

## FABIO CINTIOLI

### Note sulla cosiddetta *class action* amministrativa.

SOMMARIO: 1. Azione di classe e ricorso per l'efficienza. Indicazioni di metodo; 2. La disciplina positiva; 3. La *ratio legis*; 4. Ambito applicativo: servizio pubblico e pubblica funzione; 5. La natura della situazione soggettiva sostanziale ed i primi commenti; 6. Interessi semplici e interessi amministrativamente protetti; 7. Tre parametri di confronto: azione per la tutela dell'interesse legittimo; azione a tutela di interessi diffusi; azione popolare; 8. Segue. Comparazione col ricorso per l'efficienza; 9. Compatibilità con la Costituzione; 10. Profili applicativi del processo.

1. Nello scegliere, per l'istituto disciplinato dal d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, la denominazione di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici il legislatore è stato ben più preciso di quanto non sia invece accaduto nel dibattito che ne ha preceduto ed immediatamente seguito l'entrata in vigore.

Infatti l'espressione più comune, che lo descrive come la *class action* nei confronti dell'amministrazione, è decisamente poco fedele ai reali contenuti di questo peculiare rimedio processuale. O perlomeno non ne coglie il vero tratto di novità.

L'azione di classe, per come ricostruita dagli studiosi di diritto comparato ed oggi elaborata dal legislatore nazionale all'art. 140 *bis* del codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), consiste in un rimedio processuale che presuppone il verificarsi di un evento dannoso e/o comunque lesivo che abbia colpito una pluralità indistinta di soggetti, la classe per l'appunto; ed è caratterizzata dal fatto che sono previsti appositi congegni processuali volti a favorire l'iniziativa di più soggetti che ne siano stati lesi e tendenzialmente a concentrarla nel medesimo giudizio. La *class action* all'italiana ha alcune prerogative che ben la distinguono dal modello anglosassone e in specie nordamericano, il quale ha costruito la sua ragion d'essere e il suo successo essenzialmente su tre vantaggi: un risparmio dei costi processuali dovuti all'unicità del veicolo processuale; l'emersione di richieste risarcitorie che altrimenti resterebbero "opache", perché sovente collegate a microlesioni che non giustificerebbero l'azione individuale isolata; la prevenzione del contrasto dei giudicati. Tuttavia, l'una e l'altra hanno come radice comune l'esistenza di un danno diffuso nella classe e la sostanza di una azione risarcitoria; benché quest'ultima negli Stati Uniti, piuttosto che dar luogo a decisioni giudiziali, abbia quasi sempre favorito soluzioni transattive le quali, più che a beneficio dei consumatori, sono andate soprattutto a vantaggio di avvocati che hanno lucrato sulla serialità dei compensi e sul "patto di quota lite".

Ben diverso è il nostro istituto.

Qui l'azione è proposta, davanti al giudice amministrativo "per ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione

di un servizio". Essa, come rilevato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, mira ad assicurare sul piano giuridico il principio costituzionale del buon andamento inteso come canone del servizio reso dall'amministrazione ai cittadini <sup>1</sup>.

L'azione è promovibile anche da un singolo e non mira affatto ad un risarcimento del danno, anzi questo è espressamente escluso. Mira invece a far sì che l'amministrazione torni a garantire gli standard di qualità e quantità che ci si attende dalla sua attività. E' pur vero che è previsto un meccanismo che, anche tramite la pubblicità del ricorso, tende a provocare l'intervento di altri cittadini. Così come è vero che anche nel nostro istituto si tende a favorire l'iniziativa collettiva per fatti che, frammentati e percepiti sul piano meramente individuale, provocano un disagio che, di per sé solo, non giustificherebbe una risposta giudiziale né sul piano dei costi né su quello delle altre energie spese; e che nondimeno, valutati in modo seriale, danno il senso di un problema ben più serio, che dà luogo all'inefficienza dell'azione amministrativa intesa in modo ampio.

Ma questi tratti non valgono ad eliminare le diversità profonde appena indicate.

Parlerò allora nel prosieguo di *ricorso per l'efficienza* piuttosto che di *class action* amministrativa.

Fatta questa avvertenza sugli abbagli che le classificazioni errate potrebbero provocare, conviene adesso focalizzare l'oggetto e l'obiettivo di questo scritto.

Esso vuol proporre un commento a questa disciplina, che ha l'appoggio della notazione a prima lettura, dato che l'istituto non ha ancora visto applicazioni e che non si è formata una prassi giurisprudenziale al riguardo. Nel far questo, intende soprattutto esaminare i problemi ricostruttivi più importanti, dato che con ogni probabilità essi condizioneranno il successo e la stessa possibilità di sopravvivenza dell'istituto. Mi riferisco, in particolare, al tema della situazione soggettiva sostanziale che viene qui azionata, a quello della legittimazione ad agire, alla possibile qualificazione di questa azione come fenomeno di giurisdizione oggettiva anziché soggettiva.

L'obiettivo è, corrispondentemente, quello di poter influire sulle prime interpretazioni, allo scopo di evitare che questa azione finisca per esser vista come del tutto sganciata dal processo amministrativo italiano ed avulsa dalla sistematica processuale in cui il giudice amministrativo è abituato a muoversi. Il pericolo maggiore che corre il ricorso per l'efficienza infatti, a parere di chi scrive, è proprio quello della sua asistematicità. Tale rischio, in verità, deriva in parte dal dibattito mediatico, che rischia sovente di confondere i concetti di cui il giurista

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, 9 giugno 2009, n. 1943, in *Foro it.*, 2010, III, 89.

deve poi avvalersi, in parte dalla obiettiva novità della disciplina ed in parte da una scelta di topografia normativa incomprensibile, che ha lasciato questa azione (caso unico) al di fuori del nuovo codice del processo amministrativo, il quale, a ben vedere, nel testo proposto dalla commissione insediata presso il Consiglio di Stato l'aveva invece inizialmente assorbita. Il pericolo, si diceva, consiste nel fatto che, se il giudice dovesse percepire questo strumento come alieno dalla sua sfera di giurisdizione ovvero talmente innovativo da non trovare riscontro in nessuna figura già presente nell'ordinamento, probabilmente potrebbe tendere ad estrometterlo. In concreto, la via più semplice perché ciò possa accadere è la valorizzazione dell'inciso dell'art. 1, comma 1, lì dove richiede che l'attore abbia subito una "lesione diretta, concreta e attuale dei propri interessi". Negare cittadinanza nel processo a questa azione come azione speciale e piegarla interamente sulla giurisdizione di legittimità e sulla tutela ordinaria dell'interesse legittimo equivarrebbe a sancirne un vero e proprio ripudio, nelle forme di una declaratoria di inammissibilità basata sul difetto di posizione legittimante.

2. E' però necessario procedere per gradi. Sicché il primo passo dell'analisi consiste nel richiamare le linee essenziali della disciplina.

Dal momento che gli otto articoli di cui si compone il d. lgs. sono piuttosto chiari nella loro costruzione letterale e che sono stati ad oggi già pubblicati i primissimi commenti a questa disciplina <sup>2</sup>, si passeranno in rassegna solo i punti essenziali, rinviando per il resto ad una sua puntuale lettura.

Lo scopo dell'azione è, come già detto, "ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio".

Essa può essere anzitutto proposta contro le amministrazioni pubbliche ed i concessionari di servizi pubblici dai "titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori", sempre che "derivi una lesione diretta, concreta od attuale dei propri interessi" (art. 1, comma 1). Sono esentati dal novero dei destinatari dell'azione le autorità indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli organi costituzionali e la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 1, comma 1 *ter*). Nel valutare questa lesione il giudice deve tener conto "delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intime" (art. 1, comma 1 *bis*), il

---

<sup>2</sup> A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, *Urb. app.*, 2010, 5, 501 e ss.; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, *Giorn. dir. amm.*, 2010, 3, 246 e ss.

che sembra, in verità, collegare ad un requisito, la lesione diretta, che parrebbe collocarsi nel campo delle condizioni dell'azione, un profilo che attiene viceversa al merito della decisione.

E' altresì ammessa l'azione proposta da parte di associazioni o comitati, a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori, purché sussistano i medesimi requisiti di legittimazione testé menzionati (art. 1, comma 4).

Il presupposto dell'azione e, di conseguenza, l'oggetto dell'accertamento giudiziale, è la violazione di termini o la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine di legge o di regolamento o la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero degli standard qualitativi ed economici stabiliti per i concessionari di servizi pubblici dalle autorità di regolazione e per le amministrazioni definiti dalla stesse in attuazione di appositi criteri guida emanati dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 13 del d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (art. 1, comma 1).

Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno provocato dagli atti e comportamenti della p.a.. Per la sua riparazione varranno i rimedi ordinari (art. 1, comma 6).

Il giudice amministrativo provvede in sede di giurisdizione esclusiva (art. 1, comma 7).

