



AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

00186 ROMA – VIA DEI PORTOGHESI, 12

Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti

00196 Roma - Lungotevere delle Navi 30

CONVEGNO DI STUDI

SU

NOVITA' NORMATIVE e GIURISPRUDENZIALI

**Analisi delle recenti innovazioni normative in materia di contratti pubblici,
anche alla luce della decisione della Adunanza Plenaria n. 16 del 2014**

“La Riforma Renzi della Pubblica Amministrazione”

a cura di

cons. Francesco Caringella

Direzione degli incontri: prof. avv. Giuseppe Abbamonte – avv. Antonino Galletti - prof. avv. Filippo Lubrano

Coordinamento: avv. Benedetta Lubrano - avv. Enrico Lubrano

Via Flaminia 79 00196 ROMA – 06 3223249 06 3202562 349 1530432 Fax 06 3214981

info@siaaitalia.it – segreteria@siaaitalia.it - www.siaaitalia.it

IL NUOVO GIUDICE AMMINISTRATIVO IN FUNZIONE DI GIUDICE DEGLI APPALTI (LE NOVITÀ IN MATERIA DI RITO APPALTI E SUL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN GENERALE)

CAPITOLO ESTRATTO PER CONCESSIONE DELL'EDITORE DAL VOLUME "LA RIFORMA RENZI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE" DI F. CARINGELLA M. GIUSTINIANI E O. TORIELLO, EDIZIONE DIKE GIURIDICA EDITRICE, SETTEMBRE 2014

CAPITOLO 7

IL NUOVO GIUDICE AMMINISTRATIVO IN FUNZIONE DI GIUDICE
DEGLI APPALTI (LE NOVITÀ IN MATERIA DI RITO APPALTI
E SUL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN GENERALE)

(di Marco Giustiniani)

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale degli interventi – 2. Le misure di ri-organizzazione – 2.1. La soppressione delle Sezioni staccate dei Tribunali Amministrativi Regionali – 2.2. La competenza funzionale del Tar Lombardia in ordine agli atti dell'AEEG – 3. Il processo amministrativo digitale-telematico: rinvio – 4. Il nuovo (e super-accelerato) rito appalti – 4.1. Disposizioni di accelerazione della celebrazione dell'udienza di merito – 4.2. La nuova tutela cautelare – 4.3. (Segue): la sospensiva *dietro cauzione* – 4.4. (Segue): La sospensiva *temporizzata* – 4.5. (Segue): Considerazioni su uno *stand-still* esteso – 4.6. Tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione – 4.7. Nuove disposizioni sulla lunghezza degli atti difensivi – 4.8. Ambito di applicazione e disciplina transitoria – 5. Le nuove misure sanzionatorie: il c.d. abuso del processo – 6. I poteri del giudice amministrativo sui conferimenti degli incarichi direttivi e semidirettivi dei magistrati: rinvio

1. Inquadramento generale degli interventi

Il d.l. n. 90/2014 è intervenuto – in modo ‘alluvionale’ – sul processo amministrativo.

In questo senso, colpisce, innanzitutto, che le disposizioni in questione siano state suddivise all'interno del testo del decreto-legge:

(a) nel Titolo I “*Misure urgenti per l'efficienza della P.A. e per il sostegno dell'occupazione*”, Capo I “*Misure urgenti in materia di lavoro pubblico*” (si tratta dell'art. 2) e Capo II “*Misure in materia di*

organizzazione della P.A.” (si tratta degli artt. 18 e 22);

(b) nel Titolo IV “Misure per lo snellimento del processo amministrativo e l’attuazione del processo civile telematico”, Capo I “Processo Amministrativo” (si tratta degli artt. 38, 40, 41 e 42¹)².

L’effetto e l’impressione che ne derivano sono quelli di un approccio non sistematico che rischia di scontare, in sede di applicazione pratica, la natura emergenziale delle fasi di redazione e predisposizione delle norme (senza contare quella poi correttiva posta in essere dal Parlamento in sede di conversione in legge).

Scendendo nello specifico, tra le misure in materia di riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, il Governo ha inserito le disposizioni inerenti la soppressione delle sedi distaccate dei Tribunali Amministrativi Regionali (art. 18) e l’eliminazione della competenza funzionale del Tar Lombardia, Milano, in ordine alle controversie relative ai poteri esercitati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas (art. 22, comma 12).

A queste si aggiungono alcune disposizioni afferenti alla procedura da seguire e ai

¹ Si segnala sin da adesso che gli artt. 39 e 43, pur essendo inseriti nel medesimo Capo I del Titolo IV relativo al *Processo Amministrativo* non riguardano il processo amministrativo *tout court*. Le due disposizioni, infatti, si occupano rispettivamente di semplificazione degli oneri dichiarativi in materia di gare pubbliche e di informatizzazione del processo contabile.

² Nonostante i pochi mesi trascorsi dall’emanazione d.l. n. 90/2014, la dottrina ha già avviato una immediata attività ermeneutica – e in molti casi notevolmente critica - delle novità introdotte dal decreto-legge in analisi. In particolare, si cfr. R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, in Urb. e Appalti, n. 8-9/14, pp. 873 ss. (che offre una lettura sistematica del d.l. n. 90/2014, con il precedente d.l. 24 aprile 2014, n. 66); M. CLARICH, *Pochi ritocchi al processo amministrativo ma spending review per Tar e Avvocati di Stato*, in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com; M. CLARICH, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in Guida Dir., 2014, n. 21; G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in Nuovo Dir. Amm., n. 4/14, pp. 161 ss.; M. LIPARI, *L’efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 7/14; A. PAGANO, *Il D.L. 90/2014: una modesta proposta (estiva) di riforma del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/14; A. PAGANO, *Il decreto legge n. 90/2014 ed il processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/14; M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in www.federalismi.it, 27 giugno 2014; G. GRECO, *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del D.L. 90/2014 (brevi note)*, in www.giustamm.it, n. 7/14; G. VIRGA, *Sull’abolizione delle sezioni staccate dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in www.lexitalia.it, n. 6/14; G. VIRGA, *Dopo la sentenza amministrativa breve, ecco che arriva il ricorso “abbreviato” (ma senza riassunto iniziale)*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/14; O. TORIELLO, *Il nuovo decreto non supera il vaglio di compatibilità comunitaria*, su www.sentenzeitalia.it; F. FRASCA, *Primo stop (comunitario) alla nuova disciplina del d.l. n. 90/2014 sulla “sospensiva dietro cauzione”*, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it, 7 agosto 2014; M.L. DI TOLLE, *Sulla compatibilità con l’ordinamento comunitario dell’art. 40, c. 1, lettera b) del d.l. n. 90/2014, modificato in sede di conversione con un emendamento*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/14; P. QUINTO, *L’emendamento “salva-TAR”*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/14; A. CICCIA, *Appalti, il processo si velocizza, Atti contenuti e sentenze sprint*, in Italia Oggi – Sette, 18 agosto 2014, p. 6.

poteri del giudice in relazione ai provvedimenti concernenti il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi dei magistrati, e per tale ragione incardinate nel Capo del decreto-legge che si occupa di lavoro pubblico (art. 2, comma 4).

Infine, tra le disposizioni prettamente afferenti al *Processo Amministrativo*, il Governo ha inserito: (i) alcune misure volte ad una più rapida implementazione del c.d. processo amministrativo digitale-telematico (artt. 38 e 42); (ii) nuove misure *sanzionatorie* finalizzate a deflazionare il contenzioso amministrativo in generale, e quello appalti in particolare (art. 41); (iii) nuove tempistiche acceleratorie per lo svolgimento del processo secondo il c.d. rito appalti, con contestuale modifica dell'istituto della tutela cautelare, alla quale è abbinato il *dovere* (poi derubricato in *potere* dalla Camera dei Deputati) di subordinare la stessa alla prestazione di una cauzione (art. 40).

Nel presente capitolo si procederà, dunque, con un'analisi di tutte le novità introdotte dal d.l. n. 90/2014 seguendo, per quanto possibile, l'ordine delineato dal Governo all'interno dell'articolato del decreto.

2. Le misure di ri-organizzazione

Come anticipato, qualora la scelta della dislocazione 'geografica' (all'interno del Capo del decreto-legge che si occupa dell'organizzazione della P.A.) delle disposizioni incidenti sui Tribunali Amministrativi Regionali non sia stata casuale, da questa discenderebbe l'inevitabile conclusione che il Governo considera i Tar al pari di una qualsiasi Pubblica Amministrazione, e non come parte integrante di un plesso giurisdizionale.

La conseguenza non è di poco momento. Infatti, senza un serio 'paracadute' che la Costituzione riserva al solo Consiglio di Stato³, il Governo ha dimostrato così di potere (e di volere) intervenire direttamente, peraltro mediante l'irrituale ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, nella rideterminazione dell'assetto della giustizia amministrativa, muovendo dal primo 'livello', parificandolo alle altre strutture della 'amministrazione governativa' (più che a quelle della 'amministrazione della giustizia').

In quest'ottica, si poneva anche l'originaria soppressione della competenza funzionale del Tar Lombardia relativamente agli atti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Ad ogni modo, la Relazione Illustrativa al decreto non chiarisce le ragioni delle scelte

³ Cfr. in relazione al Consiglio di Stato, l'art. 100, comma 1, Cost. Infatti, l'art. 125, comma 2, Cost. si limita a prevedere che "nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione". In altri termini, la norma costituzionale non prevede l'obbligo di istituzione di sezioni distaccate dal capoluogo, ma solo una facoltà. Oltretutto, l'art. 125 Cost. non sembra prevedere che gli organi di giustizia amministrativa debbano essere istituiti necessariamente in tutte le Regioni. Sul punto, si v. la forte presa di posizione di G. VIRGA, *Sull'abolizione delle sezioni staccate dei Tribunali Amministrativi*, op. cit.

compiute in merito, salvo ricoprire il tutto sotto l'*ombrello* della necessità di semplificare e razionalizzare le strutture amministrative con contestuale taglio alla spesa pubblica⁴.

*2.1. La soppressione delle Sezioni staccate
dei Tribunali Amministrativi Regionali*

L'art. 18 del d.l. n. 90/2014 rappresenta, di certo, una delle disposizioni a più elevato impatto (soprattutto mediatico) dell'intero decreto.

Nella sua formulazione originaria prevedeva:

- (i) a decorrere dal 1 ottobre 2014, la soppressione di tutte le sezioni staccate dei Tribunali Amministrativi Regionali (con la sola eccezione della sezione della Provincia Autonoma di Bolzano)⁵;
- (ii) l'immediata soppressione del magistrato delle acque per le province venete e di Mantova di cui alla legge 5 maggio 1997, n. 257⁶.

Per quanto concerne la riduzione delle sedi dei Tar, la Relazione Tecnica al disegno di legge di conversione giustifica tale scelta nell'ottica di *“razionalizzare l'attività dei Tribunali amministrativi regionali mediante la soppressione delle sezioni staccate, ad eccezione della sezione autonoma per la provincia di Bolzano, il conseguente accentramento del contenzioso ivi pendente presso il Tribunale amministrativo della relativa regione ed il trasferimento al medesimo delle risorse umane e*

⁴ Cfr. Relazione Illustrativa del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90.

⁵ Nella versione uscita dal Consiglio dei Ministri, il decreto-legge prevedeva che le modalità operative del trasferimento del contenzioso pendente dalle sezioni soppresse alle rispettive sezioni centrali e delle correlate risorse umane e finanziarie, avrebbero dovuto essere determinate con apposito d.P.C.M. da emanarsi – sentito il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa – entro il 15 settembre 2014 (ossia solo quindici giorni prima della data fissata per la soppressione delle sezioni staccate).

