

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

* Già pubblicato su www.federalismi.it

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 impattanti sul sistema di giustizia amministrativa

di Maria Alessandra Sandulli*

1. Premessa.

Come era stato da più parti preannunciato, il decreto-legge n. 90, pubblicato sulla G.U. dello scorso 24 giugno e recante "*misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*", ha introdotto importantissime novità nel processo amministrativo.

Le nuove disposizioni incidono soprattutto sul rito appalti, in linea con la politica di semplificazione delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche (che trovano la loro massima espressione nelle modifiche all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006), ma intervengono anche su ambiti più generali, che, per un verso, toccano significativamente lo stesso sistema ordinamentale e, per l'altro, aggravano i già pesanti oneri economici delle parti coinvolte nelle controversie inerenti all'esercizio del potere pubblico.

Senza entrare in questa sede nel merito delle scelte governative (tema che richiede evidentemente un ben maggiore approfondimento) e senza avere ovviamente alcuna pretesa di esaustività, queste brevissime osservazioni "a prima lettura" hanno lo scopo di evidenziare le novità introdotte dal decreto, focalizzando l'attenzione su quelle più strettamente relative allo svolgimento del processo, per rappresentarne le più immediate problematiche interpretative e applicative e le possibili soluzioni migliorative adottabili in sede di conversione.

2. Le novità ordinamentali.

2.1. La soppressione delle sezioni staccate dei Tribunali amministrativi regionali (art. 18).

La principale novità ordinamentale introdotta dal d.l. 90 è costituita dalla soppressione, dal 1 ottobre 2014, delle sezioni staccate dei Tribunali amministrativi regionali, ad eccezione della sezione autonoma per la Provincia di Bolzano (legata all'autonomia speciale della stessa Provincia), con assorbimento del relativo contenzioso nella sede centrale del Tribunale della relativa regione.

Trattasi di una disposizione, che pur coerente con l'ottica di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica che ha ispirato l'accorpamento delle sedi delle Autorità indipendenti e l'unificazione delle Scuole di formazione, ha indubitabilmente un fortissimo impatto sul territorio, che, soprattutto nelle regioni che hanno una conformazione geografica o socio-culturale più complessa, si traduce in una complicazione dell'accesso alla tutela, di cui merita tenere precipuamente conto, considerandone la contrapposizione rispetto alle ragio-

* Già pubblicato su www.federalismi.it

ni di ordine meramente economico che hanno determinato la riduzione delle sedi giurisdizionali, anche alla stregua di una attenta valutazione dell'effettivo risparmio che l'accorpamento potrà in concreto determinare.
Nel ribadire la volontà di non entrare in questa sede nel merito della valutazione della scelta operata dal Governo, si confida pertanto che nel lasso di tempo intercorrente per la conversione del decreto e per l'adozione del dPCM che entro il 15 settembre (e dunque con soli 15 giorni di anticipo) dovrebbe stabilire le modalità di trasferimento del contenzioso e delle risorse umane e finanziarie dalle sedi staccate a quelle centrali – con le serissime difficoltà inevitabilmente legate ai limiti di spazio di queste ultime e ai problemi di mobilità del personale – gli anzidetti profili siano adeguatamente ponderati, affinché si possa essere ragionevolmente certi che la soppressione dei presidi giurisdizionali più prossimi alle realtà locali e i gravi sacrifici che ne conseguono abbiano effettivamente il creduto importante effetto positivo sull'economia che avrebbe dovuto giustificarli.
Non si può in ogni caso mancare di esprimere serie preoccupazioni sulle tempistiche previste per il trasferimento del contenzioso, considerando la imponente mole di fascicoli depositati presso le sezioni staccate, in taluni casi superiore a quella delle sezioni centrali e difficilmente trasferibile e archiviabile nelle sedi di queste ultime in appena due settimane: con forte rischio di creare pesanti disfunzioni nel sistema, in linea diametralmente opposta a quella che ha opportunamente ispirato la riforma.

2.2. La soppressione della competenza inderogabile del TAR della Lombardia sulle controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (art. 22 comma 12).

Sotto la rubrica "*razionalizzazione delle autorità indipendenti*", il decreto, nell'affidare al Ministero dell'Economia e delle Finanze, tramite l'Agenzia del demanio, l'individuazione di "*uno o più edifici contigui da adibire a sede comune dell'Autorità di regolazione dei trasporti, dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, servizi e forniture, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione di vigilanza sui fondi pensione e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*", prevedendo che "*entro il 30 giugno 2015, i suddetti organismi trasferiscono i loro uffici nei predetti edifici*", dispone la immediata soppressione della competenza funzionale inderogabile del TAR della Lombardia sulle controversie relative ai poteri esercitati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.
Oltre a non raccordare la tempistica di tale soppressione con quella del trasferimento della sede dell'Autorità e dei relativi uffici (prevista, come sopra riportato, entro il 30 giugno 2015), la norma non stabilisce tuttavia se la competenza su tali controversie, che, nel silenzio della legge, deve seguire il criterio ordinario della competenza territoriale, continuerà a seguire tale criterio, o, ancora una volta, sarà affidata al TAR Lazio.
Si confida che anche questo profilo sia prontamente chiarito in sede di conversione.