Il ricorso per l'efficienza è tendenzialmente residuale, perché sono previste puntuali cause di sua inammissibilità e improcedibilità quando sia pendente un procedimento avviato da un'autorità amministrativa (di regolazione) volto all'accertamento dei medesimi fatti o quando sia instaurato un giudizio risarcitorio dai consumatori ai sensi degli artt. 139, 140 e 140 *bis* del codice del consumo (art. 2). Un'altra condizione di proponibilità è data dalla preventiva diffida a provvedere entro 90 giorni al ripristino degli *standard* od al compimento dell'attività che sia mancata, da rivolgere dall'interessato all'amministrazione o al concessionario. Decorso inutilmente questo termine, l'interessato può agire entro il termine perentorio di un anno (art. 3).

La sentenza ha un contenuto misto di accertamento e condanna. Se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento, ordina all'amministrazione (od al concessionario) di porvi rimedio entro un congruo termine e "nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica" (art. 4, comma 1). La sentenza è comunicata alle autorità di regolazione, alla Commissione di cui al cit. art. 13 del d. lgs. n. 150 del 2009, alla procura regionale della Corte dei conti ed agli organi titolari del potere di agire in sede disciplinare (art. 4, comma 3). Quando il comportamento è attribuito ad un concessionario, ne viene fatta

comunicazione all'amministrazione concedente affinché ne tenga conto nell'ambito del rapporto di concessione ed in relazione alle previsioni che lo contraddistinguono in concreto (art. 4, comma 4).

Qualora l'amministrazione non esegua l'ordine del giudice, potrà esser promosso il giudizio di ottemperanza secondo le forme tipiche di esso e quindi esser nominato persino un commissario *ad acta* (art. 5)

L'applicazione "concreta" dell'istituto è poi rinviata alla precisazione degli obblighi da inserire nelle carte dei servizi e degli standard qualitativi, da farsi con DPCM, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto col Ministro dell'economia e con gli altri Ministri interessati (art. 7). E' da avvertirsi subito che, tuttavia, il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, con una propria direttiva, ha precisato che, in attesa dell'emanazione dei DPCM, lì dove le carte dei servizi od altri analoghi atti provvedano a identificare obblighi o standard ed in ogni caso in cui sia possibile accertare la loro violazione o quella di termini o la mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine di legge o di regolamento, tale disciplina resta di immediata applicazione (direttiva n. 4 del 25 febbraio 2010).

3. E' interessante accennare al dibattito che ha preceduto e dato linfa al decreto legislativo in questione.

Il legislatore ha preso le mosse da una dichiarata ed aperta insoddisfazione verso il *rendimento* della p.a. L'amministrazione italiana avrebbe denotato uno scarso livello di funzionamento e, di fronte alla difficoltà di trovare una soluzione al problema, il ricorso per l'efficienza è apparso come uno strumento utile e duttile. Il punto è: agire *dal basso*, ridare la "voce" ai cittadini, per indurre l'amministrazione a trovare quei livelli che, evidentemente, *dall'alto*, le istituzioni della politica non sarebbero più in grado di assicurare.

Guardando ai nessi logici più strettamente tecnico-giuridici, si possono cogliere i riflessi di queste enunciazioni nelle notazioni di chi ha recentemente parlato anche di una azione che trae origine dall'esigenza di assicurare un'effettiva responsabilizzazione dell'attività amministrativa, nonché di un istituto che esplicita le conseguenze ultime di un rapporto tra cittadino e p.a. imperniato sin dall'emanazione della l. n. 241 del 1990 sulla partecipazione del primo ai processi decisionali e di azione della seconda.

Fermo restando che le generalizzazioni, di per sé, sono fallaci, e tale è quella che imputa *tout court* alla p.a. italiana di essere (sempre) inefficiente, è da dirsi che, in verità, nelle analisi compiute e nelle osservazioni rese pubbliche durante i lavori preparatori, sovente di spessore inevitabilmente più "mediatico" che scientifico, si è fatta talora

qualche confusione. Ad esempio, si è dato per scontato che l'inadeguatezza della nostra amministrazione e gli ostacoli alle relazioni economico-sociali che ne deriverebbero sarebbero un problema tutto legato a ritardi ed inadempienze di una amministrazione sì in condizione di decidere, ma inesorabilmente ritardataria per cause di inefficienza congenita. Non si è però considerato che molti dei mali che vengono a corroborare tale giudizio di inadeguatezza hanno poco a che vedere con l'inerzia e/o l'inefficienza. Queste ultime possono riguardare, perlopiù, il settore delle prestazioni di servizio pubblico. Ma, quando pensiamo alle funzioni amministrative, di autorizzazione, programmazione, pianificazione, concessione, guardiamo invece a tutt'altro campo. Guardiamo alle difficoltà del decidere che rendono nel nostro Paese ormai difficilissima qualsiasi iniziativa infrastrutturale ed impiantistica di rilievo e che, lungi dall'esser dovute all'inefficienza in quanto tale (od alle incursioni del giudice amministrativo: altro luogo comune confutabile con i dati concreti), derivano piuttosto da un pluralismo istituzionale che sempre più raramente riesce a ricondursi ad unità. Basti menzionare gli effetti della parcellizzazione delle competenze normative ed amministrative dopo la riforma del titolo V della Costituzione del 2001, nonché alle diffuse manifestazioni di un pluralismo istituzionale conflittuale nel quale l'interesse pubblico inteso come bene comune appare talvolta relegato in ombra rispetto alle politiche individuali di ciascuna istituzione.

Detto ciò, la scelta del legislatore di pensare a questa azione collettiva come motore di una sorta di controllo sulle p.a., è, in qualche misura, l'esito coerente del percorso riformatore di questi ultimi vent'anni e delle sue notevoli difficoltà applicative<sup>3</sup>.

La privatizzazione dell'impiego pubblico, la pressoché totale eliminazione dei controlli amministrativi, il principio di (teorica) separazione tra la sfera della politica e quella della gestione amministrativa, a quanto pare secondo il legislatore non avrebbero prodotto gli effetti sperati, dato che la p.a. sarebbe rimasta, alla fine, comunque inefficiente. Talmente sfiduciato appare il legislatore rispetto a questo stato di cose e così blanda appare ormai la possibilità di un controllo o vigilanza *dall'alto*, dalla sfera della politica sull'apparato amministrativo (recuperata poi al livello dei cittadini tramite la responsabilità politico-elettorale), che si pensa ad un controllo *dal basso*, mediante l'iniziativa dei cittadini stessi, ai quali si indicano dei livelli (standard, *benchmark*) per la qualità dell'attività amministrativa e si affida questo strumento di azione. L'esito dovrebbe essere allora quello di un intervento giudiziale sull'amministrazione che, questa volta, non è più

---

<sup>3</sup> Sull'idea che questa azione finisca per supplire alla lacuna aperta dalla scomparsa dei controlli di legittimità, cfr. MANGANARO cit.

circoscritto a valutare se questa abbia agito in conformità alla legge, bensì a verificare, direi meglio *a controllare*, se gli standard siano stati rispettati.

Tutto questo fermento di idee si presta ad alcune considerazioni, che qui possono solo accennarsi.

La prima è che il modello di amministrazione delineato dall'art. 95 Cost., che si fonda sulla riconduzione della legittimazione amministrativa alla sfera della politica ed alla sovranità popolare sembra allora ancor più in crisi di quanto già non fosse, dato che lo stesso legislatore ritiene di dover seguire questo tipo di percorsi, mediante forme di controllo che muovono *dal basso*. Atteso che la privatizzazione dell'impiego pubblico, esentato dai controlli, non avrebbe prodotto quel plusvalore che si attendeva in termini di efficienza, piuttosto che ripristinare forme di vigilanza *dall'alto*, si preferisce puntare su "controlli" *dal basso*. Il tutto sulla scia di una concezione del cittadino come utente e consumatore. Non si tratta più di valorizzare gli altri modelli di amministrazione, imperniati sul concetto di autonomia, che pure dalla Costituzione possono trarsi (v. artt. 97 e 98), ma di affidarsi anche direttamente ai cittadini. Portando all'estremo limite (e con consapevole enfasi) questa impostazione, è come dire che la politica dichiara la consapevolezza della sua debolezza e delle sue estreme difficoltà.

Così ricostruita nei termini essenziali l'innovazione, è bene però ricordare che questo tipo di intervento può solo esser succedaneo e che il modello che riporta la vigilanza sull'efficienza della p.a. verso *l'alto* e che mira, alla fine, a inverarsi nella responsabilità politica è pur sempre indispensabile, vuoi per ragioni di tipo pragmatico e che si legano peraltro ai principi basilari della scienza dell'amministrazione, vuoi per il dato costituzionale che conforma lo Stato di diritto.

Se è lecito utilizzare un'espressione in voga e colloquiale, potremmo dire che l'amministrazione, anche quando eroga servizi, non è impresa, che non può esser dichiarata fallita e che per essa non valgono le medesime valvole di contenimento e indirizzo che riguardano, appunto, l'impresa privata.

Il punto terminale di questo rimedio innovativo affidato ai cittadini, del resto, non può che coincidere con la ricerca di un decisore-controllore; che qui è il giudice.

