

L'EFFICIENZA DELLA P.A. E LE NUOVE NORME PER IL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Marco Lipari

1. Premessa. Le ragioni dell'intervento: giustizia amministrativa ed efficienza del sistema pubblico.
2. Gli interventi urgenti sul processo amministrativo.
3. L'informatizzazione del processo amministrativo.
4. Il ridimensionamento degli oneri formali nelle procedure di gara. Le ricadute processuali della nuova disciplina
5. Le innovazioni riguardanti il rito speciale in materia di contratti pubblici (art. 120 del codice del processo): conferma del disegno originario del codice e ulteriori accelerazioni.
6. L'accelerazione della formazione e pubblicazione della decisione. la forma semplificata della pronuncia.
7. I tempi dell'udienza di discussione: accelerazione o "precipitazione"?
8. La fissazione dell'udienza di discussione: un ritorno all'impostazione del decreto n. 53/2010 e dell'articolo 245 del codice dei contratti pubblici?
9. La fissazione dell'udienza accelerata ai sensi dell'art. 119, comma 3 è ancora possibile?
10. I limiti della "accelerazione assoluta" del giudizio di merito e del ridimensionamento del rito abbreviato previsto dall'art. 119, comma 3.
11. Il diritto di difesa delle parti e i termini per la produzione di documenti, memorie, repliche. la necessaria correzione dell'art. 120, comma 6.
12. Il decreto di fissazione dell'udienza e la sua comunicazione alle parti.

13. Il rinvio dell'udienza di discussione per esigenze istruttorie. il limite temporale di trenta giorni.

14. La nuova disciplina delle misure cautelari. l'efficacia subordinata alla prestazione di una cauzione.

15. Il limite di durata delle misure cautelari.

16. La decisione del giudice. il nuovo termine di venti giorni per il deposito della sentenza completa di motivazione.

17. La pubblicazione anticipata del dispositivo della sentenza: abbreviazione dei termini e istanza di parte.

18. La disciplina transitoria e il nuovo rito di cui all'art. 120.

19. Il contrasto all'abuso del processo. la condanna di ufficio nei casi di decisione basata su "ragioni manifeste".

20. Qual è la portata innovativa concreta della norma sull'*abuso di processo*?

1. PREMESSA. LE RAGIONI DELL'INTERVENTO: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA ED EFFICIENZA DEL SISTEMA PUBBLICO.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (in *G.U.* n. 144 del 24 giugno 2014 e in vigore dal giorno successivo, 25 giugno 2014), recante "*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*" contiene numerose disposizioni riguardanti, in modo diretto o indiretto, l'organizzazione e l'attività della giustizia amministrativa.

È un'impostazione pienamente condivisibile: l'efficienza della pubblica amministrazione è un obiettivo realizzabile solo con il concorso determinante di una giustizia amministrativa adeguata. Ma vale anche la proposizione inversa: una tutela giurisdizionale moderna e rapida può realizzarsi solo agendo, preventivamente, sull'amministrazione e sui suoi procedimenti, riducendo le occasioni di contenzioso.

In questo quadro si collocano, in particolare, le apposite norme racchiuse nel titolo IV, concernente le "*misure per lo snellimento del processo amministrativo e l'attuazione del processo civile telematico*" e, segnatamente, nel capo I (articoli 38 e seguenti), dedicato proprio al processo amministrativo.

Si tratta di norme riferite a molteplici segmenti del processo e persino a fasi sostanziali dei procedimenti (come spesso avviene negli interventi normativi di urgenza), ma strettamente collegate tra di loro, nel segno della finalità unitaria di assicurare una maggiore rapidità al giudizio.

Ad una logica profondamente diversa sembrano ispirate le altre disposizioni riguardanti il processo o l'ordinamento della giustizia amministrativa contenute, non a caso, in altre parti del decreto legge, ma che pure presentano effetti di notevole peso nel sistema.

Anche queste regole sono destinate a influire profondamente sull'apparato della giustizia amministrativa, ma attengono, più propriamente, ai profili strutturali dell'ordinamento degli uffici e allo stato giuridico del magistrato.

Così le disposizioni riguardanti il "ricambio generazionale" nel settore pubblico determinano una drastica revisione della disciplina del trattenimento in servizio, coinvolgendo anche le magistrature. La finalità di tale disciplina è, appunto, quella di "ringiovanire" tutti gli uffici pubblici, nel quadro di una finalità di carattere generale, volta a sostenere le nuove generazioni.

Anche la soppressione di tutte le Sezioni staccate dei TAR si inserisce in un programma di accorpamento e di riduzione degli uffici pubblici di ampio respiro. Si tratta, in questo caso, di un obiettivo generale che, allo stato, sembra considerato prevalente anche rispetto alle specifiche esigenze organizzative e funzionali del plesso della giustizia amministrativa.

Ancora più circostanziate sono le disposizioni concernenti il sindacato (ridotto) del giudice amministrativo sui provvedimenti adottati dal Consiglio Superiore della Magistratura e la sottoposizione al rito accelerato previsto dall'art. 119 del codice del processo: la scelta del legislatore in questo ambito si connette a valutazioni tutte programmaticamente orientate ad assicurare la massima funzionalità all'operato dell'organo di autogoverno della magistratura ordinaria. La soluzione adottata presenta probabili profili di disallineamento dalle coordinate costituzionali in materia di tutela giurisdizionale: anche per tale motivo la disciplina deve considerarsi di

portata eccezionale e certamente non espressiva di una tendenza generale dell'ordinamento.

Infine, le regole più severe e stringenti sul regime di autorizzabilità degli incarichi conferiti ai giudici amministrativi proseguono l'attuazione di decisioni politiche espresse dalla maggioranza parlamentare con estrema chiarezza, senza toccare l'attività giurisdizionale in senso stretto.

2. GLI INTERVENTI URGENTI SUL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Le norme contenute nel titolo IV, capo I, del decreto legge n. 90/2014 mirano, invece, ad affrontare, in modo diretto, alcuni dei temi caldi del processo amministrativo.

Il disegno complessivo del “pacchetto” contenuto negli articoli 38 e seguenti, ad una prima lettura, si presta ad una valutazione largamente positiva.

Va giudicata con favore, evidentemente, l'attenzione concreta del Governo per le modalità di svolgimento del processo amministrativo, nell'obiettivo di realizzare un ulteriore incremento di efficienza di un settore già caratterizzato, negli ultimi anni, da incoraggianti segnali di intensa produttività e di elevata qualità.

Molto positiva è anche la stringente coerenza – e concretezza - delle misure proposte. Sotto un profilo “soggettivo”, tutti i protagonisti del “sistema giustizia amministrativa” sono chiamati, in qualche misura, a svolgere un ruolo attivo nel segno dell'ammodernamento del processo. È appena il caso di osservare, peraltro, che nella logica dello “sforzo comune” di miglioramento della giustizia amministrativa sarebbe auspicabile un coinvolgimento preventivo più costruttivo con tutti i soggetti coinvolti.

a) In primo luogo, il Governo stesso si autovincola a varare, in tempi rapidissimi le regole tecniche necessarie per il concreto avvio del processo amministrativo telematico. È pur vero che, nel quadro ordinamentale di accentuata autonomia amministrativa e organizzativa dei TAR e del Consiglio di Stato, la

responsabilità materiale per una sollecita elaborazione delle regole grava, senz'altro, almeno in prima battuta, sulle strutture del Segretariato della Giustizia Amministrativa e del Consiglio di Presidenza. Tuttavia, la “responsabilità politica” di concludere l'edificazione della base normativa necessaria per l'avvio del processo telematico spetta alla Presidenza del Consiglio.

b) Tutte le amministrazioni – stazioni appaltanti - sono chiamate a svolgere un delicato compito di prevenzione sostanziale delle liti (almeno nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici), attraverso un radicale ampliamento del dovere di soccorso istruttorio e di completa sterilizzazione degli adempimenti formali “non essenziali”, imposti ai concorrenti.

c) Il giudice amministrativo è investito del dovere di accelerare, ancora di più, la fase di definizione del giudizio, nel settore di contratti pubblici, secondo nuove cadenze temporali certe e veloci. I termini previsti sono destinati ad esaltare la capacità del giudice amministrativo italiano di realizzare la rapida definizione delle controversie, anche ben al di là degli standard delle altre giurisdizioni europee.

d) Le parti (essenzialmente i soggetti privati ricorrenti, ma non solo loro) sono responsabilizzate sul costo reale del processo amministrativo. Così, nel “rito appalti” di cui all'art. 120 del codice del processo, si prevede la cauzione quale necessaria condizione di efficacia della misura cautelare e si prevede, in generale, una (formalmente) nuova sanzione per l'*abuso di processo*.

Nel complesso, quindi, le norme in commento, vanno in una direzione condivisibile. Va da sé, però, che, toccando materie e istituti particolarmente sensibili, le disposizioni richiedono un'attenta analisi, necessaria per consentirne un'applicazione chiara e in linea con il fine di semplificazione perseguito.

Può essere utile, quindi, presentare alcune considerazioni, “a prima lettura”, sulle soluzioni adottate, evidenziando, ove occorra, alcuni possibili criticità.

3. L'INFORMATIZZAZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

L'art. 38, dedicato al processo amministrativo digitale, non sembra suscitare particolari problemi applicativi o di interpretazione. Il suo scopo è quello di sbloccare uno stallo operativo che dura da troppi anni: il codice del processo, entrato in vigore nel settembre 2010 prefigurava già un'ampia informatizzazione del giudizio, demandando la concreta realizzazione del disegno alla adozione di apposite regole tecniche.

Nonostante gli importanti passi avanti compiuti, però, dopo quasi quattro anni, non è stato ancora adottato l'atto indispensabile per varare il processo telematico.

Secondo la norma, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 13 dell'Allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, è adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso. Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e l'Agenzia per l'Italia digitale devono rendere il loro avviso entro trenta giorni dalla richiesta, decorsi i quali si può procedere in assenza dello stesso.

Strettamente collegata a questa previsione “programmatica” è la norma di cui all'art. 42, di immediata applicazione, riguardante le comunicazioni e le notificazioni per via telematica nel processo amministrativo.

La norma, attraverso la tecnica, per la verità un po' criptica, del rinvio all'articolo 16 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, estende al processo amministrativo la disciplina dettata per il giudizio civile, in materia di “Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica”.

La norma è molto utile, perché il “rinvio esterno” di cui all'art. 39 del codice del processo amministrativo è formulato in modo tale da non chiarire quali disposizioni speciali del processo civile siano effettivamente applicabili in questo settore così rilevante nella prassi concreta di funzionamento degli uffici giudiziari.

La nuova norma scioglie ogni dubbio al riguardo ed indica analiticamente le disposizioni ora operanti anche nei giudizi amministrativi.

Si tratta di regole particolarmente innovative, per la cui applicazione è auspicabile che gli uffici e le parti prestino, sin da subito, il massimo impegno e attenzione.

Basta evidenziare, al riguardo, che, secondo la normativa richiamata, le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Inoltre, in base al comma 6, le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario.

Si deve però tenere conto, realisticamente dei termini brevissimi che ora caratterizzano il giudizio amministrativo, specie nelle materie “sensibili” (controversie di cui agli articoli 119 e 120; ricorsi elettorali), per disciplinare in modo ragionevole anche gli orari nei quali le notifiche e le comunicazioni devono ritenersi effettivamente pervenute, tenendo conto degli orari di apertura degli uffici pubblici.

In questa direzione, si deve convenire con la proposta, diretta ad assicurare una indispensabile salvaguardia del diritto di difesa e del principio di parità delle armi, secondo la quale una comunicazione o una notifica trasmessa a mezzo PEC, o con altri strumenti telematici, compreso il fax, avvenuta dopo un orario previamente determinato, e corrispondente a quello medio di chiusura degli uffici pubblici deve reputarsi come effettuata al momento della riapertura.

4. IL RIDIMENSIONAMENTO DEGLI ONERI FORMALI NELLE PROCEDURE DI GARA. LE RICADUTE PROCESSUALI DELLA NUOVA DISCIPLINA.

Di straordinario interesse è la previsione dell'art. 39 del decreto legge, relativa agli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici.

La norma novella il codice dei contratti pubblici, inserendo, anzitutto, nell'art. 38, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, un nuovo, complesso, comma 2-bis.

È novellato, poi, anche l'articolo 46 dello stesso codice, mediante l'inserimento di un nuovo comma 1-ter, secondo il quale «. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.».

Il nuovo articolo 38, comma 2-bis, prevede che: «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.

In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.

Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.»

È significativo che, in un capo dedicato formalmente al “processo amministrativo”, si collochi una disposizione destinata ad operare nella fase sostanziale di selezione dei contraenti. Ciò appare ancora più importante, sotto il profilo sistematico, considerando che, all’interno del decreto legge, numerose disposizioni regolano, più specificamente altre fasi sostanziali della procedura.

