



Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Mariateresa Magistà*

PUBLIC INTEREST LITIGATION: ORIGINI E PROSPETTIVE

Sommario: 1.La public interest litigation in U.S.A.: origini di un istituto. – 2.Quali strumenti di tutela in Italia? – 3.La tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia: class action, azione popolare e public interest litigation

1. La *public interest litigation* in U.S.A.: origini di un istituto

L'espressione *public interest litigation* è stata coniata da Chayes¹, negli anni settanta, per indicare le controversie giudiziarie nelle quali gli avvocati statunitensi appartenenti al *public interest law movement*² rappresentavano i diritti delle fasce più deboli della popolazione, altrimenti non tutelati in ragione di ostacoli di ordine giuridico, economico e politico-sociale che impedivano a questi ultimi l'accesso alla giustizia³.

In particolare, l'attività difensiva degli avvocati era promossa in favore di movimenti a tutela dei diritti civili e finalizzata ad incidere sul piano, oltreché strettamente giuridico, anche politico e sociale. Nel tempo, infatti, il *public interest law movement*, si fa portatore di diritti ed interessi aventi una dimensione pubblica, ma non suscettibili di essere fatti valere dal singolo, atteso che "*more and more frequently the complexity of modern societies generates situations in which a single human action can be beneficial or prejudicial to large numbers of peo-*

* Dottoranda in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

¹ A. CHAYES, *The Role of Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. LXXXIX, Cambridge, The Harvard Law Review Association, 1976, pp. 1281 ss.

² Sulla nascita e sulla diffusione del movimento negli U.S.A. e in Italia M. CAIELLI, *Il public interest law movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, in AA. VV., *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, a cura di A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, Milano, Franco Angeli, 2017, pp. 95 ss.

³ M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Il Foro it.*, Parte V, 1979, pp. 54 ss.

*ple, thus making entirely inadequate the traditional scheme of litigation as merely a two-party affair*⁴.

Di conseguenza, nell'ambito di tali giudizi, il giudice inizia ad assumere un ruolo nuovo, non più prettamente giurisdizionale, di risoluzione delle controversie vertenti tra le parti in causa, ma paralegislativo. In specie, i provvedimenti del giudice si caratterizzano per essere redatti in termini generali e astratti, al fine, da un lato, di dispiegare i propri effetti *erga omnes* o, quantomeno, *ultra partes* e, dunque, non solo nei confronti delle parti effettive del giudizio, ma anche di coloro i quali ne sono estranei e, dall'altro, di orientare l'attività del legislatore nello svolgimento della propria attività⁵.

Il *leading case* in materia è rappresentato da *Brown v. Board of Education*⁶, con cui la Suprema Corte, disattendendo quanto statuito nel precedente *Plessy v. Ferguson*⁷, dichiarò incostituzionale il sistema di segregazione razziale adottato nelle scuole pubbliche, per contrarietà al principio di parità di trattamento sancito dal XIV emendamento. In particolare, nel caso di specie la Corte Warren, oltre a dichiarare l'incostituzionalità della norma oggetto di giudizio, si spinse fino a porre in capo al legislatore specifici obblighi di *facere*, a seguito di un'analisi delle circostanze non di tipo storico, ma proiettata verso il futuro^{8 9}.

In particolare, la *public interest litigation* americana si caratterizza in quanto il proponente è titolare della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio, che presenta i caratteri della concretezza, dell'attualità e della personalità, nonostante gli effetti della pronuncia giudiziale, redatta in termini generali e astratti, riverberino i propri effetti sulla collettività, anche attraverso indicazioni, più o meno vincolanti, dirette al legislatore¹⁰.

Tanto si evince anche nel caso *Brown v. Board of Education*, in cui i venti studenti afro-americani, seppur assistiti giudizialmente da associazioni rappresentative, agivano direttamente contro l'Ufficio scolastico che impediva loro l'accesso alle scuole pubbliche frequentate da alunni di razza bianca.

Detta storica sentenza, peraltro, fu determinante nel dare vita al movimento per i diritti civili, il quale ebbe il merito di persuadere il Congresso nell'approvazione dei *Civil Rights Acts* degli anni '60¹¹.

⁴ M. CAPPELLETTI, *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, in AA. VV. *Access to justice*, vol. III, a cura di M. CAPPELLETTI e B. G. GARTH, Alphen Aan Den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979, p. 519.

⁵ In tal senso M. CAIELLI, *Il public interest law movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, cit., pp. 104 e 105 e della stessa autrice, in termini analoghi, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 23.

⁶ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1952).

⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁸ Come confermato laddove la Corte, rilevata *the wide applicability* della decisione e i problemi derivanti dalla formulazione dei *decrees*, invita le parti a depositare le proprie memorie, sulla base delle quali sarà emanata la successiva pronuncia *Brown II*, 349 U.S. 294 (1955).

⁹ M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, cit., p. 24.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹¹ P. NUSSBAUM, *Attorney's Fees in Public Interest Litigation*, in *New York University Law Review*, vol. 48, New York, 1973, p. 302.

