la qualificazione formale attribuita dalla legge a una competenza giurisdizionale non è sufficiente a fiondarne la corrispondente reale connotazione. Più di uno sono gli indici che conducono a questa conclusione. Innanzi tutto, la constatazione che la tutela che il giudice amministrativo, ove riconosca fondata l'azione per l'efficienza, può erogare, non è affatto la tutela propria dei diritti soggettivi. (...) Inoltre, poiché il *proprium* della giurisdizione esclusiva consiste nell'escludere che, sui diritti soggettivi ravvisabili nelle particolari materie delineate dalla legge, sussista la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, è proprio l'art. 2, comma, 1 d.lgs. n. 198/2009 a imporre di negare che sia così connotabile la giurisdizione del giudice amministrativo che sia adito con l'azione per l'efficienza. (...) A fronte di un siffatto disposto normativo che ammette il

Tale suggerimento, però, non viene accolto in sede di redazione definitiva del testo sulla *class action* amministrativa.

Cionondimeno, al di là della qualificazione normativa attribuita al tipo di giurisdizione, secondo parte della dottrina, il combinato disposto di cui agli articoli 1, comma 1 *bis* - che richiede al g.a. la valutazione del limite delle risorse disponibili ai fini del giudizio sulla sussistenza della lesione - e all'articolo 4 - che conferisce al g.a., nel caso di accoglimento della domanda - il

concorso di competenze giurisdizionali di giudici appartenenti a plessi diversi assegnando in ogni caso la prevalenza a quella del giudice ordinario, parlare di giurisdizione esclusiva appare inappropriato". Per una disamina storica della genesi e dell'oggetto della giurisdizione esclusiva, tra i tanti, si segnalano: F. CARINGELLA - M. PROTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 286 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. CARANTA, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010; M. C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1365 ss.; R. CHIEPPA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1129 ss.; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Roma, 2011; M. SANINO (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010. In giurisprudenza: Corte Cost., 17.07.2000, n. 292, in *Foro it.*, 2000, parte I, 2393, con nota di A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*; in *Nuovo dir.*, 2000, 1005, con nota di VECCHI *Problematiche in materia di giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della P.A.*; Cons. St., Ad. Pl. Ord. n. 1/2000; Cass. Sez. Un., 06.04.2001, n.149, in *Corr. Giur.*, 2001, 1161, con nota di L. DI MAIO, *Vecchio e nuovo nel riparto di giurisdizione nel tempo*; Corte Cost. 06.07.2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di R. BENINI, *La medesima natura delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva*, di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli articoli 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, e di F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre del risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva all'giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2207, con note di M. A. SANDULLI, *L'analisi <<critica>> della corte costituzionale sulla giurisdizione per materia*, e di G. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della consulta n. 204 del 2004: il ritorno al <<nodo gordiano>> diritti - interessi*. Più recenti: Corte cost. sentenza 11.05.2006 n. 191; sentenza 2007, n. 140; sentenza 05.02.2010, n. 35; Cass. Civ., Sez. Un., 5 marzo 2010, n. 5290.

potere di ordinare all'amministrazione o al concessionario di eliminare la violazione accertata, di fatto, surrettiziamente, introduce una ipotesi di giurisdizione di merito.¹⁸⁰

Sono note le differenze tra le nozioni di merito amministrativo, da un lato, e di discrezionalità amministrativa, dall'altro, nell'ambito della quale si è soliti distinguere tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica.¹⁸¹

¹⁸⁰ Favorevole a configurare la fattispecie *de qua* in termini di giurisdizione di merito, pur in assenza di una espressa previsione normativa è B. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, cit., il quale, tra l'altro, ritiene che tale discrasia con i criteri della legge delega non inficia la legittimità costituzionale del testo delegato. Cfr. anche F. CINTOLI, *Note sulla cd. Class action amministrativa*, cit. che a pag. 16 scrive: "E' vero che nel decreto legislativo la giurisdizione è esclusiva e non più di merito. Ma il legislatore del decreto è alquanto ingenuo se, con questa modifica, avesse inteso bruscamente restringere l'indagine che tocca il piano dell'opportunità amministrativa e della dimensione organizzativa. Infatti il giudice, nell'indagare sulla violazione dello standard deve anche tener conto dei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". Sicchè senza neppure dover forzare l'argomento del necessario rispetto dovuto alla delega, avremo che proprio questo tipo di accertamento proietta il giudice amministrativo nel merito amministrativo e all'interno delle sue più intime scelte organizzative. E' anche grazie a questo inciso che la sintonia con la delega sembra effettivamente ristabilita".

¹⁸¹ Numerosa la letteratura in materia di merito, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica e sui rispettivi sindacati giurisdizionali. Cfr., *ex multis*, V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 813; F. BENVENUTI, *La giurisdizione di merito*, in *Enc. Dir.*, IX, III, Milano, 1961. M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1989, 1; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923 nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Biografie dal 1861 al 1948*, a cura di G. MELIS, II, Milano, 2006. R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Relazione per l'incontro di studio tra magistrati sul codice del processo amministrativo*, Roma, 28 settembre 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. Per completezza espositiva, va osservato che la nozione di merito amministrativo è molto controversa in dottrina e giurisprudenza. Tradizionalmente, essa viene in rilievo con riferimento ad "ogni aspetto dell'attività amministrativa nel quale sia lasciata all'autorità una possibilità di valutazione non alla stregua di norme giuridiche", per dirla con le parole dei giudici di Palazzo Spada, Cons. St.,

Con riferimento al caso di specie, si osserva che il giudice amministrativo, avendo a disposizione poteri di accertamento e di condanna tali da vagliare e condizionare le scelte delle amministrazioni in ordine alle modalità di organizzazione dei processi di erogazione delle prestazioni e dei servizi, nella sostanza è legittimato a sindacare quei processi decisionali che tradizionalmente vengono ricondotti nell'ambito del merito amministrativo.