La scelta si spiega non tanto per il riferimento, contenuto nell’ultimo periodo, alle variazioni della platea dei concorrenti conseguenti ad una pronuncia giurisdizionale, quanto per la realistica constatazione che una seria deflazione e accelerazione del contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici parte, in primo luogo, da una chiara semplificazione delle procedure sostanziali.

La norma intende modificare una linea di tendenza ormai radicata nel nostro ordinamento e nel suo diritto vivente, tesa a concentrare una parte consistente del contenzioso in materia di contratti pubblici nella valutazione dei requisiti meramente formali di partecipazione dei concorrenti: in particolare sulla corrispondenza alle prescrizioni del bando delle dichiarazioni e dei documenti allegati alla domanda di ammissione.

Il disegno prefigurato dalla norma è piuttosto lineare e privo di contraddizioni, almeno nelle linee di fondo dell’intervento:

in nessun caso una violazione meramente formale di questo tipo, riferita alla omissione o carenza di una “dichiarazione” è sufficiente per giustificare l’esclusione del concorrente dalla gara.

Infatti, l’amministrazione dovrà valutare, in primo luogo, se la carenza documentale accertata sia qualificabile come irrilevante o se, al contrario, essa debba considerarsi essenziale.

Nel primo caso, il procedimento di gara continua a svolgersi regolarmente e la mancanza riscontrata non può determinare l'invalidità degli atti, né provocare altra conseguenza sfavorevole al partecipante.

Nel secondo caso, qualora la carenza sia ritenuta *essenziale*, la stazione appaltante non potrà comunque disporre l'immediata esclusione del concorrente.

L'amministrazione dovrà invece, esercitare il *dovere di soccorso* istruttorio, ferma restando la sottoposizione dell'impresa al pagamento di una sanzione.

In ogni caso, poi, le esclusioni disposte dall'amministrazione o derivanti da una pronuncia del giudice non influiscono sulle operazioni di gara (calcolo della soglia di anomalia, ecc.).

Questa previsione specifica ha lo scopo evidente di stigmatizzare un contenzioso tutt'altro che trascurabile sotto il profilo quantitativo, con cui determinati concorrenti contestano la legittimità dell'ammissione o dell'esclusione dalla gara di imprese che non avrebbero alcuna chance di aggiudicarsi l'appalto, ma la cui partecipazione influisce sull'esito della procedura.

Anche al di là del suo contenuto di dettaglio, dunque, la norma intende riaffermare e sviluppare un principio sostanzialmente non nuovo, volto a ridimensionare la portata invalidante di violazioni meramente procedurali, secondo una logica omogenea a quella sancita nell'articolo 21-octies, comma 2.

Resta fermo, infatti, che, ora, le imprese saranno soggette alla verifica inerente il possesso "sostanziale" dei requisiti necessari: aspetto non certo irrilevante del contenzioso, ma che si collega, appunto alla realizzazione dell'interesse pubblico (e della stazione appaltante) ad affidare il contratto al soggetto in possesso della indispensabile capacità tecnica ed economica e dei fondamentali requisiti morali.

Deve essere chiaro che la riduzione del contenzioso potrebbe non essere, a conti fatti, quantitativamente molto ampia. Anzi, in una prima fase applicativa si dovranno scontare non poche inevitabili incertezze applicative. Ma l'indirizzo volto alla drastica riduzione di contenziosi "cartacei" e cavillosi è evidente.

Allo stato, non risulta compiuto alcuno studio statistico e analitico, diretto a “quantificare” e classificare, con precisione, l’effettiva tipologia delle controversie in materia di appalti. È ragionevole ritenere, però, che una fetta non trascurabile si incentra sulla asserita difformità della documentazione prodotta dalle parti rispetto alle previsioni della *lex specialis* di gara.

La concreta applicazione della norma, tuttavia, potrà presentare qualche criticità.

Anzitutto, proprio la definizione della linea di confine tra le difformità essenziali, rispetto a quelle non essenziali o non indispensabili, potrebbe diventare molto difficile da stabilire a priori. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili

Potrebbe essere opportuno, allora, stabilire per entrambe le categorie l’obbligo dell’invito alla regolarizzazione, circoscrivendo la sanzione ai soli casi gravi.

Ci si deve chiedere, poi, se esista spazio per individuare carenze formali talmente macroscopiche delle dichiarazioni, da non giustificare nemmeno l’esercizio del potere di soccorso: si pensi al caso limite di domande di partecipazione prive radicalmente di qualsiasi autodichiarazione.

Ma la norma risulta assai perentoria nella previsione di un ambito applicativo riferito alla mancanza (quindi anche totale) delle dichiarazioni prescritte. Ne deriva che il soccorso istruttorio si dovrebbe estendere anche a tali ipotesi, salvo valutare se le sanzioni possano essere aumentate in funzione della pluralità e gravità delle stesse.

In questo senso, la previsione dell’ultimo periodo, seppure finalizzata a velocizzare le operazioni di gara e, soprattutto, a impedire che si possa contestare l’ammissione o l’esclusione di un soggetto terzo, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, non convince pienamente, perché potrebbe determinare la patologia opposta, consentendo una preventiva influenza sul procedimento di gara, al prezzo di sole sanzioni pecuniarie, mediante la domanda di partecipazione di soggetti sicuramente disinteressati.

Ancora più preoccupante è la considerazione che, secondo una possibile interpretazione letterale, la norma, riferendosi a tutti i tipi di “modifica” della lista dei partecipanti, anche per effetto di una pronuncia giurisdizionale, potrebbe avallare anche partecipazioni di soggetti privi dei requisiti sostanziali di moralità, finalizzata proprio alla modifica del leale gioco della concorrenza.

È allora auspicabile che, in questa parte, la norma venga intesa restrittivamente come riferita alle sole variazioni dipendenti da carenze essenziali, ma di tipo formale.

Passando alla valutazione delle questioni più squisitamente processuali prospettate dalla norma, occorre evidenziare, in primo luogo che non vi dovrebbero essere dubbi in ordine alla sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla sottoposizione al rito specialissimo di cui all’art. 120, anche nei casi in cui l’interessato contesti la sola sanzione pecuniaria, senza impugnare gli atti della procedura di gara.

Ci si potrebbe interrogare poi, sull’ammissibilità di un ricorso proposto immediatamente contro la richiesta di regolarizzazione.

Sotto il profilo del diritto intertemporale, la norma è molto chiara nello stabilire, al comma 3, che le nuove disposizioni di cui ai commi 1 e 2 “si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.”

Non si può escludere, tuttavia, che la nuova disciplina sia considerata, già in sede interpretativa, come un elemento immediatamente rilevante per depotenziare la rilevanza di difformità meramente formali e per ampliare lo spazio applicativo del dovere di soccorso, ancorché gli indirizzi più recenti del Consiglio di Stato sembrano piuttosto prudenti in ordine alla possibilità di allargare l’ambito operativo della regolarizzazione.

5. LE INNOVAZIONI RIGUARDANTI IL RITO SPECIALE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI (ART. 120 DEL CODICE DEL

PROCESSO): CONFERMA DEL DISEGNO ORIGINARIO DEL CODICE E ULTERIORI ACCELERAZIONI.

L'articolo 40 del decreto legge contiene particolari misure per l'*ulteriore accelerazione* dei giudizi in materia di “*appalti*” pubblici. Si intende, ovviamente, che, nonostante la dizione atecnica della rubrica, l'ambito applicativo della norma concerne, nella sua interezza, il rito di cui all'art. 120, comprendente tutte le controversie in materia di procedure relative ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e non solo gli *appalti* in senso stretto.

Molto opportunamente, il legislatore opera con la tecnica della novella all'art. 120 del codice del processo, al quale modifica, sostituisce o aggiunge alcuni commi.

Ciò agevola la comprensione delle innovazioni apportate alla disciplina e conferma la sostanziale condivisione delle linee di fondo in cui si situa il “rito specialissimo” dell'art. 120, derivante da una complessa e lunga stratificazione normativa, risalente almeno alla formulazione dell'articolo 19 del decreto legge n. 135/1997 e sviluppatasi in modo non sempre lineare, sotto le spinte contrastanti della pienezza di tutela delle imprese, da un lato, e della salvaguardia degli interessi pubblici alla rapida esecuzione dei contratti, dall'altro.

Va poi considerato che, in questo particolare settore, sono determinanti i vincoli imposti dal diritto europeo, che delimitano lo spazio riservato al legislatore nazionale.

In sintesi, le modifiche portate dal decreto legge n. 90/2014 riguardano:

- a) i termini di celebrazione dell'udienza di merito;
- b) la tutela cautelare;
- c) i termini di formazione e pubblicazione della sentenza che definisce il giudizio.

6. L'ACCELERAZIONE DELLA FORMAZIONE E PUBBLICAZIONE DELLA DECISIONE. LA FORMA SEMPLIFICATA DELLA PRONUNCIA.

Il comma 6 dell'art. 120, ora riformulato, mira ad abbreviare e rendere più certa la fase decisoria del giudizio, regolando, in particolare, le attività del giudice dirette alla definizione, nel merito, del processo.

La disposizione esordisce stabilendo che "*Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata(..)*"

La prima novità, quindi, consiste nello stabilire, ora, che la forma semplificata diventa la regola assoluta di redazione della sentenza, che non ammette più eccezioni, o riserve, come previsto, invece dal comma 10 dello stesso art. 120. Secondo tale originaria previsione, invece, la sentenza è redatta nelle forme dell'art. 74, ma solo "*ordinariamente*": un principio di massima, suscettibile di adattamento ai casi concreti.

L'avverbio "comunque", utilizzato dalla nuova norma, indica adesso la doverosità, generalizzata, della redazione secondo modalità di sintesi e di semplificazione.

Si deve subito notare, al riguardo, che, per un evidente difetto di coordinamento testuale, proprio il comma 10 dell'art. 120 non è stato modificato: in sede di conversione si dovranno compiere i necessari aggiustamenti redazionali per eliminare questa contraddizione lessicale.

La nuova disposizione (diversamente dal comma 10) non richiama espressamente le "*forme*" dell'articolo 74 del codice, dedicato specificamente alla "*sentenza in forma semplificata*". Si può ritenere, però, che il rinvio riguardi senz'altro, la disciplina di cui all'art. 74, secondo periodo: "*La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.*"

È invece da ritenere non applicabile la previsione del primo periodo, secondo cui, in termini generali, la sentenza in forma semplificata è ammessa solo nei casi in cui il giudice "*ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*". La forma semplificata

deve essere utilizzata, pertanto, anche nelle ipotesi in cui l'esito della controversia non risulti, *prima facie*, evidente.

Ad una prima lettura, però, la nuova “prescrizione” della forma semplificata non sembrerebbe, al momento, caratterizzata da particolari profili di effettività. Resta fermo il forte segnale di accelerazione e di semplificazione nella fase di stesura della pronuncia.

È palese, infatti, che la redazione di una sentenza in forma “estesa”, anziché semplificata, non costituirebbe in alcun modo ragione di invalidità della pronuncia, né potrebbe costituire fonte alcuna di responsabilità per il giudice. Semmai, le parti dovrebbero ricavare vantaggi da una motivazione più sviluppata e approfondita (a meno che non sia violato il canone generalissimo di chiarezza e sinteticità stabilito dall'articolo 3, comma 2).

D'altro canto, il vero confine tra la sentenza in forma semplificata e la sentenza ordinaria, considerando l'ampiezza del registro “stilistico” delle pronunce del giudice amministrativo, è alquanto labile e da taluno messo decisamente in discussione.

Si consideri, infatti, che l'art. 88 del codice del processo amministrativo, al comma 2, lettera d), prevede già, in termini generali, che anche la motivazione “ordinaria” della sentenza consiste nella “*concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi*”.

Il canone di sinteticità, poi, oltre ad essere espressamente già sancito e rafforzato, per il rito speciale, dall'art. 120, comma 10, costituisce uno dei principi generalissimi del processo, affermato dall'articolo 3, comma 2 (“*il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*”).

“Concisione” e “sinteticità” indicano concetti non troppo distanti da quello della “semplificazione formale”: pertanto, è lecito interrogarsi sulla reale portata innovativa della disposizione.

Per dare efficacia alla nuova previsione (e, in generale, per incoraggiare la redazione di sentenze in forma “realmente” semplificata) si potrebbe sostenere che la motivazione semplificata consente l'utilizzazione più larga della tecnica

dell'assorbimento dei motivi e delle eccezioni. In tal modo, si ridimensionerebbe la rilevanza dell'errore revocatorio sugli atti processuali, assicurando maggiore stabilità alla sentenza in forma semplificata.

Ma il punto richiederebbe una più cauta analisi, perché andrebbe respinta ognia lettura in chiave limitatrice degli strumenti di tutela assegnati alla parte per contestare una sentenza sfavorevole.

È probabile, semmai, che una sentenza abbreviata del TAR corra maggiori rischi di appello, poiché il mancato esame di tutte le deduzioni difensive proposte potrebbe convincere la parte a riproporle dinanzi al Consiglio di Stato.