Il che conferma quella linea di tendenza, tipica delle democrazie occidentali e soprattutto del nostro ordinamento, a rafforzare i poteri del giudice e, segnatamente, di quello amministrativo. Questa vicenda però ripropone (e richiede di studiare accuratamente) il tema della responsabilità politica, che rischia di occupare un posto troppo marginale, specie in un ordinamento costituzionale che è rimasto legato alla figura di giudice funzionario-bocca della legge. Questo modello di giudice è adatto ad applicare una legge che sia stata definita in modo puntuale e che richieda solo di essere adattata al caso concreto; meno

adeguato è invece ad un'attività che, come accade ormai da molto tempo, si sostanzia invece nel dover colmare in via interpretativa le lacune della legge e persino a indirizzarne il contenuto. Ebbene, posto questo dibattito, ancor meno adeguato potrebbe apparire allora il giudice-bocca della legge a svolgere funzioni di sostanziale controllo sull'amministrazione, proprio perché rischia di rendere opachi i congegni della responsabilità.

Il tema, insomma, è destinato ad allargarsi e chiama in gioco gli studiosi del diritto costituzionale e delle dottrine politologiche. Anche se deve considerarsi che il giudice amministrativo ha nella sua specialità, ancorché intesa in senso moderno, un tratto che lo rende indubbiamente più idoneo a compiti di tal fatta; ed esso è sempre stato e continua ad essere un giudice particolarmente saggio e pragmatico lì dove è necessario effettuare il contemperamento degli interessi in gioco.

Va poi segnalato uno dei possibili punti deboli del progetto, che consiste nella concretezza e percepibilità degli standard e dei *benchmark*.

Se si conviene sul fatto che l'azione in questione assolve ad una funzione mista di giurisdizione e di controllo, quasi una funzione *correttiva*, sulla falsariga di uno dei due modelli (suppletiva e correttiva, appunto) che hanno da sempre qualificato l'azione popolare, allora legare il sindacato alla puntuale e "matematica" violazione dello standard potrebbe esser rischioso.

Rischioso, perché potrebbe marginalizzare l'azione e renderla impraticabile. Persino l'amministrazione di servizi (per non dire di quella di funzioni) è difficilmente segmentabile e computabile secondo rigidi *benchmarks*, sicché gli standard potrebbero rivelarsi impalpabili e sostanzialmente inapplicabili. La scienza dell'amministrazione non è scienza naturalistica, bensì umanistica, e non le si addice un metodo che ponga la *ragione* oltre le sue possibilità fisiologiche, perché potrebbe provocarne l'*abuso*. Meglio sarebbe allora, per la vitalità dell'istituto, concepire e interpretare il controllo sugli standard in maniera flessibile e pragmatica, sì da lasciare al giudice, piuttosto che al DPCM, l'individuazione finale di ciò che era effettivamente esigibile nel caso di specie. Non è questa una contraddizione con quel che si diceva poche righe sopra sui limiti del giudice-funziionario, ma solo una considerazione che attiene all'istituto così com'è, oggi, nell'ordinamento ed alla sua funzionalità. Del resto, oltre al pericolo dell'eccessivo depotenziamento dell'azione per l'efficienza, vi è anche quello di un giudice puntiglioso che volesse imporre alla p.a. la matematica aderenza ad un certo *benchmark*, senza concedere (e questa volta a beneficio dell'amministrazione) la necessaria flessibilità applicativa. Che, poi, la lettura che si propone sia possibile, se non addirittura necessitata sul piano interpretativo, discende anche da quel che dispone il d. lgs., lì dove, all'art. 1, comma 1 *bis*, e 4, comma 1, richiede al giudice di 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”. Questa regola implica, in una parola, la necessaria flessibilità della valutazione degli scostamenti dai *benchmark*.

Infine, una nota particolarmente positiva, per un istituto che, volgendo lo sguardo verso i concessionari, ha posto l'accento su un profilo di grande attualità.

Nel corso degli ultimi anni molti compiti di servizio, sovente vicini ad aspetti funzionali, sono stati assegnati in monopolio a concessionari pubblici. Questi processi di privatizzazione ovviamente non possono beneficiare anche della liberalizzazione, per la stessa conformazione monopolistica del mercato. Sicché è indispensabile rafforzare i congegni di vigilanza lì dove il controllo *dall'alto* appare fisiologicamente indebolito. Un conto è infatti l'attivismo del concedente, altro è l'incardinamento dell'erogatore del servizio all'interno della p.a.; il distacco organizzativo dalla p.a. dei modi di erogazione del servizio è un tratto rilevante. E soprattutto appare utile rafforzare la detta vigilanza mediante una congiunzione ed un vero e proprio “dialogo” trilaterale tra l'intervento del giudice, che verifica il contegno del concessionario, e l'amministrazione concedente che ne riceve le segnalazioni e gli impulsi.

4. Se si tiene conto degli obiettivi che il legislatore si è prefissato, ne deriva che l'oggetto prevalente, se non esclusivo, del ricorso per l'efficienza è il vastissimo campo dei servizi pubblici. Vien da pensare, in particolare, ai grandi capitoli dell'istruzione, sanità e giustizia (ferma l'esenzione per gli organi giurisdizionali prevista dall'art. 1, comma 1 *ter*).

L'art. 1 del decreto parla tuttavia esplicitamente di “funzioni” e questo pone il problema del se anche l'attività funzionale, destinata a sfociare non già nell'erogazione di un servizio bensì nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, possa esservi compresa. Il testo di legge, sul piano letterale, parrebbe propendere per una interpretazione ampia, dato che accosta, alla erogazione del servizio appunto, lo “svolgimento della funzione”. Un autorevole commentatore ha assunto nell'ambito oggettivo dell'azione tutte le “prestazioni amministrative”, includendovi quattro categorie principali: (i) servizi di diretta rilevanza economica (ad es., trasporti); (ii) servizi ad alta valenza sociale (ad es. sanità); (iii) servizi burocratici tradizionali (certificati, passaporti, permessi di soggiorno); (iv) provvedimenti abilitativi aventi rilevanza economica diretta (ad es. attività di impresa) o indiretta (permessi di costruire) <sup>4</sup>.

In quest'ultima categoria, quindi, dovrebbero rientrare vere e proprie funzioni pubbliche, nonostante esse restino estranee alla figura del servizio pubblico in senso stretto.

---

<sup>4</sup> PATRONI GRIFFI cit.

Ebbene, a parte il fatto che alcune ipotesi dovrebbero essere comprese nel campo di applicazione della DIA *ex* art. 19, l. n. 241 del 1990 e che, per ciò solo, sarebbero allora sostanzialmente sottratte allo spettro del ricorso per l'efficienza, la compatibilità dell'istituto con i procedimenti volti all'emanazione dei provvedimenti amministrativi richiede ulteriori approfondimenti.

La prima possibilità è che se ne postuli l'applicazione solo ad aspetti endoprocedimentali (la norma allude allo "svolgimento" della funzione) e quindi alla gestione tempestiva ed efficiente del procedimento: osservanza dei termini, accuratezza delle forme di pubblicità, puntualità e completezza degli accessi endoprocedimentali, etc. Il ricorso in esame si aggiungerebbe alla tutela risarcitoria contro i ritardi procedurali oggi esplicitamente accordata dall'art. 2 *bis* della l. n. 241 del 1990. Potrebbe forse ipotizzarsi l'applicazione a modalità, istruzioni o prassi procedurali errate e capaci di una "lesione" seriale. Entro questi limiti, le prerogative e l'autonomia della funzione pubblica e della discrezionalità amministrativa potrebbero reputarsi fuori discussione, perché il ricorso riuscirebbe solo a lambire il cuore della fase decisoria del procedimento, senza mai penetrarvi.

Qualora, invece, si immaginasse un'applicazione dell'istituto che si muovesse, nei confronti della funzione pubblica, oltre questi confini e che volesse incidere sui contenuti interni all'esercizio del potere pubblico, i problemi sarebbero numerosi, perché il giudizio toccherebbe veri e propri interessi legittimi pretensivi ed involgerebbe così anche il tema della spettanza e fondatezza della pretesa verso i poteri funzionali della p.a..

La configurazione di questa giurisdizione, come giurisdizione di merito, prevista nella legge delega, è stata eliminata nel decreto legislativo, che parla solo di giurisdizione esclusiva. Sicché, già solo per questo, dovrebbe escludersi qualsiasi sostituzione giudiziale nell'esercizio della funzione.

In secondo luogo, se si ipotizzasse la detta espansione della giurisdizione ai profili della funzione, avremmo un potenziale contrasto col principio di separazione dei poteri, che pone com'è ben noto un limite esterno al potere di sindacato del giudice sulla p.a.. Si potrebbe, tutt'al più, introdurre anche qui la distinzione tra atto discrezionale e atto vincolato, cui già il legislatore ha fatto ricorso più volte per misurare l'espansione del sindacato giudiziale: si veda l'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, nonché l'art. 31 del nuovo codice del processo amministrativo, il quale, a proposito dell'azione avverso il silenzio dell'amministrazione, stabilisce che il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori

che debbano esser compiuti dall'amministrazione. Dovremmo allora pensare ad introdurre tale distinzione anche per il nostro istituto, confinando l'azione solo ai casi di atti vincolati. Il che però, sia concesso rimarcarlo, porrebbe un nuovo problema di difficile soluzione, che concerne l'esatta percezione della linea distintiva tra atto vincolato e discrezionale. Sebbene il legislatore continui a riporre grande fiducia in questa distinzione (anche molto chiara e lineare in astratto), la concretezza dei casi ne mostra la evidente crisi: la detta linea è assolutamente permeabile ed una buona parte delle fattispecie finisce per rientrare, nelle interpretazioni del giudice, nella categoria della discrezionalità tecnica, la quale occupa ormai una vastissima zona intermedia.