Eppure non sembra da condividere la ricostruzione dell'azione per l'efficienza in termini di giurisdizione di merito; essa, infatti, contrasta con il tenore letterale del decreto e presenta evidenti profili di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che regolano l'assetto della giustizia amministrativa. Inoltre, le ipotesi di giurisdizione di merito sono tassativamente indicate nell'articolo 134 del c.p.a. e tra esse non compare quella afferente alla *class action* pubblica.¹⁸²

Indubbiamente, per come congeniata, la disciplina dell'istituto dell'azione collettiva amministrativa incide sul rapporto tra merito e discrezionalità tecnica, sbilanciandolo a tutto vantaggio di quest'ultima. Le logiche di

sez. VI, 16.05.2006, n. 2771. Inoltre, è piuttosto recente la giurisprudenza che esclude dall'area del merito amministrativo, in quanto tale insindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, le scelte attinenti a questioni di discrezionalità tecnica. Cfr. Cons. St., sez. VI, 07.11.2005, n. 6152.

¹⁸² Sulla tassatività dell'elenco di cui all'articolo 134 del D.Lgs. n. 104/2010 anche la giurisprudenza che osserva che "ponendosi come derogatoria rispetto a quella di legittimità nella trama costituzionale improntata al principio di separazione dei poteri, necessita di una puntuale e tassativa previsione normativa". Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza 12.03.2010, n. 1468.

organizzazione di un servizio o di una prestazione, infatti, per effetto della avvenuta 'giuridicizzazione' della *performance* dell'azione amministrativa, attraverso la predeterminazione degli standard mediante atti regolamentari o appositi strumenti di pianificazione, riducono i margini di insindacabilità delle scelte della p.a..

Pertanto, senza arrivare a sostenere che il ricorso *de quo* integri una ipotesi surrettizia di giurisdizione di merito, non v'è dubbio che i limiti del sindacato di legittimità sulla discrezionalità tecnica della p.a. si sono ampliati al punto da erodere ulteriormente la tradizionale nozione di merito insindacabile dell'azione amministrativa, che nella sostanza residua solamente in relazione alla sfera dell'*an* dei servizi e delle prestazioni. Tant' è che si osserva che *mai prima d'ora era potuto accadere che la giurisdizione amministrativa potesse essere esercitata in diretta relazione con l'organizzazione della pubblica amministrazione, senza cioè arrestarsi alla soglia dell'accertamento dell'illegittimità o illiceità di atti o comportamenti, ma entrando nel merito, analizzando a monte le cause che hanno portato alla lamentata lesione di interessi giuridicamente rilevanti.*¹⁸³

¹⁸³ Testualmente U. G. ZINGALES, cit., 251. (15) Peraltro, in sede di esame alla Camera dei deputati dello schema di decreto legislativo, il deputato Donatella Ferranti, nell'esprimere forti perplessità sul provvedimento nel suo complesso, ha rilevato la contraddittorietà di una normativa che istituzionalizza l'interferenza del giudice amministrativo nell'attività di gestione della pubblica amministrazione, considerato che la politica del Governo è di segno critico nei confronti della magistratura anche per la presunta attività di supplenza ed interferenza: cfr. Camera dei deputati - XVI legislatura, Resoconto delle Commissioni riunite I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) e II (Giustizia) del 24 novembre 2009, in Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, n. 250 del 24 novembre 2009, 3.

In altri e più sintetici termini, si può escludere che l'azione per l'efficienza integri un caso occulto di giurisdizione estesa al merito; pertanto, al giudice deve considerarsi preclusa, in linea generale, una sostituzione all'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità. Cionondimeno, almeno sulla carta, il giudice amministrativo *in subiecta materia* risulta investito di poteri di accertamento e di condanna molto ampi e stringenti nei confronti della p.a., sui quali occorre indagare, anche perché essi assicurano effettività ad una tutela che, altrimenti, sarebbe solamente una scatola vuota, essendo espressamente escluso, tra l'altro, il diritto al risarcimento del danno.¹⁸⁴

¹⁸⁴ In dottrina e giurisprudenza, prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, non vi è unanimità di ricostruzioni circa l'ampiezza dei poteri del giudice amministrativo nel caso di giurisdizione estesa al merito. Secondo l'impostazione maggioritaria, essa differirebbe da quella di legittimità per il fatto che l'impugnazione del provvedimento amministrativo sarebbe ammessa oltre che per vizi di legittimità, anche per vizi, appunto di merito. Potrebbero essere, pertanto, adottate censure anche sulla inadeguatezza e incongruità dei criteri seguiti nell'esercizio di un potere discrezionale. Il giudice amministrativo, dunque, potrebbe valutare l'attività amministrativa non solo sotto il profilo della legittimità, ma anche sotto il profilo della opportunità. L'articolo 7, comma 6, del c.p.a. chiarisce che nella giurisdizione estesa al merito il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione e può finanche adottare un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato. (art. 34, comma 1, lett. d) c.p.a.). In ogni caso, la giurisdizione estesa al merito integra un'eccezione nel quadro generale di giustizia amministrativa. Più in generale, inoltre, si sottolinea che, sebbene in via di principio nulla osta a ritenere ammissibile una sentenza di condanna ad un *facere* anche in sede di giurisdizione di legittimità, essa è ammissibile "sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica". La trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto non può comportare come effetto automatico la sostituibilità del giudice in attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione. Così, *ex multis*, Cons. St. Ad. Pl., sentenza 23.03.2011, n. 3. *Contra*, T.a.r. per la Sicilia, sez. I, sentenza 14.03.2012, n. 559, che non condivide l'affermazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato circa la asserita generalità dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo, in assenza di una espressa previsione in tal senso della legge.