⁶ Limitandoci, in questa sede, solamente a citare quest'ultima modifica, occorre ricordare che – a seguito della conversione del d.l. n. 90/2014 – è stato definitivamente previsto che i compiti e le attribuzioni svolti dal Magistrato per le acque sono trasferiti al provveditorato interregionale per le opere pubbliche competente per territorio (infatti, il Magistrato per le acque rientra nell'organizzazione decentrata del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti). Sempre in sede di conversione è stata aggiunta la soppressione del Comitato tecnico di magistratura previsto dall'art. 4 della legge n. 257/1907. Il Parlamento ha, infine, previsto che il Governo adotti uno specifico d.P.C.M., entro il prossimo 31 marzo 2015, con il quale siano individuate le funzioni già esercitate dal Magistrato delle acque e che debbano essere trasferite alla città metropolitana di Venezia, in materia di salvaguardia e risanamento della città e dell'ambiente lagunare, di polizia lagunare e di organizzazione della relativa vigilanza, nonché di tutela dall'inquinamento delle acque (art. 18, comma, 3, del d.l. n. 90/2014).

*finanziarie. Eventuali risparmi potranno essere verificati solo a consuntivo*⁷.

Come è agevole notare, la motivazione utilizzata dal Governo è sostanzialmente tautologica e nulla è aggiunto sul punto nemmeno dalla allegata Relazione Illustrativa. D'altronde, come correttamente osservato dalla prima dottrina, “sostenere che la soppressione delle sedi degli uffici giudiziari del TAR risponda a logiche di efficienza e di risparmio di spesa è molto difficile”⁸. In effetti, per quanto concerne l'aspetto economico, la riduzione dei costi parrebbe limitata agli eventuali canoni di affitto delle sedi ‘fisiche’ degli uffici e dei locali giudiziari: non ci sarà – invece e come era ed è facilmente ipotizzabile – alcun *ritocco* ai ruoli dei giudici e del personale che saranno trasferiti presso la sede del capoluogo di Regione (con la *speranza* che la sede materiale abbia sufficienti spazi disponibili per ospitare anche le nuove sezioni, salvo in caso contrario incorrere nel rischio di dover ricercare nuovi uffici con relativi aggravii di costi)⁹.

Sotto altro profilo, occorre valutare l'impatto – in termini di efficienza organizzativa e ragionevole durata dei processi – della soppressione di tali sezioni sui ruoli delle cause pendenti. È agevole pronosticare, infatti, che tutte le cause saranno rinviate d'ufficio a data da destinarsi, in attesa del completamento del materiale ‘passaggio di consegne’ alle sezioni centrali.

Ad ogni modo, la soppressione era operata attraverso l'abrogazione dell'intero terzo comma e di parte del quinto comma dell'art. 1 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. Legge Tar)¹⁰.

Non appena pubblicato, l'art. 18 del d.l. n. 90/2014 è stato oggetto da più parti di svariate critiche e rilievi¹¹, nonché di numerose petizioni al fine di una sua soppressione¹².

⁷ Cfr. Relazione Tecnica del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, p. 21.

⁸ Cfr. G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 164.

⁹ Cfr. sul punto, nuovamente, G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 164.

¹⁰ Nella sua versione antecedente alla modifica introdotta dal d.l. n. 90/2014, l'art. 1 della legge n. 1034/1971 prevedeva che: “1. Sono istituiti tribunali amministrativi regionali, quali organi di giustizia amministrativa di primo grado. 2. Le loro circoscrizioni sono regionali e comprendono le province facenti parte delle singole regioni. Essi hanno sede nei capoluoghi di regione. 3. Nelle regioni Lombardia, Emilia-Romagna, Lazio, Abruzzi, Campania, Puglia, Calabria, Sicilia sono istituite sezioni staccate, le cui sedi e le cui circoscrizioni saranno stabilite nelle norme di attuazione della presente legge previste nell'articolo 52. 4. Una sezione staccata con ordinamento speciale è pure istituita nella regione Trentino-Alto Adige. Essa ha sede a Bolzano e alla sua disciplina si provvede con altra legge. 5. Il tribunale amministrativo regionale del Lazio, oltre una sezione staccata, ha tre sezioni con sede a Roma”.

¹¹ In dottrina, per tutti, cfr. G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., pp. 164 ss.; P. QUINTO, *L'emendamento “salva-TAR”*, op. cit.; M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti*, op.

Anche in considerazione dei rilievi sollevati, nell'*iter* parlamentare di conversione la disposizione è stata notevolmente *edulcorata*.

In primo luogo, è stato ridotto il numero delle sezioni soppresse attraverso l'applicazione del criterio della sede di Corte d'appello. In altre parole, saranno definitivamente soppresse solo quelle sedi di Tar che non siano situate in Comuni già sede di Corte d'appello (art. 18, comma 1).

In questo modo, oltre alla sezione di Bolzano, resteranno operative le sedi staccate del:

- (i) Tar Calabria: Reggio Calabria;
- (ii) Tar Campania: Salerno;
- (iii) Tar Lombardia: Brescia;
- (iv) Tar Puglia: Lecce;
- (v) Tar Sicilia: Catania.

Mentre saranno soppresse le sedi staccate del:

- (i) Tar Abruzzo: Pescara;
- (ii) Tar Emilia-Romagna: Parma;
- (iii) Tar Lazio: Latina.

In secondo luogo, è stata 'alleggerita' la tempistica di attuazione. Infatti, dall'originario (ed eccessivamente ottimistico) 1 ottobre 2014 si è passati ad un più realistico 1 luglio 2015. A decorrere da tale data tutti i ricorsi di competenza delle sedi soppresse andranno depositati presso le rispettive sedi centrali (art. 18, comma 1).

In terzo luogo, parimenti esteso (al 31 marzo 2015) è il termine di adozione del d.P.C.M. inerente le modalità di trasferimento del contenzioso pendente (art. 18, comma

cit., pp. 2-3. Tuttavia, numerosi rilievi sono stati sollevati anche dai Servizi Studi dei due rami del Parlamento. In particolare, quello della Camera dei deputati dubitava della fattibilità dell'intera operazione nei ristretti tempi fissati dal decreto-legge (d.P.C.M. attuativo entro il 15 settembre 2014, trasferimento entro il 1 ottobre 2014). Inoltre, rammentava *“che, quando si è recentemente provveduto alla soppressione delle sezioni distaccate dei tribunali ordinari, i tempi per l'attuazione della riforma, realizzata partendo da una legge delega e con il coinvolgimento del Parlamento nell'espressione dei pareri sui decreti attuativi, sono stati più ampi (praticamente due anni)”* Cfr. Dossier Camera dei deputati n. 196/1 (schede di lettura) del 30 giugno 2014, p. 78-79. Sempre il Servizio Studi della Camera rilevava, altresì, come la disposizione *“non chiaris[se] la sorte dei locali dismessi né affronta[sse] il tema – anche solo logistico – del riaccorpamento presso la sede centrale di magistrati e personale amministrativo”*; e come risultasse necessario *“operare la soppressione del riferimento alle sezioni staccate anche in ogni altra legge in vigore”* cfr. a titolo esemplificativo l'art. 47 c.p.a. (p. 79).

¹² V. *Petizione al Governo ed al Parlamento italiano contro la annunciata soppressione delle sedi staccate dei Tribunali amministrativi regionali*, pubblicata su www.lexitalia.it, 15-25.06.2014.

1).

In ultimo luogo – e questa appare una sorta di contropartita del ‘salvataggio’ *in extremis* di cinque su otto sedi distaccate di Tar – il Parlamento ha introdotto (nel testo dell’art. 18) il comma 1-*bis* che prevede la realizzazione di un piano di rideterminazione generale dell’assetto organizzativo dei Tribunali Amministrativi Regionali. Ai sensi di tale disposizione, entro il 31 dicembre 2014, il Governo – sentito il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa – dovrà presentare al Parlamento una relazione sull’assetto organizzativo dei Tar, che comprenda una analisi dei fabbisogni, dei costi delle sedi e del personale, del carico di lavoro di ciascun tribunale e di ciascuna sezione, nonché del grado di informatizzazione. Alla relazione dovrà essere allegato un piano di riorganizzazione che preveda misure di ammodernamento e razionalizzazione della spesa e l’eventuale individuazione di sezioni da sopprimere, tenendo anche conto del carico di lavoro, dell’organizzazione degli uffici e della dislocazione geografica.

Resta in ogni caso la sensazione di un intervento – in certo qual modo – improvvisato e non pienamente coordinato, sfociato in uno shakespeariano *molto rumore* (quantomeno allo stato dell’arte) *per nulla*. Del resto, è assai difficoltoso comprendere quale consistente risparmio per la spesa pubblica e/o incremento di efficienza possa discendere dalla soppressione *tout court* di tre Tribunali periferici, mentre è sicuro l’effetto di affollamento delle corrispondenti sedi centrali già affette, con particolare riguardo a quella di Roma, dal peso di un ben noto e stratificato arretrato.

2.2. La competenza funzionale del Tar Lombardia in ordine agli atti dell’AEEG

La seconda misura (di riorganizzazione) introdotta dal Governo con impatto diretto sul sistema della giustizia amministrativa di primo grado è (*rectius* era) la soppressione della competenza funzionale del Tar Lombardia, Milano, sui giudizi inerenti gli atti dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas.

Tale disposizione, inserita al comma 12 dell’art. 22 che si occupava della razionalizzazione delle c.d. autorità indipendenti (tra le quali anche la AEEG, appunto), è stata soppressa dalla Camera dei deputati in sede di conversione del decreto-legge¹³.

L’eliminazione della disposizione deve essere letta con favore per due ordini di ragioni.

In primo luogo, in assenza di una disciplina transitoria, si sarebbe registrato uno ‘scollamento’ temporale tra l’eventuale trasferimento della sede e degli uffici dell’AEEG

¹³ L’art. 22, comma 12, del d.l. n. 90/2014 disponeva l’abrogazione dell’art. 14, comma 2, c.p.a. secondo cui, appunto, “sono devolute funzionalmente alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, sede di Milano, le controversie relative ai poteri esercitati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas”.

(30 giugno 2015) e l'immediata soppressione della competenza giurisdizionale del Tar Lombardia sui relativi atti¹⁴.

In secondo luogo, la *semplice* abrogazione dell'art. 14, comma 2, c.p.a., non chiariva se la competenza sulle controversie in questione sarebbe stata affidata *tout court* al Tar Lazio, ovvero se avrebbe dovuto seguire l'ordinario regime della competenza territoriale. I dubbi prospettati erano stati, peraltro, condivisi dallo stesso Servizio Studi della Camera dei Deputati che richiamava la necessità – ovviamente qualora il Parlamento non avesse deciso di sopprimere la disposizione in parola – di modificare anche l'art. 135, comma 1, lett. c), c.p.a. che, appunto, assegna alla competenza funzionale del Tar del Lazio, Roma, tutte le controversie che abbiano ad oggetto gli atti delle autorità amministrative indipendenti, con l'eccezione della sola AEEG¹⁵.

3. Il processo amministrativo digitale-telematico: rinvio

Gli artt. 38 e 42 del Capo I, del Titolo IV, del d.l. n. 90/2014 si occupano del processo amministrativo digitale e delle connesse modalità di comunicazione, deposito e notificazione degli atti e dei documenti per via telematica (e delle relative modalità di comunicazione per via telematica).

Il tema del processo telematico (anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa) sarà trattato in modo più ampio nel successivo capitolo 8, al quale, dunque, per sinteticità si rinvia.

