

Sulla azione per l'efficienza amministrativa introdotta con il D.Lgs. 198/2009 con riferimento ai primi orientamenti giurisprudenziali

*Francesco Mataluni**

SOMMARIO: 1. La disciplina generale del d.lgs. 198/2009 - 2. L'ammissibilità dell'azione per l'efficienza: TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 20 gennaio 2011, n. 552 - 3. L'onere della prova per il ricorrente: TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7483 - 4. Le condizioni dell'azione per l'efficienza: TAR Basilicata, Potenza, sez. I, sentenza 23 settembre 2011, n. 478.

1. La disciplina generale del d.lgs. 198/2009.

Il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 (1) contiene la disciplina del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. È stato adottato in attuazione dell'art. 4, della l. 4 marzo 2009, n. 15, la quale è una legge di delega al governo finalizzata, fra le altre cose, "*alla ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza delle pubbliche amministrazioni*" e che si inserisce all'interno delle riforme dell'allora Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione.

Come afferma l'art. 1, comma 1, del d.lgs. 198/2009, lo scopo principale dell'azione in esso disciplinata è "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*". Tale fine dimostra il perfetto inserimento del ricorso in esame nelle riforme che stanno attraversando la P.A. e che l'hanno portata a trasformarsi in un'amministrazione di risultato (2). Infatti, almeno nelle intenzioni del Legislatore, il ricorso per l'efficienza della P.A. è uno strumento molto innovativo, che dovrebbe ben inserirsi nella moderna concezione di Amministrazione e di attività amministrativa. Negli ultimi anni, si è affermata l'idea che l'Amministrazione non è più un'autorità che, in modo im-

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Sull'argomento si vedano: C. DEODATO e M.G. COSENTINO, "*L'azione collettiva contro la P.A. per l'efficienza dell'Amministrazione*", Nel Diritto Editore, 2010; A. FABRI, "*Le Azioni Collettive nei confronti della Pubblica Amministrazione nella sistematica delle Azioni Non Individuali*", Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; G. FIDONE, "*L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*", Giappichelli, 2012; D. SICLARI, "*Decreto Legislativo 20 dicembre 2009, n. 198*", in E. PICOZZA (a cura di), "*Codice del Processo Amministrativo, Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, Commento articolo per articolo*", Giappichelli, 2010; G. SORICELLI, "*Contributo allo studio della Class Action nel sistema amministrativo italiano*", Giuffrè, 2012.

(2) A tal proposito, basti dire che, in coerenza con il principio del buon andamento sancito dall'art. 97 della nostra Costituzione, l'amministrazione di risultato è caratterizzata dal fatto che il mero rispetto delle regole a volte non basta a garantire il raggiungimento degli scopi che il Legislatore pone all'azione amministrativa e che l'esercizio di un potere, formalmente corretto, potrebbe, nei fatti, risultare lesivo di interessi giuridicamente meritevoli di tutela.

perativo, esercita i suoi poteri contro impotenti cittadini al solo fine di soddisfare l'interesse pubblico, bensì è divenuta il soggetto che gestisce e si fa portatore anche degli interessi degli individui, quelli meritevoli di tutela si intende, la cui azione, per di più, è finalizzata al soddisfacimento di tali bisogni e tali esigenze, almeno per quanto compatibile con l'interesse pubblico primario.

Una simile P.A., che preferisce l'accordo, quello previsto dalla Legge sul Procedimento Amministrativo, al tradizionale provvedimento autoritativo, non può non essere sottoposta a quella forma di controllo che solo la tutela giurisdizionale può assicurare, così che i cittadini, lesi nei loro interessi, abbiano un effettivo strumento posto alla loro protezione.

L'obiettivo del d.lgs. 198/2009 è introdurre un controllo esterno di tipo giudiziale che assicuri, in taluni casi, il buon andamento della pubblica amministrazione. Partendo dalla possibilità del ricorso da parte dei cittadini, il Legislatore vuole migliorare in termini di efficienza e buon andamento la Pubblica Amministrazione. La grande novità del ricorso per l'efficienza è che con questo non si impugna un provvedimento della P.A. né si vuole contestare il silenzio della stessa. In prima analisi, si può dire che l'oggetto dell'azione è costituito dalla pretesa del cittadino al corretto svolgimento della funzione amministrativa o alla corretta erogazione di un servizio (appunto l'efficienza di cui sopra). L'azione per l'efficienza deve essere volta ad assicurare la tutela del cittadino, inteso come utente della P.A., e al tempo stesso la trasparenza di quest'ultima, elemento essenziale per il suo buon andamento.

Per proporre l'azione in questione è necessario che vi siano dei malfunzionamenti dell'azione amministrativa, dai quali deve derivare quella *"lesione diretta, concreta ed attuale"* degli interessi che legittima la realizzazione del ricorso. I vizi dell'attività amministrativa sanzionabili con il ricorso sono indicati dallo stesso art. 1, comma 1: violazione dei termini; mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento; violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; violazione di standard qualitativi ed economici. Sono tutte ipotesi di lesione dell'efficienza della P.A. e del principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

Rinviando a un secondo momento l'analisi dei presupposti soggettivi del ricorso, è importante individuare chi sono i soggetti contro i quali questo può essere esercitato. L'art. 1, comma 5 indica quali legittimati passivi *"gli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi"*, cui si riferiscono quei malfunzionamenti appena descritti; si fa riferimento alle P.A. e ai concessionari di servizi pubblici.

Per Pubblica Amministrazione, semplificando il grande dibattito sull'argomento, dobbiamo intendere tutti quei soggetti pubblici che svolgono un'attività che si ponga al servizio dei cittadini e allo scopo di soddisfare le loro

esigenze (3). Per “*concessionari di servizi pubblici*”, invece, sembra farsi riferimento a quei soggetti di diritto privato che esercitano un’attività diretta al soddisfacimento di interessi pubblici e che, per questo, dovrebbe essere prerogativa dei poteri pubblici, ma che viene esercitata, di regola sotto il controllo di questi ultimi, da privati titolari di un apposito provvedimento autorizzatorio. In ogni caso, dal decreto sono esclusi una serie di soggetti contro i quali non è possibile proporre il ricorso: le autorità amministrative indipendenti; gli organi giurisdizionali; le assemblee legislative; gli organi costituzionali e la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Secondo quanto stabilito dall’art. 1, comma 7, il ricorso per l’efficienza è attribuito alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo e rientra, cioè, in quelle materie in cui questi si occupa delle controversie nelle quali si faccia questione sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi (4). A differenza di quanto era disposto nella legge delega, il decreto non prevede più la giurisdizione estesa al merito, il che esprime la volontà del Legislatore di ricostruire il ricorso non come un sindacato per valutare la P.A. in maniera generalizzata, ma come uno strumento volto a sindacare la legittimità delle sue scelte organizzative e gestionali con riferimento a standard e parametri valutativi predefiniti e precisi. Infine, nel silenzio del d.lgs. 198/2009, l’individuazione del giudice amministrativo competente è realizzata secondo le regole generali contenute nell’art. 13 del Codice del Processo Amministrativo.

L’art. 3 detta una disciplina sintetica ma al tempo stesso specifica e particolare del procedimento giurisdizionale da seguire nel caso del ricorso per l’efficienza. L’elemento centrale di tale disciplina è, senza dubbio, la diffida che il ricorrente deve preventivamente notificare alla pubblica amministrazione o al concessionario di pubblico servizio affinché questi realizzino “*gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati*” (5). In via alternativa alla diffida, il ricorrente può tentare la risoluzione non giurisdizionale della sua controversia attraverso lo strumento di conciliazione offerto dall’art. 30, della l. 18 giugno 2009, n. 69, con la possibilità, in caso di fallimento, di proporre il ricorso per l’efficienza al TAR.