In terzo luogo, proprio quest'ultima disposizione dimostra che la proiezione del ricorso per l'efficienza nel settore delle potestà pubbliche verrebbe a sovrapporlo con altri rimedi ben sperimentati, quali, anzitutto, la tutela contro il silenzio della p.a.. Ed i modi di coordinamento appaiono tutt'altro che facili, dato che anche l'azione dell'art. 31 del codice (già art. 21 *bis* l. TAR), tende ad una pronuncia di condanna dell'amministrazione.

Per tali ragioni, l'allargamento del ricorso per l'efficienza alle vere e proprie funzioni amministrative lascia qualche perplessità e richiede meditazione. Ancora una volta, il rischio è che, incanalando l'istituto in sentieri che sono difficilmente compatibili con la sistematica del processo, se ne provochi in realtà la *conseguenza inintenzionale* della marginalizzazione.

Se la discrezionalità amministrativa appare dunque uno scenario improprio per il ricorso per l'efficienza, lascia invece perplessi la generosità delle esenzioni previste dall'art. 1, comma 1 *ter*.

In particolare, non si comprende perché le autorità indipendenti, che già godono *dall'alto* di un regime di speciale autonomia, debbano esser sottratte a questa forma di "controllo", né si coglie il fondamento della garanzia assicurata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri<sup>5</sup>. L'attività amministrativa di tali organi si sarebbe dovuta opportunamente includere nell'orbita del ricorso per l'efficienza. Piuttosto, l'esenzione avrebbe dovuto (e dovrebbe ancor oggi) esser prevista per alcune categorie di atti; certamente per gli atti politici e, visto quanto detto in precedenza sulla *ratio* dell'istituto e sul problema delle *funzioni* amministrative, probabilmente anche per gli atti di alta amministrazione.

Queste ultime considerazioni sull'atto politico e sull'atto di alta amministrazione, peraltro, ben possono avere una valenza *de jure condito* nonostante la mancanza di una previsione espressa.

---

<sup>5</sup> In senso conforme BARTOLINI cit.

5. Veniamo adesso al tema principale: quello della natura della posizione soggettiva che viene fatta valere nel ricorso per l'efficienza e della legittimazione ad agire.

Le indicazioni che provengono dalla legge delega e dagli articoli del decreto non sono convergenti. Questa circostanza è stata segnalata da più parti ed è dovuta ad un evidente "ripensamento" e quindi al tentativo di contenere lo sviluppo di questo rimedio processuale, tentativo che si è manifestato appunto nella stesura del decreto legislativo.

Nel testo del d. lgs., letto di per sé, abbiamo oltretutto indicatori apparentemente in contrasto tra di loro.

Così, da una parte, abbiamo elementi che depongono per caratterizzare la posizione soggettiva del ricorrente in maniera meno rigorosa di quanto accada per la configurazione di un interesse legittimo e per connotare in maniera corrispondentemente più ampia la legittimazione ad agire; dall'altra parte, invece, riscontriamo la tendenza ad imporre un accertamento della lesione effettiva, con ricaduta sull'identificazione della posizione sostanziale, e quindi a circoscrivere la legittimazione ad agire. Nel primo senso, depongono la genesi dell'istituto, la sua finalità, l'assenza di limitazioni particolari nella legge delega, il riferimento ad interessi che, oltre ad essere giuridicamente rilevanti siano anche "omogenei" per una pluralità di utenti o consumatori (il che fa pensare ad interessi amministrativamente protetti più che a veri e propri interessi legittimi, come si dirà), la facoltà di integrazione del contraddittorio con l'intervento di altri interessati di cui al comma 3 dell'art. 1, il diritto di azione delle associazioni e dei comitati. Nel secondo senso, depone invece soprattutto la necessità che dalla violazione degli standard e/o inefficienze tipizzate "derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi".

Nei primi commenti le soluzioni sono state piuttosto varie, ma tutte inclini a valorizzare la prima delle due tendenze.

In alcuni commenti è stata ripresa la nozione classica di interesse occasionalmente protetto, che la dottrina degli inizi dello scorso secolo aveva proposto per qualificare l'interesse legittimo <sup>6</sup>. Nel nostro caso, la nozione tornerebbe utile perché l'idea di un interesse che viene protetto solo in quanto legato per via contingente alla cura dell'interesse pubblico gioverebbe ad ampliare la legittimazione ed a sconfinare nel campo degli interessi di mero fatto. Altri hanno sottolineato l'esigenza che l'interprete su una serie di punti critici (tra cui proprio quello della legittimazione ad agire) dia preferenza al modello della legge delega piuttosto che a quello del decreto legislativo <sup>7</sup>. Il che sembrerebbe implicitamente anche proporre (e non può che condividersi) l'esigenza di una interpretazione

---

<sup>6</sup> Cfr. ZINGALES cit.

<sup>7</sup> Cfr. GALLO cit.

costituzionalmente orientata del decreto legislativo, al fine di evitare l'eccesso o difetto di delega. Altri, ancora, hanno affermato che la posizione soggettiva sostanziale, e intuitivamente, la relativa legittimazione, potrebbe assumere, a seconda dei casi, natura di posizione soggettiva individuale, ascrivibile, a sua volta, o all'interesse legittimo o al diritto soggettivo, ovvero natura di interesse amministrativamente protetto che, nel contesto specifico, assurge a posizione soggettiva meritevole di tutela; si parla infatti degli utenti "considerati sia come individui singoli sia come titolari di una frazione dell'interesse collettivo alla corretta erogazione di quella prestazione"<sup>8</sup>.

Già questa convergenza della dottrina appare significativa, benché essa, inevitabilmente, ricorrendo a strumenti e concetti diversi per dare la soluzione non possa ancora fornire al giudice una chiave interpretativa più sicura e "tradizionale".

A ben vedere, l'interesse occasionalmente protetto potrebbe anche spingerci fin troppo sul fronte delle norme di azione e quindi sul versante della funzione piuttosto che su quello della prestazione di servizio pubblico che invece mi appare ancora come il modello qualificante la fattispecie.

La prevalenza della legge delega ovviamente può solo tradursi in un indirizzo interpretativo costituzionalmente orientato, come si diceva, e lascia ancora da affrontare *funditus* il problema della qualificazione normativa della situazione soggettiva e della legittimazione ad agire.

Il riferimento all'interesse collettivo coglie lucidamente l'esigenza di non restare legati alla nozione di interesse legittimo in senso stretto, ma pone anch'esso sul tappeto il problema della natura giuridica della posizione.

6. Comunque, come si diceva, i primi contributi dottrinali aprono la strada verso una soluzione convergente, la quale, peraltro, è confortata se si guarda al piano dell'oggetto del giudizio.

Dato che il giudice amministrativo deve accertare se vi è stata violazione di termini o mancata emanazione di atti amministrativi generali o violazione di standard qualitativi e/o quantitativi, allo scopo di ripristinarli, il suo sindacato non appare affatto calibrato sulla singola posizione soggettiva. Non basta quindi l'inciso per cui è richiesta una lesione diretta, concreta e attuale a segnare l'omologazione di questa azione a quella esercitabile nella comune giurisdizione di legittimità. Il giudizio e l'azione non hanno qui lo scopo di attuare una peculiare posizione soggettiva sostanziale dandovi compiuta tutela, ovvero, in senso sattaniano, non hanno lo scopo di svelare nel processo l'identità della situazione soggettiva dell'attore.

---

<sup>8</sup> Cfr. PATRONI GRIFFI cit.

Quindi, si può condividere un'affermazione: che non è necessariamente richiesto che vi sia un diritto soggettivo od un interesse legittimo, potendo anche esistere, sul fronte del diritto sostanziale, una posizione soggettiva di rilievo "minore".

A questo punto, per evitare confusioni terminologiche e per rendere il discorso più agevole per il lettore, è opportuno menzionare un tipo di classificazione e fare richiamo ad essa per vincolare il significato delle parole secondo un senso tecnico-giuridico il più possibile univoco.

