

Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione

L'autore esamina le più rilevanti novità introdotte dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, con particolare riferimento al rito degli appalti pubblici, evidenziandone talune criticità, in attesa della sua conversione.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Giudice amministrativo e Consiglio Superiore della Magistratura (art. 2 DL 90/2014) – 2.1. Sindacato giurisdizionale sugli incarichi direttivi e semi direttivi – 2.2. Sull'eccesso di potere "manifesto" – 2.3. Sull'azione di ottemperanza a valle del rito accelerato – 2.4. L'efficienza è reale? – 3. Soppressione delle sezioni distaccate dei Tribunali amministrativi (art. 18 DL 90/2014) – 4. 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) – 5. Giudice amministrativo e appalti pubblici (artt. 39-40 DL 90/2014) – 5.1. Esclusione dalle gare pubbliche e relativo impatto processuale – 5.2. Il rito appalti diventa "super accelerato" – 5.3. Sulla speciale cauzione nel rito appalti – 6. L'abuso del processo (art. 41 DL 90/2014) – 7. Verso il processo amministrativo telematico (artt. 38 e 42 DL 90/2014) – 8. Conclusioni

1. Premessa

Con il decreto legge 24 giugno 2014¹ sono entrate in vigore alcune disposizioni di diritto sostanziale e processuale che interessano direttamente ed indirettamente la giustizia amministrativa ed il suo codice². Dal sindacato sui provvedimenti del CSM (art. 2) alla soppressione delle sedi distaccate dei Tribunali amministrativi regionali (art. 18); dalla attuazione del processo telematico (art. 38) alla semplificazione ed accelerazione del contenzioso in materia di appalti pubblici (artt. 39-40), passando dal contrasto all'abuso del processo (art. 41).

L'obiettivo del Governo dovrebbe essere, quanto all'impatto sul processo amministrativo, quello che il titolo del decreto-legge enuncia: **l'efficienza**. L'efficienza degli uffici giudiziari passa da un'idea di fondo: la deflazione del contenzioso amministrativo. È la stessa che pervade da tempo i "riformatori" del processo civile, con esiti tutti da dimostrare. È l'idea che ha generato, tra l'altro, l'aumento vertiginoso del contributo unificato per l'accesso alla giustizia.

Dietro questa soluzione in realtà potrebbe nascon-

dersi un altro obiettivo: la **sostenibilità del debito pubblico**, cui tutte le amministrazioni pubbliche sono tenute ormai per espressa previsione costituzionale (art. 97, comma 1, Cost.).

In astratto ben può convenirsi con questa tesi. In effetti, misure che riducono le occasioni di contenzioso possono in teoria rendere più efficiente il sistema nel suo complesso, nel senso che la macchina della giustizia viene messa nelle condizioni di girare meglio e con l'impiego di minore risorse economiche.

Ma non si tratta di idea del tutto convincente o che possa valere in senso assoluto, specie se mette a rischio **altri diritti**, o se la finalità della riduzione della spesa pubblica non è significativa o è addirittura contraddetta dai fatti.

Si tratta anche di capire se l'obiettivo della "efficienza" non rappresenti uno schermo per raggiungere altri e non dichiarati fini, quali ad esempio la riduzione della **sfera di influenza** di categorie professionali (avvocati) o degli stessi magistrati.

Di seguito alcune notazioni "a caldo", con riserva di una più completa disamina una volta completato l'iter di conversione in legge del decreto³.

¹ In GU n. 144/2014, in vigore dal 25 giugno 2014.

² D. lgs. 104/2010, meglio noto come codice del processo amministrativo.

³ Si rinvia al commento di M.A. SANDULLI, *Osservazioni a pri-*

Il *fil rouge* che si intende seguire nelle seguenti considerazioni è il seguente. Si può salutare con favore ogni norma di diritto amministrativo processuale o sostanziale che possa generare efficienze del sistema e non produca un passo indietro rispetto alle istanze di tutela del cittadino nei confronti del potere pubblico. Si deve, invece, criticare e migliorare l'impianto normativo se l'introduzione di nuove norme sostanziali e processuali è in grado di produrre inefficienza e di minare i caratteri "fondamentali" che distinguono il diritto amministrativo dagli altri rami dell'ordinamento: principio di legalità, carattere generale della tutela costitutiva, ampiezza degli interessi che possono accedere alla tutela.

2. Giudice amministrativo e Consiglio Superiore della Magistratura (art. 2 DL 90/2014)

2.1. Sindacato giurisdizionale sugli incarichi direttivi e semi direttivi

La prima norma degna di rilievo è contenuta nell'art. 2, comma 4, del DL 90/2014.

La disposizione in esame novella l'articolo 17 della legge 24 marzo 1958, n. 195, che al secondo comma sino ad oggi in vigore stabiliva che la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo avverso i provvedimenti riguardanti i magistrati era disciplinata dal codice del processo amministrativo.

Ora, il DL 90 ha aggiunto quanto segue all'art. 17 della legge 195/58: "*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*".

La norma interviene anzitutto sulla **tipologia dei vizi** dell'atto del CSM suscettibili di impugnazione, ora limitati alla violazione di legge ed all'eccesso di potere, quest'ultimo peraltro solo se "manifesto".

In secondo luogo, "laddove applicabile", la norma sembra estendere al giudizio avverso gli incarichi direttivi e semi-direttivi del CSM il **rito accelerato** di

missima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 impattanti sul sistema di giustizia amministrativa, in *Federalismi*. it.

cui all'art. 119 del c.p.a.. Il testo sul punto necessita di chiarimento in sede di conversione del DL: il rito accelerato si applica o non si applica?