Con la sentenza che accoglie il ricorso, il giudice ordina, “*nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e*

(3) In tal modo, nel concetto di P.A. vi rientrano sia i pubblici poteri che gli enti pubblici.

(4) La disposizione è conforme all’art. 103 della Costituzione così come interpretato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 204/2004 perché il ricorso non è volto a contestare un mero comportamento materiale della P.A. o dei concessionari, bensì un vero e proprio comportamento amministrativo di esercizio di un potere.

(5) Art. 3, comma 1, D.Lgs. 198/2009. Le finalità della diffida sono di dare la possibilità alla pubblica amministrazione o al concessionario diffidato di porre autonomamente rimedio al malfunzionamento contestato e di tentare di ridurre il carico di lavoro dei nostri giudici, con lo scopo di velocizzare e, quindi, migliorare dal punto di vista dell’efficienza, l’attività giudiziaria nel nostro ordinamento.

senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” (6), alla amministrazione o al concessionario soccombente di rimuovere e correggere la disfunzione accertata in giudizio, rimettendo le modalità di esecuzione del comando solo alla discrezionalità del soggetto che deve adempiervi.

Nei casi in cui dovesse riscontrarsi una “*perdurante inottemperanza di una pubblica amministrazione*” (7), si potrà procedere con il relativo giudizio di ottemperanza secondo le regole generali del processo amministrativo. Per evitare di dare la possibilità al giudice amministrativo, che nel caso dell’ottemperanza ha ampi poteri discrezionali, di interferire con l’attività di società private, spesso quotate in borsa, quali sono i concessionari, per questi è esclusa l’ottemperanza, cosa che pone non pochi problemi di coerenza con il quadro costituzionale delle tutele giurisdizionali per la disciplina dell’esecuzione della sentenza che accoglie il ricorso per l’efficienza (8).

Dopo aver inquadrato l’azione per l’efficienza, si può passare all’analisi di alcune prime pronunce giurisprudenziali sulla sua disciplina. Si è cercato di individuare quelle più rilevanti che aiutano a comprendere meglio la portata del d.lgs. 198/2009.

2. L’ammissibilità dell’azione per l’efficienza: TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza 20 gennaio 2011, n. 552.

“La formula utilizzata dal legislatore con l’art. 7 d.lg. 198/09 descrive una norma incompleta che, avendo individuato in via generale e astratta posizioni giuridiche di nuovo conio, oltre che strumenti azionabili per la relativa tutela, ma non i parametri specifici della condotta lesiva, necessita di una ulteriore previsione normativa, agganciata alla peculiarità e concretezza dell’assetto organizzativo dell’agente e ai limiti della condotta diligente dal medesimo esigibili, ferme restando le risorse assegnate. Ne consegue che, allo stato, nonostante la vigenza della norma primaria, le posizioni giuridiche in via generale individuate e protette dalla stessa non sono ancora in concreto prospettabili davanti ad un giudice difettando la compiuta definizione della fattispecie lesiva o l’esatta individuazione del comportamento esigibile, oltre che la fissazione del “dies a quo” della concreta applicazione. Le medesime considerazioni non possano, per contro, riprodursi per quelle norme del d.lgs. 198/09 che individuano fattispecie completamente definite in ogni loro aspetto, ivi compresa l’esatta perimetrazione del comportamento lesivo; quest’ultima ipotesi ricorre, in particolare, nel caso relativo all’obbligo di “emanazione di atti amministrativi generali obbligatori

(6) Art. 4, comma 1, D.Lgs. 198/2009.

(7) Art. 5, comma 1, D.Lgs. 198/2009.

(8) Si ritiene che il cittadino interessato al rispetto della sentenza debba rivolgersi all’Amministrazione che vigila sul concessionario per fargli adempiere all’ordine del giudice.

e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento”.

La sentenza del TAR Lazio n. 552/2011 è stata la pronuncia che ha deciso il primo ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione proposto ai sensi del d.lgs. 198/2009.

Con il giudizio in questione, il Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (CODACONS) ha agito contro il Ministero dell'Istruzione per richiedere l'adozione degli atti amministrativi in materia di formazione delle classi scolastiche e dimensionamento della rete scolastica. In altri termini, ha agito contro le c.d. classi pollaio, dovute alla presenza di un numero eccessivamente elevato di studenti in un'unica aula.

Più che sulla decisione di merito, con la quale il TAR Lazio ha accolto il ricorso, preme concentrarsi sulle considerazioni riguardanti gli aspetti rituali del ricorso svolte dai giudici romani. Questi ultimi, infatti, sono stati i primi giudici ad aver considerato ammissibile il ricorso per l'efficienza, superando i dubbi e le perplessità sollevati dalla dottrina sul punto.

Le perplessità sull'ammissibilità o meno del ricorso per l'efficienza erano legate al testo del decreto del 2009. Infatti, l'art. 7, del d.lgs. 198/2009 rinvia a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (da adottare su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto, per quanto di competenza, con gli altri Ministri interessati) la determinazione della “concreta applicazione” della disciplina in esame.

La dottrina, fin dall'introduzione del d.lgs. 198/2009, aveva, dunque, sollevato dubbi sulla reale applicazione dello stesso e, di conseguenza, sull'ammissibilità di un eventuale ricorso per l'efficienza. In particolare, dal dato testuale, emergeva la necessità di una previsione regolamentare, successiva, necessaria per attuare e far applicare il decreto. Tale considerazione era, poi, accompagnata dal timore che, mancando l'indicazione di un termine per l'emanazione di tale normativa di attuazione, il d.lgs. 198/2009 rischiasse di restare lettera morta.

I dubbi in dottrina erano rimasti nonostante, appena due mesi dopo l'emanazione del decreto, il Dipartimento della funzione pubblica costituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri avesse adottato una direttiva volta a superare i dubbi circa l'art. 7 in questione. Con tale circolare, intitolata “*Direttive sull'attuazione dell'art. 7 del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 in materia di ricorso per l'efficienza delle Amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*” (9), l'allora Ministro per la pubblica amministra-

(9) Si tratta della circolare del 25 febbraio 2010, n. 4/2010, emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica.

zione e l'innovazione sanciva che *“alcune delle azioni introdotte dal decreto legislativo n. 198/2009 sono già esperibili attualmente”*. In particolare, nella direttiva, il Ministro fa riferimento all'ipotesi di violazione dei termini e a quella della mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento. Il secondo caso è oggetto della sentenza in commento.

Il TAR Lazio, chiamato per primo a pronunciarsi su un ricorso per l'efficienza, riconosce l'ammissibilità del ricorso per l'efficienza in forza dell'applicabilità del decreto del 2009, dando seguito alla circolare del Ministro. In questo modo, i giudici laziali sgombrano il campo dai residui dubbi in merito all'azione per l'efficienza e fanno venire meno i timori sollevati dalla dottrina in materia.

Le argomentazioni del TAR si fondano sull'attenta analisi del testo dell'art. 7. Se è vero che tale disposizione ha dato adito a non pochi dubbi sull'applicabilità del d.lgs. 198/2009, è altrettanto vero, come rilevano i giudici amministrativi, che l'art. 7 è una norma transitoria e che ha a oggetto l'applicazione della disciplina del ricorso per l'efficienza e non il suo vigore o la sua efficacia. In altri termini, il d.lgs. 198/2009 è già pienamente in vigore fin dalla sua promulgazione, come le altre norme di legge. Il decreto, pertanto, produce i suoi effetti, anche se la sua concreta attuazione è stata rimessa dallo stesso Legislatore all'adozione di successive fonti regolamentari.

Resta da chiarire, dunque, cosa si intenda per *concreta attuazione*.