2.3. La soppressione della possibilità di trattenimento in servizio dei magistrati e l'esclusione dell'utilizzo dell'istituto dell'aspettativa nel caso di affidamento di incarichi negli uffici di diretta collaborazione (artt. 1 e 8).

Nell'ambito delle disposizioni dirette ad abrogare e limitare i regimi dilatori dei trattenimenti in servizio dei pubblici dipendenti, l'art. 1, comma 3, dispone che, al fine di salvaguardare la funzionalità degli uffici giudiziari, i trattenimenti in servizio dei magistrati (e degli avvocati dello Stato) "*sono fatti salvi fino al 31 dicembre*

2015 o fino alla scadenza se prevista in data anteriore".

L'art. 8, rubricato *Incarichi negli uffici di diretta collaborazione*, apporta modifiche all'art. 1, co. 66, l. 190/2012, sul collocamento in posizione di fuori ruolo, per tutta la durata dell'incarico, dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché degli avvocati e procuratori dello Stato che ricoprano incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti in posizioni apicali o semiapicali, sostituendo la dicitura "*compresi quelli di titolarita' dell'ufficio di gabinetto*" con quella più ampia "*compresi quelli, comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione*", nonché prevedendo espressamente che "*è escluso il ricorso all'istituto dell'aspettativa*" in luogo del collocamento in posizione di fuori ruolo. La novella appare rilevante in considerazione del fatto che l'art. 1, co. 68, l. 190/2012, pone un limite complessivo di dieci anni al collocamento in posizione di fuori ruolo. Quale regime transitorio, l'art. 8 prevede, al comma 2, che gli incarichi di cui all'art. 1, co. 66, l. 190/2012, come modificato dal comma 1, in corso cessano di diritto se nei trenta giorni successivi non è adottato il provvedimento di collocamento in posizione di fuori ruolo (all'evidenza ciò vale con riferimento agli incarichi negli uffici di diretta collaborazione diversi dall'ufficio di gabinetto), nonché la salvezza dei provvedimenti collocamento in aspettativa già concessi alla data di entrata in vigore del decreto (comma 3).

3. I profili processuali di ordine generale.

3.1. limiti al sindacato sugli atti del CSM (art.2).

Nello stesso art. 2 (e dunque sotto la stessa rubrica "*Incarichi direttivi dei* magistrati", il decreto inserisce la prima importante disposizione di carattere processuale: *4. Al secondo comma dell'articolo 17 della legge 24 marzo 1958, n. 195, dopo le parole: "del processo amministrativo", sono aggiunti i seguenti periodi: "Contro i provvedimenti concernenti il conferimento o la conferma degli incarichi direttivi e semi direttivi, il controllo del giudice amministrativo ha per oggetto i vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto. Per la tutela giurisdizionale nei confronti dei predetti provvedimenti si segue, per quanto applicabile, il rito abbreviato disciplinato dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) del comma 4 dell'articolo 114 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104 del 2010.*".

Il tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del CSM concernenti il conferimento o la conferma di incarichi direttivi è stato sempre un tema caldo, tornato all'attenzione dopo alcune recenti pronunce del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato che, in sede cautelare, di merito e di ottemperanza, hanno rispettivamente sospeso, annullato e sostituito le decisioni dell'organo di autogoverno della magistratura civile di cui avevano rilevato l'illegittimità (Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2012, n. 3796 in sede cautelare; TAR Lazio, Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 1541, in sede di merito; Id., 13 maggio 2014, n. 4960, in sede di ottemperanza; cfr., inoltre, tra le altre: TAR Lazio, Sez. I, 16 novembre 2010, n. 33473 e Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2824, entrambe in sede di cognizione).

Il Governo ha reagito con tre ordini di misure, tramite le quali ha inteso bilanciare le esigenze di pienezza ed effettività della tutela con le prerogative istituzionali del CSM, in forza degli artt. 104 e 105 Cost.

La prima misura limita il tipo di tutela, restringendo il "controllo del giudice amministrativo" sui suddetti provvedimenti ai soli vizi di viola-

zione di legge (che comprende, evidentemente, anche l'incompetenza) e a di eccesso di potere "*manifesto*". Il testo definitivo della norma è meno éclatante di quello che era stato proposto, che, come noto a molti, limitava il sindacato giurisdizionale ai vizi di legittimità formale e procedurale del provvedimento e alla verifica che esso non fosse manifestamente volto a perseguire finalità arbitrarie diverse dal buon funzionamento degli uffici giudiziari.