Infine, la norma esclude l'applicabilità di una parte del giudizio di ottemperanza alle sentenze di accoglimento dei ricorsi avverso gli atti del CSM concernenti il conferimento o la conferma degli incarichi direttivi e semi direttivi.

Nelle pieghe di alcune norme relative al pubblico impiego ed alla disciplina degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari⁴, il Governo ha così **depotenziato la tutela giurisdizionale** avverso i provvedimenti del CSM in materia di conferimento di incarichi direttivi e semi-direttivi. L'arretramento rispetto alla disciplina previgente, anche *ante* riforma del 2010⁵, è di tutta evidenza. Lo si comprende bene dalla disamina della norma, che conviene esaminare in dettaglio.

2.2. Sull'eccesso di potere "manifesto"

Più che la sfida tra Governo e magistrati ha qui pesato il "braccio di ferro" tra CSM e giudice amministrativo, risolto dal Governo a favore del primo. L'insofferenza dell'organo di auto-governo al sindacato del giudice amministrativo era ed è noto. La proliferazione del contenzioso sugli incarichi assegnati dal CSM è altrettanto nota ed è su questo aspetto che il DL 90/2014 ha probabilmente ritenuto di intervenire, riducendo il sindacato del giudice ai casi di "violazione di legge" (improbabili, per forza di cose) ed a quelli di eccesso di potere "manifesto". Ma la direzione è **giusta**?

Nei casi di accoglimento dei ricorsi avverso le delibere del CSM, il giudice amministrativo aveva sino ad ora accolto soprattutto i vizi tesi a dimostrare l'eccesso di potere per illogicità della motivazione e difetto di istruttoria⁶: che è assai arduo catalogare come vizi di **eccesso di potere "manifesto"**. Se si considera questo aspetto, appare evidente che il DL 90/2014 ha inteso costringere il giudice amministrativo verso posizioni di maggiore *self restraint*, con conseguente ampliamento della già riconosciuta vasta discrezionalità che connota le valutazioni dell'organo di autogoverno *in subiecta materia*. Oltre tutto, già da tempo la sindacabilità delle delibere del CSM da parte del giudice amministrativo

⁴ Secondo la stampa, il Governo aveva lanciato "il guanto di sfida ai magistrati" e aveva imbastito con la magistratura "...una delle partite più delicate giocate sui capitoli della riforma": ad es. "il Foglio", 29 giugno 2014.

⁵ L'art. 17, comma 2, della l. n. 195/2014 era stato modificato nel 2010 dal codice del processo amministrativo. La disposizione vigente ancora prima era la seguente: "*Contro i predetti provvedimenti è ammesso ricorso in primo grado al tribunale amministrativo regionale del Lazio per motivi di legittimità*".

⁶ Tra le tante, Cons. Stato, IV, n. 1880/2011.

era confinata negli ambiti di un sindacato di legittimità esterno⁷.

Si deve notare che la posizione del giudice amministrativo aveva superato persino il vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione⁸. Nella sentenza n. 3266/2012 è stato espresso il seguente principio di diritto: “*Non eccede i limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il CSM ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal 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 suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare al posizione di contrapposti candidati*”.

La **tenuta giuridica** della norma in esame va esaminata almeno alla luce dei seguenti profili: (i) l’“effettività” della tutela, che la giurisdizione amministrativa deve assicurare secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art. 1 del c.p.a.); il “giusto processo”, che il processo amministrativo deve attuare ai sensi dell’articolo 111, primo comma, della Costituzione; (iii) l’azione generale di annullamento dell’atto amministrativo, che in base al codice (art. 29, c.p.a.) può sempre essere esperita per eccesso di potere⁹; senza l’aggettivo “manifesto”; (iv) il disposto dell’art. 113 co. 2 Cost. il quale 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”.

Si aggiunga che i destinatari dei provvedimenti di assegnazione degli incarichi direttivi o semi-direttivi rivestono nel processo il ruolo di controinteressati e quelli che ad essi si oppongono rivestono il ruolo di ricorrenti: si tratta di “parti” del processo amministrativo trattate diversamente rispetto ad altre parti di altri processi amministrativi (si pensi ad altri dipendenti pubblici “non contrattualizzati”, ad esempio) senza una chiara giustificazione. Infine, ancora prima di essere magistrati essi sono cittadini della Repubblica, ai quali però la tutela giurisdizionale viene ritagliata con una **disciplina ad hoc**.

Spetterà così al giudice amministrativo procedere alla interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame, salvo un più attento esame della questione in sede di conversione del DL.

⁷ Cfr. ad esempio le sentenze della IV Sezione del Consiglio di Stato, n. 6671/2002, n. 5299/2006, n. 5749/2011.

Da ultimo sul tema si rinvia a V. MAGRINI, in AIC, n. 3/2012, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Magrini.pdf>

⁸ Le cui nomine pure ricadono sotto il controllo del giudice amministrativo.

⁹ Oltre che per violazione di legge ed incompetenza.

2.3. Sull'azione di ottemperanza a valle del rito accelerato

L’art. 2 del DL 90/2014 riserva qualche significativa novità anche nel caso in cui il ricorso avverso i provvedimenti del CSM di assegnazione degli incarichi direttivi o semi-direttivi dovesse trovare accoglimento.