Mi rifaccio allora a quella proposta da uno dei nostri Maestri, Aldo Maria Sandulli, il quale nel suo Manuale, oltre la sfera degli interessi legittimi, individuava la categoria degli interessi semplici: si tratta di quegli interessi che si riconnettono a doveri pubblici dell'amministrazione che hanno una portata generale e che, per la precisione, non sono collegati dall'ordinamento specificamente a tali interessi (vale a dire che si tratta di interessi indifferenziati e inqualificati) e che pertanto non sono né interessi legittimi né, tantomeno, diritti soggettivi. A questa nozione ampia Sandulli accostava, quale più importante categoria, i diritti civici: essi non sempre assurgono alla dignità di interessi legittimi o di diritti soggettivi; essi sono quelle posizioni di vantaggio che derivano ai singoli dal fatto che l'ordinamento impone agli enti pubblici certi doveri pubblici consistenti nel porre a disposizione della generalità dei consociati beni o prestazioni. Talvolta hanno natura di vero e proprio diritto ad una prestazione (ad esempio nel campo della sanità o dello smaltimento dei rifiuti), talvolta natura di interesse legittimo (basti richiamare, qui, la figura tradizionale dell'ammissione amministrativa, che richiede una previa valutazione discrezionale per l'ammissione al godimento del servizio pubblico). In molti altri casi i diritti civici corrispondono solo ad interessi semplici (ad es. il godimento dei beni demaniali e di servizi erogati in maniera del tutto indifferenziata, come la polizia di sicurezza, il servizio di nettezza urbana o di illuminazione pubblica). Nell'ambito degli interessi semplici si annoverano poi anche gli interessi amministrativamente protetti, i quali, anziché rivolgersi alle norme di relazione ed al campo delle prestazioni di servizio pubblico, si confrontano con le norme di azione che attengono all'esercizio delle funzioni pubbliche: si tratta di quegli interessi che, non corrispondendo ad una posizione differenziata e qualificata dalla norma di azione, sono nondimeno vantati dal cittadino affinché l'amministrazione osservi le regole di buona amministrazione nell'esercizio della sue potestà pubbliche. Sono gli interessi che possono ricevere tutela (anche di merito) nell'ambito dei ricorsi amministrativi (o, sarebbe meglio dire, potevano ricevere, considerata la crisi e desuetudine che ha da tempo compito il ricorso gerarchico).

Ebbene, affermiamo allora che nel ricorso per l'efficienza la posizione soggettiva sostanziale può non raggiungere la soglia del vero e

proprio diritto soggettivo od interesse legittimo (benché non può escludersi che ciò occasionalmente possa accadere) e può anche coincidere con un diritto civico e/o interesse semplice o con un interesse amministrativamente protetto, a patto, per quest'ultimo, che si definisca meglio in quel misura l'istituto può incidere sull'esercizio della funzione oltre che sui servizi pubblici.

Come diremo più avanti, questa premessa non può che produrre un effetto di allargamento della legittimazione ad agire rispetto a quanto la giurisprudenza esige nella sua giurisdizione (indistintamente, di legittimità, merito ed esclusiva).

In questa prospettiva, sembra più che 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.

Così concepito il ricorso per l'efficienza, viene da chiedersi se esso si collochi nella dimensione della giurisdizione di diritto soggettivo o in quella della giurisdizione di diritto oggettivo. In altre parole, 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.

Per il momento, possiamo limitarci a dire che dei tratti di giurisdizione di diritto oggettivo sono ben presenti in un giudizio che, pur richiedendo la lesione diretta ad un interesse personale dell'attore, tende effettivamente ad attuare un obiettivo che esorbita la sfera soggettiva del singolo. Non è solo un tratto dei lavori preparatori, ma è un aspetto insito nell'intera disciplina dell'istituto, che si intreccia in essa connotandola in modo peculiare. 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.

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". Sicché 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.

7. Il punto di arrivo del ragionamento, nell'economia di questo scritto, potrebbe esser stato raggiunto con l'affermazione che il ricorso per l'efficienza può esser proposto anche dai titolari di interessi semplici ed interessi amministrativamente protetti quando si possa esibire un interesse personale e concreto che abbia coinvolto il singolo; nonché con l'ulteriore assunto che per la sussistenza di un tale coinvolgimento non è necessario assicurare un interesse differenziato e qualificato nelle forme prescritte per riconoscere un interesse legittimo; e con l'affermazione conseguente che la legittimazione ad agire è più ampia rispetto a quella che riguarda l'interesse legittimo.

Tuttavia, vuoi per rafforzare questa proposta di inquadramento, vuoi per meglio definire i rapporti tra questo tipo di azione e le altre simili ammesse nel processo amministrativo, si vuol andare oltre.

Si propone così un rapido confronto tra il ricorso per l'efficienza ed altri tre modelli sui quali esso potrebbe rispettivamente misurarsi: l'azione a tutela dell'interesse legittimo, nella giurisdizione di legittimità come di merito; l'azione a tutela di interessi diffusi; l'azione popolare. Un tale confronto potrà svolgersi, sia pur con la necessaria sintesi, su tre profili: natura della situazione soggettiva sostanziale; legittimazione ad agire (e posizione differenziata); modalità della tutela.

a) L'interesse legittimo è posizione soggettiva sostanziale che, in senso chiovendiano, è alla base del diritto di azione. Pur nell'ambito delle diverse configurazioni proposte dalla dottrina in un dibattito sterminato e ancora attuale, il tratto distintivo ed essenziale dell'interesse legittimo sta nella correlazione tra la posizione soggettiva ed il potere pubblico. La pretesa dialogante col potere, la pretesa all'esercizio legittimo del potere, la posizione di vantaggio che esige dal potere pubblico l'esercizio in conformità alla legge, secondo alcune delle principali definizioni proposte, è il contenuto di una situazione soggettiva che, pur avendo come contenuto assiologico un interesse sempre privato, ha la sua radice e fonte di legittimazione nella norma di azione che disciplina le forme di espressione del potere amministrativo. Sicché la giurisdizione amministrativa, in questa antinomia solo apparente tra interesse privato e

interesse pubblico, assicura la tutela nei limiti in cui la legge incide sulla funzione e la indirizza (e la assicura in modo storicamente crescente, visto il rilievo assunto oggi dai canoni di ragionevolezza e proporzionalità come criteri di legittimità amministrativa). E' solo in questi ristretti limiti che può dirsi essa abbia sfumati accenti di giurisdizione di diritto oggettivo; lì dove protegge l'interesse individuale per il sentiero segnato dalle norme di azione e dal principio di legalità, sia pur modernamente inteso.

La legittimazione ad agire presuppone nel caso dell'interesse legittimo un'indagine sulla posizione differenziata dell'attore rispetto alla multipolarità del potere e la possibilità di connotare giuridicamente l'interesse in funzione delle previsioni e delle ricadute concrete della norma di azione.

La tutela della posizione sostanziale, oggi, non è più solo demolitoria, ma anche conformativa e, dalla fine degli anni '90, anche risarcitoria.

*b)* Passiamo adesso alla categoria degli interessi diffusi.

L'interesse legittimo come interesse diffuso è fattispecie che ha ormai acquisito una autonomia sul piano della classificazione. La tutela degli interessi adespoti, sparsi tra una collettività piuttosto ampia, viene assicurata mediante la loro imputazione ad un agente avente natura associativa che, grazie alla sua capacità esponenziale, diventa il soggetto giuridico che agisce per la tutela di tale interesse. Si allude, così, sovente nel dibattito alla trasformazione dell'interesse diffuso in interesse collettivo.

Tuttavia, dietro lo schermo dell'associazione che agisce è ormai comune la convinzione che sovente non vi sia affatto un interesse legittimo in senso tecnico; che non vi sia, per la precisione, un interesse differenziato e qualificato così come previsto quale posizione di vantaggio sostanziale nella comune giurisdizione di legittimità. Saremmo così davanti ad interessi di fatto, o meglio ad interessi amministrativamente protetti, che ricevono tutela grazie al loro esser camuffati da interessi legittimi intitolati alle associazioni.

Il motivo per cui si compie questo allargamento non è però casuale. La categoria è sorta soprattutto nel campo della tutela dell'ambiente; e quindi quel che connota l'espansione delle situazioni soggettive protette è il confronto con un bene primario, costituzionalmente tutelato, nonché il bisogno di assicurare, tramite il processo amministrativo, una protezione più intensa dei relativi interessi. Il giudice assolve così una funzione che, pur restando nei binari processuali, tende ad enfatizzare la protezione di questi beni, nel presupposto che l'amministrazione come decisore pubblico non possa o non sappia sempre farlo al meglio e che debba essere per questo "coadiuvata". La tutela degli interessi diffusi diventa uno degli scenari in

cui si mette a fuoco il grado di sviluppo che possa dirsi “sostenibile” e si mitigano gli effetti lesivi che la società del rischio è in grado di determinare.

Se allora la posizione soggettiva di diritto sostanziale ci appare inevitabilmente diversa nel caso degli interessi diffusi rispetto al comune interesse legittimo, se essa degrada al rango di interesse semplice, se, già per questo, i tratti di giurisdizione di diritto oggettivo appaiono crescenti e più generose le maglie della *legitimatio ad causam*, nondimeno, il giudice amministrativo non ha affatto rinunciato ad un accertamento puntuale, caso per caso, sulla legittimazione ad agire.

Il che, a ben vedere, è un segnale molto importante per la nostra indagine: dimostra che anche quando si ammetta al proscenio del processo amministrativo un interesse semplice, è pur sempre possibile effettuare un’indagine sulla *legitimatio* e sull’effettiva differenziazione della posizione dell’attore (ciò che, nel nostro, caso, è comunque richiesto dalla previsione sulla lesione diretta, concreta ed attuale di cui all’art. 1, comma 1). Insomma, non è esatto che l’accertamento della legittimazione presupponga necessariamente l’esistenza di una posizione soggettiva di interesse legittimo (o diritto soggettivo) in senso proprio; possono esservi casi nei quali, pur ammettendosi l’esercizio dell’azione da chi non è titolare di un vero e proprio interesse legittimo, nondimeno la legge richieda un’analisi della sua sfera giuridica sostanziale per fondarvi la legittimazione e l’interesse ad agire.