Non di meno, l'aumento del contenzioso di interesse pubblico nel corso degli anni è da ricondurre anche al mutamento della classe forense la quale, nel tempo, si è sempre più specializzata in detta materia, anche grazie a specifici corsi universitari, creando *public interest law firm* fornite, tra l'altro, di programmi di assistenza legale pro bono.¹² A tale ultimo riguardo, infatti, vale la pena considerare che la diffusione della *public interest litigation* ha trovato ostacolo negli ingenti costi ad essa collegati, considerato che negli U.S.A., diversamente che in Italia, non trova applicazione il principio secondo il quale spetta al soccombente sostenere le spese legali. Tale circostanza, tuttavia, è stata oggetto di numerose pronunce nelle quali, la Corte Suprema ha condannato la parte soccombente alla refusione delle spese in favore del soggetto agente, riconoscendone le vesti di "*private attorney general*" avente il fine di rivendicare una politica ritenuta prioritaria dal Congresso.¹³

Tuttavia, il successo della *public interest litigation* fu determinato non solo dall'affermarsi delle istanze sociali e dai solidi principi che guidavano gli avvocati americani, ma anche dal c.d. *judicial activism* che caratterizza tutt'oggi le Corti statunitensi e non solo¹⁴ e che vede il potere giudiziario travalicare i confini delle proprie competenze per ingerirsi in quelle del legislativo. Tale fenomeno, è opportuno sottolinearlo, nasce in un contesto politico liberale in cui il potere giudiziario rappresenta il contrappeso all'esercizio del potere politico, funzionale al controllo e alla limitazione del potere legislativo ed esecutivo¹⁵.

Al riguardo, Tocqueville sostiene il carattere passivo del potere giudiziario, la cui attivazione è subordinata alla sollecitazione di una delle parti e rileva, inoltre, come la magistratura possa occuparsi di una legge solo nel corso del processo¹⁶. Tali caratteri, tuttavia, lungi dal rappresentare una debolezza della magistratura, ben si conciliano con l'idoneità delle Corti a divenire luoghi atti a ricevere le istanze sociali e a garantire i diritti civili e gli interessi collettivi¹⁷ della popolazione. In tal senso, le decisioni della magistratura soddisfano non solo l'interesse individuale della parte in giudizio, ma, indirettamente, anche quello pubblico. Come nel caso *Brown v. Board of Education*, dunque, l'attivismo giudiziale negli U.S.A. deriva dall'attivismo della società civile che, a partire dagli anni sessanta, peraltro, ha dato vita al fenomeno della *litigation explosion*, nel quale l'ansia di giustizia ha determinato un vertiginoso aumento del contenzioso.

È opportuno osservare, di conseguenza, come la *public interest litigation* pur essendo promossa secondo le ordinarie modalità, riveli le proprie peculiarità solo nella fase decisionale. Determinante, in tal senso, è il ruolo del giudice, il quale si mostra in grado di intercettare nell'azione del singolo le istanze della collettività e di garantire effettiva tutela alle stesse, anche sollecitando il corretto operato del potere legislativo.

¹² Ibid., p. 303.

¹³ Come affermato dalla *United States Supreme Court* nel caso *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U.S. 400 (1968) e ss.

¹⁴ Cfr. al riguardo il concetto di *judicialization of politics* in C. N. TATE, T. VALLINDER, *The Global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1997.

¹⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Torino, UTET, 1968, p. 122.

¹⁶ Ibid., p. 123.

¹⁷ M. R. FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, vol. I, Milano, Franco Angeli, 1997, p. 115.

Peraltro, il successo della *public interest litigation*, oltre che negli U.S.A., è stato riscontrato anche altrove e, in particolare, in alcuni Paesi asiatici e in Europa, specie negli ordinamenti di *common law*. Peculiare è l'esperienza indiana, in cui l'istituto ha trovato grande diffusione e consente ai cittadini di adire illimitatamente la Corte al fine di soddisfare gli interessi pubblici, tanto da essere definita *social action litigation*, alla luce delle differenze con l'omologo istituto di origini statunitensi¹⁸. Infatti, diversamente dalla p.i.l. americana, in cui il soggetto proponente è titolare di un interesse attuale e concreto, l'omologo istituto indiano consente a chiunque abbia un *sufficient interest* di adire la Corte per ristabilire la legalità¹⁹.

2. Quali strumenti di tutela in Italia?

Delineati i tratti dell'istituto in disamina, appare utile verificarne la compatibilità con l'ordinamento italiano e analizzare la sussistenza di analoghi rimedi processuali volti a soddisfare precipuamente l'interesse generale, oltreché quello individuale.

Al riguardo, peraltro, non va trascurato che, mentre nel modello di Stato liberale il monopolio degli interessi generali spettava allo Stato e a questi si contrapponeva l'interesse del singolo, oggi le esigenze della collettività sono rappresentate anche dai privati²⁰ e, di conseguenza, la dottrina e la giurisprudenza unanime riconoscono i c.d. interessi superindividuali, distinguendo tra questi quelli diffusi e quelli collettivi.