La norma in esame presuppone che in caso di accoglimento del ricorso, il CSM non adempia spontaneamente. Mentre sino ad oggi il ricorrente aveva a sua disposizione l’intero strumentario dell’azione di ottemperanza (art. 114 c.p.a.), da oggi in poi la situazione è destinata a cambiare.

La norma afferma che nel caso di azione di ottemperanza il giudice amministrativo “*ordina l’ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere*”. Il DL sul punto è anzitutto contraddittorio perché, da un lato, impone al giudice ed alle parti i termini del rito accelerato di cui all’art. 119 del c.p.a., mentre dall’altro lato non fissa *ex ante* al CSM il termine per provvedere ma anzi richiede il positivo esperimento del giudizio di ottemperanza: finendo così per vanificare la stessa esigenza di accelerazione del giudizio proprio nella fase più importante per il ricorrente vittorioso. Ciò vuol dire che, in assenza di tutela cautelare nel giudizio di primo grado, difficilmente la situazione di fatto (*id est*: il posto assegnato dal CSM) potrà mutare anche in caso di positivo esito del giudizio di annullamento, dato che occorre attendere alcuni mesi prima dell’effettiva ottemperanza all’ordine del giudice.

Che sia così è evidente se si considera che in base all’art. 2 del DL 90/2014 la stessa **azione di ottemperanza** risulta a dir poco **ridimensionata**. Senza mezzi termini, il DL nega l’applicabilità delle *lettere a) e c) del comma 4 dell’articolo 114 del codice del processo amministrativo*.

Il DL 90 esclude così due dei più potenti strumenti in uso al giudice amministrativo (art. 114, comma 4, del c.p.a.) per costringere all’ottemperanza la p.a. recalcitrante:

- la possibilità di prescrivere le modalità per l’ottemperanza, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l’emanazione dello stesso in luogo dell’amministrazione (lettera a);
- la possibilità di determinare, nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e di provvedere di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano (lettera c).

Considerato che la misura dell’*astreinte* è quasi mai attuata in pratica¹⁰, di concreto resterebbe al giudice

¹⁰ Sul tema, M.A. SANDULLI, *L’introduzione delle astreintes*

amministrativo il potere di nominare il **commissario ad acta** (lettera d). Ma non risultano nomine del commissario *ad acta*, che non sia lo stesso CSM, per eseguire provvedimenti del giudice amministrativo di annullamento di atti del CSM.

Si noti che sul punto il DL 90/2014 potrebbe essere sospetto di **incostituzionalità**. La Corte costituzionale¹¹ ha già statuito 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”.

Senza voler entrare nel merito dell'art. 2 del DL 90, possiamo ora formulare alcune domande.

2.4. L'efficienza è reale?

Cui prodest il dimezzamento della tutela giurisdizionale sugli atti del CSM? Quale il significato della norma con le dichiarate esigenze di *efficienza* degli uffici giudiziari?

In questo caso, “l'efficienza” degli uffici giudiziari potrà essere ottenuta se il combinato disposto del depotenziamento del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del CSM potrà generare una **deflazione di contenzioso** relativo agli incarichi direttivi e semi-direttivi.

Ma allo stesso tempo l'efficienza “sperata” passa attraverso un aumento consistente del potere del CSM: a scapito di altri interessi, anche di rilievo costituzionale (il ricorrente che contesta l'incarico assegnato dal CSM).

La norma presenta forti dubbi di legittimità costituzionale (art. 3, 111, 24 Cost.): il che esclude che la norma possa generare efficienza, visto che al contrario potrà generare un aumento del contenzioso, sino alla Consulta ed alle Corti europee. Oltre tutto perché la norma costituisce un pericoloso *vulnus* all'unitarietà dell'azione di ottemperanza, faticosamente costruita con il varo del codice del processo amministrativo.

3. Soppressione delle sezioni distaccate dei Tribunali amministrativi (art. 18 DL 90/2014)

L'articolo in esame dispone la soppressione, dal 1 ottobre 2014, delle sezioni staccate dei Tribunali amministrativi regionali, ad eccezione della sezione autonoma

per la Provincia di Bolzano, con assorbimento del relativo contenzioso nella sede centrale del Tribunale della relativa regione.

Il Governo prosegue con gli uffici giudiziari amministrativi il disegno già sperimentato per gli **uffici giudiziari civili**. Il sistema che ruota attorno alla giustizia amministrativa (giudici, foro, risorse umane) non pensava potesse dover subire la stessa sorte toccata ai Tribunali ordinari. Potremmo definirlo...peccato di orgoglio?

In realtà, da qualche tempo le riforme del processo civile si propagano a quello amministrativo (si pensi ai criteri ispiratori del d. lgs. 40/2006). Di ciò occorre tenere conto anche per il futuro. Del resto, nulla vieta ad uno Stato accentratore di ridurre le sedi dei tribunali (si vocifera per il futuro della istituzione di tre soli Tribunali amministrativi, distribuiti per macro-aree geografiche). Si noti però la **contraddizione**: il processo amministrativo, pur funzionando meglio del processo civile, è costretto a seguire le orme di un modello organizzativo-processuale che da lungo tempo non è in grado di dare risposte ai cittadini ed alle imprese. Sarebbe stato più logico, se l'ottica fosse quella della tutela dei diritti e dei tempi della giustizia, seguire il modello inverso: riorganizzare il processo civile seguendo il modello del processo amministrativo.