L’esame dei precedenti a proposito degli interessi diffusi consente di enucleare alcuni principi generali, che qui sommariamente possiamo ricordare: (i) le previsioni di legge che conferiscono il potere di agire ad associazioni rappresentative di interessi diffusi non hanno valore tassativo, sicché non derogano alle norme processuali ordinarie sulla legittimazione ad agire, la quale dovrà esser puntualmente ricostruita dal giudice; (ii) è ammissibile la legittimazione delle associazioni non riconosciute e non iscritte nei registri indicati dalle leggi che prevedono speciali forme di legittimazione, quando abbiano i necessari requisiti di rappresentatività degli interessi diffusi in base agli ormai consueti indici e criteri elaborati in via interpretativa nei precedenti di giurisprudenza; (iii) la legittimazione riconosciuta *ex lege* è anch’essa sottoposta ad un vaglio giudiziale, al fine di accertare effettività ed omogeneità della rappresentanza di una categoria; (iv) per riconoscere la legittimazione, è necessario valutare il vizio che viene dedotto nonché la natura della funzione amministrativa che viene esercitata, al fine di assicurare, ad esempio, che gli interessi diffusi legati alla tutela dell’ambiente non possano giustificare l’impugnazione di provvedimenti che abbiano un fondamento diretto soltanto urbanistico-territoriale e che solo indirettamente possano provocare conseguenze all’ecosistema; (v) si nega che le previsioni di legge sulla legittimazione delle associazioni diano

luogo ad un fenomeno di vera e propria sostituzione processuale; (*vz*) si nega che una legittimazione al procedimento equivalga automaticamente ad una legittimazione ad agire nel processo.

Come si vede, da un lato qui l'interesse legittimo si è trasformato in qualcosa di obiettivamente diverso, in una situazione soggettiva "minore" che certamente somiglia di più agli interessi semplici ed amministrativamente protetti; dall'altro, il giudice rifugge dal riconoscere alle leggi sulla legittimazione un valore automatico e ricostruisce degli indici sostanziali per fondare il suo accertamento sulla medesima legittimazione ad agire.

Quanto alle modalità di tutela degli interessi diffusi, alla tutela demolitoria si accompagna la tutela conformativa, con una carsica spinta ordinamentale all'esercizio di una sorta di funzione giudiziale di controllo o *correttiva* sull'esercizio dei poteri amministrativi, specie quelli che impattano sui interessi primari e che manifestano speciali capacità lesive. Non ha invece avuto sbocco, stando ai precedenti, la tutela risarcitoria. Ciò è una conseguenza naturale del ruolo assunto dall'attore e del contenuto della sua domanda; ma è anche una conferma indiretta dell'assunto iniziale sulla diversità (e tenuità) della posizione soggettiva sostanziale in gioco.

c) Resta da dire dell'azione popolare, che nell'ordinamento ha avuto successo soprattutto nelle forme dell'azione elettorale, e nel contenzioso civile di ineleggibilità e nel contenzioso amministrativo sulla regolarità delle operazioni elettorali.

L'aspetto di maggior interesse qui concerne proprio l'esistenza e la natura di una posizione soggettiva sostanziale a base dell'azione.

La dottrina si è tradizionalmente divisa in due filoni: quello che faceva ricorso alla concezione procuratoria, secondo la quale il *quivis de populo* agisce per la tutela di un interesse e un diritto pubblico che non gli appartiene, perché è direttamente imputabile allo Stato; quello che invece riteneva che i diritti pubblici soggettivi, che pure promanano dal riconoscimento statale e da un interesse generale che, in prima battuta, è a quest'ultimo riferibile, si inverano e si frammentano in altrettante prerogative individuali, sicché l'attore popolare agisce per un interesse e per un diritto proprio. In una fase più matura, il primo orientamento si è via via allontanato dalle suggestioni romanistiche, che alimentavano in modo particolare l'idea della funzione procuratoria dell'azione popolare, ed ha teorizzato il conferimento all'attore di un potere puro di azione, sganciato dalla titolarità di un interesse legittimo sostanziale. L'azione popolare sarebbe insomma una aperta deroga ai canoni della giurisdizione di diritto soggettivo, perché dovrebbe ammettersi che chi agisce, in verità, non ha una posizione soggettiva da dedurre ed agisce solo per far valere l'interesse generale alla conformità dell'azione

amministrativa alla legge e quindi per attivare forme di sostituzione o correzione giudiziale sull'attività dei poteri pubblici.

Il secondo ha proseguito sulla linea del riconoscimento di una situazione soggettiva propria all'attore, ritenendo, in modo particolare, che questo fosse altresì reso necessario dall'art. 24 Cost. e dalla sua concezione individualistica del diritto di azione; così, in particolare, si è affermato che sia nel contenzioso elettorale civile che in quello amministrativo l'attore agisce sempre a tutela di un proprio diritto, che qui consisterebbe direttamente nel diritto di elettorato attivo.

La natura popolare dell'azione esenta il giudice dall'effettuare un'indagine sulla legittimazione ad agire, perché essa è per definizione collegata alla qualità di cittadino. Questa è la regola che costituisce il predicato naturale dell'azione popolare. Anche se, nel contenzioso elettorale amministrativo, all'azione del *quivis de populo* si è perlopiù accostata quella del diretto interessato alla correzione dei risultati elettorali, creando una situazione processuale ibrida e indefinita, tra azioni davvero popolari ed azioni proposte dal candidato sconfitto. E' soprattutto per questa ragione che sembra talora prevalere nella giurisprudenza amministrativa sul contenzioso elettorale una tendenza a restringere la via d'accesso al processo, mediante l'uso di vari strumenti interpretativi, tra i quali campeggia una concezione comunque restrittiva della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere.

Le forme della tutela sono di tipo demolitorio ma anche pienamente conformative, perché la funzione dell'azione popolare può essere, appunto, o *sostitutiva* oppure (così è nel suo esempio più significativo, vale a dire il contenzioso elettorale) *correttiva* dell'agire della p.a.

8. Torniamo al ricorso per l'efficienza, allo scopo di effettuare i preannunciati confronti, e secondo la predetta sequenza concettuale: natura della posizione soggettiva, legittimazione ad agire e forme della tutela.

Guardiamo anzitutto alla situazione soggettiva.

Confrontandoci con la giurisdizione di legittimità (ed esclusiva) per la tutela degli interessi legittimi, riscontriamo qui una situazione soggettiva sostanziale che non deve di necessità rispondere alla figura dell'interesse legittimo e può viceversa consistere in un interesse semplice o amministrativamente protetto. Non vengono in gioco solo interessi che si collegano a norme di azione, ma anche (e soprattutto) interessi connessi a norme di relazione.

Quanto al paragone con gli interessi diffusi, pur col necessario grado di approssimazione, possiamo dire che, mentre nel caso degli interessi diffusi l'identità della posizione sostanziale riferibile al singolo soggetto sembra diluirsi sino a svanire in una generica menzione degli

interessi adespoti dei cittadini residenti in un certo territorio o dei consumatori come gruppo omogeneo, nel nostro caso è invece richiesto che l'interesse abbia una sua concretezza, individualità e visibilità. Questo, perlomeno, nel caso in cui il ricorso sia proposto dal singolo. Quando il ricorso per l'efficienza sia proposto da associazioni o comitati, l'assonanza con l'esperienza degli interessi diffusi si fa più accentuata. Resta, però, da considerare che l'art. 1, comma 4, lì dove prevede questo ampliamento della serie degli attori, tiene fermi "i presupposti di cui al comma 1", e quindi, parrebbe, la lesione diretta, attuale e concreta. Questo richiederebbe, perciò, che anche nel caso di azione promossa dall'associazione si fornisca prova della lesione individuale. E' una restrizione che, a ben vedere, non dovrebbe rivelarsi nei fatti poi troppo severa e soprattutto non tale da inibire le fortune dell'istituto. Essa inoltre potrebbe apparire ragionevole sul piano sistematico e della coerenza interna all'ordinamento, se sol si considera che, mentre le concessioni fatte alla configurazione sostanziale dell'interesse legittimo nella vicenda degli interessi diffusi sono state giustificate dalla peculiarità ed importanza degli interessi in gioco, nella nostra fattispecie questo aspetto non sarebbe invece utilmente invocabile. L'ingresso nel processo amministrativo di interessi semplici o amministrativamente protetti sotto l'egida dell'imputazione all'ente esponenziale e quindi l'ampliamento delle situazioni soggettive meritevoli di tutela giurisdizionale è stato e continua ad essere una misura che si giustifica soprattutto nella logica delle misure adottate dall'ordinamento nella società del rischio; è in questo contesto assiologico che il fenomeno degli interessi diffusi ha potuto svilupparsi nell'ordinamento, come emerge da una lettura attenta dei precedenti della giurisprudenza e dalle analisi compiute in dottrina. L'azione per l'efficienza a tutela degli interessi semplici o amministrativamente protetti, che non può vantare questa tensione con valori primari e con simili pericoli per la collettività, presuppone quindi che si possa dire che almeno un cittadino abbia subito un pregiudizio concreto nella sua sfera giuridica a causa di una prassi non conforme agli standard attesi. E', in sostanza, una limitazione all'uso del processo che riequilibra il sistema della legittimazione processuale nel suo insieme e che appare in questa logica comunque ragionevole.