3.6.2. Il contenuto della sentenza e l'esclusione del risarcimento del danno: poteri e limiti del giudice amministrativo

L'articolo 4, comma 1, del D.Lgs. n. 198/2009 dispone che *Il giudice accoglie la domanda se 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.*

Nell'azione per l'efficienza, dunque, il ricorrente chiede al giudice di valutare che l'attività amministrativa sia conforme ai livelli di prestazione indicati dall'ente stesso nelle carte di servizio ovvero dalle previsioni di legge o di regolamento; conseguentemente, compito del giudice è quello di verificare il rispetto dei parametri di riferimento e, nel caso di accertata violazione, considerato anche il limite delle risorse disponibili, di ordinare all'ente resistente di *porvi rimedio* entro un congruo termine, così ripristinando la correttezza dell'attività amministrativa sindacata.¹⁸⁵

¹⁸⁵ In proposito si osserva che il limite delle risorse va valutato in riferimento al bilancio dell'ente nel suo complesso, con possibilità di movimenti interni tra un capitolo e l'altro, così da indurre la p.a. ad una ripartizione più equa, in considerazione dei risultati conseguiti nei vari settori. Sotto questo profilo, nel giudizio *de quo* l'interprete deve previamente definire ed individuare i confini tra attività sindacabile ed attività insindacabile dell'amministrazione. Ed infatti, la previsione e la assegnazione di risorse in bilancio è senza dubbio attività discrezionale, in quanto tale non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità seppure esclusiva. Ciononostante, dovendosi valutare l'attività pubblica in riferimento al risultato promesso o dovuto, l'oggetto del giudizio si amplia fino a ricomprendere una valutazione circa la congruità nell'attribuzione delle risorse, una volta definito a monte, a livello

Si tratta, dunque, di un giudizio sull'attività amministrativa finalizzato al conseguimento del risultato promesso (inteso come livello base del servizio o della prestazione).

Sul punto degna di nota è la sentenza 559/2012 del Tar per la Sicilia, sez. I, la quale, con ampie argomentazioni, chiarisce il ruolo dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, soffermandosi sulla natura dell'azione collettiva e definendola, *per espressa previsione normativa, di accertamento con finalità propulsive (...). Si tratta allora di ben delimitare l'ambito operativo dell'azione di accertamento come disciplinata nell'invocato testo legislativo.*¹⁸⁶

Secondo questa ricostruzione, sostenuta anche da cospicua dottrina, l'azione per l'efficienza, nel caso di accoglimento del ricorso, si conclude con una sentenza che è al contempo azione di accertamento della violazione dedotta in giudizio e di condanna ad un *facere*, in quanto viene ordinato all'ente resistente di eliminare entro un congruo termine la disfunzione accertata.

politico e discrezionale, il programma di azione e i diversi obiettivi di gestione. Cfr. S. GATTO COSTANTINO, cit.

¹⁸⁶ In questo senso il TAR per la Sicilia, sez. I, sentenza 14.03.2012, n. 559, che, dopo aver escluso - sulla base di approfondite argomentazioni - che l'azione di accertamento, in assenza di una espressa previsione normativa, possa essere ammessa in via generale nel processo amministrativo, perché essa determina una sostituzione del giudice all'amministrazione, che "finisce per configgere non solo con il principio di divisione dei poteri, certamente non salvaguardato tutte le volte che il giudice si sostituisca alla p.a. senza essere legittimato dalla richiesta di esecuzione del giudicato, ma anche con struttura e funzione ontologica della giurisdizione amministrativa, nonché con le disposizioni e i principi presenti nel d.lgs. n. 104 del 2010", chiarisce i limiti e i poteri del g.a. nel giudizio sull'efficienza. Il giudice amministrativo in questa pronuncia afferma espressamente di non condividere le conclusioni di cui alla sentenza del Cons. St. Ad. Pl. 03.03.2011, n. 3, per le quali è da avvalorare una ricostruzione del sistema processuale amministrativo favorevole ad una previsione generale dell'azione di esatto adempimento.

La scelta circa le concrete modalità di riorganizzazione del servizio, però, è lasciata all'amministrazione o al concessionario soccombente, i quali conservano inalterato, in questa fase, il potere discrezionale in merito alla selezione degli interventi più efficaci.¹⁸⁷

In altre parole, la pronuncia del giudice amministrativo non sempre ha o può avere effetto satisfattivo pieno della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, in quanto sono comunque fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, *per il convergere di*

¹⁸⁷ Cfr. C. DEODATO – M.G. COSENTINO, cit., 49 e ss., per i quali la condanna alla eliminazione della disfunzione si traduce in un ordine generico alla eliminazione delle cause del disservizio, “senza stabilire, con valenza dispositiva e vincolante, le concrete modalità di riorganizzazione del servizio. (...) Ovviamente, per essere puntualmente ottemperata, la sentenza (che, a ben vedere, può essere dogmaticamente qualificata come una condanna ad un *facere*) dovrà chiarire, questa volta nei dettagli, la natura, gli estremi e la consistenza della violazione accertata ed il contenuto degli effetti ripristinatori ordinati (...)”. Così anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza*, cit., che scrive: “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 l'individuazione delle misure più idonee”. Per una disamina più approfondita dell'azione di esatto adempimento nel processo amministrativo in relazione alla *class action* amministrativa, cfr. G. FIDONE, cit. 287 ss, il quale, riproponendo *in parte qua* le considerazioni svolte dall'Adunanza Plenaria del massimo consesso amministrativo nel già citata sentenza n. 3 del 2011, osserva che “il codice contempla, tra le azioni di cognizione, l'azione di annullamento, che, anche dopo l'approvazione del Codice, resta, se così si può dire, la regina delle azioni, l'azione di condanna, l'azione avverso il silenzio e la declaratoria di nullità. Sono rimaste escluse dal codice, invece, l'azione di accertamento e l'azione di adempimento, che in un primo tempo erano state previste nel testo elaborato dall'apposita commissione istituita presso il Consiglio di Stato e che costituivano una delle innovazioni di maggior rilievo, sia sotto il profilo teorico che sotto quello pratico, dell'intero codice. Ciò, peraltro, ha disatteso la delega contenuta nella l. n. 69/2009, che invece le prevedeva. I tipi di azione si riflettono nel contenuto della sentenza di accoglimento del ricorso, visto il principio generale della corrispondenza (biunivoca) tra quanto richiesto e pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c. Anche l'art. 34 del codice del processo amministrativo prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice nei limiti della domanda possa emettere sentenza di merito”.

circostanze e fattori in epoca successiva alla pronuncia che lasciano spazio a soluzioni diverse.