La presa di coscienza della necessità di rispettare l'inequivoco disposto dell'art. 113 co. 2 Cost., il quale espressamente vieta che la tutela giurisdizionale contro gli atti della p.A. possa essere "*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*" ha evidentemente guidato la riformulazione della disposizione, che, peraltro, proprio in relazione a tale necessità di rispetto del dettato costituzionale, dovrà essere interpretata dagli organi giudicanti in senso conforme a quest'ultimo e, dunque, senza improprie limitazioni di sindacato.

Ferma l'incontestabile attrazione dei vizi di difetto (o insufficienza) di istruttoria e/o di motivazione nell'ambito della violazione di legge (*sub specie* di violazione degli artt. 1 e 3 l. n. 241 del 1990 e 41 Carta di Nizza), la mera aggiunta dell'aggettivo "manifesto" al vizio di eccesso di potere non può essere del resto legittimamente intesa come una riduzione della normale tutela rispetto a tale vizio. Come ben evidenziato dalla Corte di Cassazione in due importanti pronunce del febbraio 2012 (Cass., Sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313), infatti, l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo per eccesso di potere non poteva e non può fondarsi sul "ragionevole dubbio" sullo sviamento dell'atto dai propri fini istituzionali, ma deve essere giustificato da elementi chiari ed evidenti di tale deviazione, risolvendosi diversamente in una indebita intromissione del giudice nella sfera riservata alla discrezionalità amministrativa. In altri termini, se l'eccesso di potere non è "manifesto", il giudice non dovrebbe poter annullare alcun atto amministrativo, risolvendosi pertanto la formulazione della novella legislativa in una ennesima inopportuna fonte di confusione interpretativa (cfr., nello specifico, Cass., Sez. un., 8 marzo 2012, n. 3622, in *Guida al dir*., 2012, 23, 51, che ha chiarito i limiti entro i quali il sindacato di legittimità sulle delibere del CSM può essere esercitato, enunciando il principio di diritto per cui "*non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se … si astenga al censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la … deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio Superiore ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati*").

La seconda misura consiste nell'attrazione dei giudizi contro i suddetti provvedimenti del CSM nell'ambito dell'art. 119 c.p.a., che, come noto, prevede un "rito abbreviato comune a determinate materie", con dimezzamento dei termini processuali diversi da quelli per la notifica dei ricorsi, regole speciali per la tutela cautelare e possibilità di richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza.

La terza misura, in evidente reazione alla surrichiamata più recente giurisprudenza, investe il giudizio di ottemperanza alle decisioni sui predetti provvedimenti, limitando i poteri che l'art. 114 c.p.a., in ossequio al principio di effettività della tutela imposto anche contro gli atti amministrativi dagli artt. 24 e 113 Cost., 47 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e 6 CEDU, ha riconosciuto al giudice dell'ottemperanza.

In particolare, affermando l'inapplicabilità delle lettere a) e c) del comma 4 dell'art. 114 c.p.a., la novella legislativa preclude al giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso, di emanare il provvedimento amministrativo in luogo dell'amministrazione, nell'esercizio dei poteri legittimati dall'attribuzione al giudice, adito in detta sede, di una giurisdizione di merito ai sensi degli artt. 7, co. 6, e 134 c.p.a..

È evidente la reazione a precedenti giurisprudenziali (il già citato TAR Lazio, Sez. I, n. 4960/2014) che hanno ritenuto possibile per il giudice dell'ottemperanza, nell'esercizio dei poteri conferitigli dall'art. 114 c.p.a., emanare un provvedimento amministrativo direttamente satisfattivo, in sostituzione del CSM, reputando il potere giurisdizionale sostitutivo non precluso dall'art. 105 Cost., in relazione agli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Rimane fermo, anche a seguito della novella, il potere del giudice dell'ottemperanza di nominare un commissario *ad acta*, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. d, c.p.a.. Si ricorderà, del resto, che anche la Corte costituzionale (15 settembre 1995, n. 435, in *Foro amm*., 1995, 6 adita su ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal CSM nei confronti del Consiglio di Stato a seguito di una decisione pronunciata in sede di giudizio di ottemperanza con la quale veniva intimato al primo di provvedere a conferire un incarico direttivo al ricorrente, nominando, in caso di inutile decorso del termine assegnato un commissario *ad acta*), nel respingere l'assunto secondo cui le deliberazioni del CSM, in virtù delle competenze costituzionalmente garantite dall'art. 105 Cost., sarebbero sottoponibili soltanto alla generale giurisdizione di legittimità e sottratte alla fase esecutiva del giudizio di ottemperanza, ha rilevato che gli organi di rilevanza costituzionale, al pari di ogni altro soggetto di diritto, sono tenuti al rispetto della legge e che i principi di legalità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale "comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali" (così anche Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Foro amm*., 1996, 19, con commento di G. MONTEDORO, *L'indipendenza del giudice fra amministrazione e giurisdizione. Brevi riflessioni in margine ad un conflitto di attribuzioni fra Consiglio superiore della magistratura e giudice amministrativo in tema di ottemperanza ad ordinanze cautelari*, che ha sottolineato come "*la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria*", con conseguente compatibilità con l'art. 105 Cost. della sottoposizione degli atti del CSM alla giurisdizione estesa al merito del giudice dell'ottemperanza).