I giudici del TAR laziale ritengono che con l'espressione *“concreta attuazione”*, il Legislatore abbia voluto indicare quel processo nel corso del quale vengono indicati gli elementi (parametri, organizzazione, sostenibilità degli impegni, ecc.) necessari affinché una norma astrattamente applicabile diventi concreta ed effettiva.

Il decreto del 2009 ha delineato in astratto i contorni del ricorso per l'efficienza, ma necessita di un intervento normativo di secondo grado che lo agganci alla realtà. Manca un provvedimento di attuazione che individui i parametri della condotta che, posta in essere, possa dare avvio al ricorso in questione.

Dopo questa premessa generale, in cui ha dimostrato la vigenza del d.lgs. 198/2009, il TAR del Lazio approfondisce il tema dell'applicabilità della disciplina in esso contenuta, precisando che l'art. 7 deve intendersi come non riferito all'intero testo normativo. Premesso quanto sopra, è chiaro che le norme del d.lgs. 198/2009 che individuano fattispecie astratte completamente definite in ogni loro aspetto sono già concretamente applicabili. I decreti ministeriali di attuazione non sono necessari per quelle condotte repressate dal d.lgs. 198/2009 e la cui disciplina individua in maniera esaustiva perché, in tali ipotesi, la fattispecie astratta che fonda il ricorso per l'efficienza è adeguatamente individuata dalla fonte legislativa.

I giudici romani si riferiscono espressamente all'ipotesi di *“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”, individuata all’art. 1. In tal caso, il legislatore ha delineato compiutamente tutti gli aspetti della fattispecie astratta: è definita la posizione giuridica del ricorrente; è individuato l’atto alla cui emanazione (*rectius* mancata emanazione) è correlata la posizione tutelata; è regolamentata la procedura per la proposizione del ricorso e il processo dinanzi al giudice amministrativo.

In definitiva, l’art. 7 non esclude l’immediata operatività delle disposizioni che individuano fattispecie già completamente definite dal Legislatore in ogni loro aspetto e, in particolare, che individuano esattamente il comportamento lesivo da sanzionare. In questa tipologia di disposizioni rientrano quelle che prevedono l’obbligo di 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. In tali casi, pertanto, è ammissibile la proposizione del ricorso per l’efficienza per richiedere e ottenere il rispetto dell’obbligo di emanazione di atti amministrativi generali.

È importante sottolineare che la sentenza in commento è stata confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello. Il Supremo Consesso amministrativo, infatti, ha ritenuto di disattendere “*i motivi dell’appello principale con cui si deduce l’erronea applicazione della disciplina dettata d. lgs. 20 dicembre 2009 n. 198, e in particolare dell’art. 1, co. 1*” poiché ha ritenuto sussistenti “*nel caso di specie tutti i presupposti cui la disposizione richiamata subordina l’esperibilità del rimedio previsto*” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 9 giugno 2011, n. 3512).

Nonostante le pronunce appena esaminate, nel caso concreto permangono alcuni dubbi riguardanti l’applicabilità del d.lgs. 198/2009 con riferimento ai presupposti fattuali della norma. Per quanto sia fuori discussione che, in astratto, il ricorso per l’efficienza sia già esperibile, almeno nei casi indicati dal TAR e dal Consiglio di Stato, rimane in ogni caso qualche perplessità sul quando effettivamente tali ipotesi si realizzino nella fattispecie concreta.

Basti pensare, per esempio, al caso oggetto delle sentenze appena esaminate. Date le pronunce dei giudici amministrativi, non vi sono dubbi che il ricorso per l’efficienza sia stato adeguatamente ed esaustivamente disciplinato dal d.lgs. 198/2009 con riferimento al caso 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*” (art. 1, comma 1). Ciò nondimeno, possono sussistere delle perplessità sulla corretta individuazione dell’atto generale obbligatorio e non normativo, la cui mancata adozione legittima la proposizione del ricorso per l’efficienza.

Nel giudizio conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato citata, si è discusso, fra le altre cose, proprio dell’effettiva natura generale del provvedi-

mento oggetto della causa, senza giungere a una soluzione che fosse veramente soddisfacente. Si pensi, infatti, che il Supremo Consesso si è limitato ad affermare che la natura generale del piano oggetto del ricorso per l'efficienza fosse deducibile dalla legge. Nulla ha detto, tuttavia, su quali siano o debbano essere i requisiti che un provvedimento amministrativo deve avere per essere qualificato come atto avente natura generale ai sensi del d.lgs. 198/2009.

La questione risulta ancora più complicata in ipotesi, come quella del caso di specie, in cui la legge è poco chiara sulla definizione della natura del provvedimento in essa disciplinato. Nella fattispecie, la norma di riferimento era il d.P.R. 20 marzo 2009, n. 81. In particolare, l'art. 3 di tale decreto, dopo aver disposto che il Dirigente scolastico determina il numero delle classi dell'istituto in base al numero complessivo degli alunni iscritti e, di conseguenza, assegna gli stessi alle singole classi, al comma 2 prescrive che *“per il solo anno scolastico 2009-2010 restano confermati i limiti massimi di alunni per classe previsti dal decreto del Ministro della pubblica istruzione in data 24 luglio 1998, n. 331, e successive modificazioni, per le istituzioni scolastiche individuate in un apposito piano generale di riqualificazione dell'edilizia scolastica adottato dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze”*.

Si potrebbe a lungo discutere sulla natura generale o meno di questo *“apposito piano generale”* contemplato dalla disposizione citata, la cui mancata emanazione è stata oggetto della controversia in esame.

Il legislatore, infatti, utilizza il termine *“apposito”* che sembra non lasciare dubbi in merito alla natura particolare del provvedimento amministrativo. In tal senso, il ricorso per l'efficienza non sarebbe utilizzabile nella fattispecie poiché riservato ai casi di mancata emanazione di provvedimenti amministrativi generali.

Il legislatore, tuttavia, utilizza anche il termine *“generale”*, riferendosi allo stesso piano, aprendo la strada alla proposizione del ricorso per l'efficienza. A bene vedere, tuttavia, leggendo attentamente le disposizioni di legge rilevanti, il carattere generale del piano in questione ben può essere riqualificato in termini, per così dire, particolari. Il comma 2, infatti, individua e disciplina una deroga alla regola generale in esso contenuta nel momento in cui afferma che il Ministro dell'istruzione deve adottare un piano di riqualificazione dell'edilizia scolastica che riguardi gli istituti appositamente individuati nel piano stesso. In altri termini, stando alla lettera del comma 2, il Ministro è chiamato ad adottare un piano che valga solo per gli istituti ai quali non si applica la regola derogatoria per l'anno scolastico 2009/2010.

In tal senso, il piano potrebbe essere considerato generale solo in quanto il legislatore avrebbe richiesto un unico provvedimento per tutti gli interventi di riqualificazione dell'edilizia scolastica degli istituti oggetto della deroga. Ciò non toglie, tuttavia, che un provvedimento amministrativo così individuato, vale

a dire con riferimento solo ad alcuni istituti soggetti a una particolare deroga, debba essere considerato come avente natura particolare e non certo generale.

Al di là della soluzione del caso specifico, quanto detto è interessante ai fini della disciplina dell'azione per l'efficienza. Come detto, infatti, la natura generale o particolare di un provvedimento amministrativo è determinante ai fini dell'ammissibilità o meno del ricorso *ex d.lgs. 198/2009*. Nel silenzio del decreto sul punto, sarebbe auspicabile un intervento giurisprudenziale chiarificatore che permettesse di superare definitivamente i dubbi in tal senso. Le sentenze esaminate, per quanto siano state di fondamentale importanza ai fini dell'affermazione dell'ammissibilità in astratto del ricorso per l'efficienza, non hanno saputo affrontare né risolvere adeguatamente il problema dell'individuazione della natura del provvedimento amministrativo oggetto della causa.