Il punto qui è però un altro ed attiene alla “efficienza” degli uffici giudiziari che il DL si propone di perseguire.

Sostenere che la **soppressione** delle sedi degli uffici giudiziari del TAR risponda a logiche di efficienza e di risparmio di spesa è molto difficile. Occorrerebbe analizzare nel merito alcune voci di costo, di cui non disponiamo. Così come dovrebbe essere attentamente esaminato il ruolo di alcune sezioni distaccate o il peso delle stesse sul territorio (Catania e Lecce, ad esempio, non sono paragonabili a Brescia o Pescara).

Quanto al dato economico, ad una prima impressione la riduzione di spesa è poco significativa e dovrebbe essere limitata al canone di locazione dei locali dell'ufficio giudiziario. Difatti, il ruolo dei giudici e del personale resta lo stesso. È sicuro peraltro che in base alla norma in esame saranno trasferite presso la sede centrale tutti i fascicoli e le risorse umane presenti presso la sede distaccata. Se la sede centrale non dovesse avere spazio sufficiente per “ospitare” tutte le risorse umane e materiali, si dovrà reperire una sede diversa: con relativo aggravio di costi. In tal caso, la norma non sarebbe improntata a logiche di “efficienza” economica.

Quanto al dato organizzativo, anche a voler ammettere che la soppressione delle sedi distaccate possa essere realizzata “a costo zero”, resta il fatto che l'esame dei ricorsi pendenti presso le sedi distaccate sarà verosi-

nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza, in *Foro amm.* TAR, 2013.

¹¹ Sentenza n. 435/1995, in *Foro amm.*, 1995, 6.

milmente rinviato d'ufficio a data da destinare, in attesa del passaggio alla sede centrale. E' già accaduto presso i tribunali ordinari. In tale ipotesi (verosimile) la norma avrà generato inefficienza del sistema, non efficienza.

Se i dubbi sulla "efficienza" della disposizione dovessero trovare conferma, la misura proposta dal Governo si ridurrebbe più che altro al depotenziamento **della sfera di influenza** di categorie professionali (avvocati) e degli stessi magistrati, oltre che del territorio privato della sede di TAR.

4. 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)

Nel più ampio contesto della "razionalizzazione delle autorità indipendenti", il DL 90 prevede "entro il 30 giugno 2015", il trasferimento di alcuni uffici, ma 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 al "gap temporale" tra tale soppressione e quella del trasferimento della sede dell'Autorità e dei relativi uffici, resta da dire che la competenza su tali controversie, nel silenzio della legge, dovrà seguire il criterio ordinario della competenza territoriale.

5. Giudice amministrativo e appalti pubblici (artt. 39-40 DL 90/2014)

5.1. Esclusione dalle gare pubbliche e relativo impatto processuale

L'art. 39 del DL 90 interviene direttamente sul codice dei contratti pubblici ma produce effetti **indiretti** sul contenzioso amministrativo.

Come è noto, ai fini della partecipazione alle gare di appalto, al candidato o concorrente la legge richiede di attestare il possesso dei requisiti¹² mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445¹³.

Nell'ipotesi di **mancanza ed incompletezza** della dichiarazione, le stazioni appaltanti avevano assunto posizioni non sempre univoche, a fronte peraltro di un numero consistente di contenziosi tesi a sostenere l'esclusione dei candidati per le più svariate ragioni.

A sua volta, la giurisprudenza amministrativa ha oscillato in questi anni tra rigore formale¹⁴ e valutazione sostanziale¹⁵ della fattispecie.

Aderendo alla visione sostanziale, il DL 90 ha oggi inserito il comma 2-bis all'art. 38 del codice degli appalti. La norma così dispone: "*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*".

La chiave di lettura della norma sta tutta nell'aggettivo "**essenziale**".

La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità "essenziale" delle dichiarazioni non può più comportare l'esclusione dalla gara (che se fosse comminata sarebbe illegittima), come era in precedenza. La sanzione per il concorrente è un'altra e cioè il pagamento di una **somma di denaro** la cui misura viene rimessa alla stazione appaltante e stabilita nel bando di gara, entro il limite massimo di euro 50 mila. Il relativo versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In caso di ogni irregolarità "essenziale", la stazione appaltante deve assegnare al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Solo in caso di mancata integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie entro il termine assegnato, la stazione appaltante dovrà procedere con l'esclusione del concorrente dalla gara. In tal senso, la modifica introdotta dal D.L. n. 90/2014 all'art. 46 del d.lgs. 163/06 chiarisce che tale causa di esclusione si applica con riferimento alle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere

¹² Art. 38, comma 1, del d. lgs. 163/06.

¹³ Art. 38, comma 2, del d.lgs. 163/06.

¹⁴ Ad es.: TAR Liguria, Sez. II, n. 351/2013.

¹⁵ Da ultimo Cons. Stato, sez. III, ord. n. 2214/2014; e già Cons. Stato, sez. IV, n. 6053/2011.

prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (es. impresa ausiliaria, soggetti cessati dalle cariche, ecc.).

Per il caso di irregolarità “**non essenziali**”, la norma impone, invece, alle stazioni appaltanti di non richiedere regolarizzazioni né di applicare sanzioni.

La norma lascia certamente qualche dubbio in merito a quale possa essere il contenuto “essenziale” o meno della dichiarazione ed in merito alla esistenza a tal proposito di un potere discrezionale della stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara. Ma è un tema che riguarda più direttamente la materia degli appalti pubblici, sul punto regolata principalmente dalle direttive comunitarie.