Invero, è opportuno premettere che l'interesse collettivo costituisce un istituto di matrice dottrinale, coniato per far fronte all'impossibilità di tutelare efficientemente la diversa categoria degli interessi diffusi, definiti tali in quanto facenti capo ad una collettività indifferenziata di soggetti e, pertanto, adespoti. Al proposito, tuttavia, la dottrina e, successivamente, anche la giurisprudenza hanno notato come la titolarità di detti interessi diffusi accomuni spesso soggetti appartenenti alla medesima formazione sociale, in quanto tale tutelata costituzionalmente ex art. 2 Cost., dando luogo, pertanto, ad una vera e propria soggettivizzazione²¹ dell'interesse in gioco. Ne discende che l'interesse collettivo non rappresenta la sommatoria degli interessi individuali, bensì la sintesi degli stessi, in quanto tale qualitativamente diverso da quello dei singoli²².

A seguito di detto processo, di conseguenza, l'interesse facente capo agli aderenti alla medesima formazione sociale viene a configurarsi come differenziato rispetto alla collettività, nonché qualificato, in quanto idoneo ad essere fatto valere dal relativo ente esponenziale. A tal fine, tuttavia, la giurisprudenza richiede che l'ente esponenziale sia omogeneo ed

¹⁸ M. CAIELLI, *Attivismo giudiziale e utilizzo della comparazione giuridica in alcuni emblematici hard cases indiani e statunitensi*, cit., p. 263.

¹⁹ S. DEVA, *Public interest litigation in india: a critical review*, in *Civil Justice Quarterly Issue*, vol. XXVIII, Londra, Sweet & Maxwell, 2009, p. 24

²⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 326 e 327.

²¹ In tal senso M. S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976, p. 23, nonché M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso, ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, p.7.

²² F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, p. 29.

organizzato, che persegua tra i propri scopi statutarî l'interesse da far valere e che abbia un collegamento con il territorio in cui l'interesse assume rilevanza^{23 24}.

Nondimeno, la questione circa l'individuazione degli strumenti di tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia va affrontata anche alla luce dell'affermarsi della nuova categoria dei c.d. beni comuni (*common goods*).

In particolare, questa nuova *species* di beni è stata coniata dalla commissione Rodotà che, nel 2007, veniva incaricata di aggiornare la classificazione codicistica dei beni pubblici e, successivamente, recepita da giurisprudenza²⁵ e dottrina, pur non trovando spazio nel codice civile.

Trattasi di beni a titolarità diffusa, accomunati dall'essere strumentali al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'individuo, da cui nessuno può essere escluso e che pongono l'esigenza di una disciplina che, da un lato, ne impedisca il sovra-consumo e il depauperamento e, dall'altro, ne garantisca l'accesso e la fruizione da parte della collettività su base tendenzialmente paritaria, in omaggio ai principi di eguaglianza e solidarietà. All'ente pubblico, invece, compete una proprietà meramente formale, un'appartenenza di servizio necessaria a consentire l'accesso della collettività al bene e a risolvere gli eventuali conflitti con gli interessi contrapposti.

La portata innovativa dei *commons*, tuttavia, risiede nella loro idoneità a superare la tradizionale dicotomia tra beni privati, appartenenti ai singoli individui e beni pubblici appartenenti allo Stato²⁶, che ben si concilia con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico a cui tende la Costituzione italiana, sulla base del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nonché su quello di sovranità popolare. Di talché, l'interesse sotteso alla tutela dei beni comuni pare non trovare collocazione nella categoria di quelli diffusi e collettivi, configurandosi, piuttosto, quale interesse generale, ancorché atipico. Sul punto, infatti, va evidenziato che, seppur "*gli interessi diffusi o collettivi sembrano approssimarsi all'interesse generale di cui si fa portatore lo Stato*"²⁷, la distinzione tra gli stessi risiede nella natura intrinsecamente individuale dei primi, ancorché comuni ad una pluralità di soggetti. Diversamente,

²³ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 101.

²⁴ La questione della legittimazione dell'ente esponenziale ha, di recente, anche riguardato la possibilità dello stesso di far valere l'interesse di categoria, pur se in contrasto con quello di uno o più aderenti. In specie, secondo l'opinione tradizionale l'ente può far valere solo interessi omogenei alla categoria, dovendo pertanto ritenersi legittimato ad agire solo in caso di lesione di tutti gli aderenti. Secondo una diversa opinione, invece, l'ente è titolare di posizioni proprie, di cui è titolare in via esclusiva a seguito del processo di soggettivizzazione, che lo rende l'unico legittimato ad agire e in virtù del quale il singolo aderente può intervenire in giudizio solo in qualità di controinteressato, in quanto diversamente opinando l'ente esponenziale non sarebbe mai in condizioni di agire. In merito, il Consiglio di Stato, con sentenza della IV sez., 18.11.2013, n. 5451, ha chiarito che la legittimazione dell'ente esponenziale dipende dal tipo di conflitto intercorrente con l'aderente che vanta un interesse contrario. Nel caso di conflitto improprio, in cui l'atto contro cui si oppone l'ente avvantaggia il singolo indipendente dall'appartenenza alla categoria, ma quale *uti singulus*, l'ente potrà far valere l'interesse di categoria. Laddove, invece, l'atto favorisca uno o più aderenti alla categoria in quanto tali, l'interesse di cui è portatore l'ente, lungi dal configurarsi come omogeneo, non potrà essere fatto valere in giudizio.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665 che, nel negare la natura privata di una valle da pesca lagunaria, ha espressamente riconosciuto i beni comuni.