4. Il nuovo (e super-accelerato) rito appalti

La novità probabilmente più rilevante del d.l. n. 90/2014 – in ambito processuale – è rappresentata dalla nuova spinta acceleratoria impressa ai processi sulla contrattualistica pubblica e dai correlati interventi in materia di cauzione e tutela cautelare, e di fissazione di una lunghezza prestabilita degli atti difensivi delle parti. La disposizione di riferimento nel decreto-legge è l'art. 40.

Quasi come una costante degli ultimi venti anni, il rito appalti continua dunque a vivere

¹⁴ Sul punto, cfr. G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 165; M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti*, op. cit., p. 3.

¹⁵ Cfr. Dossier Camera dei Deputati n. 196/1 (schede di lettura) del 30 giugno 2014, p. 120. Sul punto, cfr. anche G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 165, secondo cui “*la competenza su tali controversie, nel silenzio della legge, dovrà seguire il criterio ordinario della competenza territoriale*”. In senso contrario, tuttavia, cfr. Dossier n. 159 del Servizio Studi sull'A.S. n. 1582 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*” – agosto 2014, pp. 188-189.

“vicende travagliate”¹⁶.

Si consideri, sul punto, la successione di riti processuali e conseguenti riforme di seguito elencata per ragioni di completezza:

(i) le prime norme acceleratorie sui contenziosi in materia di opere pubbliche risalenti all’art. 31-*bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (inserito nel testo della Legge Merloni dall’art. 9 del d.l. 3 aprile 1995, n. 101);

(ii) il rito speciale introdotto dall’art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67;

(iii) l’ulteriore rito speciale (di impostazione però più generale) previsto dall’art. 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall’art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

(iv) il rito di cui al d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (di recepimento della direttiva ricorsi n. 2007/66/CE), che ha vissuto di *vita breve* restando in vigore solo dal 27 aprile 2010 al 15 settembre dello stesso anno, ma che ha segnato profondamente il processo appalti (intervenendo sul testo stesso del codice, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) con un *salto in avanti* in parte confermato dal codice del processo amministrativo, e che in parte si ritrova nell’attuale riforma del d.l. n. 90/2014;

(v) le specifiche norme processuali contenute agli artt. 119 e 120 c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dai due decreti correttivi: d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 e d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160);

(vi) l’ultima riforma operata dall’art. 40 del d.l. n. 90/2014 (come modificato dalla legge di conversione n. 114/2014) che interviene in modo sostanziale sulle richiamate disposizioni di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a.¹⁷.

¹⁶ L’espressione utilizzata nel testo è mutuata da R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 880.

¹⁷ Nell’economia della presente opera ci si limita a rinviare – in materia di processo sugli appalti pubblici – a solo alcuni testi che riassumono e sintetizzano il rito appalti prima dell’attuale riforma: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, pp. 1584 ss.; M. CAPIZZI, *Il giudizio in materia di contratti pubblici*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, pp. 531 ss.; G.F. NICODEMO, *Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo: il rito processuale superspecialissimo e il “crepuscolo” dell’intangibilità del contratto pubblico: i nuovi poteri del giudice di “risarcire” l’interesse del concorrente vittorioso in giudizio*, entrambi in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo – IV. I contratti pubblici*, Roma, 2014, pp. 1952 ss.; E. DI IENNO – L. LAVITOLA, *Il processo amministrativo in materia di appalti: aspetti generali*, in F. NARDOCCI – L. D’OTTAVI (a cura di), *I contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 1373 ss.; S. RUSCICA, *Il rito speciale in materia di appalti pubblici*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012, pp. 1225 ss.; F. MATTEUCCI, *Il processo amministrativo accelerato: il rito abbreviato comune a particolari materie e il giudizio sulle procedure contrattuali negli artt. 119 e 120 c.p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Roma, 2013, pp. 333 ss.; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, pp. 632 ss.; E. DI IENNO – L. LAVITOLA, *Il processo amministrativo in materia di appalti: aspetti generali*, in F. NARDOCCI – L. D’OTTAVI (a cura di), *I contratti pubblici*, Santarcangelo di

La continua spinta riformistica degli ultimi venti anni, che ha reso il settore una sorta di *unicum* nel panorama processuale italiano, è invero in buona parte dovuta allo stretto condizionamento discendente dal diritto dell'Unione Europea. Si pensi alle tre successive c.d. "direttive ricorsi" che si sono susseguite a partire dal 1989, al fine di garantire – mediante l'introduzione di norme a valenza processuale – una tutela effettiva contro le violazioni inerenti le procedure di affidamento di appalti pubblici di rilevanza comunitaria, nella direzione di un mercato comune delle commesse provenienti dalle pubbliche amministrazioni¹⁸.

Il diritto processuale degli appalti pubblici finisce ancora una volta per rappresentare – un po' per ragioni *lato sensu* emergenziali, un po' per l'elevato numero di giudizi che si registrano – un campo di prova del Legislatore circa nuove soluzioni processuali: una sorta di *testa di ponte* o *avamposto di sperimentazione* per nuove soluzioni di tecniche di tutela processuale (tecniche che poi vengono di sovente estese all'intero processo amministrativo).

La linea di tendenza che si registra è, dunque, quella di voler creare una duplice *versione* del medesimo giudice amministrativo a seconda delle cause sulle quali sia chiamato a pronunciarsi: un giudice amministrativo ordinario e un giudice amministrativo in funzione di giudice degli appalti (che giudica secondo regole assolutamente peculiari).

Entrando nell'esame delle novità processuali introdotte dal d.l. n. 90/2014, a titolo di considerazione generale è possibile affermare che ogni soluzione che sia diretta a rapidizzare la conclusione dei processi deve essere sicuramente accolta in modo positivo. Ciò con l'ovvio limite – tuttavia – che non si alteri quello spesso instabile equilibrio che si crea tra sentenza veloce e sentenza giusta. Infatti, se per un verso è vero che una decisione che arrivi tardi è di per se stessa ingiusta (in quanto rischia di essere *inutiliter data*); per altro verso, è altrettanto vero che una *corsa* processuale spinta dalla sola esigenza di rendere una decisione in tempi ristretti può non garantire

Romagna, 2012, pp. 1373 ss.; A. REGGIO D'ACI, *La tutela ante causam ed altri strumenti di tutela*, in F. NARDOCCI – L. D'OTTAVI (a cura di), *I contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 1423 ss.; F. MAELLARO, *Giurisdizione e strumenti di tutela*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, pp. 1075 ss.; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, pp. 1099 ss.; A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2010, pp. 785 ss.; F. DE LEONARDIS, *I riti speciali*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, pp. 317 ss.; M. DE PAOLIS, *Le controversie sui contratti pubblici*, Padova, 2010; R. DE NICTOLIS, *I riti speciali degli appalti pubblici*, Roma, 2009; V. ITALIA (a cura di), *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Milano, 2010; S. RUSCICA, *Il nuovo processo degli appalti pubblici*, Roma, 2010.

¹⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle direttive nn. 89/665/CEE, 92/13/CEE e 2007/66/CE.

quell'approfondimento necessario della questione che sta alla base, appunto, di una sentenza giusta¹⁹.

Si procede, dunque, alla analisi dei singoli profili di cui si compone la riforma del c.d. rito appalti e, nell'ordine:

- (a) disposizioni finalizzate ad accelerare la celebrazione dell'udienza di merito e la conseguente definizione del giudizio;
- (b) disposizioni che intervengono sulla fase cautelare dei giudizi;
- (c) disposizioni inerenti tipologia e termini di formazione e pubblicazione delle sentenze;
- (d) disposizioni introdotte in sede di conversione in materia di lunghezza predefinita degli atti difensivi di parte;
- (e) ambito di applicazione e disciplina transitoria di entrata in vigore del rito riformato.

4.1. Disposizioni di accelerazione della celebrazione dell'udienza di merito

La prospettiva acceleratoria della riforma si delinea sin dalla prima delle modifiche introdotte dall'art. 40 del d.l. n. 90/2014 all'art. 120 c.p.a..

Nello specifico, il Governo ha proceduto alla integrale riscrittura del comma 6 di quest'ultima disposizione stabilendo un termine massimo per lo svolgimento dell'udienza di merito. In altre parole viene fissata una durata massima dei processi.

Detto termine, originariamente indicato in trenta giorni è stato (ragionevolmente) elevato a quarantacinque giorni in sede di conversione del decreto-legge²⁰. Il *dies a quo* è stato, invece, individuato nella scadenza del termine di costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente: ossia trenta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso introduttivo²¹. Il termine complessivo è dunque di settantacinque giorni dal perfezionamento della notificazione del ricorso.

Uniche eccezioni al novellato meccanismo di fissazione delle udienze di discussione

¹⁹ In questa direzione pare essersi mossa la legge di conversione (n. 114/2014) che ha allungato in più punti le ristrette tempistiche fissate dal Governo nella versione originaria dell'art. 40 del d.l. n. 90/2014. Si consideri, inoltre, che già il previgente rito delle cause in materia di appalti costituiva un rito celere con una amplissima *corsia preferenziale* che contraeva in modo sostanziale i termini effettivi di definizione dei giudizi.

²⁰ L'estensione a quarantacinque giorni del termine entro cui fissare l'udienza di merito pare riuscire a superare – almeno in parte – le critiche mosse alla tempistica di soli trenta giorni fissata nella versione originaria del decreto-legge. Cfr. le argomentate considerazioni critiche svolte da R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., pp. 881 ss.; e da M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 20 ss..

²¹ Si cfr. il combinato disposto tra gli artt. 46, comma 1, e 119, comma 2, c.p.a..

sono rappresentate da:

- (i) eventuali esigenze istruttorie;
- (ii) la necessità di integrare il contraddittorio;
- (iii) la necessità di rispetto dei termini a difesa²².

In queste ipotesi la data d'udienza può essere differita di non oltre trenta giorni.

Il sistema che ne discende, dunque, delinea un *processo lampo* che dovrebbe concludersi (con la celebrazione dell'udienza finale di discussione) in un arco temporale variabile tra i settantacinque ed i centocinque giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso introduttivo per l'ultima delle parti intimiate. A tale periodo – come si avrà modo di vedere nel prosieguo del presente Capitolo – devono essere esclusivamente aggiunti il termine di due giorni dall'udienza per la pubblicazione del dispositivo (ove richiesto dalle parti) e il termine di trenta giorni per la pubblicazione della sentenza che definisce il grado di giudizio.

Con questa innovazione (invero particolarmente incisiva), il Legislatore mira anche a superare l'ambiguità propria della previgente dizione del comma 6 dell'art. 120 c.p.a. secondo la quale “*quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'art. 60, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio ai sensi dell'art. 119, comma 3, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità*”.

La disposizione in commento, inoltre, recupera un già sperimentato (*rectius* tentato) meccanismo di accelerazione frutto del primo recepimento della direttiva n. 2007/66/CE che aveva portato all'introduzione dell'art. 245, comma 2-*octies*, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Tale meccanismo – in vigore solo per pochi mesi nell'anno 2010 e poi abrogato dal nuovo codice del processo – era costruito sulla falsa riga di quello oggi re-introdotta con il d.l. n. 90/2014: stabilendo una celebrazione d'udienza a data fissa che non avrebbe potuto superare il tetto dei sessanta giorni a decorrere dalla scadenza del termine di costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente.