Diversamente argomentando, l'azione di accertamento finirebbe per comprimere ogni spazio di riserva di valutazione discrezionale della p.a.. Pertanto, al pari delle pronunce sul silenzio inadempimento, l'azione ex D. Lgs. n. 198/2009 non ha *effetti costitutivi diversi dall'obbligo attuativo a carico della p.a. (...) perché manca, tra l'altro, l'atto sul quale invocare la tutela demolitoria, come è tipico del processo di annullamento (...).*¹⁸⁸

Si sottolinea, quindi, che l'azione non è volta ad ottenere una pronuncia di annullamento di un provvedimento che si assume illegittimo, in quanto ai fini dell'accertamento della rispondenza dell'attività amministrativa (sia in termini di funzione che di servizio) agli standard quantitativi, qualitativi, economici e temporali, non assume alcun rilievo la validità degli atti assunti.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Così testualmente la già citata sentenza Tar per la Sicilia 14.03.2012, n. 559, la quale soggiunge anche: "la piena tutela dell'interesse legittimo, alla quale si collegherebbe l'azione di accertamento, implicherebbe, a prescindere dai dubbi tuttora esistenti sulla concreta individuazione di quella situazione giuridica, identità di natura e consistenza con il diritto soggettivo perfetto, eliminando la distinzione icasticamente disegnata nei canoni costituzionali. Il diritto soggettivo ha in sé la forza della propria realizzazione in via integralmente satisfattiva o per equivalente; altrettanto non può predicarsi dell'interesse legittimo, nel quale si convogliano e interagiscono, nell'ambito della fattispecie attributiva commessa alla p.a., i poteri del privato, la situazione giuridica sottostante che quello fa valere e la potestà discrezionale della pubblica amministrazione".

¹⁸⁹ Così G. FIDONE, cit., 297. *Contra* C. DEODATO – M.G. COSENTINO, cit., 49, per i quali "si deve ritenere, in particolare trattandosi di materia assegnata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che nel dispositivo della sentenza possa essere contenuto l'annullamento degli atti amministrativi o negoziali, la cui adozione ha determinato la violazione dell'obbligo o dello standard e che sono stati espressamente impugnati dai ricorrenti, in quanto direttamente lesivi degli interessi azionati". Questa impostazione, però, non tiene conto sia della circostanza che i termini per l'impugnazione non

Pertanto, ciò che rileva nel giudizio ex D.Lgs. n. 198/2009, è il ripristino della correttezza dell'attività amministrativa in funzione dei parametri di tempo e di efficienza, la cui violazione è dedotta in giudizio per aver determinato una lesione ad interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei ad una pluralità di utenti e consumatori.

In altri termini, la p.a. soccombente, essendo condannata ad eliminare la disfunzione ovvero il disservizio nei limiti delle risorse disponibili, è vincolata nel fine (ricondere l'attività nell'ambito del rispetto degli standard), ma non nella scelta dei mezzi attraverso cui ripristinare la correttezza della funzione ovvero del servizio.

Ancora una volta – almeno *prima facie* - la soddisfazione della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio rimane sullo sfondo e non risulta prioritaria nella logica dell'azione collettiva, a meno di non voler ritenere che la eliminazione della disfunzione reca in sé la soddisfazione piena ed effettiva della pretesa del privato.

Invero, va rimarcato che la eliminazione dell'inefficienza è possibile solo se ed in quanto avvenga *rebus sic stantibus*: se, cioè, vi è la disponibilità di risorse e senza procurare alcun aggravio di spesa per la finanza pubblica.

Da qui anche la espressa esclusione del risarcimento del danno.

coincidono con quelli previsti dal legislatore per l'azione collettiva, sia della pregnante funzione del giudizio *de quo* che non è certo quella caducatoria, bensì quella correttiva - ripristinatoria di funzioni e servizi in relazione al risultato conseguito.

Sul punto, la dottrina osserva che il limite è solo processuale e non anche sostanziale, in quanto sono fatti salvi gli ordinari rimedi risarcitori. Tant'è che il comma 6 dell'articolo 1 del D. Lgs. n. 198/2009 significativamente sancisce che *Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento*, per il quale, viceversa, *restano fermi gli ordinari rimedi*. In altre parole, il legislatore delegato, in linea, tra l'altro, con i criteri della legge delega,¹⁹⁰ esclude il risarcimento del danno, così evidenziando che l'azione collettiva ha ben altra *ratio* e finalità rispetto a quella risarcitoria.

La *class action* pubblica è, infatti, volta all'eliminazione del disservizio o della disfunzione in relazione alla lesione arrecata ad un interesse giuridicamente rilevante ed omogeneo per una pluralità di utenti e consumatori. La sua veste collettiva esclude la proponibilità di eventuali questioni relative al risarcimento del danno, specie per la particolare natura 'individualizzante' del diritto al risarcimento, che, pertanto, deve essere proposta in altra sede.¹⁹¹

¹⁹⁰ L'art. 4, comma 2, lett. L), n. 4, Legge delega 15/2009 prevede che la sentenza di accoglimento della domanda del ricorrente contenga l'ordine del giudice al soggetto resistente di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni riscontrate "con esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente".