Piuttosto preme ora rilevare se l’**obiettivo di efficienza** che il DL 90 si propone appare realizzato. Vengono in evidenza a tale riguardo due profili.

a) Il primo profilo è di natura squisitamente **economica**. Se il concorrente, in caso di mancanza, di incompletezza e di ogni altra irregolarità “essenziale”, potrà pagare e sanare l’errore senza timore di essere escluso dalla gara, certamente le casse delle amministrazioni pubbliche ne avranno giovamento. Il rischio è che si possa aprire una sorta di “mercato delle esclusioni”. Ad ogni modo, passa così un principio secondo cui “chi sbaglia paga” senza che ciò comporti imbarazzi di sorta in ordine alla rilevanza dell’errore o alla tipologia dello stesso. E’ un principio che l’ordinamento comunitario potrebbe tollerare se improntato a canoni di proporzionalità e se non in contrasto con gli obiettivi di massima concorrenzialità e partecipazione alle gare. Ad esempio, è dubbio se la sanzione pecuniaria possa essere irrogata (e la cauzione incamerata) anche se il concorrente caduto in errore “essenziale”, benché invitato a regolarizzare, decida spontaneamente di ritirarsi dalla gara.

b) Il secondo profilo è legato alla deflazione del contenzioso amministrativo. In effetti, la misura dovrebbe tradursi in teoria in numero minore di ricorsi giurisdizionali aventi ad oggetto l’esclusione (o la mancata esclusione) dalle gare di appalto sia per motivi legati alla mancanza, all’incompletezza e ad ogni altra irregolarità “essenziale” sia, soprattutto, per motivi legati alla ad ogni altra irregolarità “non essenziale”.

5.2. Il rito appalti diventa “super accelerato”

Passiamo all’art. 40 del DL 90/2014. La norma interviene direttamente sui termini processuali del cd. “rito appalti”, regolato dall’art. 120 del c.p.a.¹⁶.

¹⁶ Le nuove norme si applicano ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo o secondo grado, in data successiva a quella di entrata in vigore del DL 90/2014.

Le disposizioni interessate sono due: il comma 6 ed il comma 9 dell’art. 120 del c.p.a., che ha ad oggetto i tempi del giudizio. Viene poi introdotto un nuovo comma, l’8 bis all’art. 120 del c.p.a., che regola la cauzione nel giudizio cautelare.

i) Il comma 6 del precedente testo fissava un doppio binario per la **conclusione del giudizio**: a) l’immediata definizione del giudizio, con sentenza in forma semplificata, in sede di trattazione della istanza cautelare (ai sensi dell’articolo 60 c.p.a.); b) la fissazione dell’udienza di merito, da indicarsi dal Collegio ai sensi dell’articolo 119, comma 3, del c.p.a.¹⁷, oppure da fissare “d’ufficio con assoluta priorità”, senza però imporre al Giudice la sentenza in forma semplificata né i tempi della fissazione. La norma manteneva ferma la distinzione tra giudizio immediato (dalla fase cautelare alla sentenza di merito) e giudizio abbreviato (rito accelerato per il merito). Il comma 6 viene oggi modificato in modo **significativo** quanto a due aspetti: la fissazione **dell’udienza di merito** e la **tipologia di provvedimento** da adottare a chiusura del giudizio. Infatti, il DL 90 impone al Giudice di definire “comunque” il giudizio “con sentenza in forma semplificata” e di fissare l’udienza di merito “entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”¹⁸. Il rinvio dell’udienza è consentito, per un termine non superiore a trenta giorni, per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio o per il rispetto di altri termini a difesa (vedi: ricorso incidentale; motivi aggiunti; regolamento di competenza, regolamento di giurisdizione, etc.). È da ritenere che la norma intenda riferirsi al rinvio della prima udienza di merito **già fissata** d’ufficio, giacché solo a tale udienza è possibile rendersi conto della reale esistenza di esigenze istruttorie o di assicurare il rispetto dei termini a difesa. In tal caso, il Collegio provvederà con ordinanza.

ii) Il comma 9 del precedente testo di legge stabiliva che il dispositivo della sentenza doveva essere pubblicato “entro sette giorni dalla data della sua deliberazione”. L’attuale formulazione dell’art. 9 impone un **ritmo diverso** al Collegio: il termine per il deposito della sentenza (in forma semplificata) viene fissato in venti giorni dall’udienza di discussione. Il termine per il deposito del dispositivo, se richiesto dalle parti, viene ridotto a due giorni.

iii) Il nuovo comma 8-bis dell’art. 120 subordina la concessione della misura cautelare alla prestazione di

¹⁷ Ai sensi del quale, il Collegio, 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.

¹⁸ Si vedano per i termini gli artt. 46, 42 e 73 del c.p.a.

una **cauzione**, anche nelle forme della fideiussione, salvo che non ricorrano “gravi ed eccezionali ragioni” che il Giudice avrà cura di indicare nella motivazione dell’ordinanza che concede la misura cautelare. La misura cautelare in ipotesi concessa sarà efficace “per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza”, fermo il contenuto del comma terzo dell’art. 119¹⁹.