²⁶ A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto @ Storia*, vol. XI, 2013, p. 13.

²⁷ AA. VV., *Manuale di diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, Giappichelli, 2017, p. 68.

l'interesse pubblico trascende quello del singolo rappresentando, invece, i bisogni e le priorità di un'intera comunità. Tuttavia, l'interesse pubblico, nel suo essere tradizionalmente rappresentato da un'istituzione, appare spesso inadeguato ad identificare quello sotteso alla tutela dei *commons*, anche alla luce della difficoltà nell'individuare il nucleo comune di detti beni, posto che “*se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto*”²⁸. Al riguardo, infatti, si avverte la necessità di abbandonare i tradizionali schemi dogmatici e puristi²⁹ per concepire una forma evoluta di interesse pubblico, idonea ad essere rappresentata in giudizio anche dal singolo, coerentemente con la natura dei *commons*. Efficace, a tal fine, sarebbe la configurazione di uno strumento processuale avente le medesime caratteristiche della *public interest litigation*, che consenta, cioè, al singolo di far valere in giudizio detto interesse e al giudice di farsi portatore delle istanze della comunità, attraverso un provvedimento idoneo a riverberare i propri effetti sulla stessa. Tanto, anche in conformità all'art 24. Cost. che, nel riconosce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, implicitamente impone il riconoscimento dei rimedi processuali più adeguati a tal fine.

Di conseguenza, la peculiare configurazione dei *commons* rende necessaria una riflessione sugli strumenti processuali di tutela più adeguati a garantirne la tutela e, in specie, sulla compatibilità tra *public interest litigation* e ordinamento italiano.

3. La tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia: *class action*, azione popolare e *public interest litigation*

In Italia, la tutela degli interessi plurisoggettivi, cioè non facente capo al singolo individuo, ma a una più ampia schiera di soggetti, è assicurata dalla *class action* e dall'azione popolare.

Quanto alla *class action*, l'ordinamento italiano ne conosce due forme: quella a tutela dei consumatori di cui all'art. 140 bis d. lgs. 206/2005 (c.d. codice dei consumatori) e quella disciplinata dal d. lgs. 198/2009 promossa contro la Pubblica Amministrazione.

Con particolare riguardo all'azione di classe consumeristica, questa si differenzia notevolmente dall'omologo rimedio statunitense, disciplinato dalla *Rule 23* della *Federal Rules of Civil Procedure* e dalle specifiche legislazioni statali, in cui legittimato attivo è chiunque sia titolare di un interesse comune a quello di un determinato gruppo di individui e il giudice, dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti che identificano la classe³⁰, emette un provve-

²⁸ S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 684.

²⁹ In tal senso A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, cit., p. 10.

³⁰ A tal fine l'indagine del giudice è tesa ad accertare la sussistenza dei requisiti della *numerosity*, cioè dell'idoneità della classe a rappresentare gli interessi di un numero elevato di membri; della *commonality*, ovvero della possibilità che il provvedimento giurisdizionale produca effetti nei confronti dell'intera classe; della *typicality*, che le questioni fatte valere in giudizio siano tipiche dell'intera alla classe, nonché dell'*adequacy*, consistente nell'assenza di conflitti di interesse tra chi agisce in giudizio e il resto della categoria. Per un approfondimento sul

dimento giurisdizionale i cui effetti si riverberano automaticamente nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria, salvo che in favore di chi rinunci espressamente, esercitando la facoltà dell'*opt-out*.

Diversamente, l'azione di classe italiana è promuovibile da un singolo che agisce in proprio e in qualità di sostituto processuale degli altri appartenenti alla categoria, nonché da un'associazione rappresentativa munita di specifico mandato da parte degli aderenti. Tanto in quanto, alla luce del meccanismo dell'*opt-in*, la pronuncia del giudice spiega i suoi effetti esclusivamente nei confronti degli appartenenti alla classe che aderiscono all'azione tramite un atto espresso. Di conseguenza, il rimedio processuale previsto dall'art. 120 bis, più che ad un'azione di classe, dà luogo alla proposizione di plurime azioni individuali, dove l'uso del termine "*class action*" è conseguenza di una semplice assonanza con l'istituto statunitense, non potendo andare oltre una convenzione linguistica³¹.