La soluzione proposta, più o meno condivisibile che sia, permette di affrontare solo il caso di specie, mantenendo ferme le problematichità generali sull'argomento.

3. *L'onere della prova per il ricorrente: TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7483.*

“La “class action” ex d.lg. 198/2009 non sfugge ai comuni principi in materia di domanda giudiziale, e, dunque, alla regola che questa debba essere sufficientemente determinata nel suo “petitum”, in relazione al contenuto dell'azione ed alla sua finalità. Parte ricorrente, quindi, non può limitarsi genericamente a chiedere l'emanazione di “atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo”: giacché si deve trattare di atti “obbligatori”, chi li richiede deve evidentemente dimostrare, quale elemento costitutivo essenziale della sua domanda, che tali essi sono, e ne dovrà perciò definire il contenuto, indicando la fonte normativa di tale obbligo, in riferimento alla situazione di pregiudizio lamentata: o, comunque, tutto ciò dovrà essere “de plano” desumibile dal ricorso, per consentire al giudice di pronunciare l'accertamento richiesto e le statuizioni consequenziali. Peraltro, se con un solo ricorso sono individuate una pluralità di situazioni, in cui debba essere ripristinato il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio - e quindi, in pratica, in cui sono cumulate più domande - per ciascuna di esse dovrà essere identificabile l'atto generale da emettere”.

La seconda sentenza presa in considerazione si lega in maniera stringente con la precedente e, al tempo stesso, segna un ulteriore passo in avanti nella definizione delle regole che disciplinano il ricorso per l'efficienza.

Ancora una volta è il CODACONS ad adire il giudice amministrativo al fine di far accertare la sussistenza dell'obbligo per le amministrazioni resistenti (nella fattispecie la Protezione Civile *in primis* e altri enti locali interessati) di

adottare gli atti necessari alla rimozione di una serie di situazioni di rischio idrogeologico.

Il TAR di Roma, in questo caso, dichiara il ricorso inammissibile perché la domanda presentata dal ricorrente è generica.

Correttamente, i giudici ritengono che, salvo che per gli aspetti particolari dettati dalla disciplina speciale di cui al d.lgs. 198/2009, il ricorso per l'efficienza debba rispettare le regole e i principi generali del processo amministrativo. Fra questi, vi è il principio della determinatezza dell'azione e, soprattutto, del *petitum* in essa contenuto: il ricorrente non può formulare una domanda generica al giudice adito, ma deve specificare la propria richiesta in modo tale da delineare correttamente il *thema decidendum*. In questo modo, da un lato, si assicura il rispetto della corrispondenza fra chiesto e pronunciato da parte del giudice, che deciderà entro i limiti della domanda del ricorrente. Dall'altro lato, si assicura un'adeguata garanzia del contraddittorio attraverso il diritto di difesa delle controparti che potranno replicare al ricorso solo se è individuabile il suo oggetto.

Applicando questi principi generali al caso del ricorso per l'efficienza, i giudici del TAR affermano che con tale azione il ricorrente non può limitarsi a chiedere l'emanazione di atti amministrativi generali obbligatori senza aggiungere altro. Nel ricorso, il soggetto interessato dovrà indicare per quale motivo ritiene che gli atti di cui chiede l'emanazione sono "*obbligatori*" ai sensi dell'art. 1, del d.lgs. 198/2009. Di conseguenza, per poter correttamente presentare l'azione per l'efficienza, il ricorrente deve indicare quali sono le norme di legge che si presumono violate perché contenenti l'obbligo disatteso dall'Amministrazione resistente. Inoltre, il ricorrente dovrà indicare il contenuto che l'atto obbligatorio non emanato avrebbe dovuto avere per essere conforme alle disposizioni normative violate e, quindi, per soddisfare il suo interesse.

Sul ricorrente incombe, in altri termini, l'onere della prova della sussistenza del comportamento lesivo sanzionato dal Legislatore. Con la sentenza del 2011, si è dimostrato che il d.lgs. 198/2009 è concretamente applicabile con riferimento alle fattispecie che delinea in tutti i loro elementi. Con quella del 2012, in esame, i giudici affermano che il ricorrente deve provare l'esistenza concreta di tale fattispecie, pena l'inammissibilità del ricorso.

Peraltro, i giudici laziali sembrano rendersi conto delle difficoltà che potrebbe incontrare il ricorrente nell'individuare il contenuto dell'atto di cui chiede l'emanazione. In tal senso, per quanto si debba assicurare il corretto svolgimento del processo, non si deve dimenticare di garantire l'effettività del diritto di azione del ricorrente. Per questo motivo, il TAR afferma che, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per l'efficienza, non è necessario individuare l'esatto contenuto dell'atto obbligatorio non emanato, ma basta che ciò sia desumibile dal ricorso. Leggendo l'atto introduttivo del giudizio, il giudice deve avere la possibilità di capire quale sia la richiesta del ricorrente e in quali ter-

mini deve pronunciarsi ai fini dell'accertamento domandato.

Ne consegue anche che se con un unico ricorso sono individuate una pluralità di situazioni giuridiche tutelate dal d.lgs. 198/2009, come accade nel caso al giudizio del TAR Lazio, allora il ricorso contiene una pluralità di domande che comportano la necessità di individuare per ciascuna di esse il contenuto dell'atto generale da emettere. Nella fattispecie su cui si è pronunciato il TAR, nulla di tutto questo è accaduto perciò il ricorso è stato dichiarato inammissibile.

4. *Le condizioni dell'azione per l'efficienza: TAR Basilicata, Potenza, sez. I, sentenza 23 settembre 2011, n. 478.*

“La legittimazione delle associazioni alla proposizione dell'azione per l'efficienza delle p.a. va sempre verificata in concreto, caso per caso, in relazione alla natura e alla tipologia dell'interesse leso, al fine di accertare se l'ente ricorrente sia statutariamente deputato alla tutela di quello specifico interesse “omogeneo per una pluralità di utenti e di consumatori”. Deve ritenersi pertanto preclusa la legittimazione a proporre l'azione per l'efficienza di cui al d.lg. n. 198 del 2009 da parte di partiti e movimenti politici o, in generale, di associazioni e comitati a tutela oggettiva del ripristino della legalità violata: il movimento politico è espressione, per sua stessa definizione, degli interessi politici dei suoi associati ed in quanto rappresentativo di una classe generale ed eterogenea non è legittimato ad esprimere gli interessi giuridicamente rilevanti di una classe determinata ed omogenea di “utenti e consumatori”.

La sentenza del TAR lucano è la seconda, in ordine cronologico, sul tema del ricorso per l'efficienza. È di particolare rilevanza se si intende analizzare l'azione in esame sotto il profilo delle condizioni processuali necessarie alla sua proposizione.

Nella fattispecie, una serie di associazioni hanno proposto ricorso al TAR di Potenza per accertare un disservizio della Regione Basilicata, consistente nella mancata pubblicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata sulla *home page* del proprio sito istituzionale. Prima di entrare nel merito della questione, che si conclude con l'accoglimento del ricorso, il TAR verifica la sussistenza delle condizioni dell'azione: la sua ammissibilità, la legittimazione ad agire del ricorrente; il suo interesse a ricorrere.

Sul primo punto, vi si è già soffermati analizzando la sentenza del TAR Lazio n. 552/2011 che, infatti, viene richiamata anche dai giudici potentini. Non vi sono dubbi, quindi, sull'ammissibilità del ricorso per l'efficienza.

Più interessanti considerazioni suscitano la legittimazione ad agire e l'interesse a ricorrere.

Prima di vedere come il TAR affronta l'analisi delle condizioni dell'azione, è necessario fare qualche premessa di carattere generale.