Si tratta di misure che favoriscono l’efficienza degli uffici giudiziari? Quale è il relativo impatto sull’affidamento dei contratti pubblici? Andiamo con ordine.

a) Certamente un primo effetto sarà quello di **disincentivare l’appello cautelare**. Per come è oggi strutturato il rito, sarà il TAR a dire la prima parola sull’affidamento degli appalti pubblici. Non si vedono i tempi tecnici per un “doppio grado” cautelare. La deflazione del contenzioso cautelare di secondo grado sembra quindi assicurata, almeno in prima battuta. A ben vedere, la stessa misura cautelare di primo grado sembra perdere la sua proverbiale attrazione. Già in precedenza la “sospensiva” era confinata negli angusti limiti posti dal comma 4 dell’art. 119, potendo il Giudice concederla “solo in caso di estrema gravità ed urgenza”. Visto ora l’obbligo di fissare subito l’udienza di merito e considerato che per ottenere la misura cautelare si deve per regola prestare la cauzione, può dirsi quasi **addio alla tutela cautelare in materia di appalti**. Resterà affidato più che altro allo *standstill* ed al buon senso delle stazioni appaltanti il compito di assicurare la tutela al ricorrente in attesa della sentenza di primo grado.

b) Il rito diventa “super accelerato” e priva di significato il “rito immediato”. Il depotenziamento della misura cautelare potrebbe rivelarsi in contrasto con le **norme europee**, che notoriamente riconoscono l’importanza delle misure cautelari nella materia degli appalti. Ciò potrebbe generare attriti con la Commissione UE e contenziosi comunitari.

c) La **fase istruttoria** del giudizio risulterebbe depotenziata, anche nei processi dove essa è indispensabile. Non è chiaro ad esempio come possa essere coniugato il nuovo rito super abbreviato con la consulenza tecnica (si pensi alla complessità delle offerte tecniche) o con la domanda risarcitoria.

¹⁹ E dunque, in teoria: accertamento della completezza del contraddittorio; fissazione 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; ordine di deposito dei documenti necessari e 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.

d) L’obiettivo della deflazione del contenzioso amministrativo, nel suo complesso, potrebbe essere più apparente che reale perché il Giudice, che sino ad ora si è potuto destreggiare tra fase cautelare e merito dosando i tempi del rito appalti e delle altre **cause di rito comune**, dovrà ora dedicarsi in special modo al merito degli appalti, dovendo obbligatoriamente fissare l’udienza di merito in tempi certi e stretti. La scrittura delle sentenze potrebbe a sua volta avere l’effetto di allungare i tempi di definizione delle controversie ordinarie: salvo che non si voglia limitare la logica dell’efficienza al “rito appalti”.

e) Il rito “super accelerato” costringe le parti ed i rispettivi difensori ad un **difesa** altrettanto bruciante. Alcune stazioni appaltanti potrebbero non stare al passo dei nuovi tempi. In tal caso, l’efficienza del DL si risolverebbe a beneficio delle parti private ed scapito di quelle pubbliche. L’esecuzione dei contratti pubblici potrebbe subirne conseguenze a cascata.

A prima vista, pertanto, l’efficienza impressa dal DL 90 potrebbe non avere il bilancio sperato.

Merita tuttavia riflettere su altre questioni.

Il vero cardine sui cui ruotano le disposizioni sul rito super accelerato, che imprimono alle parti ed al giudice ritmi ancora più serrati del passato, è rappresentato dalla **sentenza resa in forma semplificata** e dal nucleo essenziale della stessa: la succinta motivazione. Non si potrebbe, diversamente, chiedere al Giudice di fissare in tempi oggettivamente molto ridotti l’udienza di merito e persino di depositare in tempi altrettanto rapidissimi la sentenza. E’ pur vero che si potrà discutere se si tratta di termini ordinatori (come pensiamo siano in effetti) o perentori (come potrebbe essere a prima vista, ad esempio, il termine per la dell’udienza a valle dell’istruttoria, da “tenersi non oltre trenta giorni”). Ma il punto non è questo. La norma esiste ed il Giudice è tenuta ad osservarla, sia pure *cum grano salis*, come ha fatto sino ad ora rispetto alla vecchia norma.

Piuttosto, se la norma in esame dovesse interpretarsi alla lettera, il Giudice sarebbe **obbligato a provvedere** sempre e comunque con sentenza in forma semplificata. Infatti, esiste già – e non è stato modificato – il comma 10 dell’art. 120 secondo cui “*la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all’articolo 74*”. Sul punto pare opportuno un coordinamento in sede di conversione del DL. Se le due disposizioni fossero confermate, dovrebbe coerentemente affermarsi che la forma semplificata oggi viene imposta come **regola esclusiva**, non più come regola ordinaria di redazione della sentenza nel rito appalti.

Se, per le ragioni sopra dette, il Giudice perdesse la facoltà di redigere la sentenza in forma ordinaria anche in caso di questioni di particolare complessità, la norma non produrrebbe efficienza. Al più, si tratterebbe

di una efficienza solo di facciata, se si considera che: i) finirebbe per incidere negativamente con le esigenze di **effettività** della tutela giurisdizionale nel suo complesso; ii) rischierebbe di mettere a repentaglio l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente, dal momento che non si può escludere il caso di una decisione poco ponderata purché resa nei tempi e modi richiesti; iii) aggraverebbe i ruoli del Consiglio di Stato, sul cui tavolo finirebbero tutte le questioni di rito e di merito non affrontate dal TAR nella sentenza resa in forma semplificata.