L'opzione seguita dal Governo (e poi ratificata dal Parlamento) pare – ad ogni buon conto – condivisibile. Infatti, nonostante la generalizzazione del meccanismo di fissazione delle udienze rischi di non tenere conto delle peculiarità dei singoli casi concreti (ad esempio obbligando ad una rapida definizione giudizi in cui né l'interesse delle parti, né l'interesse pubblico sarebbero tali da giustificare in senso assoluto un *processo lampo*²³), si

²² Ciò significa che l'udienza non potrà mai essere fissata se non siano rispettati tutti i termini di venti, quindici e dieci giorni liberi antecedenti alla data d'udienza stessa, e rispettivamente previsti per il deposito di documenti, memorie e memorie di replica (cfr. combinato disposto tra gli art. 120, comma 3, 119, comma 2, e 73, comma 1, c.p.a.).

²³ Così usufruendo di una *corsia preferenziale* a danno di giudizi – magari molto più *urgenti* – ma che afferiscono a materie diverse dalla contrattualistica pubblica.

ritiene che l'innalzamento sproporzionato del *costo della giustizia* in questo specifico settore debba avere come controprestazione un *servizio di giustizia* in grado di fornire risposte sempre più in linea con le celeri tempistiche dettate dal mercato²⁴.

4.2. *La nuova tutela cautelare*

L'innovazione processuale più delicata introdotta dal d.l. n. 90/2014 è rappresentata dalle modifiche operate sulla disciplina della tutela cautelare nei processi appalti.

Infatti, facendo seguito ad un dibattito politico che si è protratto per diversi mesi²⁵, il Governo è infine intervenuto sul testo dell'art. 120 c.p.a. inserendo un nuovo comma 8-bis con il seguente tenore: *“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”* (art. 40, comma 1, lett. b, del d.l. n. 90/2014).

In estrema sintesi, il Governo ha dunque ritenuto di:

- (i) imporre un obbligo generalizzato, sebbene non del tutto inderogabile, di subordinazione della concessione della misura cautelare collegiale alla prestazione di una apposita cauzione;
- (ii) prevedere una temporalizzazione (ossia una durata massima) della misura cautelare concessa per un periodo non superiore a sessanta giorni.

Tuttavia, sin dalle prime analisi dottrinarie²⁶, sono emerse alcune criticità di queste due previsioni soprattutto in termini di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea (e costituzionale); criticità confermate, in parte, dalla giurisprudenza *cautelare* dei Tar e che hanno trovato una parziale correzione in sede di conversione in legge.

²⁴ Si pensi al costante aumento del contributo unificato che, nelle materie di cui all'art. 120 c.p.a è arrivato alle cifre record di 6.000 euro (per i processi al Tar) e di 9.000 euro (per i processi dinanzi al Consiglio di Stato); e ciò senza contare il raddoppio o la triplicazione dovuti in caso di presentazione di uno o più atti di motivi aggiunti.

²⁵ In tale dibattito era stata da più parti e in più occasioni prospettata anche l'ipotesi dell'eliminazione *tout court* della tutela cautelare nel rito appalti.

²⁶ Per i primi commenti e analisi in dottrina cfr., in particolare, R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., pp. 882 ss.; M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 37 ss.; M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti*, op. cit., pp. 14 ss.; G. GRECO, *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del D.L. 90/2014*, op. cit., pp. 13 ss.; G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., pp. 168 ss..

4.3. (Segue): *la sospensiva* dietro cauzione

In primo luogo, la previsione della cauzione obbligatoria (peraltro, senza nemmeno fissare un parametro per il suo calcolo) per la concessione della tutela interinale istituisce un regime speciale che si affianca a quello generale disciplinato dall'art. 55, comma 2, c.p.a.. Secondo quest'ultima disposizione, esclusivamente nelle ipotesi in cui la decisione sull'istanza cautelare potrebbe avere "effetti irreversibili", il giudice può accompagnare la concessione della misura cautelare con la prestazione di una cauzione. La stessa disposizione pone – inoltre – dei limiti al potere del giudice di subordinare la sospensiva alla previa cauzione: si tratta delle ipotesi in cui la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

Il regime speciale introdotto dal d.l. n. 90/2014 (nella sua formulazione originaria) non solo ribalta la prospettiva di cui all'art. 55, comma 2, c.p.a. (la cauzione da eccezione diventa regola "salvo che ricorrano gravi ed eccezionali ragioni"), ma ne snatura la funzione: ossia da tutela della parte processuale che potrebbe essere danneggiata dall'applicazione della misura interinale, diviene un disincentivo per la parte che potrebbe avere ragione a domandare *anche* la forma di tutela cautelare.

Del resto, la previsione di un obbligo di 'sospensiva subordinata' comporta un innalzamento ulteriore degli oneri che un operatore deve sostenere per poter accedere alla giustizia nel settore appalti, aggiungendosi a quelli già imposti: (i) dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in ordine agli speciali (per valore) contributi unificati dovuti per la presentazione di ricorsi e motivi aggiunti *ex art.* 120 c.p.a.; e (ii) dall'art. 41 dello stesso d.l. n. 90/2014, in ordine alla condanna *aggravata* per lite temeraria che può arrivare sino all'1% del valore del contratto, così superando i tetti previsti per i restanti contenziosi (v. *infra*)²⁷.

Le suddette considerazioni rendono, altresì, evidente, in una con la difficile armonizzabilità costituzionale di una disposizione che limita il diritto di difesa, obbligando in via indefettibile la parte che abbia ragione ad un esborso pecuniario al fine cedere tutelato il suo diritto, il contrasto con il diritto comunitario dello speciale regime cautelare *a cauzione obbligatoria*. Come noto, infatti, la direttiva n. 2007/66/CE si prefigge come scopo quello del "rafforzamento dell'efficacia dei ricorsi nazionali [che] dovrebbe incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto" (considerando n. 28). E, ancora, agli artt. 1 e 2, la direttiva impone agli Stati membri l'adozione di misure idonee a garantire, per quanto riguarda gli appalti di rilevanza comunitaria di cui alle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE, procedure di ricorso accessibili ed efficaci, senza alcuna discriminazione tra i vari operatori in

²⁷ Cfr. G. GRECO, *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 13.

dipendenza della loro diversa capacità finanziaria²⁸.

Del resto, la tutela cautelare nel processo appalti è strettamente correlata con gli obblighi di *stand still* introdotti nelle procedure di affidamento dei contratti, in una fase ancora pre-processuale, e in attuazione della stessa direttiva n. 2007/66/CE²⁹. La *ratio* seguita dal Legislatore comunitario è, appunto, di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso l'eliminazione del rischio che la pronuncia dell'organo

²⁸ Scendendo nello specifico, sul piano dei principi, la direttiva n. 2007/66/CE ne fissa tre che devono regolare il processo in materia di contrattualistica pubblica negli Stati membri: (i) in primo luogo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale (omologo a quello costituzionalizzato agli artt. 24 e 113 Cost.), secondo il quale l'ordinamento deve mettere a disposizione del ricorrente tutte le azioni idonee per rendere piena soddisfazione alla pretesa che intende dedurre in giudizio, con il correlato potere del giudice di adottare ogni tipo di pronuncia idonea a soddisfare l'interesse azionato; (ii) in secondo luogo, il principio di equivalenza, secondo cui ogni Stato membro deve garantire, nelle materie regolate dal diritto comunitario, una tutela giudiziale minima analoga a quella che lo stesso giudizio godrebbe se intentato nell'ambito dell'ordinamento comunitario; (iii) in terzo luogo, il principio del giusto processo, (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – c.d. Carta di Nizza), che si concretizza nei canoni di precostituzione del giudice naturale per legge, di terzietà, indipendenza e imparzialità del giudicante, di integrità e pienezza del contraddittorio, di parità fra le parti, di effettività, completezza, pienezza e rapidità del giudizio. E ancora, quanto alla tutela cautelare, la direttiva n. 2007/66/CE la definisce come il potere del giudice di “*prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice*”. In dottrina, cfr. O. TORIELLO, *Il nuovo decreto non supera il vaglio di compatibilità comunitaria*, op. cit..

²⁹ Per i c.d. periodi di *stand still* si v. l'art. 11, commi 10 ss., del d.lgs. n. 163/2006, introdotti dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE, a norma del quale: “*10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79. 10-bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi: a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltre degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60 e nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del regolamento. 10-ter. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare*”.

giurisdizionale arrivi oramai ‘a giochi fatti’: ossia una volta che sia stato stipulato il contratto che – nella maggior parte dei contenziosi appalti – costituisce il bene della vita a cui aspirano tutte le parti processuali³⁰.

La giurisprudenza ha immediatamente *cassato* il nuovo regime, addirittura procedendo alla sua disapplicazione diretta per contrarietà al diritto comunitario senza previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. In particolare, il Tar Lombardia, Milano, esprimendosi in sede cautelare sulla richiesta di sospensione del provvedimento con il quale una stazione appaltante aveva esercitato il diritto di recesso da un contratto stipulato con un R.T.I. a seguito della trasmissione di una informativa antimafia a carico della mandataria, ha ritenuto di concedere la sospensiva, non subordinandola, tuttavia, ad alcuna forma di cauzione³¹. I giudici milanesi hanno, infatti, ritenuto “*l’insussistenza dei presupposti per l’applicazione di una cauzione, in quanto l’art. 40, comma 1 lett. b), del d.l. n. 90/2014, deve essere disapplicato per incompatibilità comunitaria, nella parte in cui stabilisce l’obbligo di subordinare necessariamente l’efficacia della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, atteso che tale previsione risulta contrastante con gli artt. 1 e 2 della direttiva comunitaria 2007, n. 66, che impongono agli Stati membri l’adozione di misure idonee a garantire, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, procedure di ricorso accessibili ed efficaci, senza alcuna discriminazione tra i vari operatori in dipendenza della loro diversa capacità finanziaria*”³².

Una analoga *sterilizzazione* della neo-introdotta disciplina in materia di tutela cautelare si è registrata anche ad opera del Tar Campania, Napoli³³. I giudici partenopei hanno seguito

³⁰ Il filo rosso seguito dal diritto comunitario conduce poi ai poteri di disporre lo *step in* nei contratti *medio tempore* (e per qualsiasi ragione) stipulati della parte processuale risultante vittoriosa all’esito della definizione dei singoli giudizi (cfr. artt. 121 ss. c.p.a.).

³¹ Cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, ord. 30 luglio 2014, n. 1044. Per i primi commenti in dottrina, v. O. TORIELLO, *Il nuovo decreto non supera il vaglio di compatibilità comunitaria*, op. cit.; F. FRASCA, *Primo stop (comunitario) alla nuova disciplina del d.l. n. 90/2014*, op. cit.; M.L. DI TOLLE, *Sulla compatibilità con l’ordinamento comunitario dell’art. 40, c. 1, lettera b)*, op. cit.

³² Come correttamente rilevato in dottrina, la norma nella sua versione originaria si poneva in contrasto anche con il diritto costituzionale e “*invero, la delimitazione dell’ “automatismo cauzionale” in materia cautelare al solo rito dei contratti pubblici sembra non rinvenire alcuna specifica giustificazione, risolvendosi in una arbitraria disparità di trattamento rispetto a tutte le altre controversie, regolate, come detto, da un regime disciplinatorio opposto, in violazione del principio di parità delle parti processuali di cui agli artt. 3 e 111 Cost.. Più in radice, poi, la previsione di un meccanismo di tal fatta costituisce un’evidente violazione dei mezzi d’impugnazione contro atti della P.A., nonché dei noti principi del giusto processo, di proporzionalità e di ragionevolezza dei mezzi giudiziari, di cui agli artt. 11 e 113 Cost., oltre che del diritto di difesa e di effettività della tutela recato dall’art. 24 Cost.*” (O. TORIELLO, *Il nuovo decreto non supera il vaglio di compatibilità comunitaria*, op. cit.).