¹⁹¹ Cfr. S. GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi*, cit., il quale evidenzia che "il vero limite della mancanza di possibilità di agire in risarcimento è rappresentato dal fatto che chi agisce in nome collettivo della classe cui appartiene potrebbe essere scoraggiato dalla necessità di un doppio giudizio, prima di accertamento dell'inefficienza e, poi, in un secondo momento, di valutazione del danno, magari di fronte ad un giudice diverso"; cfr anche D. ZONNO, *Class Action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso*, cit., 13 e ss. Vastissima la bibliografia sul tema del risarcimento del danno causato dalla pubblica amministrazione. Si segnalano: M. NIGRO, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, 1671 ss.; A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla*

pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss.; F. G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.; Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Contratti*, 1999, 869, con nota di L. V. MOSCARINI; in *Corr. giur.*, 1999, 1367, con note di DI MAJO, MARICONDA; in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di PALMIERI e PARDOLESI; in *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con note di CARANTA, FRACCHIA, ROMANO; in *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con nota di SCODITTI; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832, con nota di TORCHIA; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di MORELLI; in *Urb. e app.*, 1999, 1067, con nota di PROTTO. In argomento v. inoltre G. CRISCI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e l'art. 2043 c.c.*, in *Cons. St.*, 2000, II, 2525; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della corte di cassazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 255; M. A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 65; F. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per il risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343 ss.; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271 ss.; M. A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.giustizia-amministrativa.it. In argomento vedi anche: R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001; S. CACACE, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121; V. CARBONE, *Le «nuove frontiere» della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione (commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205)*, in *Corr. giur.*, 2000, 1127 ss. Di poi si segnalano: Cass., sez. Un. n. 1207/2006; ord. Cass. Sez. Un. 13 giugno 2006, n. 13659 e 13669; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; Cons. St. Ad. Pl., 9 febbraio 2006, n. 2. Nel codice del processo amministrativo, l'attuale disciplina dell'azione risarcitoria di fronte al giudice amministrativo è contenuta nell'articolo 30, rubricata *azione di condanna*, ai sensi del quale: "1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo

Con l'introduzione del nuovo rimedio si vuole, dunque, consentire al giudice soltanto la promozione di interventi di efficientamento a costo zero dell'attività latu sensu amministrativa.¹⁹²

delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo".

¹⁹² Così testualmente C. DEODATO – M. G. COSENTINO, *L'azione collettiva contro la P.A.*, cit. 51, che osservano, tra l'altro, che è stato lo stesso Ministro Brunetta, in sede di dibattito sullo schema di decreto legislativo innanzi alla Commissioni parlamentari, a chiarire che il limite delle risorse disponibili in sede di valutazione sulla sussistenza della lesione e l'esclusione del risarcimento del danno nel caso di riscontro della lesione sono previsioni che mirano ad evitare che il ricorso possa dare luogo per via giudiziaria ad un aumento del personale e degli oneri finanziari. Pertanto, si è voluto tener conto dell'impatto della nuova azione collettiva sui conti pubblici, anche considerando il precedente della c.d. Legge Pinto, il cui contenzioso ha conosciuto un *trend* crescente, diventando una delle cause principali dell'indebitamento del Ministero della giustizia, senza peraltro sollecitare una effettiva riduzione dei tempi processuali. Tant'è che il legislatore è stato costretto di recente ad intervenire sulla disciplina in materia di durata ragionevole del processo ed equa riparazione, modificando la Legge Pinto con il cd. Decreto sviluppo n. 83/2012, sul quale oggi pendono diverse questioni di legittimità costituzionale. L'ultima rimessione alla Consulta è del 22 maggio 2013, avvenuta con ordinanza della Corte di Appello di Bari. Tornando all'azione collettiva amministrativa, sul limite del *rebus sic stanti bus* torna utile menzionare le parole del Ministro Brunetta, in occasione di una rassegna stampa di presentazione del decreto legislativo *de quo*: "L'alternativa di attribuire al giudice l'abnorme potere di far tirare fuori i soldi all'amministrazione inadempiente non appare percorribile: non è compatibile con l'attuale congiuntura economica; viola le regole di mercato; confonde il piano della singola inefficienza con la considerazione complessiva delle risorse da assegnare per le singole prestazioni pubbliche. Inoltre, essa crea ingiustizie, perché le pretese del cittadino che protesta sarebbero appagate prima e meglio di quelle dei tanti che, soprattutto in alcune aree del territorio nazionale, subiscono in silenzio le peggiori violazioni alla più elementari

Invero, la preclusione del risarcimento del danno è fortemente criticata in dottrina, anche perché di fatto obbliga il ricorrente ad un duplice giudizio: il primo volto all'accertamento dell'inefficienza, il secondo volto al ristoro patrimoniale del danno subito in conseguenza dell'accertata disfunzione o disservizio. Tant'è che, in una prospettiva *de iure condendo*, anche in considerazione del principio di effettività e pienezza della giurisdizione amministrativa, sarebbe preferibile consentire una proposizione congiunta delle due azioni nell'ambito dello stesso processo.¹⁹³

Non manca, però, chi apprezza la coerenza e la correttezza della scelta di escludere il risarcimento del danno in sede di proposizione dell'azione collettiva amministrativa, rilevando che la presenza di una domanda risarcitoria avrebbe complicato lo svolgimento del giudizio, esigendo ulteriori e non agevoli verifiche relative all'esistenza del danno e alla sua quantificazione, al nesso di causalità e all'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministrazione.

regole di organizzazione". Si rileva, infine, che la condanna accessoria al pagamento delle spese di giudizio segue la disciplina generale: non è stata accolta, infatti, il suggerimento della I Commissione permanente del Senato affinché, nel caso di accoglimento della domanda, fosse resa obbligatoria la condanna alle spese dell'amministrazione. Anche su questo punto ha prevalso la preoccupazione del legislatore di contenere gli oneri a carico della finanza pubblica.

¹⁹³ Cfr. G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza*, cit., 366 e ss.; F. CARINGELLA, *Il Commento – al debutto la class action nei confronti della P.A.*, in *Il diritto per i concorsi*, 1/2010; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, cit. 31 ss, il quale osserva che "la preclusione costituisce il vero *punctum dolens* dell'intera disciplina, in quanto i cittadini – utenti che ambiscono a presentare il ricorso avverso l'inefficienza della p.a., non solo si accollano il rischio delle lite (e delle eventuali spese in caso di soccombenza), ma si vedono negare, in caso di accoglimento del ricorso, il giusto ristoro dei danni patiti a causa di tale inefficienza".