L'art. 74 del c.p.a. consente al giudice amministrativo di motivare la sentenza "in forma semplificata". Si tratta di un rimedio generalizzato che il legislatore ha congegnato per ragioni di semplificazione del giudizio. Proprio per questo, il rimedio è utilizzabile però solo "nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso". In questi casi 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"²⁰. In sostanza, la sentenza in forma semplificata presuppone l'esistenza di giudizio il cui esito appaia manifesto perché collegato a vicende processuali o sostanziali che consentono una pronta ed immediata comprensione della vicenda e, pertanto, una pronta decisione che si può esprimere in una forma molto succinta²¹.

Come sia possibile considerare *ex ante* un giudizio il cui esito sia "manifesto" per la verità non è chiaro. Dovrebbe **spettare al Giudice una valutazione** del genere in base al contenuto concreto delle domande prodotte in giudizio. Oltre tutto, siamo al cospetto di materia ad elevato **contenuto tecnico-giuridico**: il che semmai lascia intendere che di regola l'esito del giudizio non è "manifesto", ma complesso, salve eccezioni. Il vincolo processuale imposto al giudice appare irragionevole ed anche su questo punto un coordinamento in fase di conversione del DL appare opportuno.

5.3. Sulla speciale cauzione nel rito appalti

Qualche ulteriore notazione merita la norma che disciplina oggi la cauzione nel rito appalti, di cui al menzionato nuovo comma 8-bis dell'art. 120 del c.p.a.

Sino ad oggi, la norma di riferimento era l'art. 55, comma 2, del c.p.a. secondo cui quando la decisione sulla domanda cautelare può avere "effetti irreversibili", è possibile disporre la prestazione di una cauzione, che può consistere anche in una fi-

deiusione. La norma opportunamente ne stabilisce anche i limiti: la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione "quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale". Questo vale oggi solo sul piano generale. Per il rito appalti viene inserita una **norma speciale**, che subordina la concessione della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, anche nelle forme della fideiussione. La cauzione non è più legata agli effetti irreversibili che l'esecuzione del provvedimento impugnato possa in ipotesi assumere, anche se dovrebbe permanere il giudizio di "estrema urgenza e gravità" in virtù del rinvio all'art. 119, comma 4, del c.p.a..

Tuttavia, non è azzardato ritenere che la cauzione sia oggi slegata del tutto dalla valutazione di qualsivoglia effetto derivante dall'esecuzione del provvedimento. L'unico limite è posto in negativo: **non devono ricorrere** "gravi ed eccezionali ragioni".

La regola pertanto è che la cauzione deve essere imposta per ottenere tutela cautelare. Il Giudice che non intenda procedere in tal senso ha un ambito limitato di manovra, visto che è tenuto ad indicare nella motivazione dell'ordinanza che concede la misura cautelare senza la cauzione l'esistenza delle "gravi ed eccezionali ragioni".

Al di là della non felice formulazione e di un chiaro difetto di coordinamento con altre norme del codice²², il senso comunque è chiaro. La misura cautelare nel rito appalti di norma **non deve essere accordata**. Se invece viene concessa, il ricorrente dovrà assumersi l'onere economico della propria richiesta.

Se si raffronta la norma in esame con l'altra relativa al rito "super accelerato", si ha la definitiva conferma che la tutela cautelare scomparirà del tutto nel rito appalti, salvi casi veramente eccezionali.

Prima di chiederci se la norma è in grado di generare efficienza, vale la pena notare alcune cose.

La disposizione sulla cauzione, in generale trova una sua giustificazione "sistematica" nella previsione di legge che assegna al Giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, il potere di conoscere anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali conseguenziali. Se le pretese di risarcimento danni derivanti dal comportamento illegittimo della p.a. sono oggi conoscibili da Giudice, in teoria può avere senso la previsione della "possibilità" d'imporre una cauzione nella fase cautelare del giudizio amministrativo.

²⁰ F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, p. 1240 ss.

²¹ Cons. Stato, V, n. 268/2001.

²² Vedi ancora M.A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura*, cit.

Il processo amministrativo dopo il D.L. 90/2014

Pertanto, l'imposizione della cauzione nel campo del giudizio cautelare amministrativo può svolgere in teoria una valida funzione, se ed in quanto l'effetto irreversibile derivante dalla esecuzione o meno del provvedimento impugnato sia risarcibile, cioè abbia natura patrimoniale, e quindi sia riparabile.

Altra questione è se la possibilità di imporre cauzione si trasforma in un obbligo, peraltro del tutto svincolato dal danno in concreto risarcibile. Oltre tutto, per come oggi è formulata la norma, non è chiaro quale possa essere il "rischio" che la cauzione dovrebbe coprire e neppure sono chiari i termini di efficacia della stessa.

La verità è che la possibilità che la misura cautelare determini effetti irreversibili il più delle volte deriva esclusivamente dalla **lentezza del processo** medesimo nel giungere ad una pronuncia definitiva. Si pensi proprio all'ipotesi di ammissione con riserva di ditta esclusa da gara d'appalto che poi risulti aggiudicataria e inizi, addirittura completi l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto, ma si veda poi rigettare nel merito il ricorso. In questo caso l'effetto irreversibile derivante dalla misura cautelare (l'impossibilità di reiterare l'esecuzione per mere ragioni di fatto) è esclusivamente dovuto alla lunghezza del processo.

Per questa ragione è stato congegnato da tempo il rito accelerato nella materia degli appalti pubblici: si sono succedute nel tempo varie disposizioni di legge proprio per impedire che le lungaggini del processo amministrativo potessero determinare una cristallizzazione della situazione di fatto. Allo stesso tempo, il disegno è stato di contemperare l'esigenza di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale invocata dal privato con la necessità di non permettere, a causa della lunghezza del processo, la compromissione del perseguimento del pubblico interesse²³.