³³ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 16 luglio 2014, n. 1199.

una strada affatto diversa rispetto a quelli milanesi, arrivando – in ogni caso – ad una disapplicazione *de facto* dell'art. 40, comma 1, lett. b), del d.l. n. 90/2014. Infatti, il Tar accogliendo l'istanza cautelare ha, sì, subordinato la sospensiva alla prestazione di una cauzione da parte del ricorrente: tuttavia, per un verso, ha fissato a carico di quest'ultimo un importo di cauzione sostanzialmente irrisorio (500 euro); per un altro verso, ha condannato l'amministrazione soccombente nella fase cautelare a rifondere le spese legali sostenute dal ricorrente medesimo per l'esatto ammontare della cauzione versata (ossia sempre 500 euro).

In sede di conversione alcune delle problematiche descritte sono state affrontate e risolte.

Il Parlamento, infatti, ha separato l'originario binomio imposto dal decreto-legge (cautela-cauzione), correggendo l'obbligatorietà della sospensiva con cauzione in una (più comunitariamente sostenibile) sospensiva con facoltà di cauzione, nonché stabilendo un parametro per il suo calcolo (valore del contratto) ed un tetto oltre il quale il giudice non può comunque spingersi (0,5 per cento del valore dello stesso). Così modificato, il sistema speciale si differenzia dalla disciplina generale di cui all'art. 55, comma 2, c.p.a. in quanto il Collegio giudicante potrà imporre la cauzione a propria totale discrezione *“anche qualora dalla decisione [interinale, ndA] non derivino effetti irreversibili”* (ovviamente prendendo come parametri quelli stabiliti dalla legge)³⁴.

Le modifiche introdotte in sede di conversione devono essere giudicate in modo favorevole non solo perché rendono, come visto, più *sostenibile* la riforma della tutela cautelare, superando molte delle già espresse critiche di incompatibilità con il diritto comunitario (e costituzionale); ma anche in quanto non bisogna dimenticare che quella in discussione era una norma che andava ad imporre un nuovo onere nei confronti di un soggetto (il ricorrente) che – ad un primo vaglio giurisdizionale – aveva dimostrato con il proprio ricorso di avere un *fumus* di ragione. Sotto altro quanto connesso profilo, va anche osservato che le criticità esposte sono ammortizzate dal rilievo che l'accelerazione della fissazione dell'udienza di merito restringerà gli spazi della tutela cautelare, astretta ai casi di urgenza qualificata che impone una misura interinale per governare il ristretto arco temporale che precede la definizione del giudizio.

³⁴ Il testo attuale del nuovo comma 8-bis dell'art. 120 c.p.a., prevede dunque che: *“8-bis. Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'art. 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. 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'art. 119”*.

4.4. (Segue): *la sospensiva temporizzata*

È, invece, passata indenne al vaglio operato in sede di conversione del decreto-legge, la seconda novità introdotta in materia di tutela cautelare: ossia la sospensiva *temporizzata* a sessanta giorni³⁵.

In altri termini, il Legislatore ha stabilito che il giudice possa concedere misure cautelari che coprano un arco temporale predeterminato *ex lege* in misura non superiore ai richiamati sessanta giorni. Anche tale imposizione, tuttavia, si espone ad analoghe eccezioni di potenziale non conformità con il diritto dell'Unione Europea e con quello costituzionale.

Del resto, immaginando un ordinario ricorso avverso una aggiudicazione definitiva di un appalto, la peculiare funzione della sospensiva è quella di evitare che, prima della definizione del giudizio, la stazione appaltante possa stipulare il contratto con la parte processuale controinteressata a danno del ricorrente. Se così è, il regime della cautela *temporizzata* è in grado di 'reggere' all'impatto con i principi comunitari e costituzionali

³⁵ Come visto, subito dopo aver previsto la temporizzazione degli effetti della misura cautelare il nuovo comma 8-bis dell'art. 120 c.p.a. fa salvo "quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 119". Il richiamato art. 119, comma 3, c.p.a. stabilisce, infatti, che "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".

I rapporti tra le due disposizioni (e tra i rispettivi regimi) non sono invero chiari. In dottrina, M. LIPARI (nel contributo già citato, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 21 ss.) ha svolto delle interessanti valutazioni in merito e, in particolare, sulla perdurante possibilità per il giudice amministrativo (in funzione di giudice degli appalti) di continuare a fissare l'udienza di merito ai sensi dell'art. 119, comma 3, c.p.a.. Tale disposizione, infatti, non viene fatta salva all'interno del novellato comma 6 dell'art. 120 c.p.a. (che tratta, per l'appunto, la disciplina per la fissazione dell'udienza di merito), bensì nel successivo comma 8-bis (in materia di tutela cautelare). Secondo l'Autore, "non è agevole dipanare il groviglio derivante dalla nuova norma: si potrebbe ipotizzare che il giudice collegiale della cautela continui a conservare 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 intime e, quindi, prima della fissazione dell'udienza con decreto presidenza, entro il termine finale di 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'art. 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", concludeva l'Autore, "questo profilo così rilevante sul piano pratico esigerebbe una soluzione chiarificatrice in sede di conversione" (p. 34). Soluzione che, tuttavia, non è stata adottata dal Parlamento.

solo se entro i sessanta giorni previsti dal nuovo comma 8-*bis* dell'art. 120 c.p.a. sia pubblicata la decisione di primo grado (o quantomeno il suo dispositivo).

Tuttavia, considerato l'allungamento operato in sede di conversione del termine entro cui fissare l'udienza di discussione di cui al precedente comma 6 dell'art. 120 c.p.a. (da trenta a quarantacinque giorni), nonché la prevista possibilità di slittamento di quest'ultima di ulteriori trenta giorni per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio, il rischio che il periodo di sospensione non coincida (per difetto) con quello di completamento del processo di primo grado è assai elevato.

In queste ipotesi, la parte che aveva ottenuto la prima sospensiva sarebbe costretta a riattivarsi per domandare la concessione di una nuova misura cautelare, incorrendo così in ulteriori costi e costringendo ad un'ulteriore (quanto superflua) attività anche gli uffici giudiziari.

Di conseguenza, si ritiene che questo specifico aspetto debba essere oggetto di un nuovo approfondimento (e auspicabile emendamento) a livello legislativo, attraverso due pronosticabili tipologie di azioni:

(i) o l'eliminazione *tout court* della temporizzazione;
(ii) o l'estensione del termine di durata (magari considerando la somma dei quattro possibili termini in cui sarebbe scandito il processo: trenta giorni per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; quarantacinque giorni per la fissazione dell'udienza di merito; trenta giorni per l'adempimento di eventuali esigenze istruttorie; due giorni per la pubblicazione del dispositivo) temporizzando il periodo di sospensione massimo in centosette giorni.

4.5.(Segue): *Considerazioni su uno stand-still esteso*

L'analisi svolta fa emergere – a prescindere da quale sia l'approccio politico alla questione – quanto sia ristretto il margine di manovra lasciato dal diritto comunitario a quello nazionale in materia di tutela cautelare nel processo appalti (soprattutto nell'ambito dei giudizi di primo grado). Ciò dipende anche dal fatto che, in molti casi, le esigenze di rapidità proprie di un mercato delle commesse pubbliche (e, in particolare, delle opere pubbliche) in un periodo di crisi economica come l'attuale, sono 'contrastanti' con quelle di garanzia del corretto svolgimento delle procedure di affidamento, della tutela giurisdizionale del concorrente non vincitore e, in definitiva, dell'apertura del mercato stesso alla concorrenza.

Tuttavia, se si considera che la linea di tendenza del rito appalti è quella di trasformarlo in un processo sempre più *lampo*³⁶, si potrebbe prospettare – nei soli contenziosi che abbiano ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva – una ipotesi legislativa

³⁶ Simile al rito elettorale.

di eliminazione della fase processuale cautelare, sostituendola con uno *stand still* esteso rispetto a quello attualmente previsto dall'art. 11, commi 10 e ss., del d.lgs. n. 163/2006: ossia un divieto generalizzato di stipula del contratto sino alla data di pubblicazione del dispositivo che definisce il giudizio di primo grado³⁷.

Attraverso questa via sarebbe anche possibile ridurre effettivamente il termine entro cui fissare l'udienza di discussione a soli sessanta giorni (come originariamente previsto dal d.l. n. 90/2014³⁸), garantendo così anche il rispetto dei termini di:

- (i) trenta giorni per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente;
- (ii) venti giorni per le produzioni documentali;
- (iii) quindici giorni per il deposito di memorie difensive e dieci per le memorie di replica.

Tale opzione garantirebbe anche un risparmio in ordine alle attività proprie degli uffici giudiziari, un contestuale alleggerimento dei ruoli delle camere di consiglio dei Tar per le discussioni delle istanze cautelari e la possibilità per i giudici di concentrarsi direttamente sulle questioni di diritto sottese alla singola causa, senza dover entrare nei profili afferenti al *periculum* in due separate udienze.

Sempre all'interno di una analisi di *de jure condendo*, come correttivo di un sistema caratterizzato da un generalizzato *stand still* esteso, potrebbe al limite – e quasi provocatoriamente – valutarsi l'introduzione della facoltà delle parti convenute nel giudizio (amministrazione resistente e/o controinteressata) di richiedere una peculiare forma di tutela interinale. In sintesi, ribaltando la prospettiva oggi esistente, la stazione appaltante o l'aggiudicataria potrebbero indirizzare una specifica istanza cautelare al Tar affinché operi una valutazione interinale dei profili di *fumus boni iuris* del ricorso e di *periculum in mora* 'consentendo' – qualora ritenga assente il requisito del *fumus* del ricorso e prevalente il *periculum* della P.A. ovvero quello del controinteressato – la stipula del contratto o comunque l'avvio – totale o parziale – delle attività contrattuali nelle more della decisione della causa. Ovviamente, il ristretto termine entro cui il giudizio dovrebbe comunque essere definito nel merito costituirà un sufficiente deterrente, così limitando ai casi di reale ed indifferibile urgenza l'attivazione di questa particolare forma di tutela³⁹.

³⁷ Cfr. anche G. GRECO, *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del D.L. 90/2014*, op. cit., pp. 15 ss..

³⁸ Sarebbero i c.d. trenta più trenta: ossia la fissazione di udienza entro il termine di trenta giorni dalla scadenza di quello di ulteriori trenta giorni per la costituzioni delle parti diverse dal ricorrente a decorrere dalla data di perfezionamento nei loro confronti della notifica del ricorso introduttivo del giudizio.

³⁹ L'attivazione di questa particolare fase processuale interinale a richiesta della resistente e/o della controinteressata potrebbe essere anche subordinata al pagamento di uno specifico e ulteriore (rispetto a quello già versato dal ricorrente) contributo unificato, e concludersi con una decisione (che potrebbe al limite essere definita come) non appellabile, in considerazione che – entro poche settimane – sarà definito l'intero giudizio di primo grado.

4.6. Tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione

Esaurito l'esame della riformata fase cautelare dei processi appalti, si procede con l'analisi delle nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 90/2014 in ordine a tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione delle stesse.

Il primo inciso del nuovo comma 6 dell'art. 120 c.p.a. fissa la regola generale secondo cui la definizione del giudizio in materia di contrattualistica pubblica deve avvenire *“comunque [...] con sentenza in forma semplificata”*.

Dall'utilizzo dell'avverbio *“comunque”* si desume che la scelta di tale forma di redazione della sentenza debba oramai essere considerata obbligata⁴⁰. La norma sconta comunque un difetto di coordinamento con il comma 10 del medesimo articolo, secondo cui *“la sentenza è redatta, ordinariamente [e, quindi, non necessariamente, ndA], nelle forme di cui all'articolo 74”*.