Inoltre, il risarcimento per equivalente avrebbe finito per mortificare la pregnante natura dell'azione collettiva precipuamente finalizzata a rimediare in forma specifica alla violazione o alla omissione riscontrata.¹⁹⁴

Come se ciò non bastasse, va rilevato che la determinazione del risarcimento del danno nell'ambito del giudizio collettivo avrebbe posto non pochi problemi in merito alla sua liquidazione in ragione sia della natura del bene leso (che è per l'appunto omogeneo ad una pluralità di utenti e consumatori) sia della varietà dei soggetti interessati. Tant'è che si sarebbe dovuto considerare risarcibile non il danno individuale, bensì, considerata la serialità dell'interesse tutelato, il danno unitario e comune alla cerchia

¹⁹⁴ Cfr. A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action*, cit., 32. In generale sul risarcimento in forma specifica si segnalano tra i tanti: A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 208; P. STEINER, *La lesione dell'interesse legittimo pretensivo può essere risarcita mediante reintegrazione in forma specifica? (nota a Cons. St., ad. Pl., 30 luglio 2008, n. 9)*, in *Nuova rass.*, 2009, 1508 ss.. Ed ancora sulla responsabilità della p.a. in generale: F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo ed illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008. Sentenza Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di S. BENINI, A. TRAVI. In argomento v. anche P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2004, 1121; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3050; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. e form.*, 2004, 1352; R. CONTI, *Corte costituzionale, riparto della giurisdizione e art. 34 D.Lgs. n. 80/98: fu vera rivoluzione?*, in *Urb. e app.*, 2004, 1035; R. GAROFOLI, *I «comportamenti» sottratti al giudice amministrativo dopo Corte cost. n. 204 del 2004*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 110; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodo di Gordio*, in *Cons. St.*, 2004, II, 1658; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 975; M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edil.* 2004, I, 1211; R. DE NICTOLIS – V. POLI, *La sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale: le implicazioni in tema di occupazione ed espropriazione*, in *Cons. St.*, 2005, II, 443.

di individui lesi dal medesimo comportamento plurioffensivo.

Al riguardo, autorevole dottrina e giurisprudenza parla di danno da disservizio, riferendosi appunto a quello derivante dalla disfunzione amministrativa e che tradizionalmente comporta una responsabilità erariale del dipendente nei confronti dell'amministrazione.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Cfr. G. SORICELLI, op. cit., 99 e ss.; C. MONTANARI, Il danno da disservizio in www.comuni.it, che testualmente osserva: "Esso si prefigura ogni qual volta una struttura amministrativa operi in uno stato tale di disordine da non poter raggiungere nessuna delle 'missioni' per le quali sia titolare di competenza funzionale". "Il danno da disfunzione si collega casualmente ai comportamenti di coloro che hanno responsabilità sul procedimento o la responsabilità di un settore o di un intero ufficio e può giungere nelle ipotesi più eclatanti a coinvolgere anche il livello di governo dell'ente". "la quantificazione del danno si riporta al costo della struttura specificatamente apprestata, costo che si palesa inutile in quanto non rapportato all'utilità del conseguimento dei risultati assegnati". Il disservizio può essere riconoscibile attraverso omissioni specifiche, quindi attribuibili a funzionari specifici; in gran parte dei casi, però, un'attribuzione individuale non è immediatamente possibile, soprattutto nelle ipotesi di disservizio dipendente da una molteplicità dei centri decisionali". In giurisprudenza: Corte dei Conti, sez. giur.le per la Puglia, sent. 15.03.2011, n. 261; Corte dei Conti, sez. giur.le per la Sicilia, sentenza, 06.02.2012, n. 397, Corte dei Conti, sez. giur.le per la Campania, sentenza 19.03.2012, n. 345; Corte dei Conti, sez. giur.le per la Lombardia, sentenza 08.05.2012, n. 251. Tutte in www.cortedeiconti.it.

3.6.3. Il giudizio di ottemperanza e l'attività di monitoraggio

L'articolo 5, comma 1, del D. Lgs. n. 198/2009 prevede che *nei casi di perdurante inottemperanza di una pubblica amministrazione si applicano le disposizioni di cui all'articolo 27, comma 1, n. 4 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.*

Il comma 2 del medesimo articolo assicura un adeguato regime di pubblicità anche alla sentenza di accoglimento del giudizio di ottemperanza, prevedendo che essa sia comunicata sia alla Civit che agli Organismi interni di valutazione, nonché alla procura regionale della Corte dei Conti territorialmente competente, qualora siano emersi profili di responsabilità erariale.

Orbene, preliminarmente va rilevato che il ricorso per l'ottemperanza, a cui per l'appunto rinvia la disciplina sulla *class action*, è per espressa previsione normativa una delle ipotesi più risalenti di giurisdizione del g.a. estesa al merito.¹⁹⁶

¹⁹⁶ E' noto che la previsione del giudizio di ottemperanza risale alla fine del 1800. In quel contesto storico, in cui è fatto divieto al g.o. di annullare o revocare gli atti amministrativi riconosciuti lesivi di un diritto civile o politico, esso consente di ottenere l'esecuzione delle sentenze civili passate in giudicato nei confronti della p.a.. Successivamente l'ottemperanza è estesa in via pretoria alle sentenze del giudice amministrativo e, successivamente ancora, trova puntuale previsione nel t.u. delle leggi del Consiglio di Stato. Il ricorso per l'ottemperanza costituisce una delle ipotesi più risalenti di giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo. Vastissima la letteratura sul tema. *Ex multis*: F. BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato, in atti del convegno sull'esecuzione del giudicato nei confronti della P.A.*, Milano, 1962, 243; M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1964, 175; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 318; C. E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Enc. Del dir., Annali*, Milano, 2008. A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza* in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) S. CASSESE, IV, Milano, 2000, 3507; F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., Roma, 2012, 352 ss..

La sua attuale disciplina, successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 198/2009, è contenuta negli articoli 112 e seguenti del Codice del processo amministrativo, che riforma ed abroga l'articolo 27, comma 1, n. 4 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054.