In un ordinamento giuridico democratico, la tutela apprestata in giudizio ha una rilevanza fondamentale come strumento di effettività delle libertà e dei diritti che lo stesso riconosce. Per questo motivo è importante garantire l'accesso a questa tutela a chiunque necessiti del suo intervento; peraltro, si deve assicurare che nessuno abusi della macchina giudiziaria con il rischio di sovraccaricarla di ricorsi ed azioni manifestamente infondate, magari con l'unico scopo di rallentarla a scapito della tutela degli altri cittadini. Per questo sono centrali le condizioni generali dell'azione: legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, dunque, è di fondamentale importanza tanto che lo stesso art. 1 del c.p.a. lo afferma, richiamando le norme costituzionali che la assicurano (10) e anche il diritto europeo che, in un certo senso, lo ha costruito e introdotto nei nostri ordinamenti (11). Nel processo amministrativo, il principio di effettività funge da criterio di interpretazione delle norme di rito e, al tempo stesso, quale fine ultimo da realizzare.

Al fine di avere gli strumenti e le conoscenze necessari a studiare le figure della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere, bisogna analizzare le posizioni giuridiche soggettive che in giudizio vengono tutelate. Trattandosi di Diritto Amministrativo, non si può prescindere dallo studio dell'interesse legittimo.

Dare una definizione di interesse legittimo non è per niente facile, però possiamo accettare l'idea di considerarlo come *“la situazione giuridica soggettiva della quale è titolare un soggetto privato nei confronti della pubblica amministrazione, che esercita un potere autoritativo attribuitole dalla legge”* (12). Tale posizione giuridica va ricollegata, da una parte, al potere della pubblica amministrazione e, dall'altra, alla legge che lo regola. Inoltre, poiché l'interesse legittimo è, in ogni caso, una posizione giuridica soggettiva, questo deve avere i caratteri della qualificazione e della differenziazione (13)

Il diritto soggettivo, invece, è tradizionalmente definito come il potere che il singolo ha di agire per realizzare un proprio interesse tutelato dall'ordinamento (14). La distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi ha avuto una duplice funzione: da una parte, è stata criterio di riparto fra la giurisdizione

(10) Ovviamente, si fa implicito riferimento agli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione che esprimono *“i principi sull'azione del Processo Amministrativo”* (A. TRAVI, *“Lezioni di Giustizia Amministrativa”*, Giappichelli, 2010).

(11) Anche attraverso il principio del giusto processo che, in recepimento della disposizione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ora è riconosciuto anche dall'art. 111 della Costituzione.

(12) M. CLARICH e G. FONDERICO, *“Dizionario di Diritto Amministrativo”*, *Il Sole 24 Ore*, 2007, voce *“L'Interesse Legittimo”*.

(13) Un interesse è qualificato, e quindi può essere considerato legittimo, quando è lo stesso ordinamento giuridico, in particolare la norma che attribuisce il potere alla P.A., a riconoscerne la rilevanza all'interno dell'attività procedimentale amministrativa. La differenziazione rende l'interesse legittimo una vera e propria posizione di carattere soggettivo, in quanto è rilevabile solo qualora il singolo è titolare di una situazione giuridica distinta da quella degli altri, più intensamente tutelata.

(14) Cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *“Manuale di Diritto Privato”*, Giuffrè, 2007; gli Autori dicono che *“il diritto soggettivo è la signoria del potere”* (pag. 72).

del giudice amministrativo, posta a tutela degli interessi legittimi, e del giudice ordinario, per la cura dei diritti soggettivi; dall'altra, era il confine dell'ambito della responsabilità civile della P.A., in quanto, prima, la lesione degli interessi legittimi non era risarcibile (15). Risulta, dunque, di fondamentale importanza, anche ai fini del nostro tema, riuscire a distinguere tra interesse legittimo e diritto soggettivo. La cosa non è per niente facile tanto che la giurisprudenza nel corso degli anni ha ricostruito una serie di criteri che si sono susseguiti nel tempo per individuare tale distinzione. Cercando di semplificare, diremmo che il cittadino è titolare di una posizione di diritto soggettivo nei casi in cui l'amministrazione abbia agito così contro le regole da non poter nemmeno configurare il suo comportamento come un vero potere, che, nel caso, è carente; se, invece, la P.A. ha solo mal esercitato il potere attribuitole dalla legge, discostandosi dalle regole poste da questa, allora il privato vanterà un interesse legittimo al rispetto di tali regole.

A queste due categorie, si affiancano quelle degli interessi diffusi e degli interessi collettivi. I primi sono definiti come interessi senza titolare in quanto fanno riferimento ad una pluralità di soggetti che costituiscono all'interno della società una comunità non ancora organizzata stabilmente; i secondi, invece, fanno capo ad una collettività organizzata in un'apposita associazione stabile cui fa capo l'interesse stesso, come collettore degli interesse omogenei ed analoghi dei singoli componenti l'organizzazione stessa.

Infine, nello studio del ricorso per l'efficienza è importante occuparsi anche dell'interesse semplice il quale è un interesse che non è qualificato dall'ordinamento come meritevole di tutela e per questo è definito come di mero fatto perché attiene alla sfera fattuale di un soggetto o di più soggetti e non a quella del giuridicamente rilevante. La caratteristica distintiva degli interessi semplici è che, in quanto tali, non sono tutelabili in giudizio quindi non fanno sorgere nessuna legittimazione ad agire in capo a chi ne è titolare, salvo i casi eccezionali in cui è il Legislatore a garantirne la tutela attraverso le azioni popolari.

La legittimazione ad agire si identifica nella titolarità dell'azione, nel senso che legittimato ad agire è quel soggetto che l'ordinamento giuridico considera essere idoneo a presentare l'azione dinanzi al giudice. È legittimato ad agire in giudizio chi afferma nella domanda di essere titolare del diritto o dell'interesse del quale chiede la tutela al giudice. Essendo il Processo Amministrativo un processo di parti centrale in esso è il tema della legittimazione ad agire, *rectius* a ricorrere, la quale “*deve essere direttamente correlata alla situazione giuridica sostanziale che si assume lesa dal medesimo provvedimento*” (16). Per questo motivo possiamo affermare che in generale, nel diritto

(15) Sappiamo che le cose oggi sono cambiate dopo la sentenza 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione.

(16) Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 28 agosto 2001, n. 4544.

amministrativo, la legittimazione ad agire in giudizio coincide con la titolarità di una posizione giuridica qualificata riconducibile ad un interesse legittimo o ad un diritto soggettivo che con il ricorso si intende tutelare. Di sicuro, questa non potrà fondarsi di regola su interessi semplici o di mero fatto (17).

L'altra condizione dell'azione è l'interesse a ricorrere che potremmo definire come il "*filtro di efficienza attraverso il quale si vuole evitare il dispendio di attività giurisdizionale inutile*" (18). Come si può evincere, ha lo scopo di evitare che si svolgano attività processuali superflue perciò si pone come obiettivo quello di permettere l'accesso alla giustizia solo a chi ne possa effettivamente, se anche in via potenziale, trarne un vantaggio. Di fondamentale importanza è ricordare che "*l'interesse ad agire deve essere concreto ed attuale, e non può dunque essere rivolto alla soluzione in via di massima di una questione giuridica in vista di situazioni future ed ipotetiche*" (19). Inoltre, la sua stessa valutazione dipende dalla prospettazione che fa il ricorrente (20), quindi per poterne accertare la sussistenza si deve andare a guardare la domanda, *rectius* il ricorso che è stato depositato presso il giudice amministrativo adito. Infine, è necessario sottolineare che l'interesse a ricorrere va tenuto distinto dall'interesse legittimo, per quanto sul punto la dottrina non è unanimemente d'accordo. Infatti, da un lato, l'interesse sostanziale può sussistere anche nel caso in cui non dovesse esserci l'interesse al ricorso; dall'altro lato, se sussiste l'interesse a ricorrere non per forza si accerterà anche l'interesse legittimo, altrimenti si arriverebbe all'assurda conclusione che ogni volta in cui il giudice accerta anche implicitamente (21) l'interesse a ricorrere, dovrebbe accertare l'interesse legittimo del ricorrente accogliendone la domanda.