Quanto alla *class action* di cui al d. lgs. 198/2009, questa consente ai soggetti titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori di agire in giudizio, anche attraverso associazioni rappresentative, avverso l'inefficienza della Pubblica Amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi, conformemente all'art. 97 Cost. e all'art. 1 della l. 241/1990.

Tale rimedio, pur perseguendo come l'azione consumeristica l'obiettivo di indurre l'erogatore del servizio ad adottare comportamenti virtuosi, se ne distingue, oltre che per il campo di applicazione, configurando un controllo esterno di tipo giudiziale sul rispetto, da parte delle P. A., degli standard di qualità, economicità e tempestività loro imposti³², anche in quanto innesca il suo effettivo correttivo già nel momento di produzione del servizio³³.

D'altra parte, l'autonoma legittimazione delle associazioni esponenziali che, dunque, non necessitano di specifico mandato e l'assenza del meccanismo dell'*optin in*, rende l'azione di cui al d. lgs. 198/2009 una più incisiva forma di tutela.

Orbene, posto che anche detto rimedio processuale si scosta notevolmente dal modello di *class action* statunitense, è opportuno notare come nessuna delle azioni collettive previste dal legislatore italiano sono idonee ad assicurare la tutela di interessi generali, tanto meno di quelli sottesi alla nascita dei *new commons*. Invero, la *class action*, sia italiana che statunitense, si caratterizza in quanto la controversia giudiziaria origina da un conflitto tra privati³⁴, specie quella contenuta nel d. lgs. 206/2005 in cui si assiste alla proposizione di plurime azioni individuali e, di conseguenza, il provvedimento del giudice è teso a produrre effetti nei confronti di un determinato gruppo di individui e non in favore di una comunità indifferen-

tema cfr. F. POLVERINO, *A class action model for antitrust damages litigation in the European Union*, pp. 4 ss., consultabile su <http://ssrn.com/abstract=927001>.

³¹ G. ALPA, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, vol. 1, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 7 e 8.

³² M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, cit., p. 13.

³³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 45, anche per un'analisi circa l'effettiva portata dell'azione collettiva contro la Pubblica Amministrativa.

³⁴ In tal senso D. BAETGE, *Class actions, group litigation & other forms of collective litigation*, articolo presentato al Convegno "*The globalization of class action*", Oxford, 13 e 14 dicembre 2017, reperibile su http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf.

ziata. È proprio nella distinzione tra interesse collettivo e interesse pubblico, infatti, che si coglie la distinzione tra *class action* e *public interest litigation*. Invero, sebbene come già accennato anche la *p.i.l.* americana ha origine da un conflitto tra privati, il provvedimento di accoglimento emesso a seguito dell'esperimento di tale rimedio produce effetti che si riverberano sull'intera comunità e, in ragione della sua capacità di influenzare il potere legislativo, determina i suoi effetti anche per il futuro.

L'ordinamento italiano conosce, inoltre, la nozione di azione popolare la quale, pur essendo spesso intesa in senso coincidente con quella di *class action*³⁵, si distingue profondamente da quest'ultima. Tra queste, il d. lgs. 267/2000, c.d. T.U.E.L., all'art. 9 disciplina l'azione con cui ciascun elettore può far valere in giudizio i ricorsi spettanti a Comuni e Provincia e, all'art. 70, quella promossa da qualsiasi elettore o chiunque vi abbia interesse e volta ad ottenere la decadenza del sindaco, del presidente della provincia o di un consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale.

Dette azioni, tuttavia, sono da molti considerate del tutto eccezionali nel panorama legislativo italiano, atteso che, da un lato, derogano al modello soggettivo del processo civile e amministrativo e al principio della legittimazione processuale, per cui chi agisce in giudizio deve essere titolare di un interesse personale, attuale, concreto, alla luce dell'art. 100 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 39 c. 1 c.p.a. Dall'altro, specularmente, riconoscono tutela ai c.d. interessi adespoti, consentendo una forma di controllo generalizzato sull'attività amministrativa, finalizzata ad una verifica sulla legalità, inammissibile nell'ordinamento interno³⁶.

In particolare, il concetto di azione popolare, affonda le sue radici nel diritto romano³⁷, in cui il rimedio processuale era stato definito, nel Digesto tratto dall'ottavo commentario dell'editto di Paolo, quale *eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur*³⁸. Tale definizione è stato oggetto di un'attenta disamina da parte della dottrina successiva, i cui esiti hanno influenzato non poco l'attuale nozione di *actio popularis* e, di conseguenza, la sua ammissibilità nel diritto odierno.

Al riguardo, secondo la tesi sostenuta da Savigny³⁹, poi ripresa da Mommsen⁴⁰, le azioni popolari del diritto romano avevano natura procuratoria, essendo esperite dal singolo cittadino, *quivis de populo*, quale rappresentante dell'interesse della collettività e non in quanto portatore di un interesse individuale.

³⁵ D. TANZA, *I fondamenti costituzionali delle azioni collettive: Class action ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2008, p. 2.

³⁶ R. CHIEPPA, V. LOPILATO, S. TENCA, *Giurisprudenza amministrativa 2012*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 15 e, in tal senso, anche Cons. di Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4544 e Cons. di Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657.