Pertanto, in applicazione degli ordinari principi in materia di successioni di leggi nel tempo, non vi sono motivi per dubitare *in parte qua* dell'applicazione all'azione per l'efficienza delle norme del codice del processo amministrativo che disciplinano il giudizio di ottemperanza.¹⁹⁷

¹⁹⁷ L'articolo 112 del D.Lgs. n. 104/2010 rubricato Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza così recita: 1. I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti. 2. L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato; d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione; e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. 3. Può essere proposta anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. 4. Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario. 5. Il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza.

L'unico dubbio riguarda la necessità o meno della previa diffida all'amministrazione ad eseguire la sentenza. Ai sensi dell'articolo 114 c.p.a., infatti, *l'azione* (per l'ottemperanza) *si propone anche senza previa diffida*. La normativa sulla *class action*, invece, richiede la diffida quale condizione di procedibilità del ricorso nella fase di cognizione; nulla dice, invece, per la fase dell'ottemperanza.

Orbene, nel silenzio della legge e considerato il generico rinvio contenuto nell'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. n. 198/2009 alle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza, si può facilmente sostenere che la previa diffida all'amministrazione è richiesta solo nella fase di cognizione del ricorso per l'efficienza, ma non anche per l'ottemperanza delle relative sentenze; tanto più se si considera che le due fasi processuali, sebbene collegate tra loro, vantano una indubbia autonomia funzionale e giuridica.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Sulla qualificazione del giudizio di ottemperanza cfr. Cons. St., Ad. Pl., sentenza 15 gennaio 2013, n. 2, per la quale "la disciplina dell'ottemperanza, lungi dal ricondurre la medesima solo ad una mera azione di esecuzione delle sentenze o di altro provvedimento ad esse equiparabile, presenta profili affatto diversi, non solo quanto al «presupposto» (cioè in ordine al provvedimento per il quale si chiede che il giudice disponga ottemperanza), ma anche in ordine al contenuto stesso della domanda, la quale può essere rivolta ad ottenere: a) l'attuazione delle sentenze o altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi, con esclusione delle sentenze della Corte dei Conti (Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003 n. 2823; Sez. VI, ord. 24 giugno 2003 n. 2634) e del giudice tributario, o, più in generale, di quei provvedimenti di giudici diversi dal giudice amministrativo «per i quali sia previsto il rimedio dell'ottemperanza» (art. 112, comma 2). E già in questa ipotesi tradizionale, l'ampiezza della previsione normativa impedisce – come è noto – di ricondurre la natura dell'azione a quella di una mera azione di esecuzione; b) la condanna «a pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza» art. 112, comma 3). In questa ipotesi, l'azione è evidentemente attratta dal giudizio di ottemperanza, poiché le somme ulteriori, al pagamento delle quali l'amministrazione è tenuta, hanno

natura di obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, in ordine alle quali si è già pronunciata una precedente sentenza o provvedimento equiparato); c) il «risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato» (art. 112, comma 3). In questo caso l'azione, che viene definita risarcitoria dallo stesso Codice, non è rivolta all'«attuazione» di una precedente sentenza o provvedimento equiparato, ma trova in questi ultimi solo il presupposto. Si tratta, a tutta evidenza, di una azione nuova, esperibile proprio perché è l'ottemperanza stessa che non è realizzata, e in ordine alla quale la competenza a giudicare è, per evidenti ragioni di economia processuale e quindi di effettività della tutela giurisdizionale (a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio), attribuita al giudice dell'ottemperanza; d) la declaratoria della nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato (art. 114, comma 4), e ciò sia al fine di ottenere – eliminato il diaframma opposto dal provvedimento dichiarato nullo – l'attuazione della sentenza passata in giudicato, sia per ottenere il risarcimento dei danni connessi alla predetta violazione o elusione del giudicato (art. 112, comma 3, ult. parte); danni questi ultimi che possono derivare sia dalla ritardata attuazione del giudicato (per avere invece l'amministrazione emanato un provvedimento nullo), sia direttamente (e distintamente) da tale provvedimento, una volta verificato l'effetto causativo di danno". e) a tale quadro, va aggiunto il ricorso, ex art. 112, comma 5, proposto al fine di «ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza»: "anche questo non presenta caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza. Ciò emerge anzitutto dalla stessa terminologia usata dal legislatore, il quale – lungi dall'affermare che è l'«azione di ottemperanza» ad essere utilizzabile in questi casi – afferma che è «il ricorso» introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile, ma risulta anche chiaro dalla circostanza che, a differenza dell'azione di ottemperanza, che è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile, in questo caso il ricorso appare proponibile dalla parte soccombente (e segnatamente dalla Pubblica Amministrazione soccombente nel precedente giudizio)". L'Adunanza Plenaria sottolinea che "l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. cpa (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del «giudizio» e dell'«azione di ottemperanza», dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 cpa, deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto". Sostiene invece la necessità della previa

Sotto altro profilo, va rilevato che il rinvio alla disciplina in materia di giudizio di ottemperanza è previsto solo con riguardo alle sentenze emesse nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, il dato testuale conduce a ritenere che contro le inadempienze perduranti dei concessionari di pubblici servizi, non è possibile adire nuovamente il giudice amministrativo per ottenere l'esecuzione dell'ordine impartito in sede di definizione del ricorso collettivo.

Siffatta omissione, lungi dall'essere una mera dimenticanza del legislatore, risulta essere il frutto di una chiara volontà politica, volta ad evitare indebite ingerenze del giudice amministrativo nelle maglie dell'organizzazione aziendale dei concessionari, i quali, sebbene erogano servizi pubblici, sono soggetti privati che esercitano attività imprenditoriale.