La legittimazione ad agire e l'interesse a ricorrere formano insieme le condizioni generali dell'azione, ma sono distinti e separati l'uno dall'altra: chi è titolare della situazione giuridica che gli permette di agire in giudizio, non è detto che possa trarre un vantaggio da detto giudizio, quindi potrebbe non avere il necessario interesse; viceversa, chi agisce in giudizio potrà anche essere concretamente interessato a questo, però magari potrebbe risultare non

(17) Ciò non toglie che vi sono dei casi eccezionali nei quali la legittimazione a ricorrere non presuppone una situazione giuridica sostanziale, ma si basa su elementi meramente formali; non di interessi di mero fatto si tratta, ma semplicemente di una sorta di legittimazione eccezionale che il Legislatore espressamente ma solo in talune ipotesi riconosce a chi non è titolare effettivo dell'interesse giuridico tutelato.

(18) A. DO PASSO CABRAL, "*Interesse ad agire e zone di interesse*", in www.judicium.it. La disposizione cardine dell'interesse ad agire è l'art. 100 del Codice di Procedura Civile, considerata espressione di un principio generale del nostro ordinamento giuridico e, quindi, applicabile sia nel rito ordinario che in quello amministrativo.

(19) Cassazione Civile sentenza 7 dicembre 1985 n. 6177.

(20) Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 1 agosto 2001, n. 4206.

(21) Il non pronunciare l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso rispettivamente per originaria o sopravvenuta carenza dell'interesse significa riconoscerne implicitamente la sussistenza.

essere legittimato allo stesso (22).

Acquisiti gli strumenti necessari allo studio delle figure dalla legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere, vediamo come li analizza il TAR Basilicata, premettendo che la sentenza in esame valuta le condizioni per la proposizione del ricorso da parte delle associazioni.

Il TAR afferma che la legittimazione ad agire delle associazioni non va valutata in astratto, bensì con riferimento al caso concreto. Di conseguenza, un'associazione non può proporre ricorso per l'efficienza per qualsiasi disfunzione amministrativa che riguardi i propri iscritti, ma solo per quelle connesse al suo scopo. L'associazione, in altri termini, deve svolgere, in nome del proprio statuto, un'attività volta alla tutela di un interesse "*omogeneo per una pluralità di utenti e di consumatori*" che sono i suoi iscritti.

Sulla base di simili considerazioni, il TAR conclude che le associazioni sono legittimate a proporre il ricorso per l'efficienza solo quando dimostrano di rappresentare adeguatamente tale interesse così che quest'ultimo da diffuso che era si soggettivizza in capo all'associazione, trasformandosi in un interesse collettivo.

L'interesse al ricorso funge, invece, da limite alla legittimazione ad agire. Infatti, come spiega il TAR Basilicata, il ricorso per l'efficienza non è stato introdotto dal Legislatore come strumento di controllo oggettivo e generalizzato sull'operato dell'Amministrazione. L'azione di cui al d.lgs. 198/2009 è pur sempre uno strumento per ottenere una tutela processuale di interessi sostanziali, *rectius* di interessi concreti e attuali. Di conseguenza, non basta dimostrare di essere legittimati a proporlo, bisogna avere anche uno specifico interesse da proteggere.

In altri termini, non è sufficiente che chi presenta il ricorso in esame lamenti un'inefficienza della Pubblica Amministrazione né basta dimostrarne l'esistenza. Se così fosse, infatti, l'azione per l'efficienza si trasformerebbe in un'azione popolare che qualsiasi cittadino potrebbe proporre per correggere i difetti della macchina pubblica. Il ricorso per l'efficienza andrebbe a sostituire i tradizionali meccanismi di controllo amministrativo e politico, trasformandosi in una potente arma nelle mani di tutti i cittadini.

Per evitare che ciò accada, il Legislatore, all'art. 1, richiede la sussistenza dell'interesse a ricorrere che è connesso alla lesione diretta, concreta e attuale che il ricorrente ha subito o sta per subire con pregiudizio per il suo interesse tutelato, che è omogeneo alla pluralità di utenti e consumatori di cui fa parte.

Tale discorso vale anche nel caso delle associazioni che, per quanto legittimate ad agire, devono essere interessate a farlo, per la tutela dei propri membri. A tal proposito, tuttavia, i giudici lucani affermano che, nel caso di un ente collettivo, l'interesse a ricorrere si ricava in via presuntiva sulla base della sua rappresentatività.

(22) Lo afferma anche il Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 14 luglio 1972, n. 475.

Il ragionamento del TAR prende le mosse dalla considerazione che l'interesse al ricorso per l'efficienza serve per accertare che il singolo proponente sia effettivamente titolare di un interesse omogeneo alla classe di utenti e consumatori di cui afferma di far parte. Se l'associazione rappresenta una particolare categoria di utenti e consumatori di cui al d.lgs. 198/2009, allora l'omogeneità dell'interesse dedotto in giudizio è di per sé dimostrata. Di conseguenza, secondo i giudici lucani, è dimostrato l'interesse a ricorrere che si presume, quindi, in forza della rappresentatività dell'associazione ricorrente.

Per quanto si possano apprezzare le argomentazioni utilizzate dal TAR Basilicata, non si possono condividere le conclusioni a cui è giunto sugli istituti della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere nel caso dell'azione per l'efficienza.

Le condizioni dell'azione per l'efficienza pongono non pochi problemi. Al fine di comprendere al meglio queste problematiche, è opportuno concentrare l'attenzione sull'attività amministrativa oggetto del ricorso per l'efficienza e sulle sue finalità.

La trasformazione di tale attività da funzione autoritativa a servizio *“deve consentire, in linea di principio, l'utilizzazione dell'azione per l'efficienza a fronte di ogni tipo di attività amministrativa il cui malfunzionamento arrechi pregiudizio ad un determinato gruppo di individui, qualificabili in relazione a tale attività come utenti o consumatori”* (23). Lo scopo dell'azione è individuare e correggere (24) i malfunzionamenti nello svolgimento delle funzioni delle amministrazioni pubbliche e nell'erogazione di servizi da parte dei concessionari, senza dimenticarne però il carattere individuale perché l'utente ricorrente vuole ottenere con tale azione che il risultato finale dell'attività della P.A. sia per lui soddisfacente. Queste particolarità portano la necessità di adattare gli istituti generali della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere alle specifiche esigenze dello strumento giudiziale in esame.

Nella legge 15/2009, il Legislatore delegante si era occupato di definire, in via generale, anche la legittimazione ad agire della nuova azione, però il Legislatore delegato ha apportato una qualche modifica a quanto disposto nella delega. La legge aveva l'intenzione di introdurre nel nostro ordinamento una forma di azione del tutto particolare posta alla tutela di interessi nuovi, *rectius* interessi tradizionalmente non tutelabili in giudizio, quali gli interessi diffusi; con il decreto, invece, si è recuperato il carattere individuale dell'azione.

L'azione è proponibile dal singolo che rientri nella categoria dei *“titolari*

(23) G. FIDONE, *“L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività”*, Giappichelli, 2012.

(24) La correzione prima ancora della sanzione, secondo F. PATRONI GRIFFI, *“Class Action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici”* (Relazione al convegno: *“Le Class Actions: modelli a confronto”*, Università Roma Tre, Facoltà di Economia, Roma 9 giugno 2010), in *Federalismi.it*, 2010.

di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori" (25); in tal modo non viene meno il carattere per così dire diffuso della legittimazione. Con ciò, tuttavia, non si vuole dire, che l'azione tutela un interesse diffuso, né che tale è la posizione giuridica fatta valere, bensì si sostiene che l'azione per l'efficienza possa essere presentata da chiunque rientri nella categoria dei titolari dell'interesse tutelato in quanto utente o consumatore, intendendo per questi *"il soggetto, individuale o collettivo, che ha diritto di usufruire o che comunque richiede di usufruire del servizio pubblico"* (26).