Dovrebbe essere affermato con nettezza, in ogni caso, il principio secondo cui la forma semplificata individua un criterio concreto di valutazione della diligenza e della laboriosità del giudice, rilevante ai fini della esclusione o della attenuazione della eventuale responsabilità civile e disciplinare per i possibili ritardi nel deposito delle decisioni.

Ma anche questo aspetto richiederebbe maggiore attenzione e approfondimento, considerando il dibattito relativo alla possibile – da tutti auspicata – tipizzazione normativa dell'illecito disciplinare del giudice amministrativo e alle incerte prospettive della responsabilità civile dello Stato e del giudice derivante dall'esercizio dell'attività giurisdizionale. Senza dire che il “peso specifico” delle sentenze in forma semplificata costituisce oggetto di un dibattito molto acceso anche nella prospettiva di definizione del carico di lavoro ottimale dei giudici amministrativi.

A considerazioni più articolate potrebbe prestarsi la stessa scelta legislativa di imporre, in modo così drastico, la “forma semplificata”. Oltre lo scopo immediato di accelerazione della formazione della decisione, si potrebbe intravedere un rimprovero velato verso decisioni troppo “elaborate” e “dotte”: la sentenza sembra considerata come uno strumento di complicazione, anziché di risoluzione dei problemi legati alle procedure di affidamento dei contratti.

Ma è fin troppo evidente che, normalmente, la lunghezza e l'articolazione della decisione sono direttamente proporzionate al numero delle questioni proposte e alla loro oggettiva difficoltà. Non sono sfoggio di erudizione del giudice, ma conseguenza obiettiva del tipo di contenzioso affrontato.

Va notato che, in ambito europeo, le pronunce del giudice amministrativo italiano sono studiate con particolare interesse, perché ritenute assai prossime al punto di equilibrio ideale tra la chiarezza e trasparenza del percorso argomentativo svolto, e l'approfondimento e completezza della motivazione.

Insomma, si ha l'impressione che in un terreno così complesso come quello delle tecniche di redazione delle sentenze, bisognerebbe vagliare tutti i profili dell'attività decisoria, senza attestarsi su soluzioni rigide e discutibili.

La assoluta inderogabilità della forma semplificata è ancora più difficile da giustificare nei giudizi di appello o di revocazione, che, al contrario, dovrebbero esigere, di regola, un approfondimento motivazionale adeguato. Senza considerare, poi, l'esigenza di conservare la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato (ma, sempre più spesso, anche dei TAR). Una sentenza "estesa", chiara e precisa, potrebbe certamente impegnare molto più di una motivazione semplificata, ma avrebbe il pregio di agevolare il futuro lavoro di altri giudici. Si realizzerebbe, in tal modo, una preziosa funzione deflattiva del contenzioso, orientando le condotte delle parti e delle stazioni appaltanti già nella fase sostanziale di svolgimento del procedimento.

Stando alla lettera della disposizione, che non ammette eccezioni di sorta, persino la decisione dell'Adunanza Plenaria dovrebbe essere redatta in forma semplificata.

In questa prospettiva, si deve considerare anche che, per il giuoco di rinvii interni all'art. 120, nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato non sarebbero applicabili le nuove norme acceleratorie sulla pubblicazione del dispositivo e della motivazione, di cui al nuovo comma 9, riferite al solo processo di primo grado, dinanzi al TAR.

Questa differenza è certamente giustificata dalla maggiore complessità fisiologica del secondo e (salvi i profili di giurisdizione) ultimo grado di giudizio, svolto dinanzi al Consiglio di Stato.

Un tempo ragionevolmente più lungo per la redazione della sentenza potrebbe, del resto, attenuare il fenomeno della diffusione del giudizio di revocazione, che, non di rado, trova fertile terreno di coltura proprio in motivazioni molto schematiche e sommarie.

7. I TEMPI DELL'UDIENZA DI DISCUSSIONE: ACCELERAZIONE O "PRECIPITAZIONE"?

Particolarmente incisiva e innovativa risulta invece la previsione concernente il termine di celebrazione dell'udienza, stabilito, ora, nel brevissimo tempo massimo di soli trenta giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti intimato: secondo il nuovo comma 6 dell'art. 120, il giudizio è definito *“ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”*.

Si supera, così, la formula generica della “assoluta priorità” della fissazione dell'udienza, stabilita dall'originario comma 6 dell'art. 120, che, oltre tutto, appariva mal coordinato con le disposizioni generali concernenti la fissazione dell'udienza di discussione dei ricorsi. Secondo la vecchia formulazione: *“Quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'articolo 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'articolo 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità”*.

Nella prassi concreta, la vecchia norma, pur manifestando un principio di accelerazione, non assicurava né la certezza dei tempi di esame del ricorso né la loro effettiva celerità. L'esigenza di incidere su questo aspetto del processo è quindi reale. La soluzione prescelta dal decreto legge, tuttavia, non è convincente.

L'accelerazione si trasforma in precipitazione e fa sorgere un groviglio di nuove disfunzioni applicative, a cui occorre dare rimedio.

La passata dizione avrebbe dovuto essere intesa nel senso che, in ogni caso, l'udienza andasse effettivamente fissata "subito", vale a dire nella prima udienza utile dopo la scadenza dei termini dilatori previsti a tutela delle parti, garantendo una celerità massima nella definizione del giudizio, compatibile con l'esigenza di un ordinato ed efficiente sviluppo del processo, nell'interesse delle parti e del giudice.

Nella maggior parte degli uffici, invece, la disposizione era stata interpretata con una ampia flessibilità: il merito era senz'altro accelerato rispetto alla generalità degli altri giudizi, ma senza alcuna certezza in ordine alla data di celebrazione effettiva dell'udienza, che non coincideva necessariamente con la "prima utile" del calendario, ma piuttosto era individuata nella prima udienza con ruoli ancora "aperti" e disponibili. In concreto, la fissazione poteva essere differita anche di diversi mesi.

Si era ritenuto, pertanto, che l'avverbio "*immediatamente*" andasse riferito alla data di adozione del decreto di fissazione dell'udienza, piuttosto che al tempo di celebrazione dell'udienza stessa.

Ovviamente, la disomogeneità delle prassi applicative tra i diversi TAR derivava soprattutto da oggettive difficoltà organizzative, connesse al carico complessivo delle udienze di merito di talune sedi.

All'interno di ciascun ufficio, poi, una certa elasticità nella definizione dei tempi di discussione del merito del ricorso era collegata a ragioni di opportunità, connesse allo specifico contenuto del contenzioso.

Era (ed è) ragionevole ipotizzare, per esempio, che alcune controversie in materia di appalti pubblici presentino un livello di urgenza "minore", quando il loro esito non incide sull'effettivo ulteriore svolgimento della gara: si pensi alle controversie riguardanti solo l'escussione della cauzione provvisoria, o a quelle meramente risarcitorie, relative a rapporti contrattuali già eseguiti o non più eseguibili. In tali eventualità, la rapidità di decisione va conservata, ma non sembra davvero indispensabile la previsione di tempi processuali a dir poco *incandescenti*, giocati sul filo dei giorni o delle ore: ciò andrebbe a detrimento delle altre

controversie “ordinarie” e potrebbe pregiudicare anche la stessa accuratezza dell’istruttoria.

Ad ogni modo, è palese l’indirizzo seguito, ora, dal legislatore: tutte le controversie in materia di contratti pubblici devono andare in decisione entro un tempo certo e brevissimo. La discrezionalità organizzativa del giudice (se ha ancora spazio) deve muoversi entro il ristretto limite temporale di trenta giorni.

Il meccanismo processuale scelto dal decreto legge, però, è destinato a non riuscire nell’intento acceleratorio, provocando più disfunzioni che effettiva crescita di efficienza.

8. LA FISSAZIONE DELL’UDIENZA DI DISCUSSIONE: UN RITORNO ALL’IMPOSTAZIONE DEL DECRETO N. 53/2010 E DELL’ARTICOLO 245 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI?

In larga misura, la nuova formula legislativa riprende la dizione del comma 2-*octies* dell’art. 245 del codice dei contratti pubblici, come introdotto in sede di recepimento della direttiva ricorsi n. 66/2007 (decreto n. 53/2010), ma poi superato e abrogato dal codice del processo amministrativo.

Secondo tale disposizione *“Il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima della data dell'udienza”*.

Dunque, l’innovazione in esame ha, per certi aspetti, la funzione di riprendere l’impostazione già seguita dal nostro ordinamento, sia pure solo per un brevissimo periodo di qualche mese. Il bilancio di quella esperienza è sintetizzabile nell’affermazione secondo cui la regola processuale consentiva sì una rilevante accelerazione del processo in materia di appalti, ma ad un prezzo giudicato troppo

elevato, costituito dall'inevitabile rallentamento della trattazione di tutti gli altri tipi di ricorsi.

Per questa ragione, il codice aveva preferito adottare una formula più elastica. Non si può escludere, poi, che, nel codice, l'eliminazione di termini finali espliciti per la celebrazione dell'udienza nascesse anche dalla preoccupazione di non esporre lo Stato italiano a gravose responsabilità derivanti dal più che probabile concreto superamento del breve limite temporale dei sessanta giorni.

Rispetto alla disciplina prevista dall'abrogato articolo 245, vi sono, però, alcune differenze significative:

a) il termine per la celebrazione dell'udienza è ora ridotto a soli trenta giorni (anziché sessanta);

b) scompare ogni riferimento ai termini dilatori (a difesa) intercorrenti tra gli avvisi e l'udienza stessa.

Evidentemente, il legislatore, pur palesemente convinto della bontà della soluzione contenuta nell'articolo 245 del codice dei contratti pubblici (quindi già sperimentata per un breve periodo), ha ritenuto di andare oltre, introducendo alcune modifiche, dirette ad assicurare una velocizzazione ancora maggiore di svolgimento del giudizio.

Si intende che la regola riguardante i tempi di celebrazione dell'udienza di merito ha portata generale e non riguarda i soli casi di proposizione della domanda cautelare, nonostante la collocazione letterale e formale della previsione legislativa potrebbe suscitare qualche dubbio interpretativo.

9. LA FISSAZIONE DELL'UDIENZA ACCELERATA AI SENSI DELL'ART. 119, COMMA 3 È ANCORA POSSIBILE?

Nel nuovo comma 6 dell'art. 120 (in linea, peraltro, con la formulazione contenuta nel vecchio articolo 245 del codice dei contratti pubblici) scompare ogni riferimento alla salvezza della fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 119, comma 3, eventualità che, invece, era largamente presente nella prassi processuale.

È bene ricordare che, a mente dell'art. 119, comma 3, "Salva l'applicazione dell'articolo 60, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti."

L'istituto processuale in esame, mutuato dall'articolo 23-bis della legge TAR, ha una ratio molto trasparente: la rapida fissazione del merito consegue ad una decisione collegiale del giudice della domanda cautelare, che ha riscontrato, positivamente, la sussistenza di un'urgenza qualificata e la non manifesta infondatezza del ricorso.

L'efficacia di tale strumento è confermata dalla circostanza che esso ha ormai acquisito una portata generale, anche al di fuori del rito speciale di cui all'articolo 119: ai sensi dell'articolo 55, comma 10, del codice, la fissazione del "merito breve" (sia pure senza indicazione di un preciso termine) è consentita in tutti i casi in cui il giudice accerti che *"le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito"*.

La nuova formulazione dell'art. 120, comma 6, nella parte in cui non prevede la salvezza dell'art. 119, comma 3, è destinata a suscitare non pochi interrogativi.

Una spiegazione della scelta compita dal decreto legge n. 90/2014 deriva dalla circostanza che i termini previsti dall'art. 119, comma 3, sono praticamente

incompatibili (anche se riferiti a decorrenze non coincidenti) con quelli indicati dall'art. 120, comma 6:

nell'art. 119, comma 3, il termine di trenta giorni (decorrente dalla data della camera di consiglio) è *dilatorio*, perché il suo intero decorso è condizione necessaria per la celebrazione dell'udienza di discussione del merito del ricorso;

nel nuovo 120, comma 6, invece, il termine di 30 giorni è *finale* e massimo, nel senso che l'udienza non potrebbe essere celebrata in un momento successivo a tale data.

Il coordinamento puntuale tra i due termini potrebbe risultare molto più complicato, considerando che, in determinati casi, sarebbe forse possibile rispettare tanto il termine dilatorio, quanto quello finale: ma si tratta delle ipotesi (fortunate?) in cui la camera di consiglio cautelare si svolga, in concreto, molto rapidamente, prima della scadenza del termine di costituzione delle parti.

Dal punto di vista pratico, in ogni caso, il meccanismo acceleratorio previsto dall'articolo 119, comma 3, non sembra particolarmente utile, dal momento che le parti, in ogni caso, potranno contare su una velocissima decisione di merito. In qualche rara ipotesi l'articolo 119, comma 3, potrebbe garantire un'udienza di qualche giorno più rapida. Ma, stando al tenore letterale del nuovo articolo 120, l'applicazione del comma 6 garantirebbe, di solito, un'udienza più rapida di quella individuabile attraverso l'applicazione dell'articolo 119, comma 3.