Si segnala, inoltre, che il nuovo comma 6 dell'art. 120 c.p.a. non rinvia espressamente al citato art. 74 c.p.a. (che si occupa precipuamente delle forme delle sentenze redatte in forma semplificata). L'omesso rinvio diretto consente all'interprete di ritenere – come è opinione di chi scrive – che la disciplina ivi riportata possa non applicarsi *in toto*.

Pertanto, mentre si ritengono applicabili le prescrizioni su come debba essere redatta la sentenza (motivazione consistente in un sintetico riferimento ad un punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero ad un precedente giurisprudenziale conforme – art. 74, primo inciso); parrebbe di poter escludere – vista l'obbligatorietà dell'utilizzo di questa tipologia di forma della decisione finale e considerata la prevalenza della norma speciale rispetto alla regola generale anche alla luce del canone teleologico – che la stessa sia utilizzabile solo nelle ipotesi in cui sia ravvisata la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso (art. 74, secondo inciso)⁴¹.

Ad ogni buon conto, la (ragionevole) assenza di *sanzioni* a carico del giudice che dovesse optare per la redazione di una sentenza in forma estesa-classica⁴², fa di questa norma una sorta di *norma manifesto*⁴³, con la quale il Legislatore ha voluto ribadire per l'ennesima volta la *ratio legis* dell'intera riforma: ossia che ogni disposizione deve essere

⁴⁰ Così M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., p. 14.

⁴¹ Cfr., ancora, M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., p. 14.

⁴² Del resto le parti del giudizio sarebbero maggiormente garantite da una motivazione più estesa, rispetto ad una più sintetica.

⁴³ L'espressione utilizzata nel testo è mutuata da G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 170.

letta nel senso di snellire le procedure processuali al fine di una celere definizione dei giudizi in materia di contrattualistica pubblica⁴⁴.

Per quanto concerne le tempistiche di redazione e pubblicazione delle decisioni dei giudici, l'art. 40, comma 1, lett. c), del d.l. n. 90/2014 ha previsto una disciplina del tutto innovativa per la pubblicazione di sentenze e dispositivi nei processi appalti. In particolare, riscrivendo il comma 9 dell'art. 120 c.p.a., il Governo aveva originariamente stabilito 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”*. Con la legge di conversione n. 114/2014, il Parlamento ha, infine, corretto al rialzo il termine di pubblicazione della sentenza che definisce il giudizio estendendolo sino a trenta giorni.

Al lordo della legge di conversione, dunque, le differenze apportate dal d.l. n. 90/2014 rispetto alla previgente disciplina risultano:

- (i) l'eliminazione dell'obbligo di previa pubblicazione del dispositivo, che diviene a richiesta di parte al pari degli altri giudizi *ex art. 119 c.p.a.* e dei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato anche *ex art. 120 c.p.a.*;
- (ii) la riduzione del termine di pubblicazione del dispositivo (sempre ove richiesto) che scende da sette a due giorni;
- (iii) l'aumento – almeno per i giudizi di primo grado – del termine di ‘pubblicazione’ della sentenza che passa da ventitré a trenta giorni;
- (iv) il mutamento del *dies a quo* dei termini di ‘pubblicazione’ del dispositivo e della sentenza, che viene sempre fissato alla data dell'udienza di merito, anziché a quella – potenzialmente diversa – di decisione della causa⁴⁵;

⁴⁴ A voler dare una lettura *utile* della disposizione si potrebbe affermare che la previsione dell'obbligo di procedere con sentenze in via semplificata garantisca una minore applicabilità (e, quindi, un ridimensionamento) del vizio sollevabile in appello di omessa pronuncia su un motivo di ricorso, ovvero del conseguente vizio revocatorio per *abbaglio dei sensi* che avrebbe condotto il giudice a non accorgersi di una determinata censura. In questo modo, l'obbligo di sentenza in forma semplificata, si tradurrebbe in una sorta di preferenza generalizzata per l'utilizzo della tecnica dell'assorbimento dei motivi e delle eccezioni.

⁴⁵ In questo modo si definisce con maggiore chiarezza e precisione la data di decorrenza del termine per deposito di dispositivo e sentenza sempre individuata in quella di svolgimento dell'udienza di discussione e non in quella eventualmente successiva (e non conosciuta dalle parti se non dopo la pubblicazione degli stessi) in cui il Collegio giudicante ha deliberato sulla causa e deciso il giudizio. Secondo la dottrina, tale precisazione solleva, tuttavia, la problematica della c.d. doppia camera di consiglio (cfr. R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 882). Infatti, se in linea generale la data dell'udienza di discussione coincide con quella della camera di consiglio in cui il Collegio delibera sul ricorso, può accadere che avvenga un *ripensamento* da parte dei giudici che renda necessaria lo svolgimento di una seconda camera di

(v) il mutamento dell'attività che deve essere compiuta dal Tar nel termine esteso di trenta giorni dalla celebrazione dell'udienza di merito: non più solo la redazione, ma il deposito in cancelleria (ossia la pubblicazione *tout court*) della sentenza⁴⁶.

Per quanto concerne l'applicabilità delle descritte disposizioni ai giudizi di appello dinanzi al Consiglio di Stato si rinvia al successivo paragrafo 4.8.

4.7. Nuove disposizioni sulla lunghezza degli atti difensivi

In sede di conversione del d.l. n. 90/2014 sono state inserite due nuove (quanto assolutamente singolari) disposizioni inerenti la lunghezza degli atti difensivi di parte.

L'idea di una limitazione generalizzata della lunghezza degli scritti difensivi sembra essere stata ripresa da una Circolare – Lettera Aperta del Presidente del Consiglio di Stato del 20 dicembre 2010 che perorava il contenimento degli stessi entro le venti/venticinque pagine, in applicazione del principio di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a.⁴⁷.

Segnatamente, il Parlamento: (i) ha integrato il testo dell'art. 40, comma 1, lett. a), del d.l. n. 90/2014 (e, conseguentemente, novellato ulteriormente il testo dell'art. 120, comma 6, c.p.a.); (ii) ha inserito un nuovo comma 2-*bis* all'art. 40 del d.l. n. 90/2014.

consiglio. Se – nel regime previgente – questo fattore non incideva sul rispetto dei termini di pubblicazione di dispositivo e motivazioni (sempre collegati alla data della decisione e non a quella dell'udienza); ad oggi potrebbe essere necessaria la rimessione della causa sul ruolo con fissazione di una nuova udienza di discussione in tutte quelle ipotesi in cui il *ripensamento* del Collegio non consenta lo svolgimento di una seconda camera di consiglio entro i due giorni successivi all'udienza di trattazione (qualora le parti abbiano richiesto al previa pubblicazione del dispositivo), ovvero (negli altri casi) quando la nuova camera di consiglio non consenta comunque di rispettare il termine di trenta giorni per la pubblicazione della decisione *ripensata*.

⁴⁶ Il riferimento specifico al deposito (ossia alla pubblicazione) della sentenza, e non più alla sua redazione (come risultava dal combinato disposto tra gli artt. 89, 119, comma 2, e 120, comma 3, c.p.a.), sottolinea *“in modo più esplicito rispetto al passato”* che il termine di trenta 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”*. E, in effetti, *“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”* (così M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., p. 44).

⁴⁷ L'art. 3, comma 2, c.p.a. stabilisce che *“Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica”*.

Per meglio comprendere la portata della novità introdotta dalla Camera dei Deputati in sede di conversione si ritiene necessario riportare l'intero testo della previsione legislativa: *“al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello”* (ultimi incisi del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., come modificato dall'art. 40, comma 1, lett. b, del d.l. n. 90/2014).

Al contempo, il comma 2-*bis* dell'art. 40 chiarisce la natura sperimentale delle regole che saranno dettate in ordine *“al contenimento del numero delle pagine”* degli atti difensivi. La sperimentazione avrà, dunque, una durata pari a due anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 114/2014 (ossia sino al 19 agosto 2016). La sperimentazione dovrà essere seguita da una attività di monitoraggio da parte del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa al termine del primo anno.

La disposizione non può andare esente da critiche⁴⁸.

A prescindere dal fatto che la disposizione *de qua* costituisce (probabilmente) un *unicum* nel panorama giuridico internazionale⁴⁹, l'aspetto più problematico dell'imposizione di un *teito* all'estensione grafica degli scritti difensivi risiede nel rapporto potenzialmente conflittuale con l'art. 24 Cost. che garantisce il diritto di difesa del cittadino. In particolare, il punto di frizione con il richiamato principio costituzionale è costituito dal passaggio normativo in cui si prevede che *“il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti”* e che *“il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello”*.

Quid iuris, invece, per le questioni trattate dalla parte al di fuori del limite?

E, nello specifico:

⁴⁸ Per un primo – ed estremamente critico – commento dottrinario, si cfr. G. VIRGA, *Dopo la sentenza amministrativa breve, ecco che arriva il ricorso “abbreviato”*, op. cit.. In senso contrario – ossia favorevole all'introduzione di *“limiti quantitativi dell'atto di parte”* – cfr., invece, R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 881.

⁴⁹ Cfr. ancora G. VIRGA, *Dopo la sentenza amministrativa breve, ecco che arriva il ricorso “abbreviato”*, op. cit..

- (i) Qualora il giudice non esamini tali questioni risulta o no integrato il vizio di omessa pronuncia, ovvero il correlato vizio revocatorio?
- (ii) All'opposto, qualora il giudice decida di esaminare una questione, ancorché espressa e argomentata dalla parte fuori dai limiti dimensionali dell'atto difensivo (ad esempio nel ricorso), può l'accoglimento della stessa costituire motivo di appello della controparte per decisione *ultra petitum*?

La norma sembra non lasciare dubbi in ordine alla prima domanda (sebbene appaia sufficientemente palese – ad opinione di chi scrive – l'incostituzionalità della risposta). Infatti, in considerazione dell'espressa previsione secondo cui il mancato esame di una questione sollevata nei limiti dimensionali del ricorso può costituire motivo di appello, occorrerebbe concludere che l'omesso esame di una questione *posizionata* oltre il limite non costituisca vizio *invalidante* la sentenza; ne dovrebbe, altresì, conseguire l'infondatezza del relativo motivo di appello o di revocazione eventualmente sollevato.

Quanto alla seconda domanda, la risposta non è scontata. Infatti, per *impedire* al giudice di esaminare *comunque* una questione contenuta – a titolo esemplificativo – nel ricorso, si dovrebbe ricollegare al novellato art. 120, comma 6, c.p.a. (ed al correlato d.P.C.M.) l'effetto di restringere l'ambito sostanziale del *petitum* all'interno di un limite meramente formale che non trova riscontro nei principi generali del processo amministrativo quali risultanti dal combinato disposto degli artt. 34, 40 e 88 c.p.a.. Poiché ciò significherebbe integrare anche una nuova causa di inammissibilità *in parte qua* dell'atto difensivo, si dovrebbe al contrario concludere che il giudice – pur non essendovi obbligato – possa in ogni caso decidere di esaminare tutte le argomentazioni difensive a prescindere dal numero della pagina in cui esse siano riprodotte. È evidente, comunque, il paradosso a cui conduce la disposizione in commento.

Infine, restano ancora sfumati e difficilmente preventivabili quelli che potrebbero essere i contenuti che dovrà avere il futuro decreto che detterà in via sperimentale i limiti dimensionali degli atti. Infatti, sebbene già il d.l. n. 90/2014 chiarisca opportunamente che “*dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto*”, non si riesce ad immaginare la fissazione di un generico limite di pagine (simile a quello indicativamente richiesto dal Presidente del Consiglio di Stato nel 2010), senza al contempo prestabilire e, quindi imporre, la tipologia del carattere da utilizzare, le dimensioni dello stesso, l'interlinea del paragrafo ed i margini interni della singola pagina (anche per evitare agevoli elusioni della norma)⁵⁰.