³⁷ Sull'*actio popularis* nel diritto romano cfr. M. GIANGIORGIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *Teoria e storia del diritto romano*, vol. V, 2012.

³⁸ Paul. 8 ad ed. D. 47.23.1.

³⁹ K. SAVIGNY, *Sistema attuale del diritto romano*, Torino, Utet, 1886, nonché *Id. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. II, Berlino, 1853, p. 314.

⁴⁰ T. MOMMSEN, *Die stadtrechte der latinischen gemeinden Salpensa und Malaca in der provinz Baetica*, in *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, vol. III, Leipzig, 1855 p. 361 ss.

Diversamente, Bruns⁴¹ considerava *actio popularis* solo quelle in cui l'attore agiva in nome proprio, al fine di tutelare un proprio diritto⁴² e, solo indirettamente, quello della comunità. Ciò in quanto il cittadino era parte integrante del Popolo romano e, di conseguenza, l'interesse della *res publica* coincideva con l'interesse personale del *civis*.

Orbene, tali teorie sottendono ad una ricostruzione dell'azione popolare che si ferma solo sull'aspetto della legittimazione, tanto da aver dato vita, con riguardo agli odierni strumenti processuali, alla canonica distinzione tra azioni suppletive e correttive⁴³. In specie, costituisce tipico esempio di azione suppletiva quella di cui all'art. 9 T.U.E.L. che consente agli elettori di sostituirsi all'Amministrazione inerte, mentre si considera correttiva quella ex art. 70 con cui il singolo agisce avverso la P.A., per far valere l'illegittimità della condotta della stessa. In tal senso, solo le azioni correttive possono configurarsi come vere e proprie *actio popularis*, posto che, relativamente a quelle suppletive, chi agisce lo fa in qualità di mero sostituto processuale o, più in generale, quale rappresentante dello Stato⁴⁴.

Tale impostazione, invero, ha sollecitato le critiche di chi osserva come, così sostenendo, lo Stato sarebbe legittimato passivo nel giudizio in cui è promossa l'azione correttiva e titolare effettivo della posizione giuridica fatta valere con quella suppletiva. Ne discendono effetti paradossali, atteso che proprio l'azione correttiva, intesa quale unica vera azione popolare, anziché essere tesa a tutelare il bene dell'intera collettività, costituirebbe strumento attribuito al singolo per far valere un proprio interesse contro la stessa organizzata nello Stato⁴⁵.

È opportuno, dunque, recuperare l'effettiva peculiarità dell'*actio popularis*, la quale non consiste nel consentire al *quivis de populo* di agire in giudizio, ma nella funzione di tutelare le esigenze della collettività, i c.d. "diritti pubblici diffusi"⁴⁶. In tal senso, appare condivisibile l'opinione di Fadda, che considera il soggetto che esperisce l'azione popolare quale portatore di un interesse che lo riguarda come individuo⁴⁷, atteso che "la qualità di membro della comunione dà a qualunque cittadino il diritto e gli impone l'obbligo di impedire e reprimere tutti quei fatti che importano la lesione dell'interesse generale"⁴⁸. Così configurata, la funzione dell'azione popolare è soddisfatta sia dall'art. 9 che dall'art. 70 T.U.E.L., in quanto entrambe espressione dello *ius civitatis*, atteso che nel primo caso l'attore esperisce l'azione

⁴¹ K. G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, vol. XXIX, 1882, p. 297.

⁴² Distinguendo da queste quelle previste da leggi e senatoconsulti, le quali avevano natura procuratoria. Al riguardo cfr. M. GIANGIORGIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., p. 21 ss.

⁴³ Distinzione risalente a A. CODACCI PISANELLI, *Le azioni popolari*, Marghieri, Napoli, 1887, p. 169. Sulla questione cfr. anche A. LUOGO, *Azione popolare (in generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 867 e F. TIGANO, *Le azioni popolari suppletive e correttive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 15.

⁴⁴ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in AA. VV., *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. II,3, a cura di V.E. Orlando, Milano, S.E.L., 1935, p. 274.

⁴⁵ A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, cit., p. 10.

⁴⁶ V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. I, Roma, Anonima romana editoriale, 1933, p. 117.

⁴⁷ C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, Torino, L'Erma di Bretschneider, 1894, p. 305, nonché F. P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "Actiones populares"*, Napoli, Jovene, 1991 p. 18.

⁴⁸ C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano*, cit., p. 320.

per contribuire alla corretta azione amministrativa e, nel secondo, per concorrere alla scelta degli amministratori con il voto⁴⁹.

Tale impostazione, peraltro, appare conforme al dettato costituzionale e, in particolare, non solo all'art. 24. che prevede il diritto di difesa, ma anche all'art. 54 che dispone il dovere di osservanza e fedeltà della Costituzione, nonché al dovere di solidarietà sociale cui all'art. 2.