Se ne dovrebbe dedurre, allora, che nel rito disciplinato dall'art. 120, alla luce della nuova previsione del comma 6 non vi è più alcuno spazio applicativo dell'art. 119, comma 3, ossia proprio del meccanismo processuale ritenuto più idoneo per coniugare le esigenze cautelari delle parti con l'interesse alla sollecita definizione del merito.

Senonché, nella disciplina riguardante la tutela cautelare nel processo in materia di appalti, il nuovo comma 8 bis dell'articolo 120 contiene un oscuro riferimento all'articolo 119, comma 3, correlato alla definizione del termine di efficacia della misura cautelare.

Non è agevole dipanare il groviglio derivante dalla nuova norma: si potrebbe ipotizzare che il giudice collegiale della cautela conservi tuttora il potere di fissare l'udienza di merito breve.

Questa soluzione avrebbe probabilmente un senso, perché l'udienza cautelare si potrebbe concretamente svolgere prima della scadenza del termine di costituzione delle parti intimate e, quindi, prima della fissazione dell'udienza con decreto presidenziale, entro il termine finale dei trenta giorni. In tal modo, si potrebbe notevolmente semplificare l'iter di svolgimento del giudizio.

Tuttavia, non si risolve ancora il dilemma sulla operatività del termine dilatorio a difesa, di trenta giorni, previsto dall'articolo 119, comma 3.

Se detta disposizione è fatta salva, nella sua interezza, dal comma 8-bis, dovrebbe comunque prevalere sull'art. 120, comma 6.

Insomma, questo profilo così rilevante sul piano pratico esigerebbe una soluzione chiarificatrice in sede di conversione del decreto legge.

10. I LIMITI DELLA “ACCELERAZIONE ASSOLUTA” DEL GIUDIZIO DI MERITO E DEL RIDIMENSIONAMENTO DEL RITO ABBREVIATO PREVISTO DALL'ART. 119, COMMA 3.

A ben vedere, al di là degli aspetti puramente esegetici proposti dalla contraddittorietà e imprecisione della nuova disciplina, sembra opportuno domandarsi se la filosofia di “accelerazione assoluta” seguita dal legislatore attuale meriti adesione incondizionata.

Emergono, infatti, almeno due evidenti criticità.

a) È quanto meno dubbio che sia utile prevedere sempre e comunque un'accelerazione così bruciante del giudizio di merito. Il meccanismo dell'articolo 119, comma 3, se correttamente applicato, permetterebbe di selezionare le controversie sprovviste effettiva urgenza o destinate ad un esito non favorevole al concorrente, escludendole dalla corsia processuale preferenziale, concentrando le energie sui processi davvero impellenti.

b) Anche in caso di comprovata urgenza, non sembra accettabile imporre un'accelerazione indiscriminata del giudizio che sacrifichi il fisiologico dispiegarsi delle difese delle parti, in tempi brevi, ma certi e ragionevoli. Una compressione così palese del diritto di difesa urterebbe in modo stridente con i parametri imposti dal diritto CEDU e dell'Unione europea, oltre che con l'art. 24 della Costituzione.

Partendo dal primo punto, si può rilevare che l'articolo 119, comma 3, nella sua duttilità, permette di creare una corsia privilegiata solo per la trattazione dei ricorsi accompagnati da una domanda cautelare e che abbiano superato il filtro del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

In effetti, si deve considerare che un giudizio amministrativo incentrato sulla contestazione di una procedura di gara in corso solo molto raramente non è accompagnato da domanda cautelare. Ciò avviene, in pratica, nei soli casi in cui il contenzioso attiene a profili solo risarcitori o patrimoniali o a vicende “minori”: per esempio, le sanzioni dell'Autorità, l'incameramento della cauzione; il sindacato sulla legittimità di un'esclusione rilevante ai soli fini “curriculari” e non della gara in atto.

Dunque, il passaggio del ricorso attraverso l'esame cautelare rappresenta la garanzia migliore della meritevolezza del suo esame accelerato.

D'altro canto, è lecito chiedersi fino a che punto debba spingersi un'accelerazione assoluta ed esasperata del giudizio, quando anche la parte stessa non abbia manifestato alcun interesse concreto ad una rapida definizione del giudizio: rinunciando, in sostanza, alla tutela in forma specifica e correndo il rischio di non ottenere nemmeno la tutela risarcitoria per equivalente, alla luce degli orientamenti della Plenaria e della previsione dell'art. 124.

Parimenti, potrebbe essere ragionevole sostenere che non vi sia motivo di abbreviare la trattazione del ricorso quando il giudice escluda la sussistenza di ragioni di urgenza o preveda un esito sfavorevole al ricorrente.

A questi argomenti si potrebbe replicare che appare preferibile stabilire, indistintamente, un'unica cadenza temporale di trattazione del merito di tutte le controversie assoggettate al rito di cui all'art. 120. Ciò per diverse ragioni:

a) si semplifica, comunque, l'ambito di applicazione della norma di accelerazione, riferito, senza distinzioni, all'intera sfera di operatività del rito di cui all'art. 120;

b) in tal modo, si superano i rischi derivanti dalla possibile disomogeneità di vedute, da parte di diversi giudici, in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 119, comma 3;

c) si scongiura il pericolo del "ribaltamento" tra esito della domanda cautelare e decisione del merito;

d) si mira a tutelare l'interesse pubblico (e quello della stazione appaltante) alla eliminazione rapida di qualsiasi coda processuale relativa alla procedura contrattuale considerata, ancorché di carattere meramente patrimoniale o definibile come "minore".

A fronte di questi contrapposti argomenti, una possibile soluzione intermedia potrebbe essere quella di conservare il meccanismo acceleratorio descritto dall'art. 119, comma 3, ma stabilendo comunque, anche per gli altri casi in cui non sussistano ragioni di urgenza qualificata, un termine adeguato e certo di trattazione del merito.

In ogni caso, deve essere considerato, con la dovuta attenzione e consapevolezza che la generalizzazione di un meccanismo acceleratorio del giudizio, ancor più della riduzione dei termini previsti, è destinata a determinare un "costo" per il funzionamento della giustizia amministrativa: una decisione in materia di appalti in più comporta, di regola una decisione in meno negli altri settori. Il legislatore deve partire da questo dato per compiere poi, responsabilmente, la scelta ritenuta più congeniale alla scala di valori determinata in sede politica, nel rispetto dei canoni di cui agli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Se il rito degli appalti costituisse, da questa prospettiva, una emergenza da affrontare con assoluta priorità rispetto a tutti gli altri tipi di controversie, la soluzione rigida prefigurata dall'articolo 120, comma 6, risulterebbe, per questa parte, coerente con le premesse.

11. IL DIRITTO DI DIFESA DELLE PARTI E I TERMINI PER LA PRODUZIONE DI DOCUMENTI, MEMORIE, REPLICHE. LA NECESSARIA CORREZIONE DELL'ART. 120, COMMA 6.

La norma, peraltro, non affronta espressamente il tema delicato del diritto di difesa delle parti e della scansione dei termini previsti per la presentazione di documenti, memorie, eventuali repliche.

La precedente previsione introdotta dal decreto n. 53/2010 riusciva, in qualche modo, a garantire tempi certi, per quanto ridotti, di difesa delle parti, stabilendo un preciso termine dilatorio (venti giorni) intercorrente tra gli avvisi e l'udienza. Il termine di venti giorni, a sua volta, corrispondeva, in ultima analisi, al termine ordinario dimezzato, stabilito dalla legge n. 1034/1971, all'epoca ancora vigente.

In tale contesto di riferimento la tempestività dell'avviso di udienza comunicato ritualmente almeno venti giorni prima dell'udienza consentiva il pieno rispetto anche gli ulteriori termini (dimezzati) per memorie e documenti, pur non espressamente disciplinati, restavano soggetti al dimezzamento di cui all'art. 23-bis.

Tali termini (ordinari), infatti, erano, fino al 15 settembre 2010, rispettivamente di 20 giorni per i documenti e di 10 giorni per le memorie (mentre non erano previsti i termini per repliche). Pertanto, in forza del dimezzamento, detti termini erano, rispettivamente, di dieci e cinque giorni: perfettamente rispettati, quindi, anche nel caso di operatività delle regole dell'articolo 245.

Dunque, la norma introdotta dal decreto n. 53/2010, pur di forte accelerazione, era congegnata in modo da non sacrificare il diritto di difesa delle parti.

Ora, invece, il quadro che deriva dal nuovo comma 6 dell'art. 120, se non opportunamente rivisto, è destinato a sopravvalutare l'aspirazione alla concreta accelerazione del giudizio, sacrificando il diritto di difesa delle parti insieme alla opportunità di pervenire ad una decisione corretta e pienamente istruita.

La disposizione, infatti, non fornisce indicazioni sufficienti per garantire la "sincronizzazione" tra la forte accelerazione impressa al processo (da concludere con l'udienza fissata entro trenta giorni), e i termini "interni" collegati allo sviluppo della

dialettica processuale delle parti. Ed è appena il caso di aggiungere che i termini per l'esercizio del diritto di difesa delle parti consentono anche al giudice di poter fruire di un lasso di tempo adeguato per poter studiare in modo appropriato la controversia sottoposta al suo esame.

12. IL DECRETO DI FISSAZIONE DELL'UDIENZA E LA SUA COMUNICAZIONE ALLE PARTI.

Al fine di realizzare il “contatto” tra giudice e parti, la norma si limita a prevedere che della data di udienza è dato immediato avviso alle parti, a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata.

Dunque, un primo riferimento temporale è in qualche modo contemplato e si incentra sull'avverbio “immediatamente”, visibilmente orientato a individuare il livello temporale massimo di accelerazione possibile.

Ma a che cosa si riferisce l'immediatezza? A rigore, la norma farebbe pensare alla necessità che, in ogni caso, il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza sia, lo stesso giorno della sua pubblicazione, comunicato alle parti: l'immediatezza sarebbe riferita, quindi, alla sola comunicazione del decreto e non alla sua adozione.

La norma prevede, fra l'altro, un'unica forma di comunicazione: la posta certificata (in sintonia – forse non perfetta - con le nuove disposizioni introdotte dall'art. 42 del decreto legge, le quali, attraverso una serie di rinvii chiariscono che anche nel processo amministrativo queste siano le forme di comunicazione privilegiate, se non propriamente esclusive).

La norma, quindi, lascia chiaramente intendere che l'avviso si debba completare (anche per il ricevente) lo stesso giorno del suo invio telematico. Ne dovrebbe derivare, allora (ma ciò non è chiaramente esplicitato nella disposizione) che ora diventa onere delle parti le quali intendano esercitare con pienezza i loro diritti di difesa, l'indicazione della posta elettronica certificata e che, in mancanza, la parte non riceverà avvisi, né la segreteria del giudice sarà tenuta ad alcuna ulteriore

attività di avviso. Questo aspetto è regolato, con maggiore dettaglio dalle disposizioni richiamate dall'articolo 42 del decreto legge n. 90/2014.

Sembra preferibile, però, una diversa lettura interpretativa. Pur non essendo detto apertamente, anche il decreto presidenziale di fissazione dovrebbe essere adottato, a sua volta, *“immediatamente”*, vale a dire appena scaduto il termine di costituzione della parte resistente. Questa soluzione consentirebbe anche di evitare che, per effetto dell'eventuale ritardo nella formazione del decreto di fissazione, si possano “perdere” preziosissimi giorni necessari per l'articolazione delle difese e per la programmazione di tutte le attività (delle parti e dell'ufficio) preordinate all'efficace celebrazione dell'udienza. Non è però così evidente, sotto il profilo puramente lessicale, che l'avverbio “immediatamente” si riferisca anche all'atto di fissazione.

In ogni caso, l'obbligo di rispettare questo termine così “scottante” (l'immediatezza della fissazione o, quanto meno, della comunicazione del decreto presidenziale) non è provvisto di alcuna sanzione processuale espressa. Il decreto fissato tardivamente resterebbe comunque valido e non inciderebbe sulla ritualità della successiva fase di udienza.

Né si potrebbe ritenere che il ritardo nell'emissione del decreto imponga lo slittamento della data di udienza, dal momento che, per la sua celebrazione è previsto solo un termine finale e non un termine dilatorio.

Va da sé, però, che, in linea di principio, il ritardo nella fissazione potrebbe esporre il responsabile a valutazioni di carattere disciplinare. In ogni caso, la concitazione così ridotta dei termini per la celebrazione dell'udienza rende preziosissimi anche uno o due giorni: ne deriva che l'effettivo rispetto del termine rappresenta un'esigenza da realizzare con la massima cura e sollecitudine.

Sotto il profilo strettamente pratico, va evidenziato che il riferimento alla “scadenza” del termine di costituzione delle parti, rilevante sia ai fini dell'adozione del decreto di fissazione, sia allo scopo di determinare il termine massimo di

celebrazione dell'udienza non è affatto “automatico”, ma dipende dal momento in cui si siano effettivamente completate, anche per il destinatario, le notificazioni.