3.2. L'aggravio delle "misure per il contrasto all'abuso del processo": le "sanzioni" per la soccombenza determinata da "ragioni manifeste" e per lite temeraria (art. 41).

L'altro profilo processuale di carattere generale affrontato dal d.l. 90 attiene alle c.d. "*contrasto all'abuso del processo*" mediante la comminatoria di sanzioni pecuniarie a carico del soccombente. Nel rinviare alle forti critiche già espresse sull'utilizzo di siffatti strumenti deflattivi in uno scritto del 2012, (*Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*), mi limiterò, ancora una volta, a rappresentare i contenuti della novella legislativa e le problematiche applicative che essa pone.

Il Governo è intervenuto sul testo dell'art. 26 c.p.a., rubricato ingannevolmente "*spese di giudizio*", per inserirvi due "nuove" misure sostanzialmente sanzionatorie.

In particolare, la prima aggiunge al primo comma del suddetto articolo, che già criticabilmente ancora la commisurazione delle spese di giudizio al rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità degli atti, la previsione che "*In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste*".

Oltre al pagamento del contributo unificato e alla condanna alle spese di lite, eventualmente maggiorate in considerazione del preteso mancato rispetto dei suddetti principi, il soccombente può essere dunque condannato a pagare alle controparti, anche se queste non lo richiedano, un'ulteriore somma di denaro "*equitativamente determinata dal giudice*" in assenza di ogni criterio legislativo predefinito.

Nel richiamare le perplessità già espresse nel 2012 anche in relazione alla circostanza che, nei casi (tutt'altro che rari in un processo equo e imparziale) di soccombenza della p.a., i nuovi strumenti economici di deflazione progressivamente introdotti dal legislatore (strumenti che giudici equi e imparziali non possono evidentemente far valere soltanto nei confronti dei privati) si pongono in chiara controtendenza rispetto alle misure di contenimento della spesa pubblica, non si può non evidenziare che la disposizione, introducendo una misura di carattere incontestabilmente sanzionatorio (in quanto avulsa da qualunque parametro risarcitorio e comminata d'ufficio: cfr. sulle *astreintes* M.A. Sandulli, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Foro amm.-TAR*, 2013; A. Carbone, Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo, ivi, 2014) dovrebbe essere rimodulata per adeguarsi ai principi generali (*in primis* quelli di legalità e proporzionalità) che regolano l'applicazione delle pene: principi di cui l'ordinamento costituzionale e euro-unitario impongono ormai univocamente il rispetto per tutte le misure *lato sensu* afflittive, a prescindere dalla qualificazione datane dai singoli Stati membri (sul tema, cfr. per tutti gli atti dell'Incontro di studi AIC-AIPDA tenutosi presso l'Università di Roma-TRE il 6 febbraio 2014, su "*L'incertezza delle regole: le sanzioni più o meno nascoste*", leggibili sul sito dell'AIPDA, sotto la voce *news*; nonché, da ultime, le sentenze CEDU, Grande Stevens e Reykianik sul divieto di bis in idem tra sanzioni amministrative e sanzioni penali).

Ritorna peraltro, in diverso contesto, l'utilizzo dell'aggettivo "manifeste", che non pare esente da rischi interpretativi: i giudici dovrebbero essere sempre "certi" e "convinti" delle loro decisioni e mai fondarle su ragioni che, almeno a chi le prende, non risultino "manifeste". La mancata condanna alle ulteriori sanzioni potrebbe quindi essere utilizzata come argomento per chiedere la riforma della sentenza, in quanto non fondata su "ragioni manifeste"? Il rischio è troppo grave per non sollecitare anche in questo caso una più attenta riflessione da parte del legislatore.

La seconda "misura di contrasto per l'abuso del processo" introdotta dal d.l. 90 attiene alle controversie in materia di appalti: se ne rinvia pertanto l'esame al successivo punto 4.

4. Le novità del rito speciale sugli appalti.

4.1. Come preannunciato, le novità processuali più significative investono il rito speciale per le controversie in materia di appalti pubblici, già oggetto di particolare attenzione legislativa a partire dalla riforma del 2000 e soggetto ad una speciale disciplina negli artt. 120 ss. del c.p.a..