⁵⁰ Se questa è l'ottica si potrebbe anche ipotizzare la predisposizione di un *format* standard di ricorso da parte del Governo (una sorta di ricorso tipo), con l'evidente paradosso per cui nelle gare pubbliche le stazioni appaltanti non possono imporre – a pena di esclusione – l'utilizzo di *format* o modelli da esse

Ad ogni modo, l'effetto che probabilmente si registrerà, sarà quello di un rimodellamento dell'impostazione e della correlata veste grafica dei ricorsi in materia di appalti. In altri termini, gli avvocati tenderanno ad anticipare (sintetizzandoli) i motivi di diritto sui quali saranno fondate le pretese della parte assistita, così facendoli rientrare nei limiti dimensionali imposti *ex lege* e rendendo completo l'ambito della domanda giudiziale anche ai fini di un successivo appello. In questo modo, eventuali *sforamenti* (dovuti magari all'abbondanza di citazioni giurisprudenziali ovvero alla spendita di precisazioni di argomentazioni e concetti già sintetizzati nel corpo *valido* del testo ovvero ancora alla riproduzione di eventi fattuali alla base della pretesa) non incideranno negativamente sulla possibilità di appello di una sentenza sfavorevole.

4.8. Ambito di applicazione e disciplina transitoria

Da ultimo occorre fare un cenno all'ambito di applicazione del nuovo rito e alla disciplina transitoria delineata dal Legislatore.

Muovendo da quest'ultima, l'art. 40, comma 2, del d.l. n. 90/2014 stabilisce espressamente che il nuovo rito (*i.e.* le disposizioni di cui al precedente 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*”.

Da tale previsione discendono due ordini di considerazioni.

In primo luogo, con intento di evitare commistioni tra vecchio e nuovo rito, tutte le innovazioni sono correlate ad un dato temporale certo successivo all'entrata in vigore del decreto (25 giugno 2014): il deposito (e non la notifica) del ricorso presso la cancelleria del giudice competente. Ne consegue che i giudizi incardinati in data antecedente al 25 giugno 2014 continueranno a seguire le previgenti disposizioni processuali sino alla loro definizione. Una interpretazione letterale della norma dovrebbe anche condurre alla conclusione per cui le nuove disposizioni in materia di tutela cautelare non troveranno applicazione nemmeno in relazione a domande cautelari proposte (ad esempio attraverso motivi aggiunti), sì dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 90/2014, ma incardinate incidentalmente su un giudizio il cui ricorso introduttivo sia stato depositato in data anteriore al 25 giugno 2014⁵¹.

predisposti (cfr. a titolo esemplificativo gli artt. 73 e 74 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163); mentre nel processo sulle medesime gare sarebbe imposto – a pena di sostanziale inammissibilità – l'utilizzo di modelli fissati *ex ante*, a prescindere che si adattino o meno alle necessità difensive proprie del caso di specie.

⁵¹ Cfr. M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., p. 48.

Il descritto regime transitorio è stato definito “*eccentrico*” rispetto a quello che di solito è stabilito per il processo amministrativo, generando un censurabile doppio regime dei contenziosi sugli appalti, a seconda che gli stessi siano stati promossi prima o dopo dell’entrata in vigore del decreto-legge⁵². Infatti, nell’ottica seguita dalla citata dottrina, sarebbe stato maggiormente aderente con quanto già sperimentato nella ben più generale riforma dettata dal nuovo codice processuale del 2010, applicare il principio del *tempus regit actum*: secondo il quale le innovazioni nel rito avrebbero dovuto trovare applicazione anche ai giudizi in corso, ovviamente per le fasi processuali non ancora insorte o definite⁵³.

In secondo luogo, come visto, l’art. 40, comma 2, del decreto-legge si riferisce anche al deposito di ricorsi “*in grado di appello*” come *dies a quo* per l’applicazione del nuovo rito delineato dal precedente comma 1 del medesimo articolo. Tale riferimento fa sorgere, dunque, la questione se tutte le disposizioni introdotte dal richiamato art. 40 del d.l. n. 90/2014 siano applicabili non solo ai giudizi dinanzi ai Tar (ossia in primo grado), ma anche a quelli di fronte al Consiglio di Stato (ossia in grado di appello)⁵⁴. Il punto non è di poco momento considerato l’impatto che le stesse hanno (e avranno) ad esempio sull’organizzazione degli uffici giudiziari ovvero sulle stesse parti processuali (si pensi alle disposizioni circa la sospensiva *dietro cauzione*).

In merito, occorre notare come la norma transitoria sia invero l’unica in cui si faccia riferimento anche ai giudizi di secondo grado. Al contrario, il primo comma dell’art. 40 (anche dopo la conversione in legge) modifica esclusivamente i commi 6 e 9 dell’art. 120 c.p.a. e introduce un nuovo comma 8-*bis*, ma non interviene sul comma 11 dell’art. 120 c.p.a. che elenca puntualmente le disposizioni speciali – dettate per i processi di primo grado – che si estendono anche ai giudizi dinanzi al Consiglio di Stato: e segnatamente quelle contenute ai commi 3, 6, 8 e 10 dell’art. 120 c.p.a..

Ne consegue che – salvo una futura modifica del citato comma 11 – il nuovo rito sarà caratterizzato per l’operatività integrale solo nei giudizi di primo grado, mentre per quelli di appello occorrerà effettuare un *cherry picking* delle disposizioni effettivamente applicabili.

Pertanto, mentre risulteranno operative nei giudizi di appello le disposizioni acceleratorie dell’udienza di merito previste dal novellato comma 6 dell’art. 120; al contrario, non troveranno applicazione le disposizioni contenute al nuovo comma 8-*bis*

⁵² Cfr. l’analisi critica svolta da R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 883.

⁵³ Cfr. ancora R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 883.

⁵⁴ Oltretutto la disposizione facendo riferimento ai “*giudizi di appello*” lascia ‘scoperti’ altre tipologie di giudizi di impugnazione: quali, a titolo esemplificativo, la revocazione e l’opposizione di terzo.

(sulla sospensiva a tempo e *dietro* cauzione), né il successivo comma 9 (circa il termine di pubblicazione di dispositivo e sentenza):

La scelta del Legislatore non è chiara; e, in particolare, non si comprende se ciò sia solo il frutto di una svista oppure di una ragionata volontà di differenziare il primo e secondo grado di giudizio. Almeno per quanto riguarda il comma 9, questa parrebbe essere una scelta *cosciente*. Infatti, nella Relazione Tecnica al disegno di legge di conversione, il Governo commenta espressamente la nuova disposizione nel senso che “*per la fase avanti al Tar, poi, è fissato in venti giorni il termine per il deposito della sentenza, fermo restando la possibilità di chiedere la pubblicazione del dispositivo entro due giorni (attualmente ne sono previsti sette)*”⁵⁵.

Tuttavia, a prescindere dalla *ratio legis* che emergerebbe dagli stessi testi interpretativi (in certo senso autentici), si ritiene di concordare con quella dottrina che ha definito come una “*evidente irrazionalità*”⁵⁶ il mantenimento di diverse tempistiche per la pubblicazione di dispositivo e sentenza tra il primo e il secondo grado e rispettivamente: per il dispositivo due giorni in primo grado e sette giorni in appello; per la sentenza trenta giorni in primo grado (prima della conversione il decreto-legge ne prevedeva solo venti), e ventitré giorni in appello⁵⁷.

L’irrazionalità dell’attuale scelta legislativa emerge anche dall’analisi storica delle ragioni che avevano mosso il Legislatore codicistico ad escludere l’applicabilità dell’art. 120, comma 9, c.p.a. dai giudizi di appello. Infatti, nella sua versione originaria, tale disposizione si occupava esclusivamente della pubblicazione *obbligatoria* del dispositivo entro sette giorni dalla sua delibazione; al contrario, detto comma non si occupava del termine di pubblicazione della sentenza, continuando ad applicarsi anche ai Tar il combinato disposto tra gli artt. 89, 119, comma 2, e 120, comma 3, c.p.a. (al pari dei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato).

In sede di appello, il Legislatore aveva dunque ritenuto non necessario imporre un obbligo di emissione immediata del dispositivo, trattandosi di giudizi che avevano già

⁵⁵ Cfr. Relazione Tecnica del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, p. 45.

⁵⁶ Cfr. nuovamente R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti*, op. cit., p. 883. In senso analogo anche M. LIPARI, *L’efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 48-49.

⁵⁷ Volendo essere ancor più precisi – come peraltro già rilevato nel presente Capitolo – il termine di ventitré giorni fissato in appello non è per la pubblicazione della sentenza, ma per la redazione della stessa (cfr. il combinato disposto tra gli artt. 89, 119, comma 2, e 120, comma 3, c.p.a.), con la conseguenza che la pubblicazione potrebbe essere anche successiva al decorso del ventitreesimo giorno. Inoltre, è differente il *dies a quo* che per l’art. 89 c.p.a. (e quindi per i giudizi dinanzi al Consiglio di Stato) continua ad essere la decisione della causa e che potrebbe essere anche individuata in una data successiva al giorno di svolgimento dell’udienza; mentre per il nuovo art. 120, comma 9, c.p.a. il termine decorre esattamente “*dall’udienza di discussione*”.

trovato una loro prima composizione nel merito dinanzi ai Tar e comunque una probabile delibazione interinale nelle diverse fasi cautelari. L'opzione fu quella di lasciare *decidere* alle parti se la pubblicazione del dispositivo fosse ancora necessaria o meno, applicando così il combinato disposto tra gli artt. 119, comma 5, e 120, comma 3, c.p.a..

A seguito della riforma del d.l. n. 90/2014, il nuovo comma 9 non solo ha eliminato l'obbligatorietà del dispositivo, ma il suo testo è stato integrato con la fissazione di uno specifico termine per la pubblicazione della stessa sentenza. Pertanto, non sussistono più le ragioni per continuare a differenziare – sotto questo profilo – la fase di definizione dei giudizi tra il primo e il secondo grado. Si ritiene, dunque, utile un prossimo intervento correttivo – in senso uniformante – da parte del Legislatore.

5. Le nuove misure sanzionatorie: il c.d. abuso del processo

L'art. 41 del d.l. n. 90/2014 costituisce una norma sanzionatoria *tout court*.

La disposizione interviene sul testo dell'art. 26 c.p.a. modificandone sia il primo comma (art. 41, comma 1, lett. a), sia il secondo comma (art. 41, comma 1, lett. b).

Come noto, l'art. 26 c.p.a. (rubricato "*Spese di giudizio*") prima della modifica in analisi disponeva che:

"1. Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2.

2. Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione".

Ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. a), del d.l. n. 90/2014 (come modificato in sede di conversione), dunque, il Governo chiosa con un inciso finale il comma 1 dell'art. 26 c.p.a., per cui "*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, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati*". La versione originaria del decreto-legge utilizzava, invece, l'espressione "*decisione [...] fondata su ragioni manifeste*".

Ai sensi della successiva lettera b), il decreto-legge introduce un secondo periodo al comma 2 dell'art. 26 c.p.a. a norma del quale nei contenziosi inerenti contratti pubblici "*l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite*".

Riassumendo il d.l. n. 90/2014 istituisce *ex novo* una fattispecie sanzionatoria amministrativa denominata *abuso del processo* ricollegandovi una nuova sanzione, e

incrementando l'importo – per il solo settore del contenzioso appalti – di quella già esistente per lite temeraria.