E' noto, infatti, che il giudice dell'ottemperanza, opera in sostituzione delle amministrazioni inadempienti anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, il quale adotta le misure necessarie per dare esatta esecuzione alla sentenza. Quindi, nel caso dell'ottemperanza di una sentenza che abbia accertato l'inadempimento, l'omissione ovvero la disfunzione o il disservizio, contestualmente ordinando la rimozione delle cause dell'inefficienza ed il ripristino della corretta erogazione della prestazione, il giudice amministrativo - o per esso il commissario *ad acta* - può spingersi finanche a

diffida in sede di ottemperanza G. SORICELLI, cit., per il quale "si può affermare la diretta applicazione all'azione per l'efficienza dell'art. 112 del Codice, fatta salva l'applicabilità della diffida così come prevista dal d.lgs. n. 198/2009 in quanto norma speciale del ricorso per l'efficienza".

riorganizzare le modalità di erogazione dell'attività dell'ente condannato.¹⁹⁹

La normativa in materia di *class action* pubblica, però, esclude il commissariamento dell'ente concessionario, sebbene, in altri ambiti, la giurisprudenza abbia affermato più volte l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione di sentenze amministrative anche nei confronti di soggetti privati, che esercitino per l'appunto attività di pubblico interesse.²⁰⁰

¹⁹⁹ La nomina del commissario *ad acta* costituisce statisticamente lo strumento maggiormente adoperato dai giudici amministrativi in sede di ottemperanza. Il dibattito circa la sua natura si è sopito con l'entrata in vigore del c.p.a. che, accogliendo la tesi prevalente, qualifica il commissario come ausiliario del giudice, disponendo all'art. 21: "Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario *ad acta*".

²⁰⁰ Il riferimento è alla decisione del Cons. St., Ad. Pl, n. 5 del 2005, che ha affermato la praticabilità della via rappresentata dal giudizio di ottemperanza: "Una volta accertato che l'obbligo di provvedere all'esibizione del documento deve ritenersi transitato nel nuovo soggetto di diritto privato è agevole fugare anche l'ulteriore dubbio avanzato dall'ordinanza in ordine alla realizzabilità con il giudizio di ottemperanza dell'obbligo di esibizione del documento sancito dalla decisione del Consiglio di Stato nei riguardi dell'ente pubblico economico (sentenza che non ha avuto fino ad oggi esecuzione). È sufficiente a questo riguardo rilevare che qualunque pretesa in tema di accesso fatta valere nei confronti di un soggetto tenuto a sottostare a tale obbligo (Pubblica amministrazione in senso stretto, soggetti privati operanti nell'interesse pubblico etc.) va esercitata, per espressa volontà legislativa, in sede cognitoria ed esecutiva, innanzi al giudice amministrativo in piena coerenza al carattere pubblicistico dei compiti di trasparenza e pubblicità di cui si reclama l'adempimento. L'esecuzione del giudicato nei riguardi della s.p.a. subentrata nell'obbligo di esibizione conclamato dalla sentenza trova, quindi, legittimo svolgimento innanzi al giudice amministrativo (nella specie in unico grado innanzi al Consiglio di Stato che ha adottato la decisione di appello modificativa di quella di primo grado)." La decisione lascerebbe aperta la questione circa l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di soggetti privati in materie diverse dall'accesso: tanto che resta da chiedersi se l'intento dell'Adunanza plenaria fosse proprio quello di restringerne l'ambito di applicazione. Sulla questione cfr.: F. MANISCALCO, Nota alla decisione n. 5 del 2005 dell'Ad. plen., in *Foro It.*, 2007, III, 207 e ss. Ed ancora, M. G. DELLA SCALA, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro Amministrativo* 2006, 768 e ss.

Pertanto, una previsione che avesse consentito una estensione dell'ottemperanza anche ai concessionari di servizi pubblici di certo non avrebbe arrecato problemi di compatibilità con l'attuale assetto di giustizia amministrativa.

Tant'è che la legge delega prevedeva la facoltà per il giudice di nominare un commissario nel caso di perdurante inadempimento sia dell'amministrazione che del concessionario. Tuttavia, in sede di redazione definitiva del testo di legge sull'azione collettiva amministrativa, è prevalsa la volontà politica di preservare l'autonomia gestionale ed organizzativa dei concessionari, anche in ragione delle forti perplessità manifestate sul punto dalle associazioni di categoria. Pertanto, salvo future pronunce giurisdizionali in senso contrario, la strada per ottenere l'attuazione delle sentenze di condanna nei confronti dei concessionari di servizi pubblici non appare agevole.

In ogni caso, va rilevato che la sentenza di condanna a carico dei concessionari va comunicata alle amministrazioni di vigilanza, in capo alle quali residua, nei rispettivi settori, il potere di verificare l'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione (art. 4, comma 4).

Cionondimeno, da più parti si osserva che la disciplina dell'azione per l'efficienza *appare zoppa* nei confronti dei concessionari, nei cui confronti, nel caso di perdurante inadempimento, avrebbe potuto essere prevista quanto meno l'applicazione di sanzioni pecuniarie, come nella fattispecie

dell'inibitoria civile di cui all'articolo 140 del Codice del consumo.²⁰¹

Una siffatta previsione, però, avrebbe posto problemi di compatibilità con il regime del limite dell'invarianza finanziaria, a meno di non ritenere che esso, in quanto atto a preservare le casse dello Stato, evitando maggiori ed ulteriori costi ed oneri per la finanza pubblica, vada applicato solamente alle amministrazioni pubbliche e non anche ai concessionari.

Siffatta interpretazione potrebbe addirittura consentire al giudice amministrativo di accogliere domande di risarcimento del danno avverso i concessionari di servizi pubblici in sede di ricorso per l'efficienza. E, si sa, che il timore di una condanna al risarcimento per equivalente è per i privati uno dei deterrenti più efficaci.

Da ultimo, va evidenziato che, data l'assoluta novità di un siffatto strumento di tutela nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, l'articolo 6 del D.Lgs. 198/2009 affida alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il compito di monitorare lo stato di attuazione delle disposizioni in materia di *class action* amministrativa, così da intervenire tempestivamente, nel caso in cui se ne ravvisi la necessità.

²⁰¹ In questo senso G. FIDONE, cit., 337, il quale osserva che "ai sensi dell'art. 140, comma 7, per ogni inadempimento rispetto agli ordini contenuti nella sentenza che definisce il giudizio o per ogni giorno di ritardo, il giudice dispone il pagamento di una somma di denaro, la cui entità è commisurata alla gravità del fatto".