Come noto, invero, il regime delle controversie in materia di appalti è strettamente condizionato dall'ordinamento dell'Unione Europea, che, derogando al principio generale di autonomia processuale degli Stati membri, a partire dal

1989, ha ritenuto necessario intervenire anche in tale materia per garantire una tutela effettiva contro le violazioni delle disposizioni a tutela della concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche. Di fronte alle carenze delle normative nazionali nel soddisfare le predette esigenze di garanzia, le prime "direttive ricorsi" 89/665/CEE e 92/13/CEE sono state poi significativamente integrate dalla direttiva 2007/66/CE, che ha trovato attuazione in Italia nel d. lgs. n. 53 del 2010, trasfuso poi, con modificazioni, nei citati artt. 120 ss. del c.p.a. (sulle linee essenziali della disciplina, cfr. *inter alia*, 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*, Milano, 2013).
Qualsiasi innovazione nella disciplina della materia deve dunque tenere sempre, necessariamente e primariamente, conto dei precetti ricavabili dalla suddetta normativa comunitaria e dei principi affermati dalla CGUE, che devono coerentemente guidarne l'interpretazione.

4.2. La prima modifica introdotta dal d.l. 90 investe la fissazione dell'udienza di merito per la quale la novella stabilisce termini ancora più stretti di quelli, già abbreviati, previsti dal c.p.a.
In particolare, il decreto sostituisce il comma 6 del suddetto articolo 120 nei termini che di seguito si riportano: "*Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni*".
La disposizione contiene diverse novità.
La prima è costituita dalla prescrizione che il giudizio debba essere sempre definito con una sentenza in forma semplificata, ovvero nella forma di cui l'art. 74 c.p.a. consente l'utilizzazione soltanto nel caso in cui il giudice "*ravvisi la manifesta fondatezza, ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*", stabilendo che (evidentemente in ragione della immediata evidenza della soluzione) "*la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*".
Pur auspicando che la disciplina sostanziale sull'affidamento delle commesse pubbliche possa approdare ad un livello di chiarezza e semplicità tale da consentire una facile soluzione delle controversie in materia, quantomeno allo stato della normazione, la prescrizione di definire il giudizio in forma semplificata appare di difficile attuazione e rischia di interferire pesantemente sulle richiamate esigenze di effettività della tutela.
A ciò si aggiunga che tale tipo di decisione rischia, per un verso, di incrementare il contenzioso, inducendo il soccombente, più facilmente insoddisfatto da una scarna motivazione sulle ragioni che hanno determinato il rigetto delle proprie tesi, a promuovere ulteriori gradi di giudizio e, per altro verso, di svilire il ruolo di indirizzo interpretativo e di conformazione dell'attività amministrativa che tradizionalmente costituisce il pregio dell'attuale sistema di giustizia amministrativa.
Gli stessi e maggiori rischi sono legati alla previsione, ancorché meramente ordinatoria, che tale "decisione semplificata" debba essere in

ogni caso assunta (a prescindere dalla presentazione di un'istanza cautelare, dalla quale, come si dirà, la riforma cerca in ogni modo di dissuadere), "*ad un'udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente*". Anche in relazione a quanto stabilito dal nuovo comma 9 dell'art. 120 c.p.a. (novellato dalla successiva lett. *c* dello stesso art. 40, comma 1 del decreto 90) sui termini per la pubblicazione del dispositivo e della sentenza (v. *infra*), non sembra peraltro che la decisione possa essere differita rispetto alla data dell'udienza. Con riflessi evidentemente negativi sulla piena cognizione che i giudici dovrebbero sempre avere della controversia, anche e soprattutto in una materia complessa e delicata come quella degli appalti pubblici, sulla quale il principio di garanzia del giudice naturale impone che il giudice amministrativo conservi un ruolo primario certamente non inferiore a quello che, in termini sempre più incisivi, ha assunto il giudice penale.

Il nuovo termine di definizione del giudizio è infatti all'evidenza molto breve, considerando che, per il combinato disposto degli artt. 46 e 119 c.p.a., il termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente nei giudizi in materia di appalti (che coincide peraltro, si ricorda, con quello per l'eventuale proposizione di ricorsi incidentali), è fissato in trenta giorni dal perfezionamento della notifica nei relativi confronti e che i termini per il deposito dei documenti, delle memorie e delle repliche sono rispettivamente di venti, quindici e dieci giorni a ritroso dall'udienza (art. 73 c.p.a., letto in combinazione con l'art. 119).

Dal momento che l'obiettivo più volte dichiarato della riforma (e al quale sono evidentemente rivolte le altre modifiche processuali introdotte dal decreto 90) è evitare che un uso improprio dei ricorsi giurisdizionali possa ostacolare il percorso verso l'affidamento di commesse pubbliche, c'è da chiedersi se in meno di quaranta giorni dal perfezionamento della notifica nei loro confronti, le Amministrazioni saranno effettivamente in grado di predisporre la documentazione e le difese adeguate per raggiungere il suddetto risultato o se, in senso opposto alle finalità della novella legislativa, un'eccessiva accelerazione e semplificazione delle decisioni di merito, riducendo le possibilità di tutela dell'Amministrazione (parte resistente naturale), finirà per favorire i ricorrenti più arditi, portando più facilmente all'annullamento dei provvedimenti impugnati e a conseguenti rallentamenti dell'azione amministrativa ben più gravi di quelli che sarebbero conseguiti alla mera sospensione temporanea dell'efficacia degli atti impugnati, seguita (ed eventualmente corretta) da una sollecita, ma comunque più ponderata decisione del merito.