Dalla Relazione Tecnica allegata al disegno di legge di conversione del d.l. n. 90/2014, emerge che il filo rosso che unisce i due interventi è quello di “*contrastare la proliferazione di controversie pretestuose o defatigatorie*”⁵⁸. Tuttavia, è interessante notare come prosegue la medesima Relazione di commento alla nuova disposizione, ritenendo che l'art. 41 del decreto costituisca “*una norma ordinamentale, relativa ad aspetti processuali, non solo priva di effetti onerosi, ma diretta a ridurre il contenzioso ovvero ad incrementare le entrate in virtù delle maggiori sanzioni pecuniarie previste*”⁵⁹. In altri termini, il Governo pare sostenere che l'interesse pubblico è egualmente raggiunto sia se si riesca nello scopo di ridurre il carico di lavoro della giustizia amministrativa, sia se la stessa – divenendo più ‘cara’ – arrivi a rappresentare un ‘buon investimento’ per le casse dello Stato.

Muovendo su profili prettamente tecnici occorre effettuare alcuni approfondimenti.

In primo luogo, la novella richiede un necessario confronto con l'analoga disposizione (peraltro richiamata dallo stesso art. 26, comma 1, c.p.a.) contenuta all'art. 96 c.p.c. (rubricato “*Responsabilità aggravata*”). Il terzo comma di quest'ultima disposizione, infatti, prevede 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*”⁶⁰.

L'unica differenza tra l'art. 26, comma 1, c.p.a. e l'art. 96, comma 3, c.p.c. si registra nella precisazione che la sanzione per *abuso di processo* potrà essere comminata dal giudice amministrativo solo in ipotesi di sentenza fondata su ragioni manifeste (secondo la formulazione del decreto antecedente alla conversione)⁶¹. Tuttavia, tale precisazione, non accompagnata da una chiara individuazione dei presupposti al verificarsi dei quali possa essere integrata la fattispecie dell'*abuso* (ad esempio ricollegando alla condotta processuale della parte un'eventuale prova di dolo o colpa grave nel sostenere una determinata

⁵⁸ Cfr. Relazione Tecnica del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, p. 46.

⁵⁹ Cfr. nuovamente Relazione Tecnica del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, p. 46.

⁶⁰ L'art. 96, comma 3, c.p.c. è stato introdotto dall'art. 45, comma 12, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

⁶¹ Cfr. anche Dossier Camera dei Deputati n. 196/1 (schede di lettura) del 30 giugno 2014, p. 177, secondo cui “*la formulazione ricalca quella dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., circoscrivendo peraltro i presupposti del pagamento di una somma a titolo equitativo al solo caso di ragioni manifeste della decisione. Pare utile valutare gli effetti del rapporto di specialità tra la nuova disposizione e l'art. 96, terzo comma, c.p.c. (quest'ultimo già applicabile in via generale al processo amministrativo), oltre che con l'ipotesi di lite temeraria già prevista dal comma 2 dell'art. 26 del codice*”.

pretesa con ragioni manifestamente insussistenti), scattando di conseguenza la sanzione, rende l'art. 26, comma 1, ultimo inciso, c.p.a., delle due l'una:

(i) o una disposizione superflua, visto il già esistente rinvio all'art. 96 c.p.c. contenuto nel primo inciso⁶²; ovvero

(ii) ovvero una disposizione assai 'pericolosa' sotto il profilo costituzionale⁶³, rischiando di configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva (addirittura, in termini di norma in bianco), per cui il convincimento assolutamente discrezionale, che sfocia nel rischio di arbitrio, del giudice relativamente alla chiarezza della situazione di fatto e di diritto sottoposta al suo vaglio (le ragioni manifeste su cui fondare la pronuncia giurisdizionale appunto) è condizione da sola necessaria e sufficiente per l'applicazione della sanzione⁶⁴.

Le descritte criticità sono state aggravate, anziché affrontate e risolte, in sede di conversione. Come accennato, infatti, il Parlamento ha modificato la dizione originaria che ricollegava la sanzione di cui all'art. 26, comma 1, c.p.a. alle ipotesi in cui *"la decisione è fondata su ragioni manifeste"*, disponendo che la stessa possa essere irrogata *"in presenza di motivi manifestamente infondati"*. L'utilizzo del termine *"motivi"* sembrerebbe ricollegare la fattispecie sanzionatoria alla manifesta infondatezza dei *motivi* del ricorso introduttivo del giudizio (e forse del ricorso incidentale). Ne discenderebbe che – almeno nel processo di primo grado – l'unico soggetto attivo della condotta sanzionabile potrebbe essere il ricorrente (e al limite il controinteressato qualora presenti anche ricorso incidentale), escludendo così – e in modo illogico e verosimilmente incostituzionale – le altre parti del giudizio ed, in particolare, l'amministrazione resistente.

Condivisibile, invece, è l'introduzione di un tetto alla nuova sanzione di cui al 26, comma 1, ultimo inciso, c.p.a.. La Camera dei Deputati ha, infatti, quantificato nel massimo l'importo della stessa, determinandolo in misura *"non superiore al doppio delle spese liquidate"*.

⁶² Una *"norma, per così dire, manifesto"*, mutuando nuovamente la felice espressione utilizzata da G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 170. Nello stesso senso, è stato considerato che *"la norma assume un significato più per il suo valore "monitorio" e simbolico, piuttosto che per la sua concreta portata innovativa"*, così M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., p. 50.

⁶³ In particolare, prendendo come parametro gli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost., in materia di uguaglianza tra i cittadini, diritto di difesa e al giusto processo, nonché tutela nei confronti degli atti della P.A..

⁶⁴ Cfr., ancora, G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, op. cit., p. 170. In chiave critica sulla disposizione in parola, si cfr. anche M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti*, op. cit., pp. 7 ss.; infine, si segnala l'ampia disamina sulla portata innovativa o meno del nuovo testo dell'art. 46 c.p.a. svolta da M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 52 ss.

In secondo luogo, l'art. 26, comma 2, c.p.a., come novellato dal d.l. n. 90/2014, pone tre ordini di questioni.

Per un verso, non paiono sussistere ragioni giuridiche per differenziare l'importo della sanzione nel processo amministrativo appalti, rispetto al processo amministrativo ordinario; e ciò tenuto anche conto che il parametro base della sanzione *de qua* è l'importo del contributo unificato versato. E, infatti, la notevole differenza del contributo unificato nel processo appalti già 'garantiva' al giudice un più elevato margine di condanna: a titolo esemplificativo, per gli appalti di maggior valore, l'importo della sanzione per lite temeraria avrebbe potuto oscillare tra 12.000 e 30.000 euro (a fronte dell'*ordinario* importo della stessa sanzione per la maggior parte dei restanti giudizi amministrativi ricompreso tra 1.300 e 3.250 euro).

Per un altro verso, la disposizione rinvia genericamente a tutti i casi di giudizi *ex art.* 120 c.p.a.. Ciò comporta che i diversi parametri di calcolo della sanzione possono applicarsi – ad esempio – anche a giudizi inerenti gli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (ora ANAC), con la conseguenza (e il rischio) di applicare sanzioni per lite temeraria assolutamente non proporzionate al valore e all'oggetto della causa⁶⁵.

Per un altro verso ancora, la disposizione avrebbe potuto di certo essere formulata in modo più chiaro. Infatti, quando è fissato il parametro dell' "*uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite*" non è al contempo specificato se tale limite sia costituito dal minimo (doppio del contributo unificato) o dal massimo (quintuplo del contributo unificato) 'edittale'. La Relazione Tecnica al disegno di legge ricollegava il riferimento al tetto del quintuplo⁶⁶; nonostante ciò, il problema è stato comunque sollevato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, ma non è stato raccolto né in sede di Commissione, né dall'Assemblea⁶⁷.

In conclusione, l'introduzione di una fattispecie *generica* di abuso del processo si inserisce in quella linea di tendenza che ha segnato negli ultimi anni molteplici interventi del Legislatore in ambito processuale (soprattutto in sede, reale o presunta, emergenziale): ossia l'introduzione di disincentivi al ricorso alla giustizia⁶⁸. A ciò fa da eco l'incremento –

⁶⁵ Si consideri l'impugnazione di un provvedimento di divieto di partecipazione a gare pubbliche per un periodo determinato (provvedimento non sempre ricollegato o ricollegabile come valore ad un determinato contratto pubblico).

⁶⁶ Cfr. Relazione Tecnica del disegno di legge C-2486 di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, p. 46.

⁶⁷ Cfr. Dossier Camera dei deputati n. 196/1 (schede di lettura) del 30 giugno 2014, p. 177.

⁶⁸ Primo fra tutti, si pensi, al costante aumento dei contributi unificati nonostante il 'servizio giustizia' in generale non abbia sempre offerto al cittadino un corrispondente incremento del livello e della qualità dei

di certo ai limiti se non oltre quelli derivanti dall'applicazione del principio di proporzionalità – della sanzione per lite temeraria in materia di contenzioso appalti⁶⁹.

Tuttavia, l'esperienza pratica di questi anni – in particolare nel settore appalti – avrebbe dovuto condurre il Legislatore a scelte, almeno in parte, differenti. Del resto, l'aumento dei costi di accesso alla giustizia o i maggiori poteri (già) riconosciuti ai collegi giudicanti per la condanna alle spese non hanno influito sul numero di ricorsi presentati dagli operatori di maggiori dimensioni in relazione agli appalti ed alle commesse di importo più rilevante. Al contrario, tali strumenti hanno sortito l'effetto di una minor convenienza della contestazione delle gare e degli appalti di importi più contenuti da parte dei piccoli e medi operatori. In questo modo, si è generato e si continua a coltivare un rischio di 'impunità' di fatto di situazioni di abuso (o cattivo uso) delle norme nelle gare di minor valore, con diniego di giustizia per quelle piccole e medie imprese che avranno così sempre più difficoltà di accesso al mercato delle commesse pubbliche.

Al contrario, una impostazione costituzionalmente orientata di ogni riforma processuale dovrebbe *spingere* ad avere fiducia nella (e non *paura*, anche per i costi, della) giustizia; e, con particolare riguardo al processo amministrativo, il *filo rosso* da seguire a livello legislativo dovrebbe essere quello di rendere sempre giustiziabili gli errori (volontari o non) delle Amministrazioni, così da costituire anche un deterrente in relazione alle future attività amministrative (ovvero – nella peggiore delle ipotesi – per fenomeni corruttivi il cui contrasto sta alla base di numerosa disposizione dello stesso d.l. n. 90/2014).

Parafrasando una attenta dottrina civilista si potrebbe, quindi, sostenere che una cosa è

servizi. Sulla stampa specialistica, si cfr. M. LONGONI, *Appalti, stop al contenzioso*, in Italia Oggi – Sette, 18 agosto 2014, p. 1.

⁶⁹ Sul punto, nel saggio di M. LIPARI, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo*, op. cit., pp. 51 ss., l'Autore ripercorre rapidamente quelli che sono stati i vari interventi normativi finalizzati alla disincentivazione del contenzioso: "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".

difendersi e tutt'altra cosa è abusare dei mezzi di difesa⁷⁰.

6. I poteri del giudice amministrativo sui conferimenti degli incarichi direttivi e semidirettivi dei magistrati: rinvio

Infine, occorre per completezza segnalare, che l'art. 2, comma 4, del Capo I, del Titolo I, del d.l. n. 90/2014 si occupa dei profili giurisdizionali afferenti i provvedimenti concernenti il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati. La tematica è già stata affrontata al precedente cap. 5, al quale per sinteticità si rinvia.

⁷⁰G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it; in merito, cfr. anche A. PAGANO, *Il decreto legge n. 90/2014 ed il processo amministrativo*, op. cit., che rinvia al medesimo contributo dottrinario.