Il confronto con l'azione popolare dimostra in modo ancor più evidente che nel ricorso per l'efficienza la posizione soggettiva ha una identità e vita giuridica sostanziale che non l'assimila all'iniziativa del *quivis de populo*. Questa diversità si coglie soprattutto se, come ritiene chi scrive, si aderisca alla tesi che nega all'attore popolare la titolarità di un proprio diritto pubblico soggettivo e che quindi assume che nei casi di azione popolare si abbia l'esercizio di un'azione pura, sganciata dalla posizione sostanziale. Basterebbe dire infatti che qui la posizione sostanziale, pur nelle forme dell'interesse semplice o

amministrativamente protetto, deve sussistere: non basta la qualità di cittadino elettore. Deve ammettersi viceversa che, se si assume il secondo punto di vista, la distanza tra i due istituti parrebbe ridursi, perché il diritto pubblico soggettivo del cittadino elettore somiglia molto alla pretesa a che i servizi della p.a. siano erogati, a tutti, in maniera efficiente e conforme agli standard convenuti. Ma, a ben vedere, anche in questa seconda prospettiva, la differenza rimane, perché un conto è assumere che la posizione soggettiva consiste nel concreto interesse all'efficienza, altro conto è dire che essa deriva automaticamente dall'esser cittadino e così parte di quella comunità ammessa alla titolarità dei diritti pubblici soggettivi. E questa differenza si coglie ancor meglio se si guarda a come si riverbera sulla legittimazione ad agire, di cui si dirà tra un attimo.

Quest'ultima costituisce infatti il secondo profilo della comparazione e risente ovviamente di quel che si è appena detto a proposito della portata della posizione soggettiva sostanziale.

La legittimazione ad agire nel ricorso per l'efficienza ha una estensione ben maggiore di quanto non sia previsto per l'azione a tutela di un interesse legittimo. La qualificazione normativa e la differenziazione della posizione dell'attore seguono binari diversi, perché diverse sono le posizioni sostanziali qui rilevanti.

La detta legittimazione ha viceversa una conformazione più ristretta di quanto sovente non venga riconosciuto (agli interessi semplici ed amministrativamente protetti) nel campo degli interessi diffusi. Nel caso in cui il ricorso per l'efficienza fosse proposto da associazioni o comitati le due dimensioni si avvicinano, ma probabilmente permangono delle diversità, dato che, come accennato, è qui sempre necessario accertare che vi sia un interesse concreto imputabile ad uno dei soggetti rappresentati ed estensibile (in astratto) in maniera omogenea al resto della compagine.

La legittimazione ad agire nel ricorso per l'efficienza è infine di spessore minore rispetto a quella che vale per l'azione popolare, la quale, per definizione, evita del tutto un vaglio che vada oltre la qualità di cittadino elettore dell'attore.

La tutela prevista nel caso del ricorso per l'efficienza non è demolitoria e non può essere, per esclusione espressa, risarcitoria. Una precisazione, quest'ultima, che ovviamente non vale a creare uno spazio franco per l'illecito aquiliano, ma che semplicemente sposta ad altra sede processuale il problema della riparazione del danno. La tutela è allora di tipo correttivo e conformativo pieno, suscettibile di attuazione, qui come nella giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito, mediante giudizio di ottemperanza.

9. Resterebbe da interrogarsi adesso sul rapporto tra questo modello di azione e le previsioni costituzionali, in particolare quelle degli

artt. 24 e 113 Cost., dalle quali si evince il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa.

Indubbiamente, il nostro caso segna uno scostamento significativo dalla comune giurisdizione amministrativa che si è soliti riportare al quadro costituzionale. La giustizia *nell'amministrazione* presuppone comunque l'applicazione del principio dispositivo quanto alla domanda e quanto all'attività di raccolta delle prove; essa è funzione giurisdizionale (e non amministrativa) di tutela e attuazione di situazioni soggettive del singolo nelle forme della protezione demolitoria-conformativa-risarcitoria; è imperniata sul principio di separazione dei poteri.

Qui, invece, si coglie una cesura (ed una non diretta corrispondenza) tra il momento della domanda e quello dell'accertamento e, soprattutto, tra il ricorso e la proiezione plurisoggettiva del "giudicato"; la funzione del giudice, piuttosto che finalizzata all'attuazione di quell'interesse semplice (o amministrativamente protetto) che si manifesta con l'esercizio dell'azione e che è sottoposto al vaglio sulla legittimazione ad agire, attua una potestà che appare assimilabile, a tratti, più ad una funzione amministrativa di controllo che non ad una funzione giurisdizionale (e non a caso, tra le motivazioni che stanno a base di questa novità legislativa, alcuni pongono esplicitamente l'esigenza di colmare una lacuna apertasi con la scomparsa dei controlli di legittimità); il principio di separazione sembra davvero permeabile, perché rimette al giudice un compito di vigilanza e indirizzo che nel modello classico dovrebbe appartenere piuttosto al livello dirigenziale o di indirizzo politico dello Stato apparato.

Tuttavia, affermare che da questo scostamento possa derivare addirittura un contrasto con le norme costituzionali è passaggio molto arduo.

In alcuni casi effettivamente il dibattito si è spinto sino a ritenere che, senza il radicamento in una puntuale posizione soggettiva sostanziale, si rischierebbe di smarrire la corrispondenza con l'art. 24 Cost.. Una parte della dottrina, a proposito dell'azione popolare elettorale, si è per questo sforzata di ritrovare una concreta situazione soggettiva sostanziale in capo all'attore, e l'ha rinvenuta nel diritto di elettorato attivo; in ciò lasciando sul terreno tutte le inevitabili perplessità, dato che il diritto di elettorato attivo non è affatto detto che debba ricomprendere una pretesa alla regolarità di tutte le operazioni elettorali da manifestare in un giudizio a sé. Questa affermazione maturava nel quadro di una ricerca ispirata dal dichiarato fine di riportare l'istituto entro i confini dell'art. 24 Cost.; e nel segno, quindi, di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Tuttavia, non persuade una lettura così stringente dell'art. 24, tale che, senza un diritto soggettivo o interesse legittimo differenziati e identificati in modo "tradizionale", si abbia addirittura la negazione della giurisdizione come funzione prevista dalla Costituzione.

In primo luogo, l'art. 24, così come l'art. 113, si innestano storicamente in un ordinamento che prevedeva e prevede l'azione popolare e che, quindi, ben conosceva queste forme di speciale esercizio della giurisdizione che vanno oltre il vaglio della puntuale identificazione del diritto individuale e che piuttosto somigliano ad una funzione di controllo e di verifica della legittimità e correttezza nell'interesse generale dell'ordinamento. In sintesi, non convince che qualsiasi fenomeno di giurisdizione oggettiva sia, e necessariamente, in contraddizione con la Costituzione. Del resto, anche l'evoluzione della vicenda che attiene agli interessi diffusi mostra un "diritto vivente" che si è consolidato sotto l'egida di una norma costituzionale che, come di consueto, lascia alla discrezionalità legislativa spazi di ragionevole discrezionalità. Piuttosto, si dovrebbe tornare sul fatto che l'allargamento della legittimazione (per l'azione popolare come per gli interessi diffusi) è stato sempre motivato, e sostanzialmente giustificato, per il tipo di diritti e valori che si collegavano con l'azione e col controllo giudiziale: la regolarità delle operazioni elettorali, quale epicentro del circuito democratico, e la tutela dell'ambiente e la protezione degli individui dalla "società del rischio". Nel ricorso per l'efficienza questo tipo di circostanza speciale non si riproporrebbe e questo potrebbe porre effettivamente un problema ricostruttivo. Ma nella lettura che si è proposta nei precedenti paragrafi si è rimarcato che esiste pur sempre un contrappeso a questo ampliamento della legittimazione. Esso si sostanzia nell'esigere che sia adeguatamente dimostrata al giudice la titolarità di un interesse semplice o amministrativamente protetto che abbia una sua concretezza e che sia stato o possa esser leso dall'inefficienza della p.a. Si tratta di una limitazione utile a contenere le maglie dell'istituto e ad evitare oltretutto che esso si venga mai ad affermare come modello alternativo (e paritario) alla funzione di indirizzo politico-amministrativo.

E qui viene un secondo argomento. Pur nella dimensione (parzialmente) oggettiva della giurisdizione, il ricorso per l'inefficienza esibisce una posizione soggettiva individuale, sicché l'ancoraggio all'art. 24 sarebbe assicurato anche per tal profilo. Delle norme costituzionali (anzi, soprattutto di esse) dev'esser sempre garantita un'interpretazione evolutiva, che ne valorizzi la configurazione quali valvole aperte e duraturi riferimenti di valori e garanzie per il legislatore. L'ordinamento si evolve anche modificando l'identità e la natura delle posizioni soggettive sostanziali. Questo è accaduto nel caso degli interessi diffusi, come è stato dimostrato; questo, in qualche misura, può accadere anche con il ricorso per l'efficienza.