Su un piano più strettamente tecnico-formale, sembra inoltre utile segnalare l'opportunità che, in sede di conversione, il legislatore indichi direttamente il termine massimo per la celebrazione dell'udienza a partire dal perfezionamento della notifica per evitare dubbi sulla relativa consumazione allorquando il termine di scadenza per la costituzione cada in giorno festivo.

Restando sul piano prettamente tecnico, merita evidenziare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 45 e 119 c.p.a., il termine per il deposito del ricorso (e degli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione) è di quindici giorni dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto si è perfezionata per il destinatario e che ai sensi dell'art. 71, la data dell'udienza deve essere comunicata alle parti – per assicurarne il diritto di difesa che trova espressione anche nel deposito di documenti e memorie – almeno sessanta giorni liberi prima della relativa celebrazione, dimidiati a trenta nelle controversie sugli appalti. Ne consegue che, se il ricorrente deposita il ricorso *in limine* alla scadenza del termine (in media dai 15 ai 20

giorni dall'avvio della notifica), il tempo lasciato al Presidente per la fissazione dell'udienza è estremamente ridotto (meno di dieci giorni).
A complicare ulteriormente l'attuabilità della novella, si aggiunga che l'organo giudicante non è posto normalmente in grado di conoscere (neppure attivandosi con la massima diligenza a fare autonome ricerche presso il sito delle poste) la data di perfezionamento della notifica nei confronti delle parti diverse dal ricorrente alla quale il nuovo art. 120 co. 6 ancora il termine di fissazione dell'udienza.
La concreta difficoltà di rispetto dei termini indicati dal primo periodo del comma 6 è a ben vedere confermata dal terzo e ultimo periodo dello stesso comma, nel quale si precisa opportunamente, che a fronte di esigenze istruttorie o della necessità di integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto dei termini a difesa, la definizione del merito deve essere rinviata ad un'udienza da tenersi entro trenta giorni dall'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o il rinvio per l'esigenza di rispetto dei suddetti termini a difesa. E' però facile rilevare che trenta giorni sono normalmente insufficienti ad attuare gli adempimenti istruttori e/o l'integrazione del contraddittorio garantendo i conseguenti diritti di difesa (deposito di documenti, memorie, repliche, eventuali motivi aggiunti e ricorsi incidentali sulle risultanze dell'istruttoria e/o da parte dei contraddittori originariamente pretermessi). In altri termini se, considerato anche il carattere ordinatorio del termine fissato dal primo periodo, la prima udienza sembra tendenzialmente destinata ad assolvere un ruolo "istruttorio" piuttosto che a definire effettivamente il giudizio, la previsione di un termine di soli trenta giorni per la celebrazione dell'udienza successiva, per la sua evidente inadeguatezza, incide negativamente sulla sostenibilità dell'intero apparato normativo.
Si auspica pertanto che nelle more della conversione il legislatore possa più attentamente vagliare i molteplici profili in cui si articola il sistema processuale, per cercare una soluzione che, pur in linea con i propri obiettivi, riesca, da un lato a rispettare i principi di effettività della tutela e, dall'altro, a creare un modello concretamente in grado di funzionare.

4.3. Il sistema delineato dalla novella si complica ulteriormente alla luce della seconda modifica introdotta dall'art. 40 che, al co. 1 lett. b, subordina di norma l'efficacia delle misure cautelari eventualmente concesse alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, consentendone l'esclusione soltanto a fronte di gravi ed eccezionali ragioni di cui il collegio deve dare specifico conto nell'ordinanza che dispone la cautela.
La disposizione desta non pochi problemi interpretativi e applicativi in quanto:
- non è chiaro se, nel fare riferimento all' "efficacia" della misura cautelare e non alla concessione o al diniego della medesima, senza peraltro intervenire sul richiamo generale all'art. 55, il Governo abbia inteso aggiungere un'ipotesi di cauzione (obbligatoria) ulteriore a quella, facoltativa, già prevista dall'art. 55 c.p.a. per la concessione o il diniego di misure cautelari non attinenti a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale, che, a differenza di quest'ultima, inciderebbe soltanto sull'efficacia della misura cautelare senza condizionare l'adozione (con le conseguenze di cui si dirà subito *infra*), ovvero se, utilizzando atecnicamente il termine "efficacia" in luogo di quello "concessione", abbia inteso sostituire, nel rito appalti, la disciplina generale della cauzione disegnata dall'art. 55, con un modello che, per un verso, sembra pretermettere o comunque fortemente ridurre la tutela dei predetti diritti, e, per l'altro, fa gravare l'onere della cauzione solo sul ricorrente, in un'ottica di