È dunque possibile che l'accertamento della scadenza del termine per la costituzione delle parti, in assenza della prova delle notificazioni, risulti difficile, e avvenga in ritardo rispetto al momento del suo riscontro. Vero è che nella prospettiva delle notificazioni con strumenti informatici questa eventualità dovrebbe diventare molto marginale, ma, allo stato attuale, permangono alcune incertezze, che potrebbero ostacolare la piena realizzazione dell'obiettivo di ottenere una rapida definizione del giudizio in tempi predeterminati.

Potrebbe essere interesse pratico della parte ricorrente, allora, segnalare al giudice, appena possibile, la data di effettivo perfezionamento della notifica, allo scopo di agevolare il della effettiva scadenza del termine di costituzione delle parti.

A stretto rigore, peraltro, il decreto di fissazione potrebbe essere adottato anche prima della data di scadenza del termine di costituzione delle parti intime, almeno qualora tutte le parti destinatarie della notificazione si siano costituite, in data anteriore alla scadenza prevista.

Non è una eventualità improbabile, poiché, in presenza di una domanda cautelare, le parti hanno di solito interesse a costituirsi rapidamente per poter difendersi già nella fase di urgenza.

Come si è detto, però, questa possibilità si intreccia con il tema della sopravvivenza del potere del collegio di fissare l'udienza di merito, ai sensi dell'art. 119, comma 3.

Anzi, stando alla lettera della norma, poiché è previsto solo un termine finale, ma non un termine dilatorio per la celebrazione dell'udienza, il giudice potrebbe fissare immediatamente la data di udienza, non appena depositato il ricorso, salvo integrare poi gli avvisi alle parti costituite successivamente.

In tali casi, però, si potrebbe dubitare della violazione del principio di parità delle parti. E la lettera della norma sembra incentrata sulla necessità che la fissazione

dell'udienza avvenga comunque subito dopo la scadenza del termine di costituzione delle parti.

Il decreto di fissazione dovrebbe individuare, quindi, una data di udienza non superiore ai trenta giorni riferiti alla scadenza del termine di costituzione delle parti intime.

A questo proposito, anche il nuovo art. 120 non riesce a sottrarsi al gioco di rinvii e dimezzamenti, così deprecabile nella determinazione dei termini processuali: una regola che serve a indicare semplicemente un numero non dovrebbe essere mai formulata mediante un calcolo di somme, divisioni, addizioni. In questo caso, però, l'onere dell'impegno algebrico grava sul giudice e non sulle parti.

Il termine per la costituzione delle parti intime, a sua volta, è determinato dall'articolo 46 del codice del processo amministrativo: sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso (ma è aumentato di trenta o novanta giorni nei casi di notificazione in altro Stato dell'Europa o fuori dall'Europa). Con il dimezzamento previsto dall'art. 120, detto termine generale per la costituzione è ridotto a trenta giorni.

Il punto debole della nuova disciplina è che, però, non vi è alcuna previsione riguardante il termine minimo intercorrente tra la data dell'udienza e quella della comunicazione alle parti.

Questa carenza comporta due conseguenze:

a) in primo luogo, il termine di effettiva celebrazione dell'udienza, seppure soggetto al limite massimo di trenta giorni, non è determinato, né determinabile con sicurezza (come dovrebbe avvenire applicando rigorosamente l'art. 119, comma 3);

b) in secondo luogo, il termine di accelerazione è destinato, nella maggior parte dei casi, a porsi in contrasto con i termini dilatori a tutela delle parti e dell'efficienza del processo, che non risultano derogati.

Nella migliore delle ipotesi, corrispondenti al livello massimo di diligenza esigibile dall'ufficio giudiziario, l'intervallo temporale tra l'avviso e l'udienza

potrebbe anche coincidere con il termine di trenta giorni stabilito per la fissazione dell'udienza: il decreto è immediatamente adottato e comunicato alle parti e individua, puntualmente, quale data di udienza, proprio l'ultimo giorno "utile".

Addirittura, in qualche circostanza, con parti intime molto veloci nella loro costituzione (anticipata rispetto al termine di scadenza: ciò accade, assai sovente, in presenza di domanda cautelare), l'avviso di udienza potrebbe essere comunicato alle parti anche qualche giorno prima del termine dilatorio di trenta giorni.

La norma, infatti, non prevede alcuna ulteriore accelerazione del giudizio, qualora le parti si costituiscano prima della scadenza del termine previsto: il termine massimo di trenta giorni, per la celebrazione dell'udienza resta comunque determinato in funzione della scadenza del trentesimo giorno dalla notificazione alle parti intime, a nulla rilevando che esse si siano costituite in data anteriore.

Ad ogni modo, solo qualora il decreto di fissazione dell'udienza sia davvero adottato "immediatamente" (o addirittura prima), ossia entro la scadenza del termine di costituzione delle parti intime, e sia individuata, quale data di udienza, proprio il trentesimo e ultimo giorno utili, la sequenza dei termini a difesa, di cui agli articoli 71 e 73 (dimezzati ai sensi dell'art. 119) potrebbe essere rispettata:

- I) trenta giorni tra avviso e udienza (in coerenza con l'art. 71, co. 5);
- II) venti giorni per deposito documenti;
- III) quindici giorni per memorie (art. 71);
- IV) dieci giorni per eventuali repliche e nuovi documenti (art. 71).

Al di fuori di questi casi limite, però, il rispetto di tutti i termini a difesa sarebbe impossibile. E, comunque, per coordinare pienamente diritto di difesa e rapidità della decisione, il termine "massimo" di trenta giorni dovrebbe sostanzialmente coincidere con il termine "minimo" per la garanzia del diritto di difesa: diventerebbe, quindi, un termine "fisso", in contrasto con le più elementari regole di flessibilità e di efficienza che dovrebbero presidiare ogni processo.

Questo esito sembra evidenziare una rigidità davvero eccessiva, non giustificata dalla esigenza di rapida conclusione del processo.

Nelle altre ipotesi, il rispetto del termine di celebrazione dell'udienza non consentirebbe di garantire i termini a difesa delle parti. In particolare, ciò non accadrebbe né nei casi in cui la fissazione dell'udienza avvenga qualche giorno dopo la scadenza del termine di costituzione delle parti (per l'oggettiva impossibilità di accertamento di tale data effettiva), né nei casi in cui il giudice ritenga di fissare una data di udienza anteriore ai trenta giorni (come la lettera della legge sembrerebbe consentire), anche al semplice scopo di immettere il ricorso in una udienza già precedentemente calendarizzata.

Non si può trascurare, infatti, che per palesi ragioni di adeguata funzionalità degli uffici giudiziari e nell'interesse degli stessi difensori delle parti, la data di discussione del ricorso dovrebbe essere preferibilmente individuata nell'ambito di un calendario preventivamente individuato, ferma restando la possibilità, ma non l'obbligo inderogabile, di stabilire apposite udienze straordinarie finalizzate al rispetto del termine massimo di trenta giorni, dedicate all'esame di singoli ricorsi.

Va aggiunto, poi, che pur volendo ritenere che il termine acceleratorio previsto dall'articolo 120, comma 6, debba incondizionatamente prevalere su tutti gli altri termini – ancorché dimezzati - riguardanti lo svolgimento dell'udienza, non si riuscirebbe a comprendere, in concreto, quali termini avrebbero le parti per articolare le difese e produrre le memorie.

Insomma, sembra inevitabile concludere che, alla luce dell'attuale riformulazione dell'art. 120, comma 6, l'esigenza, sacrosanta, di individuare un termine certo (o quanto meno determinabile) di una definizione rapidissima del giudizio dovrebbe essere realizzata attraverso la previsione di una sequenza processuale più chiara e precisa, che dia certezza anche dei tempi di esercizio del diritto di difesa delle parti e consenta agli uffici di programmare in modo ordinato le attività necessarie.

Allo stato, si potrebbe ritenere, forse, che, in tutti i casi in cui l'udienza sia stata fissata in contrasto con il rispetto dei termini a difesa, il giudice dovrebbe rinviare l'udienza stessa, in applicazione di quanto previsto dallo stesso comma 6,

secondo periodo. Ma è evidente lo spreco di energie e l'incertezza che si determinerebbe.

Senza trascurare che, poi, anche la previsione che consente di rinviare ad un'udienza successiva, impone che la nuova udienza debba celebrarsi non oltre il trentesimo giorno, anche essa senza termini dilatori: dunque, nemmeno il rinvio dell'udienza risulterebbe idoneo a garantire il diritto di difesa delle parti.

Appare preferibile, allora, una profonda rimeditazione della scelta compiuta.

Un'opzione efficace potrebbe essere quella di prevedere un termine ragionevolmente più lungo di quello di trenta giorni e *sostenibile* dalle parti e dal giudice, accompagnato dalla espressa salvezza del rispetto dei termini di cui agli articoli 71 e 73.

Un'altra soluzione praticabile con efficacia potrebbe essere mutuata dall'esperienza di altri riti speciali, arricchita da meccanismi che rendano effettivo il rispetto dei termini "acceleratori" previsti e che garantiscono in modo serio la vera definizione rapida del giudizio, realizzata con una sollecita pubblicazione della sentenza, completa della sua motivazione.

Per esempio, una formula che si potrebbe suggerire è quella ricalcata dall'articolo 87, comma 3 del codice del processo, opportunamente integrata con la previsione di un limite massimo insuperabile (per esempio: sessanta o novanta giorni) e con la previsione di termini a difesa puntualmente chiariti (se occorre ulteriormente ridotti).

Secondo l'articolo 87, comma 3, "La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimate."

Il semplice meccanismo processuale descritto dal rito in camera di consiglio è caratterizzato dalla previsione secondo cui il giudizio è definito subito, in tempi ragionevoli, ma consentendo alle parti l'esercizio pieno dei diritti di difesa e assicurando l'ordinata attività del giudice.

In ogni caso, come si è detto, andrebbe salvaguardato, se non potenziato, il meccanismo dell'art. 119, comma 3, che, in linea di fatto, consente una reale accelerazione del giudizio, saldando la fase cautelare con quella di merito in un unico contesto valutativo.

Poiché nel rito appalti la domanda cautelare costituisce una costante pressoché generalizzata, la previsione del 119, comma 3, opportunamente rivitalizzata e migliorata, sarebbe destinata a svolgere un ruolo di primo piano.

Ben potrebbe essere previsto, per esempio, che con l'ordinanza decisoria il giudice della cautela debba comunque stabilire la fissazione dell'udienza rapida di discussione del ricorso sia obbligatoria, quale che sia l'esito (anche di reiezione) della domanda cautelare.

Diversamente opinando, senza opportuni correttivi, il nuovo meccanismo delineato dall'art. 120, comma 6, potrebbe essere ricostruito e applicato solo con grosse incertezze e, in ogni caso, con esiti non soddisfacenti in relazione ai diversi interessi in gioco.

È possibile immaginare che il termine massimo di trenta giorni per la fissazione dell'udienza di merito, proprio perché concretamente insostenibile in relazione alla dialettica processuale delle parti, sia qualificata dalla giurisprudenza come meramente ordinatoria ed espressiva solo di un generico principio di accelerazione.

Ciò significherebbe la sostanziale sterilizzazione della norma. Resterebbe ferma, però, l'ombra delle possibili responsabilità (dello Stato e individuali) connesse al ritardo nella erogazione della giustizia, automaticamente collegabile alla scadenza del termine di trenta giorni. Esiti comunque anche essi incerti e che non garantirebbero, nemmeno indirettamente, un'applicazione omogenea ed efficace della previsione.

13. IL RINVIO DELL'UDIENZA DI DISCUSSIONE PER ESIGENZE ISTRUTTORIE. IL LIMITE TEMPORALE DI TRENTA GIORNI.

L'art. 120 comma 6 prevede, comunque, che in caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.

Anche questa disposizione ricalca perfettamente la previsione racchiusa nell'articolo 245, comma 2-*nonies*, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, come modificato dal decreto legislativo n. 53/2010: *“In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre sessanta giorni”*.

L'unica differenza consiste nella riduzione del termine di rinvio da sessanta a trenta giorni.

Anche quando il ricorso è stato tempestivamente portato all'udienza di merito, il rinvio istruttorio è quindi consentito. Appare logico, ad una prima lettura, che questa necessità non determini un incontrollabile dilatazione dei tempi processuali.

Ma è appena il caso di osservare che anche il rinvio a trenta giorni, sancito in modo così perentorio, non è sempre sostenibile.

Basti pensare proprio alla ipotesi in cui il rinvio derivi dalla esigenza di integrazione del contraddittorio: anche volendo ipotizzare che per la notifica il giudice stabilisca un tempo ridottissimo (due o tre giorni), la parte intimata si troverebbe trascinata ad una udienza celebrata addirittura prima della scadenza del termine per la sua costituzione: una compressione del diritto di difesa difficile da giustificare.

Il precedente modello dell'articolo 245, comma 2 *nonies* prevedeva un termine più lungo (doppio), in un contesto in cui tutti i termini interni a difesa, previsti dalla legge n. 10434/1971 erano sensibilmente più brevi.