Nondimeno, così configurata l'azione popolare ben può rappresentare la categoria in cui far confluire la *public interest litigation*, atteso che, coerentemente con l'impostazione sopra descritta, anche l'esperimento di tale ultimo rimedio è teso al soddisfacimento dell'interesse generale, seppur attraverso una maggior responsabilizzazione del ruolo del magistrato, il quale deve essere in grado di cogliere le istanze sociali sottese all'azione promossa.

Tanto vale non solo con riguardo a quei modelli di contenzioso pubblico, come quello indiano, caratterizzati da una legittimazione sostanzialmente aperta e che consentono di agire a chi è titolare di un mero *sufficient interest*, ma anche relativamente a quello americano, in cui legittimato è il titolare dell'interesse o del diritto fatto valere, nel senso più tradizionale dell'espressione⁵⁰.

La *p.i.l. made in U.S.A.*, infatti, condivide con l'*actio popularis* la finalità di soddisfare un interesse della comunità e, se importata in Italia, incontrerebbe anche i consensi del filone più tradizionalista che, coerentemente al modello processuale soggettivo, ritiene legittimato solo chi sia titolare di un interesse personale, attuale, concreto e, soprattutto, differenziato dalla collettività.

L'adozione della *public interest litigation* in Italia sarebbe quanto mai attuale, al fine di consentire la tutela dei *new commons*, i quali, come già accennato, costituiscono una nuova categoria di beni, che supera la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato, similmente a quelli oggetto di tutela dell'*actio popularis* romana⁵¹, le c.d. *res in usu publico*, oggetto di immediata utilizzazione da parte dei *cives* e nel cui godimento questi ultimi non possono essere frustrati⁵².

In particolare, sarebbe auspicabile che, in materia di *common goods*, legittimati ad agire in giudizio fossero i soggetti il giudice potesse definire

L'azione di pubblico interesse, dunque, appare idonea ad apprestare tutela ai beni comuni, in quanto strumento volto a consentire al singolo di rimediare efficacemente alla lesione di un proprio interesse, che lo coinvolge non in quanto individualmente considerato, ma quale soggetto appartenente alla comunità. Nondimeno, l'interesse della collettività appa-

⁴⁹ F. SATTA, Art. 9, in AA. VV., *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Romano, Padova, Cedam, 2006, p. 63 ss.

⁵⁰ In senso contrario M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, cit., p. 27.

⁵¹ Sull'attualità dell'*actio popularis* per la tutela dei beni comuni cfr. S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2012, pp. 222 ss. e A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, cit.

⁵² In questi termini *Ibid.*, p. 11.

re ancor più soddisfatto in ragione dell'idoneità del provvedimento giurisdizionale a trascendere la situazione soggettiva del singolo attraverso una formulazione in astratto, volta anche a sollecitare l'intervento del legislatore.

Al riguardo, tuttavia, non può sottacersi come il successo della P.I.L. negli Stati Uniti sia da ricondursi, tra l'altro, all'efficacia vincolante del precedente, propria degli ordinamenti di *common law* che, dunque, ben si coniuga con gli effetti *ultra partes* dell'istituto in oggetto. D'altra parte, questa circostanza non può, di per sé, escludere l'applicabilità dello stesso in un ordinamento *civil law*, specie alla luce del fenomeno sviluppatosi nell'ordinamento interno che vede le pronunce giurisprudenziali sempre più dotate di efficacia persuasiva, come dimostra la prassi, ormai consolidata, di citare, nel corpo delle sentenze, precedenti di legittimità e di merito a sostegno dell'interpretazione fornita.

Tanto, peraltro, vale ancor di più se si considera che la nascita dell'Unione Europea ha determinato la contestuale applicazione di tecniche di *civil law e common law*, imponendo, di conseguenza, la costante collaborazione tra ordinamenti con esperienze giuridiche differenti.⁵³

Per di più, l'adesione dell'Italia all'U.E. e alla comunità internazionale ha comportato l'entrata, nell'ordinamento interno, del c.d. *soft law*, il quale, laddove non si limiti a riprodurre o precisare il contenuto di atti vincolanti, acquista la medesima efficacia persuasiva propria dei precedenti giudiziari⁵⁴.

Del resto, similmente a quanto avvenuto in U.S.A., anche in Italia si assiste al fenomeno dell'attivismo giudiziario e, in particolare, ad una magistratura tendente a travalicare i limiti delle proprie attribuzioni, per ingerirsi in quelle del legislativo. Tuttavia, le ragioni alla base dell'affermarsi di detto fenomeno non risiedono esclusivamente nell'inadeguatezza del potere legislativo di farsi carico delle istanze sociali, ma in una vera e propria inerzia del legislatore che, di conseguenza, lascia ampi spazi di manovra al giudice⁵⁵.

A ciò si aggiunga che l'adesione dell'Italia all'Unione Europea ha determinato la rinuncia da parte della prima ad una quota della propria sovranità, contribuendo all'indebolimento del potere legislativo che, di conseguenza, deve spesso confrontarsi con i vincoli sovranazionali⁵⁶.