Chi vuole proporre il ricorso per l'efficienza non deve essere un *quisque de populo*, ma deve dimostrare di essere titolare di un interesse giuridicamente rilevante che sia anche differenziato in capo ad una collettività di utenti e consumatori che, per quanto ampia possa essere, sarà sempre ristretta rispetto alla generalità dei cittadini. Il ricorso per l'efficienza è una fattispecie di giurisdizione soggettiva.

Punto nodale dell'analisi sulle condizioni dell'azione per l'efficienza e, in particolare, sulla sua legittimazione ad agire, è comprendere la natura giuridica della posizione giuridica sottostante. A tal proposito, sembra necessario negare la creazione di una nuova figura giuridica attraverso l'azione per l'efficienza, ma non basta nemmeno assegnare l'etichetta di interesse legittimo o di diritto soggettivo a tale posizione legittimante: è necessario far evolvere le figure tradizionali per renderle compatibili con le esigenze dell'azione per l'efficienza. Non bisogna, però, pensare che in dottrina sono tutti d'accordo con questa soluzione prospettata.

Infatti, da un lato vi è chi identifica l'interesse giuridicamente tutelato con l'azione per l'efficienza come un interesse semplice perché questa va a correggere i malfunzionamenti delle amministrazioni e dei concessionari, dando ai cittadini uno strumento di tutela proprio in quelle ipotesi in cui, tradizionalmente, non si riconosceva altro che un interesse di mero fatto in capo ai singoli. Il presupposto per poter mantenere questa prospettiva è che non deve ritenersi necessario essere titolari di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo per poter agire in giudizio, dato che talvolta basta anche un *quid minus*, come appunto un interesse semplice. In realtà, affermare che il titolare di un interesse semplice può agire in giudizio per la sua tutela è un controsenso, senza considerare che aprirebbe la strada ad un'ipotesi di giurisdizione oggettiva tanto osteggiata dalla Corte Costituzionale; potremmo dire che grazie al ricorso per l'efficienza un interesse semplice si è trasformato in interesse legittimo, ma è cosa ben diversa. Alla base della legittimazione ad agire *ex*

(25) Art. 1, comma 1, D.Lgs. 198/2009.

(26) Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche (CiVIT), delibera 24 giugno 2010, n. 88: *"Linee guida per la definizione degli standard di qualità (articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198)"*.

D.Lgs. 198/2009, non può esserci un interesse di mero fatto.

Dall'altro lato, parte della dottrina ha cercato di configurare l'interesse del ricorso per l'efficienza come un interesse diffuso, in conformità con quanto detto dal Consiglio di Stato in sede consultiva nel parere 1943/2009. Tale tesi non si condivide perché se il ricorso per l'efficienza presupponesse interessi diffusi, allora il ricorrente agirebbe non per la cura di un proprio interesse personale, ma con il solo intento di ripristinare la correttezza della funzione amministrativa o dell'erogazione del servizio reso dal concessionario. Saremmo nuovamente dinanzi ad un'azione totalmente oggettiva, dove il singolo e il suo interesse vengono messi sullo sfondo.

In realtà, il ricorso per l'efficienza è posto a tutela di un interesse legittimo di carattere pretensivo. Si tratta dell'interesse al buon funzionamento dei servizi pubblici, quindi quello che una volta era un interesse di mero fatto, privo di tutela giurisdizionale, si trasforma in un interesse legittimo che può essere portato dinanzi al giudice amministrativo affinché adotti i provvedimenti necessari a garantirne la soddisfazione; inoltre, non si tratta di semplici interessi legittimi perché non fanno capo solo al singolo, ma sono omogenei ad una pluralità di persone, i nostri utenti e consumatori perciò presentano un particolare carattere di pluralità e di collettività, pur rimanendo situazioni giuridiche individuali che connotano una legittimazione ad agire anch'essa individuale. Questa natura è riconducibile al fatto che il giudizio instaurato con il ricorso per l'efficienza ha come oggetto, un'attività amministrativa rivolta a una pluralità di persone titolari di interessi fra loro omogenei. Il carattere collettivo del ricorso viene individuato sotto due profili: da un parte, con riferimento alla legittimazione ad agire, dove il carattere dell'omogeneità funge da limite alla legittimazione del ricorso per l'efficienza in quanto serve ad evitare che chiunque possa proporlo; dall'altra, riguardo gli effetti della sentenza che chiude il giudizio perché questa produce sempre effetti *ultra partes* su tutti gli utenti e consumatori a prescindere dalla loro partecipazione allo stesso processo. Non vi è modo, invece, di configurare come collettivo l'interesse giuridico tutelato, come invece sostiene il TAR Basilicata.

Dopo aver analizzato la legittimazione ad agire del ricorso per l'efficienza sotto i suoi molteplici aspetti problematici, è necessario adesso occuparsi dell'interesse a ricorrere. L'interesse a ricorrere è collegato al ricorrente e alla posizione giuridica soggettiva che egli vuole tutelare. Essendo il ricorso posto a tutela di interessi legittimi, allora l'interesse a ricorrere ha carattere individuale e personale, riferito al singolo. In realtà, da più parti la dottrina sostiene strenuamente, ma anche in maniera diversa, la tesi contraria di un interesse a ricorrere di carattere collettivo. Ancora una volta, si apre la strada della giurisdizione di diritto oggettivo, che non è configurabile nel caso del ricorso per l'efficienza perché questo nasce comunque con lo scopo di porsi a tutela di un interesse legittimo individuale, tanto che finché non si ottiene una pronuncia

che davvero sia finalizzata a garantire il ripristino dell'attività amministrativa corretta, l'interesse a ricorrere prima e quello alla decisione poi permangono in capo al ricorrente. Per questo l'interesse a ricorrere ha una rilevanza collettiva che si esprime nel requisito dell'omogeneità: l'interesse del ricorso per l'efficienza è collettivo perché rivolto a un bene della vita omogeneo per tutti coloro che appartengono alla categoria degli utenti e consumatori e che consiste nell'efficienza della Pubblica Amministrazione. Ribadendo che non sono diffusi né collettivi, si può dire che gli interessi tutelati dal ricorso per l'efficienza sono omogenei in quanto derivano tutti da una pluralità di rapporti analoghi che i singoli utenti e consumatori hanno con la P.A. o con i concessionari e che sono stati lesi dalla stessa funzione amministrativa o dalla stessa attività di servizio.

Per questo motivo, quando afferma che l'interesse a ricorrere delle associazioni si può ricavare dalla loro rappresentatività, il TAR di Potenza coglie nel segno solo in parte. Certamente è importante assicurarsi che l'interesse dedotto con il ricorso per l'efficienza abbia il carattere di omogeneità richiesta dal decreto del 2009. Peraltro, l'interesse a ricorrere si fonda sulla lesione di questo interesse omogeneo: se manca la lesione o non la si dimostra, non è possibile proporre l'azione per l'efficienza. Anche nel caso delle associazioni, quindi, è necessario dimostrare la lesione diretta, concreta e attuale ai sensi dell'art. 1, del d.lgs. 198/2009 e non basta la rappresentatività della stessa. In altri termini, rappresentare la classe di utenti e consumatori legittimati ad agire in giudizio può essere rilevante ai fini della legittimazione, ma non è sufficiente a configurare l'interesse a ricorrere.