Sul piano pratico, la norma non chiarisce espressamente che i trenta giorni decorrono dalla data di comunicazione dell'ordinanza o di quella della celebrazione prima udienza, ma quest'ultima alternativa sembra la soluzione interpretativa preferibile.

Sarebbe utile un chiarimento del legislatore, anche considerando gli ulteriori dubbi riguardanti l'individuazione del termine per il deposito dell'ordinanza.

D'altro canto, è comunque necessario consentire alle parti un congruo termine per predisporre le difese, in relazione al "fatto nuovo" che ha determinato il rinvio.

Ne deriva, quindi, che la rigidità del rinvio di soli trenta giorni, senza alcuna previsione di termini dilatori a tutela delle parti, comporta una pericolosa disfunzione del processo che richiede una pronta riparazione.

14. LA NUOVA DISCIPLINA DELLE MISURE CAUTELARI. L'EFFICACIA SUBORDINATA ALLA PRESTAZIONE DI UNA CAUZIONE.

Le modifiche apportate dal decreto legge n. 90 all'articolo 120 toccano anche il regime delle misure cautelari: uno dei punti nevralgici della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

In questa direzione, si prevede, dopo il comma 8, l'inserimento di un nuovo comma 8-bis: *"Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne subordina l'efficacia alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, salvo che ricorrano gravi ed eccezionali ragioni specificamente indicate nella motivazione dell'ordinanza che concede la misura cautelare"*.

Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119".

In definitiva, le due novità introdotte dal legislatore consistono nella previsione:

- a) di un obbligo generale, ancorché non assolutamente inderogabile, di accompagnare le misure cautelari collegiali con una cauzione;
- b) di una durata “massima” delle misure cautelari stesse, stabilita in sessanta giorni.

La norma sull’obbligo della cauzione è particolarmente apprezzabile per il principio che esprime, perché responsabilizza le parti in ordine alle conseguenze patrimoniali derivanti da pronunce cautelari suscettibili di incidere su rilevanti interessi economici pubblici e privati.

La norma fa riferimento alle pronunce cautelari del collegio. Si esclude, quindi, l’obbligo della cauzione nella fase monocratica.

La scelta è ragionevole, perché la provvisorietà della misura monocratica mal si concilia con un obbligo assoluto e inderogabile di stabilire la prestazione di una cauzione.

Ovviamente, però, il giudice monocratico, se lo ritiene utile od opportuno, potrà prevedere la prestazione di una cauzione.

Ci si deve domandare se l’imposizione obbligatoria della cauzione non finisca per penalizzare eccessivamente l’interessato, ponendo anche un problema di compatibilità con il diritto europeo, con particolare riferimento alla operatività dello *stand still* processuale.

Non è molto chiaro, poi, il coordinamento con la disciplina generale della cauzione di cui all’art. 55, comma 2.

La norma generale considera la prestazione della cauzione quale evento cui subordinare la “concessione” della cauzione. L’articolo 120, comma 8-bis, invece, collega la prestazione della cauzione all’efficacia della misura cautelare.

Sembra invece pienamente operante la previsione dell’art. 55, comma 2, secondo periodo, in forza della quale la cauzione non può essere imposta quando la

domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

15. IL LIMITE DI DURATA DELLE MISURE CAUTELARI.

Ancora meno convincente e giustificata risulta la previsione di una durata limitata, seppure non brevissima, delle misure cautelari. Il termine massimo di sessanta giorni non risulta perfettamente sincronizzato con le molteplici vicende del processo e con le sue rapide cadenze temporali, come delineate dalla nuova formulazione dell'art. 120.

È vero, infatti, che, fisiologicamente, ora la definizione del giudizio, mediante il deposito della sentenza, dovrebbe avvenire quasi sempre, in tempi precedenti la scadenza del termine massimo di sessanta giorni.

Ma è certamente ipotizzabile che il “ritardo” nella decisione, rispetto al termine di sessanta giorni, avvenga, anche nel pieno rispetto delle regole. Basterebbe pensare al caso in cui vi sia stato un legittimo rinvio dell'udienza di discussione. In tali eventualità, la misura cautelare sarebbe destinata a cadere automaticamente, senza alcuna plausibile giustificazione.

Ma anche nel caso in cui il ritardo sia frutto di una vera e propria inadempienza del giudice, non avrebbe molto senso l'effetto di inefficacia della misura cautelare (a meno che non si voglia affermare che, in tale eventualità, la responsabilità dell'apparato giudiziario: risultato, però, non particolarmente utile alle parti).

D'altro canto, si sono già illustrate le ragioni per cui il termine di celebrazione dell'udienza di discussione appare connotato da natura ordinatoria.

Si dovrebbe immaginare, allora, una possibile diversa soluzione, consistente nella previsione secondo cui il giudice deve stabilire sempre, in modo certo, la durata della misura cautelare, fermo restando il potere della parte interessata di domandarne la proroga, in presenza di ragioni gravi e rilevanti.

In realtà, sembra evidente che il giudice debba stabilire una durata precisa: poiché secondo l'art. 119, in caso di fondatezza della domanda cautelare, si deve

comunque fissare il merito, in tempi ravvicinati, la misura cautelare non dovrebbe mai oltrepassare quella data. E detta disposizione, seppure finora non sia stata sempre applicata in modo rigoroso, prevede che l'udienza dovrebbe essere sempre molto ravvicinata (trenta giorni). Dunque, fisiologicamente, la misura cautelare è destinata ad avere una durata molto prossima a quella di sessanta giorni.

Forse, allora, potrebbe essere questo il senso della salvezza della previsione dell'art. 119, comma 3: la durata della misura cautelare dovrebbe essere quella della udienza di discussione del ricorso, se celebrata puntualmente nel rispetto della previsione normativa. In caso contrario, opera il limite inderogabile del nuovo art. 120.

A meno che non si voglia considerare che la previsione inderogabile di un termine massimo di efficacia della misura cautelare abbia l'effetto di "premere" il giudice verso una rapidissima definizione del merito del ricorso.

Qualche dubbio riguarda anche il concreto modo di applicazione della nuova regola.

La norma è costruita in modo tale da imporre un obbligo al giudice della cautela. Ne deriva che nel caso in cui il giudice non preveda alcun termine di efficacia o lo stabilisca per un tempo superiore, la pronuncia conserverà intatta la propria efficacia, fino a quando non sia riformata o revocata. La disposizione, infatti, non prevede alcun meccanismo di adeguamento automatico della durata di efficacia della misura al limite massimo dei sessanta giorni.

Ancora, va osservato che il comma 8 bis non è richiamato, dal comma 11, tra le disposizioni applicabili nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato.

Ciò significa che, allo stato attuale, né la norma sulla cauzione né quella sulla durata massima della misura cautelare operano nell'incidente cautelare originato dalla domanda di sospensione della sentenza appellata.

Si deve ritenere, poi, che entrambe le disposizioni non siano applicabili nemmeno in sede di appello cautelare, stante la puntualità del comma 11 nella

individuazione delle disposizioni estensibili al giudizio di appello “avverso l’ordinanza cautelare”.

È assai probabile che si tratti di una mera “dimenticanza”, dal momento che esigenze di uniformità esigerebbero un trattamento omogeneo, in primo e secondo grado, del processo cautelare.

16. LA DECISIONE DEL GIUDICE. IL NUOVO TERMINE DI VENTI GIORNI PER IL DEPOSITO DELLA SENTENZA COMPLETA DI MOTIVAZIONE.

Il nuovo comma 9 dell’art. 120 prevede che *"Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro venti giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni."*

La nuova formulazione del comma 9 è visibilmente orientata ad incidere sui tempi e sulle modalità di formazione della decisione del giudice, una volta celebrata la (rapidissima) udienza di discussione.

Il “nodo” dei tempi della scrittura e della pubblicazione della decisione esiste, perché intorno alla redazione della sentenza si intrecciano alcuni dei profili più rilevanti, pratici e teorici, dell’essenza della funzione giurisdizionale.

In un terreno così delicato, la qualità della decisione, la sua comprensibilità, anche in funzione di orientamento dei comportamenti futuri delle amministrazioni e degli operatori (anche estranei al singolo processo) si deve coniugare con l’esigenza di definire rapidamente il rapporto controverso.

La scelta compiuta ora dal legislatore ha il pregio di evidenziare, ancora una volta, la rilevanza assoluta del tema, sottolineando il valore crescente dell’interesse alla rapida definizione del giudizio.

In che cosa consistono le innovazioni?

Il legislatore, senza toccare il controverso tema delle conseguenze derivanti dagli eventuali ritardi del giudice nella formazione della sentenza, agisce in più direzioni, stabilendo:

- a) la riduzione ulteriore del termine per il deposito della motivazione;
- b) una più puntuale definizione (e abbreviazione) della *decorrenza* di tale termine;
- c) il riferimento inequivoco al tempo della pubblicazione e non già a quello della mera *redazione* della sentenza;
- d) la riduzione dei termini di pubblicazione anticipata del dispositivo, accompagnata anche dalla previsione della richiesta di parte.

La prima modifica, riguardante l'abbreviazione del termine, sembra di scarso impatto.

Infatti, è pacifico che nel rito di cui all'articolo 119 (applicabile, in questa parte, anche alle controversie di cui all'articolo 120) il termine per la pubblicazione della sentenza (completa di motivazione) è anch'esso dimezzato. Dai 45 giorni ordinari, previsti dall'art.89, comma 1, del codice del processo si arriva, quindi, a 23 giorni. A rigore, si tratterebbe di 22,5 giorni, con un arrotondamento, per eccesso, a 23: qualche commentatore ha stigmatizzato la scelta dei compilatori del codice di prevedere termini con numeri dispari, pur in presenza di numerose disposizioni incentrate sulla tecnica del "dimezzamento".

Pertanto, per effetto della nuova formulazione del comma 9, il termine per il deposito della sentenza si riduce, nel rito di cui all'art. 120, da 23 a 20 giorni.

Il guadagno di tre giorni risulta molto contenuto. Si potrebbe obiettare che tale accelerazione, comunque non è del tutto irrilevante, in vicende processuali e sostanziali in cui, talvolta, anche le ore pesano.

D'altro canto, la rapida formazione della sentenza (e non solo la pubblicazione del dispositivo) si connette alla previsione (sia pure opinabile) di una durata limitata della misura cautelare: l'abbreviazione del termine di formazione della sentenza,

dunque, anche se contenuta, potrebbe ridurre il pericolo del vuoto conseguente alla scadenza dell'efficacia della misura cautelare.

Ci si può domandare, però, se questo obiettivo di minima accelerazione della sentenza richiedesse un intervento urgente in un decreto legge.

Inoltre, la previsione di un termine di pubblicazione della sentenza ulteriormente diverso per le sole controversie dell'art. 120 non aiuta certo a semplificare il coacervo di termini previsti dai riti speciali: tanto valeva modificare il 119 per tutte le controversie previste, uniformandolo a venti giorni, senza differenze.

È chiaro, tuttavia, l'intento *monitorio* dell'intervento legislativo, diretto a richiamare l'attenzione del giudice su un aspetto che, obiettivamente, è stato spesso trascurato. Non è raro che dopo processi svoltisi celermente la sentenza sia pubblicata ben oltre il termine di ventitré giorni.

Puntare i riflettori sulla formazione della sentenza potrebbe avere, comunque, l'effetto di stimolare una maggiore sollecitudine nella definizione del giudizio.

Il punto è, però, che il termine previsto per il deposito della sentenza non ha, al momento, una vera sanzione. Forse, anziché accelerare il deposito della sentenza di soli tre giorni, si potrebbe ragionare sulla possibile individuazione di strumenti diretti a rendere effettivo il rispetto del termine prescritto.

Piuttosto, l'elemento di novità consiste nella definizione più precisa e stringente, della *data di decorrenza del termine per il deposito*: corrispondente ora, in modo indiscutibile, al giorno della udienza di discussione e non a quello, eventualmente successivo (e incerto), della decisione o deliberazione del collegio.

A questo riguardo, la norma non lascia alcun dubbio in ordine alla decorrenza del termine di pubblicazione della motivazione, inderogabilmente correlato, ora, alla data di celebrazione dell'udienza: dunque, anche nei casi in cui la *deliberazione* della decisione avvenga in un giorno successivo a quello dell'udienza (e lo stesso dispositivo sia pubblicato dopo due giorni) la sentenza dovrà essere comunque depositata entro venti giorni dall'udienza.

Inoltre, il riferimento preciso al *deposito* della sentenza e non più alla sua *redazione* sottolinea in modo più esplicito di quanto non avveniva in passato, che il termine di venti giorni riguarda il completamento di tutte le operazioni preordinate alla pubblicazione della sentenza: non solo l'invio della minuta alla segreteria da parte del relatore.

Infatti, l'art. 89, comma 1, nel disciplinare, in generale, la formazione della sentenza, utilizza la diversa formula: “*la sentenza deve esser redatta non oltre il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione della causa*”. Tale dizione è stata intesa finora (sia pure con una evidente forzatura interpretativa) nel senso che il termine è rispettato quando l'estensore trasmette la minuta al presidente del collegio. In altre parole, la norma è stata considerata come parametro di valutazione della diligenza del giudice, anziché come dovere dell'ufficio considerato nel suo insieme e come fondamento della pretesa delle parti ad ottenere una risposta puntuale alla domanda di giustizia.