estrema dissuasione dalla proposizione di istanze cautelari, che non può non destare perplessità alla luce dei principi costituzionali ed eurounitari sull'effettività della tutela e del ruolo che l'ordinamento dell'Unione Europea ha ripetutamente ed espressamente riconosciuto alle misure cautelari per la relativa garanzia;
- non fissa alcun criterio per la determinazione della cauzione, né tantomeno limiti minimi e massimi del relativo importo, prestando il fianco a gravissime disparità di trattamento a seconda del giudice adito.
La disposizione pone tuttavia un ulteriore problema.
Come noto, l'art. 2, co. 3 della direttiva 2007/66/CE, introducendo il c.d. *standstill* processuale, stabilisce che "*Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, e all'articolo 2 quinquies, paragrafi 4 e 5*". In tal modo, l'ordinamento eurounitario si preoccupa di garantire che la stazione appaltante non addivenga alla stipula di un contratto frutto di una procedura di cui sia stato denunciato il contrasto con le regole di evidenza pubblica fissate dalla stessa Unione, fin quando il giudice adito si sia pronunciato sulle istanze cautelari o sul merito del ricorso.
Il d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i., in attuazione di tale disposizione, ha disposto, all'art. 11, co. 10-*ter*, che "*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*".
Dal momento che il nostro sistema ha collegato l'operatività dello *standstill* alla richiesta della misura cautelare e non alla mera proposizione del ricorso, le nuove misure di dissuasione dalle richieste cautelari aprono un evidente problema di compatibilità con il diritto dell'Unione.
L'unica possibilità di garanzia soprassessoria che residua al ricorrente sembra quindi quella – offerta dalla prospettata ipotesi di valorizzazione del surrichiamato riferimento del nuovo comma 8-bis dell'art. 120 alla sola "efficacia" della misura cautelare – di proporre comunque l'istanza cautelare per avvalersi dello standstill processuale, cercando di dilazionarne più a lungo possibile la trattazione e di ottenere una prima pronuncia giurisdizionale a conforto del *fumus* del ricorso, salvo poi rinunciarvi per sottrarsi al pagamento della cauzione. L'effetto che ne deriverebbe metterebbe però in evidente difficoltà la stazione appaltante, che, a fronte di una pronuncia di accoglimento dell'istanza cautelare inefficace, si troverebbe comunque "stretta" tra le pressioni alla stipula da parte dell'aggiudicatario e il fondato rischio di una imminente conferma nel merito delle valutazioni sulla fondatezza del ricorso già sommariamente compiute in sede cautelare (con le

conseguenze che in entrambi i casi potrebbero derivarne in termini di responsabilità).
Un'ulteriore incertezza interpretativa e applicativa nasce dal secondo periodo del nuovo co. 8-*bis* dell'art. 120 il quale, come sopra riportato, stabilisce che le misure cautelari eventualmente concesse "*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*".
La particolare formulazione utilizzata dal legislatore fa sorgere il dubbio che si sia voluto attribuire al giudice un inedito potere di graduazione temporale dell'efficacia delle misure cautelari. Né è chiaro il senso del richiamo all'art. 119, comma 3, presumibilmente riconducibile all'ipotesi della fissazione del merito nel termine di trenta giorni dalla stessa ordinanza.
La lettura combinata delle disposizioni introdotte dall'art. 40 e l'evidenziata difficoltà di definire realisticamente il merito nei termini stabiliti dal nuovo art. 120, per ragioni certamente non imputabili al ricorrente, non consente in ogni caso di comprendere la *ratio* e la sostenibilità del previsto limite massimo di efficacia, che dovrebbe peraltro operare nonostante il versamento della cauzione (!).
In definitiva, anche a prescindere dalla valutazione di opportunità e legittimità della scelta governativa di (co)stringere ulteriormente i tempi di definizione di giudizi estremamente complessi, non si può non rappresentare l'esigenza e l'urgenza che le nuove disposizioni vengano riconsiderate alla luce dei profili sopra evidenziati e degli altri che verosimilmente emergeranno all'esito di una più attenta e ponderata lettura, tenendo altresì realisticamente conto delle concrete circostanze fattuali che incidono sulle tempistiche processuali per circostanze che prescindono dalla volontà e dalla diligenza delle parti. In termini meramente esemplificativi, si segnala che un'importante stazione appaltante per un'altrettanto importante concessione relativa alla realizzazione di infrastrutture di interesse nazionale ha recentemente concesso l'estrazione di copie della procedura di gara (circa 500 pagine) dopo oltre un mese dalla richiesta, costringendo la ricorrente a ripetute integrazioni dell'originario ricorso con conseguente dilatazione dei tempi del giudizio.