Non si vede dunque un motivo di contrasto con le norme costituzionali sul diritto di difesa, sull'effettività della tutela giurisdizionale di diritti e interessi e sulla giurisdizione amministrativa.

Ciononostante, si vuol 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 (come accaduto nella recentissima riforma del processo in tema di appalti pubblici, di cui al d. lgs. n. 53 del 2010, poi assorbito nel codice dei contratti pubblici, che addirittura ha conferito al giudice un potere sanzionatorio) 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 una allocazione impropria di poteri amministrativi che stonano (e non poco) 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.

10. In conclusione, sembra utile far richiamo ad alcuni profili applicativi di diritto processuale, sui quali si potranno testare le considerazioni precedenti a proposito della natura giuridica del ricorso per l'efficienza.

Anzitutto, ci si chiede se e quali oneri di specificazione della domanda siano a carico del ricorrente. Il giudice amministrativo provvede qui a titolo di giurisdizione esclusiva e dunque anche a tutela di diritti, ma, come si è detto, non si pretende affatto che il ricorrente esibisca addirittura un diritto soggettivo a base della sua azione. Non si può esigere, perciò, una identificazione puntuale del vizio-motivo di illegittimità così come è previsto per la giurisdizione di legittimità. L'oggetto del giudizio è ben delineato nell'art. 1, comma 1, ed è esso che deve trovare un riscontro, in punto di fatto (*alla parte la deduzione dei fatti, al giudice la loro qualificazione giuridica*), nella stesura del ricorso.

Il ricorrente si limiterà a dedurre l'inefficienza di cui la p.a. o il concessionario si sarebbe reso responsabile.

Egli deve però anche dedurre la lesione personale che abbia subito o che possa a breve subire al proprio interesse (semplice o amministrativamente protetto), perché questa, come si è visto, è una condizione dell'azione.

Quando l'azione è proposta da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei loro associati, si dovrà testimoniare l'effettiva rappresentatività di tali interessi, perché il giudice amministrativo anche nei casi di legittimazione *ex lege* degli enti collettivi tende a sovrapporre comunque la sua analisi sull'effettivo grado di rappresentanza (sicché è

rilevante il contenuto dello statuto associativo, i suoi fini, il radicamento sul territorio, l'alto numero degli iscritti, l'anzianità del suo operato, etc.).

Anche quando l'azione è proposta da soggetti collettivi, a quanto risulta dall'art. 1, comma 4, si dovrà dimostrare la lesione subita o prossima di almeno uno degli associati e/o rappresentati.

Il ricorso non è tenuto ad affrontare il tema dei limiti circa le risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione della p.a. e del concessionario. Benché l'art. 1, comma 1 *bis*, colleghi questo oggetto di accertamento al "giudizio di sussistenza della lesione", è escluso che, in nome del principio per cui è sempre l'attore a dover dimostrare la sussistenza delle condizioni dell'azione, debba a questi farsi carico di comprovare la lesione nonostante le limitate risorse amministrative. Anche se si volesse circoscrivere questo tipo di accertamento al profilo della lesione-condizione dell'azione, in ogni caso saremmo davanti ad un compito che spetta al giudice e non alla parte.

Quest'ultimo inciso introduce un altro dubbio, che attiene alla possibile rilevanza del principio dispositivo con metodo acquisitivo nella formazione della prova.

Nel silenzio del legislatore, è rilevante stabilire quale sia lo spessore della prova di cui il ricorrente è onerato e se questi possa solo limitarsi a fornire un principio di prova o se debba assolvere pienamente l'onere. Egli è tenuto a rappresentare puntualmente i fatti che si riconducono alle violazioni descritte all'art. 1, comma 1, nonché a fornire, anche mediante tutti i mezzi istruttori tipici della giurisdizione esclusiva (tra cui anche le prove testimoniali), la prova di essi. Per quanto attiene alla deduzione delle violazioni che concretano l'inefficienza ed alla lesione "personale" che ne deriva, il ricorrente dovrebbe dirsi per un verso obbligato e, per altro verso, pienamente abilitato, a fornire prova dei fatti. I tratti della giurisdizione esclusiva gli garantiscono, in questo, anche un ulteriore ausilio.

Quel che il ricorrente non può dirsi tenuto a fornire è la dimostrazione che anche le risorse strumentali, finanziarie ed umane erano tali da non giustificare l'inefficienza. Questo tema potrà essergli opposto dalla p.a. o dal concessionario convenuti, senza neppure che vi sia bisogno di ricorrere al principio dispositivo con metodo acquisitivo, mediante la deduzione di apposita eccezione.

In uno scritto come il presente ed in assenza di un'esperienza di vita pratica dell'istituto, questi problemi possono esser trattati solo in termini generali. Sicché, non può neppure escludersi che possa trovare un suo spazio anche il metodo acquisitivo ed i corrispondenti principi giurisprudenziali che gli hanno dato spazio nella giurisdizione di legittimità. In primo luogo, se, per gli interessi amministrativamente protetti entra in gioco l'esame di una vera e propria funzione amministrativa, ben potrebbe manifestarsi per il privato quel problema di

acquisizione della prova che nel processo amministrativo ha costituito la ragion d'essere del metodo acquisitivo. In secondo luogo, anche al di fuori da questo campo, il cittadino che agisce per far valere "l'efficienza" della p.a., potrebbe, ancora una volta, non disporre di tutti gli elementi che servano a suffragare la colpevole inerzia amministrativa ed in questo potrebbe anche esser supplito dal giudice.

Il punto è che tuttavia, ovviamente, nel momento in cui si ampliano i mezzi istruttori a disposizione del ricorrente rispetto al tradizionale apparato della giurisdizione di legittimità, non vi è più ragione di confinare i suoi doveri processuali entro l'onere del principio di prova.

L'azione, nonostante il suo rilievo oggettivo, è poi rinunciabile, come dimostrato dall'art. 3, comma 3, il quale prevede addirittura la possibilità di transigere la controversia. Tuttavia, basterà che sia stato notificato l'intervento di un altro cointeressato, ai sensi dell'art. 1, comma 3, per eliminare l'effetto della rinuncia e dar luogo alla sostituzione nella posizione processuale di attore.

Resta dunque da vedere cosa accadrà.

Come denunciato dalla dottrina, il decreto ha compiuto molti passi indietro rispetto alla legge delega. Ed il legislatore ha improvvisamente così tanto temuto per la "sua" amministrazione il ricorso per l'efficienza che ha preferito "dimenticarlo" quando ha pubblicato il nuovo codice del processo amministrativo.

Effettivamente tutto questo potrebbe depotenziare, e di molto, l'istituto.

Il giudice amministrativo potrebbe esser culturalmente propenso, nell'interpretare l'art. 1, comma 1, ad esigere una posizione differenziata intesa in modo tradizionale e quindi a pretendere la sussistenza di un vero e proprio interesse legittimo, nonostante l'evidente apertura dell'istituto agli interessi semplici. L'analisi sulla scarsità delle risorse potrebbe indurre il giudice o ad escludere la lesione o a negare la violazione. I DPCM identificativi degli standard e dei *benchmark* potrebbero tardare, rendendo allora questi ultimi, per un lungo periodo, flessibili, evanescenti e quindi non giustiziabili (se non con una buona dose di iniziativa giudiziale). L'esclusione di una tutela risarcitoria immediata potrebbe consigliare chi fosse davvero interessato e leso dalla inefficienza ad intraprendere altre strade. La natura residuale dell'azione rispetto ad altri procedimenti e processi potrebbe anch'essa contribuire ad indebolire l'istituto, diffondendo la convinzione della sua sostanziale inutilità.

Eppure, d'altra parte davvero troppo vistoso potrebbe apparire, anche agli occhi del giudice, il passo indietro compiuto dal decreto delegato. E poi, la delega rimane la guida necessaria per una interpretazione costituzionalmente orientata. I possibili disincentivi alla

diffusione del ricorso trovano infine un contrappeso nella facilità della sua proposizione, a patto che venga correttamente intesa la situazione soggettiva che l'ordinamento richiede per attivarlo, nonché nella legittimazione delle associazioni e nella strada aperta agli intervenienti in posizione di cointeressati.

Quel che si ritiene essenziale è, però, come si è cercato di evidenziare in questo scritto, l'inquadramento dell'azione e la ricerca di ciò che essa vuol proteggere, in sintonia col linguaggio che nel diritto e nel processo amministrativo si è soliti utilizzare. Del resto, il giudice amministrativo si è sempre dimostrato capace di saggezza e pragmatismo e nel contempo anche incline alle novità e perfettamente in grado di fornire nuove costruzioni volte a migliorare il grado di effettività della tutela. Tuttavia, se non si tratta di interessi legittimi, è bene che nel dibattito si sappia cosa siano, affinché al giudice amministrativo non appaia una novità così nuova, da evitarne del tutto la sperimentazione.