Permangono, poi, alcune criticità in ordine al perimetro oggettivo di applicazione della norma, già presenti nella originaria formulazione dell'art. 120, comma 9.

Nel nuovo comma 9 viene ripetuto il riferimento alla pronuncia che “*definisce il giudizio*”, qualificata ora espressamente (e molto più correttamente rispetto al passato) come “*sentenza*” e non già, genericamente e forse impropriamente, come “provvedimento” del giudice.

Tuttavia, l'ambiguità della espressione, ai fini della esatta delimitazione dell'ambito applicativo della regola, resta ferma, ed è solo in parte attenuata.

Dovrebbero ritenersi soggette al termine del comma 9 anche le sentenze parziali, le quali non “definiscono” totalmente il giudizio. Il comma 9 non riprende testualmente la dizione dell'art. 33, comma 1, lettera a), secondo la quale il giudice pronuncia sentenza quando definisce “*in tutto o in parte*” il giudizio. Ma è ragionevole ritenere che la discrasia formale non impedisca di assoggettare al medesimo regime tutte le sentenze.

Stando alla lettera della disposizione, invece, non sarebbe soggetta a questa previsione di accelerazione della pubblicazione, l'ordinanza meramente istruttoria o processuale, priva dei connotati (sostanziali) della sentenza, ai sensi dell'articolo 33, lettera b) e 36 del codice del processo.

Per ragioni di coerenza con le finalità acceleratorie, anche per questi provvedimenti decisorî sarebbe preferibile l'assoggettamento allo stesso regime delle pronunce "definitive". Si potrebbe ritenere, infatti, che in tale ambito rientrano, comunque, tutte le pronunce idonee a "chiudere" almeno una questione sottoposta alla cognizione del giudice. Insomma, per maggiore chiarezza e semplicità, si sarebbe potuto prevedere che la "sentenza", senza ulteriori specificazioni, è soggetta allo speciale regime dell'art. 120.

Inoltre, non si riesce a spiegare (ma questo è un limite presente anche nella originaria versione dell'art. 120) perché le ordinanze non siano soggette ad alcun termine acceleratorio: anzi, proprio la mancata definizione del giudizio e la sua pendenza indurrebbero alla massima sollecitudine nella pubblicazione della decisione.

A meno che non si ritenga che il termine sia in qualche modo assorbito dal termine di trenta giorni entro cui il processo deve proseguire dopo la decisione ordinatoria: poiché l'udienza successiva dovrebbe essere fissata entro trenta giorni e i relativi avvisi dovrebbero pervenire alle parti entro un congruo termine preventivo, si potrebbe ipotizzare che, in linea di fatto, anche per la sua maggiore semplicità, l'ordinanza sarà depositata, sempre (o almeno di regola, ben prima dello scadere di venti giorni dall'udienza).

Tuttavia, questa evenienza non è affatto scontata e, in un rito contrassegnato da scadenze temporali precise e veloci, sarebbe necessario definire con certezza e in modo omogeneo i termini previsti per le parti e per il giudice.

Su questo aspetto, poi, sarebbe necessario un chiarimento: perché l'udienza successiva, conseguente alla pronuncia interlocutoria, dovrebbe svolgersi "entro trenta giorni". Ma è ragionevole ritenere che il termine decorrerà, quanto meno, dalla

pubblicazione della pronuncia. Altrimenti, si potrebbe immaginare la situazione di una ordinanza che, pubblicata puntualmente entro venti giorni, fissi, poi, la nuova udienza il trentesimo giorno dopo la prima, a tutto detrimento delle ragioni delle parti.

17. LA PUBBLICAZIONE ANTICIPATA DEL DISPOSITIVO DELLA SENTENZA: ABBREVIAZIONE DEI TERMINI E ISTANZA DI PARTE.

Piuttosto, non è molto chiara la portata delle innovazioni contenute nella norma, per la parte concernente la pubblicazione anticipata del dispositivo.

Significativa è, infatti, la *riduzione del termine a due soli giorni*, rispetto ai *sette* previsti dall'articolo 119.

In questo caso, l'accelerazione è davvero notevole e certamente coerente con le esigenze di definire con prontezza l'esito del giudizio. Si potrebbe dubitare, però, circa l'opportunità di prevedere un regime ancora diverso rispetto a quello dell'articolo 119, moltiplicando le regole speciali.

Restano fermi, poi, gli interrogativi di ordine generale, concernenti la concreta utilità della previsione, dal momento che l'omissione della pubblicazione del dispositivo o il ritardo non determinano effetti processuali rilevanti, non incidendo sulla validità della pronuncia.

La nuova norma non chiarisce espressamente se i due giorni decorrano dall'udienza o dalla data, eventualmente successiva, della deliberazione (come previsto, tuttora, dall'articolo 119, che stabilisce, però, il termine di sette giorni).

La logica acceleratoria farebbe ritenere preferibile la soluzione più rigorosa, collegando il termine di due giorni alla data dell'udienza, anche per uniformarsi alla decorrenza del termine stabilito per la pubblicazione della motivazione.

Piuttosto, va segnalata la nuova previsione secondo cui ora, nel rito dell'art. 120, la pubblicazione anticipata del dispositivo è subordinata ad una apposita domanda di parte, anche in primo grado. Si supera, così, la precedente regola,

secondo la quale, nel giudizio dinanzi al TAR, nel “rito appalti” la pubblicazione del dispositivo era sempre obbligatoria.

Le ragioni di questo cambiamento potrebbero derivare dalla circostanza che l’abbreviazione dei termini di pubblicazione della motivazione attenui l’esigenza di un dispositivo rapido. Ma si potrebbe replicare che il mutamento portato dalla norma, nel suo complesso, non è così incisivo da giustificare il superamento di una previsione, quella dell’obbligatoria pubblicazione del dispositivo, che sembrava ben assimilata dalla prassi.

D’altro canto, seppure patologica, deve considerarsi realisticamente l’eventualità del ritardo nel deposito della motivazione, che non potrebbe comunque riverberarsi sull’interesse delle parti (anche non costituite) a conoscere sempre l’esito del giudizio e ad ottenere la rapida immutabilità della decisione.

A ciò va aggiunto che la previsione della durata massima limitata delle misure cautelari (ora fissata dal legge nel massimo di sessanta giorni) potrebbe rendere opportuno conservare l’obbligo di pubblicazione anticipata del dispositivo, in modo da evitare soluzioni di continuità tra l’efficacia della misura cautelare e l’esito della lite.

Una spiegazione plausibile della nuova regola potrebbe essere incentrata sull’idea che la pubblicazione anticipata del dispositivo mira sempre a soddisfare un interesse delle parti e non un’esigenza di carattere generale. Pertanto, in assenza di una richiesta della parte interessata, non si dovrebbe imporre al giudice un ulteriore adempimento.

Si deve aggiungere, ancora, che la norma non dice in quale momento la *richiesta* di pubblicazione del dispositivo vada fatta e attraverso quali modalità.

La formula di “salvezza” e la riconducibilità al rito dell’articolo 119 inducono a ritenere che la richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo debba essere fatta nell’osservanza di quelle regole, ossia solo nell’udienza di discussione.

Ma si potrebbe anche ritenere che, ora, sia sufficiente un’istanza formulata anche in diversi atti precedenti (compreso lo stesso ricorso introduttivo).

Da notare che l'intero comma 9 dell'art.120, così riformulato, non è applicabile al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, in virtù del richiamo, solo parziale, compiuto nel comma 11.

Ne consegue che, davanti al Consiglio di Stato, il dispositivo è tuttora pubblicato secondo le modalità e le scadenze temporali descritte dall'articolo 119. Anche la pubblicazione della sentenza completa di motivazione, salva l'innovazione riguardante la redazione in forma semplificata, resta assoggettata alla disciplina originaria derivante dalla combinazione dell'articolo 89 con il generale dimezzamento dei termini sancito dall'art. 119.

18. LA DISCIPLINA TRANSITORIA E IL NUOVO RITO DI CUI ALL'ART. 120.

Qualche elemento di incertezza potrebbe derivare dalla disciplina transitoria prevista dall'articolo 40, comma 2: "Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado *o in grado di appello*, in data successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto."

Tutte le innovazioni sono correlate ad un tempo certo, costituito dalla data di deposito (e non di notificazione) del ricorso introduttivo, in primo o in secondo grado.

Questo significa che, per esempio, anche la innovativa disciplina sulle misure cautelari trova applicazione solo quando la controversia è introdotta in un momento successivo. Restano soggette alla precedente normativa anche le domande cautelari proposte dopo l'entrata in vigore del decreto legge qualora innestate, incidentalmente, in un processo radicato in epoca anteriore. A meno che non si ritenga che il giudizio cautelare conservi comunque una propria autonomia.

Piuttosto, il riferimento al giudizio "*in grado di appello*" potrebbe aprire alcuni interrogativi.

Anzitutto, si deve ritenere che la norma non potrebbe avere l'effetto automatico di estendere al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato tutte le norme

modificative dell'art. 120. Resta fermo, infatti, il principio sancito dal comma 11 dell'art. 120, che individua puntualmente le disposizioni del rito speciale applicabili ai giudizi di impugnazione.

In secondo luogo, la norma transitoria, riferendosi solo all'appello, dimentica di considerare gli altri giudizi di impugnazione, segnatamente la revocazione e l'opposizione di terzo.

È assai probabile che si tratti, appunto, di una mera svista, eventualmente emendabile in sede di conversione.

Allo stato, peraltro, considerando la necessità di interpretazione rigorosa della normativa transitoria, le innovazioni dell'art. 120 non potrebbero essere applicate – direttamente - a questi giudizi di impugnazione. Dovrebbe operare, invece, il criterio generale della successione nel tempo delle norme processuali, secondo il principio *“tempus regit actum”*, di non agevole applicazione.

19. IL CONTRASTO ALL'ABUSO DEL PROCESSO. LA CONDANNA DI UFFICIO NEI CASI DI DECISIONE BASATA SU “RAGIONI MANIFESTE”.

L'art. 41, contiene due misure per il “contrasto all'abuso del processo”, considerato, dal nuovo legislatore, come uno degli obiettivi primari di potenziamento dell'efficienza del sistema della giustizia amministrativa.

Entrambe le disposizioni sono introdotte attraverso la modifica dell'articolo 26 del codice del processo, relativo alla disciplina delle spese del giudizio.

La prima novità consiste nella variazione del comma 1 dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo, al quale viene, in fine, aggiunto il seguente periodo: *"In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste."*

La seconda novità, invece, riguarda l'aumento delle sanzioni per temerarietà della lite, nel solo ambito del rito di cui all'art. 120 del codice del processo. Così, al

comma 2 dell'art. 26, dopo il primo periodo è inserito il seguente: "*Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite.*"

Dunque, si prevede una misura generale riferita a tutte le controversie dinanzi al giudice amministrativo, e una misura specifica, riguardante le controversie di cui all'articolo 120, con l'evidente intento di rimarcare che tali giudizi occupano un posto privilegiato nel cuore del legislatore.

La disposizione in esame incide, ancora una volta, sul controverso tema dell'abuso di processo. La norma, pur "pensata", assai probabilmente, per il contenzioso in materia di contratti pubblici (come emerge dall'inasprimento, al comma 2, del trattamento sanzionatorio previsto per tali controversie, in caso di temerarietà della lite), ha una portata generale, estesa a tutto il campo del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

Al di là di ogni valutazione più specifica, è evidente l'intento di stigmatizzare ogni utilizzazione strumentale dei mezzi di tutela in giudizio. Ma è superfluo sottolineare la complessità e sensibilità del tema affrontato: il processo amministrativo è mezzo per assicurare l'effettività della tutela, ma, talvolta, può essere piegato ad una utilizzazione "abusiva".

Molto probabilmente, però, la norma assume un significato più per il suo valore "monitorio" e simbolico, piuttosto che per la sua concreta portata innovativa.

Proprio l'espressione utilizzata nella rubrica (abuso del processo) ha il valore di indicazione di un principio che, forse, in un testo di legge, non era stato mai esplicitato con questa dizione così carica di disvalore sui possibili atteggiamenti "abusivi" delle parti e dei loro difensori.

Quale sia l'effettiva portata del fenomeno "abusivo" oggetto di contrasto non è possibile stabilirlo, nemmeno in termini approssimativi. La norma in esame, però, trasmette l'idea che il processo sia una sede particolarmente esposta a tentativi di

strumentalizzazioni e abusi e non costituisca invece, il luogo in cui le parti fanno valere le rispettive pretese.

La problematicità del giusto equilibrio tra effettività della tutela e costo della giustizia, del resto, è stata ripetutamente evidenziata. Nel corso degli anni il legislatore ha oscillato tra l'uno e l'altro polo della dialettica.