4.4. L'ultima modifica all'art. 120 investe il comma 9, prescrivendo (sia pure sempre in via ordinatoria) che il collegio giudicante deve depositare "*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*".
Al di là del suo carattere meramente ordinatorio, la fissazione di un termine per il deposito della decisione costituisce un'importante novità, se si considera che l'89 c.p.a. si limita a fissare un termine massimo per la redazione della sentenza (e non per il relativo deposito) e a prevederne una decorrenza dalla "decisione della causa", che, nel silenzio della legge, può essere assunta in una camera di consiglio non immediatamente successiva all'udienza di discussione.
L'abbreviazione del termine di pubblicazione della sentenza è temperata dalla subordinazione della pubblicazione del dispositivo (anticipata, peraltro, a sua volta entro due giorni dall'udienza) ad apposita richiesta di parte anche nei giudizi dinanzi al TAR.

4.5. L'art. 40 si chiude con una disposizione transitoria che ne prevede l'applicazione soltanto ai giudizi "*introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in appello, in data successiva alla data di entrata in vigore*" del decreto.
La precisazione è importante perché
- correla l'applicazione delle nuove norme al deposito e non alla notifica del ricorso, con la conseguenza che chi abbia già notificato un ricorso con istanza cautelate e non intenda ri-

schiare l'applicazione della cauzione deve valutare l'opportunità di rinunciarvi;
- esclude che l'applicabilità delle nuove disposizioni si motivi aggiunti nei ricorsi già depositati.

4.6. Come anticipato al precedente punto 2, il richiamato intento di dissuasione dall'esercizio del diritto di difesa in materia di appalti pubblici è alla base dell'inasprimento nei giudizi relativi a questi ultimi delle già pesanti sanzioni previste dall'art. 26 c.p.a. a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito temerariamente in giudizio.
L'art. 41, alla lett. *b*, inserisce infatti al comma 2 del predetto art. 26, dopo il primo periodo, il seguente: "*Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite.*".
Sulle problematiche suscitate da tale disposizione si rinvia a quanto osservato al precedente punto 2.

5. Le novità del processo telematico.
L'ultimo gruppo di disposizioni che interessano la giustizia amministrativa investe l'"informatizzazione" del processo e le misure di garanzia della "effettività del processo telematico".
Per quanto qui rileva, l'art. 42, rubricato "*Comunicazioni e notificazioni per via telematica nel processo amministrativo*" estende l'operatività dei commi 4, 6, 7, 8, 12 e 13 dell'art. 16 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, (articolo dedicato a "*Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica*") al processo amministrativo.
La prima disposizione citata statuisce "4. *Nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. La relazione di notificazione e' redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria*". A norma dei commi da 6 a 8: "*6. Le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalita' si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario. 7. Nei procedimenti civili nei quali sta in giudizio personalmente la parte il cui indirizzo di posta elettronica certificata non risulta da pubblici elenchi, la stessa puo' indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale vuole ricevere le comunicazioni e notificazioni relative al procedimento. In tale caso le comunicazioni e notificazioni a cura della cancelleria, si effettuano ai sensi del comma 4 e si applicano i commi 6 e 8. Tutte le comunicazioni e le notificazioni alle pubbliche amministrazioni che stanno in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti sono effettuate esclusivamente agli indirizzi di posta elettronica comunicati a norma del comma 12. 8. Quando non e' possibile procedere ai sensi del comma 4 per causa non imputabile al destinatario, nei procedimenti civili si applicano l'articolo 136, terzo comma, e gli articoli 137 e seguenti del codice di procedura civile e, nei procedimenti penali, si applicano gli articoli 148 e seguenti del codice di procedura penale*". I commi 12 e 13, diretti alla "informatizzazione" della p.A., a loro volta, pre-

vedono "*12. Al fine di favorire le comunicazioni e notificazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, comunicano al Ministero della giustizia, con le regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24, entro il 30 novembre 2014 l'indirizzo di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e successive modificazioni, a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni. L'elenco formato dal Ministero della giustizia e' consultabile esclusivamente dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni. esecuzioni e protesti, e dagli avvocati. 13. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al comma 12, si applicano i commi 6 e 8*".

Interessa la giurisdizione amministrativa anche la previsione dell'art. 46 che, al comma 2, esclude l'applicazione dei commi 2 e 3 dell'art. 16-bis del già citato d.l. 179/2012, convertito con l. 221/2012 al processo amministrativo. Le riferite disposizioni prevedono che "*Nei processi esecutivi di cui al libro III del codice di procedura civile la disposizione di cui al comma 1 si applica successivamente al deposito dell'atto con cui inizia l'esecuzione. 3. Nelle procedure concorsuali la disposizione di cui al comma 1 si applica esclusivamente al deposito degli atti e dei documenti da parte del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario*".

6. Conclusioni.

Come anticipato in premessa, con il presente contributo si è cercato semplicemente di offrire una prima ricostruzione delle modifiche introdotte dal d.l. 90 nel sistema della giustizia amministrativa, rappresentando, anche in doveroso spirito collaborativo, le problematiche che esse possono determinare sul piano applicativo e interpretativo al fine di una loro auspicabile soluzione in sede di conversione.