Fra gli interessanti spunti per una riflessione che il ricorso per l'efficienza pone, vi è quello sul legame che potrebbe unirlo all'azione di adempimento. Strumento ben noto in altri ordinamenti (27), questa azione ha avuto molte difficoltà ad affermarsi nel nostro, anzi non è con assoluta certezza che possiamo riconoscerne la sussistenza all'interno del processo amministrativo. Grazie all'azione di adempimento, il cittadino avrebbe la possibilità di non limitarsi a chiedere l'annullamento di un provvedimento illegittimo o al massimo una generica condanna della P.A. ad esercitare, *rectius* ad esercitare di nuovo il potere pubblico in conformità con la legge e la sentenza del giudice; grazie all'azione di adempimento, il ricorrente può ottenere in giudizio la realizzazione del bene della vita che sottostà all'interesse dedotto nel processo, attraverso una sentenza che non si limiterebbe a valutare la legittimità di un provvedimento, bensì andrebbe ad accertare cosa sarebbe spettato al cittadino se l'Amministrazione avesse agito correttamente.

Il c.p.a. non prevede la disciplina dell'azione di adempimento, per quanto la commissione istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione dello

(27) Il tedesco su tutti.

stesso Codice aveva inserito nella bozza finale del testo di legge l'art. 40 dedicato a questa particolare forma di azione. Sennonché il lavoro di cesura del Governo è stato poco razionale perché è stato eliminato l'articolo sull'azione di adempimento, ma non la corrispondente disposizione sulla sentenza che ne avrebbe fatto seguito, ancora oggi l'art. 34, comma 1, lett. c); tra l'altro, questa è solo una delle disposizioni che richiamano in qualche modo l'azione di adempimento e, quindi, aprono la strada al riconoscimento di tale azione nell'ordinamento italiano. Infatti, la stessa giurisprudenza sembra riconoscere l'esistenza dell'azione di adempimento nel processo amministrativo (28); il che sarebbe un importante passo in avanti verso una più piena attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In ogni caso, come ulteriore indice dell'utilità concreta dell'azione di adempimento, si deve rilevare che già prima del Codice, nonostante mancasse, come ora, la sua previsione generale, il Legislatore ha introdotto delle azioni che sono riconducibili a questo modello. Si pensi all'ipotesi della tutela che viene apprestata nei casi di silenzio-inadempimento della Pubblica Amministrazione, nel qual caso l'art. 31, comma 3 del Codice che dà al giudice amministrativo la possibilità di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda dedotta in giudizio; oppure alla disciplina del rito speciale in materia di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione, nel quale il giudice amministrativo, adito da chi ha fatto richiesta di accessi di un documento della P.A. e in cambio ha ottenuto un suo provvedimento di diniego o il suo silenzio, può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti. Sotto forma di azione speciale, l'azione di adempimento è già presente nel c.p.a.; come azione generale, non ha una vera e propria disciplina, ma facendo leva sul principio di atipicità delle azioni si può trovare la strada per ammetterla come strumento di ricorso al giudice amministrativo.

Nel caso dell'azione di adempimento, il giudice è chiamato a decidere non solo sulla legittimità di un provvedimento ai fini del suo possibile annullamento, ma anche sulla fondatezza della pretesa del ricorrente per questo deve godere di una cognizione piena che gli permetta di conoscere dell'intera faccenda, in modo tale da poter valutare se e quale provvedimento la P.A. avrebbe dovuto correttamente adottare se avesse agito in maniera legittima, senza pregiudicare l'interesse del ricorrente. Resta comunque fermo il limite del merito amministrativo per il giudice anche nel caso dell'azione di adempimento perché, in nome del principio della separazione dei poteri, il giudice, nemmeno quello amministrativo, non può sindacare la scelta della P.A. se non con riferimento alla legittimità, intesa come conformità alle norme che la regolano. Non si potrà decidere sul merito, quindi il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio con l'azione di adempimento solo

(28) Si veda T.A.R. Lombardia di Milano, sentenza 1428 del 2011.

quando si tratta di attività vincolata, intesa anche solamente nel concreto e cioè quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità amministrativa.

Da un certo punto di vista, il risultato che si può ottenere con una simile azione è simile a quello raggiungibile attraverso altre forme di ricorso, come l'azione di annullamento, attraverso l'effetto conformativo di una sentenza che l'accolga, ed il ricorso di ottemperanza. Per l'azione di annullamento la differenza con l'azione di adempimento sta nella sentenza: in caso di accoglimento, il giudice non inserisce una generica regola comportamentale che imponga semplicemente la non ripetizione dell'errore accertato, come fa in caso di annullamento, perché con l'adempimento la P.A. sarà obbligata ad adottare un provvedimento specifico, quello che puntualmente soddisfa la richiesta del ricorrente vittorioso. La distinzione con il giudizio di ottemperanza è più difficile da cogliere, ma si basa sul fatto che questo può essere intrapreso solo dopo che si è già ottenuta una sentenza del giudice amministrativo, come potrebbe essere quella di annullamento, e che la P.A. non vi si sia conformata e che, inoltre, l'ottemperanza è possibile solo nei casi espressamente previsti all'art. 112 del Codice del Processo Amministrativo.

Dopo aver inquadrato in maniera analitica e dettagliata l'azione di adempimento, averne analizzato i caratteri, gli aspetti critici, l'importanza, l'ammissibilità nel nostro ordinamento, è giunto il momento di metterla a confronto con l'azione per l'efficienza, cercando di capire se l'azione introdotta nel 2009 dal decreto Brunetta possa essere considerata o almeno equiparata ad una forma di azione di adempimento.

Nel caso del ricorso per l'efficienza, l'oggetto è l'attività dell'Amministrazione; anche l'azione di adempimento ha a oggetto in un certo senso l'attività amministrativa in quanto il giudice deve poter conoscere e accertare tutti i profili dell'azione amministrativa che siano rilevanti da un punto di vista giuridico al fine di poter decidere sulla pretesa del ricorrente. Inoltre, l'attività amministrativa si lega in maniera stringente al risultato all'interno dell'azione per l'efficienza che è volta a controllare se il secondo segua correttamente alla prima: il ricorso per l'efficienza è finalizzato a realizzare l'esatto adempimento dell'attività amministrativa in relazione al risultato indicato dagli standard. Da notare che questo particolare tipo di azione di adempimento si concluderà semplicemente con la condanna da parte del giudice per la P.A. di realizzare un determinato risultato specifico, lasciandole libertà di scelta su come raggiungere l'obiettivo; inoltre, la condanna è possibile, solo nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie e umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, come afferma l'art. 4, comma 1.

In definitiva, gli schemi delle due azioni sembrano essere quanto meno paragonabili, se non addirittura assimilabili. La similitudine si mostra anche attraverso le condizioni dell'azione.

Nel ricorso per l'efficienza, la legittimazione ad agire si fonda su un interesse legittimo di tipo pretensivo connesso al buon funzionamento della funzione amministrativa che, ormai, viene considerata alla stregua di un servizio pubblico; analogamente, nell'azione di adempimento, la legittimazione si esprime nella titolarità di un interesse legittimo pretensivo volto a ottenere dalla P.A. un provvedimento specifico che amplia la sfera giuridica del ricorrente.

Infine, nel caso del ricorso per l'efficienza, chi agisce in giudizio ha come obiettivo quello di *“ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio”* (29). L'interesse a ricorrere dell'azione di adempimento consiste nel voler ottenere dal giudice una pronuncia con la quale si condanna la P.A. ad adottare uno specifico provvedimento che sia conforme alle pretese del ricorrente così da poterle soddisfare, ricordando che intanto potrà sussistere l'interesse a ricorrere in quanto la P.A. sia, in un certo senso, tenuta ad adottare quell'atto: l'azione di adempimento è possibile abbia esaurito le proprie possibilità di scelta.

(29) Art. 1, comma 1, D.Lgs. 198/2009.