Da ultimo, però, si è manifestata, in modo più forte che in passato, l'esigenza di contrastare soprattutto il fenomeno della temerarietà delle liti, pur rilevandosi una notevole difficoltà nella individuazione dei mezzi idonei per realizzare questo obiettivo.

Questa problematicità emerge dalla circostanza che la norma in commento costituisce il quinto intervento normativo importante in materia, nell'arco di appena cinque anni. Ed è ipotizzabile che non si tratterà dell'ultimo ritocco della disciplina, considerando l'evidente instabilità del settore e degli interessi in gioco.

In sintesi, le quattro tappe in cui si è concretizzata, finora, l'attenzione del legislatore sono state le seguenti:

a) la modifica della disciplina dell'articolo 96 del codice di procedura civile in tema di “*responsabilità aggravata*”, mediante l'aggiunta di un terzo comma, diretto ad ampliare sensibilmente la sfera di operatività dell'istituto (Si deve aggiungere che già nel 2006, era stata introdotta una specialissima norma, limitata al giudizio di Cassazione: articolo 385, comma quarto del codice di procedura civile, secondo cui “*Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave*”;

b) l'introduzione di una regolamentazione specifica della “*responsabilità aggravata*” nel processo amministrativo, contenuta nell'articolo 26 del codice;

c) il nuovissimo trattamento sanzionatorio per *lite temeraria*, previsto nel nuovo articolo 246-*bis* del codice dei contratti pubblici, introdotto dal Decreto Sviluppo;

d) il decreto correttivo del codice del processo amministrativo, che ha previsto la generalizzazione dell'ambito di applicazione della sanzione prevista dall'articolo 246-*bis* e l'eliminazione della disciplina speciale della responsabilità aggravata contemplata dall'articolo 26, comma 2, ricondotta, interamente, al codice di procedura civile.

20. QUAL È LA PORTATA INNOVATIVA CONCRETA DELLA NORMA SULL'ABUSO DI PROCESSO?

Pur potendosi apprezzare, forse, lo spirito della disposizione, tuttavia, è lecito interrogarsi sulla sua utilità effettiva.

L'articolo 26 del codice del processo amministrativo, infatti, contiene già un preciso ed esplicito riferimento alle disposizioni del codice di procedura civile che disciplinano le spese del giudizio, comprese quelle preordinate al contrasto all'abuso di processo.

In questo ambito, quindi, opera sicuramente (in virtù di un rimando esplicito e puntuale e non già per il generico rinvio, subordinato al requisito di compatibilità, di cui all'art. 39) la previsione dell'articolo 96, comma terzo, del codice di procedura civile.

Detta disposizione stabilisce che, in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, *può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.*

A fronte di questa previsione così estesa, che attribuisce al giudice un ampio potere di valutazione, la nuova norma, introdotta dal decreto legge n. 90/2014 non sembra aggiungere molto. Semmai c'è il rischio che essa possa introdurre qualche elemento di ulteriore complicazione.

Si deve ricordare che la regola sancita dall'articolo 96, comma terzo, ha evidenziato molti aspetti di criticità, anche in relazione alla determinazione della sua funzione, secondo taluno riconducibile alla riparazione di un pregiudizio della parte vincitrice del giudizio, secondo altri inquadrabile nel novero delle sanzioni.

La disposizione in esame fa rivivere, in larga misura, la previsione dell'originario art. 26, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui *“Il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati.”*

Rispetto a tale dizione, scompare il riferimento agli “orientamenti giurisprudenziali” consolidati, che potrebbe considerarsi assorbita dal riferimento alle “ragioni manifeste”.

La nuova norma sembra accentuare il profilo sanzionatorio della misura, senza, peraltro contribuire a sciogliere gli altri nodi interpretativi proposti dall'articolo 96 del cpc., riguardanti, essenzialmente:

- a) il carattere facoltativo o doveroso della condanna disposta di ufficio;
- b) l'individuazione di parametri oggettivi per affermare la responsabilità della parte soccombente;
- c) i criteri di concreta quantificazione della misura della condanna

È difficile comprendere, anzitutto, quali siano le effettive ragioni di distinguere ancora, tra processo civile e processo amministrativo, le modalità di riparazione pecuniaria delle conseguenze, per le parti, derivanti dall'abuso del processo.

La ratio dell'articolo 26, comma 1, del codice del processo amministrativo (incentrato sulla tecnica del rinvio al codice di procedura civile), risiede proprio nella forte affermazione di una identità della disciplina riguardante le spese, ricondotta, pressoché integralmente, a quella del giudizio civile.

È vero che, nel processo amministrativo, emerge una connotazione pubblicistica di maggiore spessore: le conseguenze di una decisione si estendono, assai spesso, in un ambito soggettivo che trascende la dimensione circoscritta delle parti in giudizio. E così, anche l'abuso del processo potrebbe determinare un danno diverso e di maggiori dimensioni

Ma tale interesse generale è salvaguardato attraverso il diverso istituto della “sanzione” posta a carico della parte, contenuta nel comma 2 dell'art. 26, la quale già è pienamente idonea a colpire in modo efficace il *vulnus* alla funzione giurisdizionale, oggettivamente intesa. Il carattere punitivo di tale sanzione spiega perché la sua applicazione sia collegata al requisito soggettivo della “temerarietà” della lite.

Ci si deve chiedere, allora, se la nuova disposizione abbia solo lo scopo “minimo” di rafforzare la prescrizione dell'articolo 96, “ricordando” al giudice amministrativo la sua esistenza, in modo da promuoverne un'applicazione più larga (accendendo i riflettori sui comportamenti sleali delle parti e dei loro difensori) o se, al contrario, introduca qualche elemento di innovazione effettiva.

La differenza testuale prevista dalla norma in esame rispetto alla previsione generale dell'art. 96 c.p.c. consiste nel riferimento ai presupposti della condanna, correlata, nella nuova disposizione, alle “*ragioni manifeste*” della decisione. La norma generale, invece, nulla dice in ordine ai casi in cui è consentita la condanna, esaltando il potere valutativo autonomo del giudice.

Tuttavia, anche nel contesto del nuovo articolo 26, emendato dal decreto legge n. 90/2014, la condanna resta meramente facoltativa e discrezionale. In altri termini, pure in assenza della nuova norma, il giudice amministrativo, in presenza degli stessi presupposti (le “*ragioni manifeste*” dell'esito della lite), avrebbe potuto senz'altro disporre la condanna, attraverso l'esercizio dei propri poteri discrezionali.

D'altro canto, non si potrebbe nemmeno ritenere che, ora, nel processo amministrativo, la previsione generale dell'articolo 96, comma terzo, c.p.c. sia stata superata da quella dell'art. 26, restringendo la possibilità di condanna ai soli casi di

“ragioni manifeste”: ciò sarebbe in stridente contrasto con la volontà “repressiva” dell’abuso di processo affermata dal legislatore: la responsabilità deve essere inasprita nel processo amministrativo e, non certo, attenuata.

Inoltre, il dato lessicale dell’art. 26, incentrato sul permanente rinvio esplicito all’articolo 96 del cpc, rende evidente che la previsione generale resta ferma e astrattamente applicabile.

A stretto rigore, allora, per attribuire un senso “utile” alla disposizione, si potrebbe anche ipotizzare che si tratti di una “ulteriore” condanna che il giudice potrebbe disporre: una prima condanna derivante da profili di temerarietà della lite “generici”, di cui all’articolo 96, comma terzo; una seconda voce collegata al presupposto specifico delle ragioni manifeste della decisione, come consentito dall’articolo 26.

È questa una soluzione interpretativa astrattamente prospettabile, ma che sembra caratterizzata da un rigore eccessivo e, in sostanza, molto difficile da applicare, dal momento che la temerarietà si potrebbe fondere, in ultima analisi, con le ragioni manifeste dell’esito della lite.

Sul piano pratico, poi, il carattere largamente equitativo della decisione di condanna (sia sull’*an* che sul *quantum*) svuota concretamente di rilievo il problema della possibile “duplicazione” del risarcimento.

Il giudice, infatti, ha già il potere di esaminare tutti gli aspetti della vicenda e delle condotte processuali delle parti, per definire la misura della responsabilità.

È allora ipotizzabile che il legislatore abbia inteso, semplicemente, “agevolare” la decisione del giudice, indicandogli uno dei parametri essenziali su cui basare la sentenza di condanna.

Nell’incertezza applicativa dell’articolo 96, comma terzo (e della troppo larga sfera di discrezionalità attribuita al giudice), il riferimento alle ragioni evidenti della decisione dovrebbe risultare sufficiente per sorreggere la pronuncia di condanna e porla al riparo da eventuali impugnazioni.

È forse questa la chiave di lettura della disposizione. Ma anche questa impostazione non pare risolutiva dei problemi. Non è molto sicuro, infatti, il significato della formula empirica “*ragioni manifeste*”, volta a definire il presupposto applicativo della disposizione.

Le “*ragioni manifeste*” riguardano, infatti, una pluralità di aspetti della lite, non del tutto esplicitate, che potrebbero comprendere sia profili fattuali della controversia, sia questioni di diritto.

Potrebbe essere utile, poi confrontare la dizione della norma con la formula dell’articolo 74, che consente la forma semplificata della sentenza nei casi di “*manifesta*” soluzione della controversia.

Ciò potrebbe portare ad affermare un tendenziale parallelismo tra i presupposti della sentenza in forma semplificata e la condanna per “abuso del processo”.

D’altro canto, nel contesto dell’art. 96, comma terzo, la mancanza di qualsiasi riferimento preciso al requisito della colpa e della “temerarietà”, quale requisito della condanna, ha fatto sorgere il dubbio sulla rilevanza del coefficiente soggettivo della mancanza di diligenza della parte. Al riguardo, gli interpreti sono ancora divisi: da una parte si pone chi sottolinea la funzione sanzionatoria della previsione, diretta proprio a colpire gli atteggiamenti più clamorosamente contrari ai principi di buona fede. Da un altro lato vi è chi rimarca la finalità riparatrice della disposizione. A metà strada si colloca chi ritiene applicabile la norma anche quando la posizione processuale della parte sia stata solo colposamente contraria ai doveri di comune diligenza.

In questa cornice così incerta, si potrebbe ipotizzare, allora, che, forse, la formula ora utilizzata (“*ragioni manifeste*”) intenda valorizzare l’inevitabilità dell’esito della lite, sotto l’aspetto oggettivo, senza assegnare peso particolare all’atteggiamento soggettivo delle parti.

Ovviamente, una soluzione in questo senso risulta coerente con gli indirizzi nazionali ed europei volti a garantire la rapidità del processo e la deflazione di contenziosi superflui.

In tale prospettiva, però, il riferimento ad un dovere di diligenza delle parti nell'atteggiamento processuale seguito pare esprimere un concetto molto diverso dall'idea dell'abuso, che, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, riguarda i casi di atteggiamenti dolosi delle parti. Infatti, secondo Cass. Sez. Un., sentenza n. 155 del 29/09/2011, *“L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti.”*.

Questo esito interpretativo, per quanto opinabile, potrebbe essere seguito, in futuro, da una giurisprudenza “rigoristica”. Ma è palese che il legislatore, se intendesse raggiungere questa finalità, dovrebbe utilizzare espressioni univoche in tal senso.

Si ripete: l'ampia facoltatività e discrezionalità del giudice nella decisione di condanna di ufficio potrebbe condurre ad esiti incerti sul piano della concreta operatività della norma.

Più semplice e convincente è invece la modifica del comma 2 dell'art. 26, che determina un significativo inasprimento delle sanzioni massime applicabili nelle controversie “in materia di appalti” di cui agli articoli 119, lettera a), e 120: l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite.

È appena il caso di osservare che la dizione controversie in materia di “appalti” deve essere intesa in senso più ampio, valorizzando il rinvio preciso all'ambito applicativo agli articoli 119, lettera a), e 120.

Da ultimo, va evidenziato che la disposizione non contiene una disciplina di carattere intertemporale.

In base ai principi generali, la nuova disciplina dovrebbe applicarsi ai soli giudizi introdotti dopo la sua entrata in vigore, a meno che non si voglia ritenere che

la (sola) modifica dell'articolo 26, comma 1, abbia una portata essenzialmente interpretativa e ricognitiva di una regola già presente nell'ordinamento.

La struttura tipicamente sanzionatoria della previsione induce a ritenere che debba valere il principio *tempus regit actus* per definire il regime di diritto intertemporale, in relazione all'*an* e al *quantum* della sanzione stessa.

In linea di massima, deve escludersi il carattere retroattivo delle sanzioni, le quali, pertanto dovrebbero applicarsi solo ai giudizi proposti dopo l'entrata in vigore della norma (e si dovrà chiarire se debba farsi riferimento, in questo caso, alla notifica del ricorso, come sembra preferibile, o al suo deposito).

Non sembra condivisibile, invece, la tesi secondo cui l'abuso di processo integrerebbe un illecito permanente, sicché andrebbero severamente colpite anche le condotte di chi non abbia adeguato il proprio atteggiamento processuale alla nuova normativa sanzionatoria.