In altri casi, peraltro, il legislatore ha rinunciato al potere di disciplinare peculiari settori, preferendo devolvere tale compito alle c.d. autorità indipendenti, alla luce, per un verso, della sensibilità degli interessi coinvolti, spesso aventi rilievo costituzionale, per altro dell'elevato tasso di tecnicismo delle materie, nonché in ragione del fenomeno di privatizza-

⁵³ A. PIZZORUSSO, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. II, 2007, p. 11.

⁵⁴ G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, vol. II, 2016, p. 4.

⁵⁵ Sul punto cfr. M. R. FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, cit., p. 114.

⁵⁶ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, p. 3.

zione, prima formale e poi sostanziale, degli anni novanta con cui lo Stato ha preferito ritirarsi dalla gestione diretta di numerosi servizi pubblici⁵⁷.

Specularmente, il potere giudiziario tende ad estendere sempre più i confini delle proprie funzioni, specie se si considera il ruolo creatore della giurisprudenza, derivante dalla presenza di lacune normative e dalla frequente ambiguità di formule legislative⁵⁸, dinanzi alle quali il giudice non può far altro che pronunciarsi, anche in omaggio al divieto, pacificamente riconosciuto, di *non liquet*. In tale contesto, dunque, le differenze tra sistemi di *common law* e di *civil law* tendono ad assottigliarsi sempre più nella misura in cui il provvedimento giurisdizionale tende ad assumere le vesti di fonte del diritto, anche quando non proveniente dalla Corte Costituzionale e a mostrare, come già evidenziato, i connotati del precedente vincolante.

D'altra parte, è interessante notare come il potere giudiziario si sia spinto, recentemente, anche ad individuare limiti al potere esecutivo. Al riguardo, peculiare è la tendenza del giudice amministrativo, nell'ambito delle controversie avente ad oggetto l'annullamento di un atto, a ridurre la possibilità della P. A. di riesercitare il proprio potere, in omaggio all'evoluita teoria della formazione progressiva del giudicato la quale sottende ad una nuova prospettiva del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto o, in presenza di discrezionalità amministrativa, come giudizio verso il rapporto⁵⁹.

Il contesto ordinamentale così ricostruito, dunque, si presta a rappresentare terreno fertile per il prosperare della *public interest litigation* in Italia, mostrando un potere giudiziario disponibile a farsi portatore delle esigenze della collettività.

Nondimeno, il riconoscimento dell'azione popolare e, più in particolare, della *p.i.l.* quale strumento di tutela dei beni comuni costituisce esercizio di democrazia partecipativa, in virtù del quale i cittadini intervengono nei processi d'azione delle istituzioni, sebbene il contatto tra tali due soggetti non sia diretto.

Al riguardo, infatti, va evidenziato che, negli ultimi anni, il principio di democrazia partecipativa ha trovato cittadinanza nell'ordinamento interno, specie alla luce della l. cost. 3/2001 che, nel riformare il tit. V, ha modificato l'art. 118 introducendo il c.d. principio di sussidiarietà, in virtù del quale spetta allo Stato e agli altri enti locali favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, anche in omaggio al principio di solidarietà ex art. 2 Cost. Al riguardo, tuttavia, è bene evidenziare come la democrazia partecipativa vada distinta sia da quella rappresentativa, caratterizzata dal meccanismo della delega, che da quella diretta, nella quale i cittadini, seppur episodicamente, esercitano la sovranità⁶⁰. Piuttosto, l'insufficienza di tali due ultimi modelli, frutto dei mutamenti storico-sociali di cui ha preso atto anche il legislatore costituzionale, rende necessario che gli stessi siano

⁵⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 725.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti di diritto*, Torino, Utet, 1992, pp. 89 e 90.

⁵⁹ Per un'analisi *funditus* della questione cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 170 ss.

⁶⁰ M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa* in Osservatorio Costituzionale, fasc. 3/2016 p. 5.

integrati con il principio in parola, al fine di garantire la qualità delle decisioni attraverso l'inclusione dei cittadini nel relativo processo.⁶¹

In tal senso, dunque, la *p.i.l.* rappresenterebbe uno strumento di democrazia partecipativa, seppur atipico. Attraverso l'esercizio di detto strumento processuale, infatti, i cittadini potrebbero coadiuvare la P.A. nell'amministrazione efficiente della cosa pubblica, seppur non direttamente.

Con il contenzioso di interesse pubblico, infatti, il contatto tra cittadini e istituzioni è mediato dall'intervento del potere giurisdizionale il quale, come chiarito, raccoglie le istanze della comunità e sollecita l'intervento del potere legislativo⁶².

Così intesa, la *public interest litigation* si presta a tutelare efficacemente il bene comune considerato non solo in senso patrimonialistico, ma anche come valore posto alla base della Costituzione italiana⁶³ e al cui raggiungimento la protezione dei *commons* è tesa.

⁶¹ A. VALASTRO, ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2016 p. 11.

⁶² M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, cit., p. 19.

⁶³ S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, cit. pp. 62 ss.