Se queste coordinate logico-sistematiche sono tuttora valide, si comprende bene che la nuova cauzione del rito appalti genera una **grave alterazione funzionale ed operativa** del modello processuale. In danno del ricorrente e con buona pace del diritto europeo.

Il rito, infatti, è stato già ridisegnato nelle forme di un modello "super accelerato", con udienza di merito da fissare in tempi strettissimi.

Che significato può avere allora oggi l'imposizione della cauzione? La risposta probabilmente va cercata in un **ambito diverso** da quello strettamente giuridico e processuale.

La previsione di un obbligo del Giudice di imporre alla parte vittoriosa nella fase cautelare la prestazione di

una cauzione, nella specifica materia degli appalti pubblici, assume il sapore di una sorta di "monetizzazione" della tutela giurisdizionale che certamente scoraggerà i ricorrenti meno attrezzati o meno floridi economicamente. E qui di nuovo l'efficienza sembra urtare con **altri valori**, anche costituzionali (artt. 3, 24 e 111). Si rammenta che il Giudice delle Leggi ha già statuito che non appare ispirata a **criteri di ragionevolezza** la norma che limita il potere del Giudice amministrativo di sospendere il provvedimento impugnato²⁴.

Inoltre, sul piano più strettamente legato all'andamento degli appalti pubblici, l'imposizione della cauzione potrebbe lanciare segnali contraddittori alle stazioni appaltanti in un momento in cui pare molto alto il livello di **allarme della corruzione**. Se, infatti, il senso della modifica normativa fosse inteso come un "semaforo verde" alle aggiudicazioni (perché è troppo defaticante ed oneroso persino chiedere una sospensiva!) l'esito finale della mini-riforma potrebbe non essere in linea con le esigenze di trasparenza ed efficacia che in altra sede l'ordinamento sembra prefiggersi.

6. L'abuso del processo (art. 41 DL 90/2014)

La norma in commento riguarda le nuove "misure per il contrasto dell'abuso del processo".

La modifica consiste nell'aggiunta di un periodo al primo comma dell'art. 26 del c.p.a., che ora diventa del seguente tenore (in corsivo le novità): "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. *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*".

Ed un periodo al secondo comma dello stesso articolo 26 (sempre in corsivo le novità): "Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al

²³ Per una disamina dell'istituto con riferimento alla legge 205/00, cfr. F. BRUNETTI, *Brevi note in tema di cauzione nel nuovo processo amministrativo*, in www.lexitalia.it

²⁴ Secondo la Consulta, il potere di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo è un elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale che si realizza in definitiva con l'annullamento degli atti della pubblica amministrazione e che le leggi sugli organi di giustizia amministrativa, in via generale e in conformità di una lunga tradizione storica, consentono di valutare caso per caso la ricorrenza delle gravi ragioni (o del pericolo di irreparabilità degli effetti della esecuzione), sicché una esclusione del potere medesimo o una limitazione dell'area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo del vizio denunciato contrasta col principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento (Corte Cost. n. 284/1974 e n. 8/1982).

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. *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*".

Il tema è molto **delicato** e merita certamente un approfondimento. Si confida che in sede di conversione del DL, il Parlamento intervenga e coordini meglio le due norme.

Possiamo qui sottolineare che le considerazioni e le preoccupazioni già esposte sopra sono ancora maggiori: valgono al cubo.

Qualche notazione comunque si impone.

L'art. 96, co. 3, c.p.c. – già richiamato dall'art. 26 c.p.a. – stabilisce che "In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

Come si vede la nuova norma dell'art. 41 DL 90 ricalca pressoché integralmente l'art. 96, co. 3, c.p.c., da intendersi già applicabile nel processo amministrativo. Vi sono però due differenze:

- da un lato è eliminata la previsione secondo la quale il potere del giudice si esercita quando "questi pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91": si tratta di un intervento tutto sommato inutile, tenuto conto che la decisione del giudice ordinariamente non potrà che intervenire alla conclusione del giudizio, nello stesso momento nel quale di norma si provvede sulla allocazione delle spese di lite;
- dall'altro lato, è inserita la condizione (che non figura nell'art. 96, co. 3, c.p.c.) per cui la condanna può essere pronunciata "quando la decisione è fondata su ragioni manifeste".

Anche questo intervento è probabilmente superfluo giacché è da supporre che già sulla base dell'art. 96, co. 3, c.p.c. (cui fa rinvio il testo già in vigore dell'art. 26 c.p.a.) la condanna al pagamento di quella somma avrebbe potuto essere inflitta solo nella ipotesi estrema di pronuncia fondata su "ragioni manifeste".

L'impressione è pertanto che il legislatore abbia voluto introdurre una norma, per così dire, "manifesto". In questa prospettiva acquista rilievo la rubrica dell'art. 41 DL 90, e cioè il richiamo a "misure per il contrasto all'abuso del processo".

Segno evidente dell'intendimento esplicito del legislatore di contrastare gli abusi, reali o presunti, del processo ad opera della parte. Anche se la norma oggi inserita era ricavabile (con una semplice eppure do-

verosa integrazione dell'interprete) senz'altro dal testo dell'art. 26, co. 1, c.p.a., il legislatore ha creduto opportuno ribadirla in forma estesa per manifestare una rinnovata volontà di arginare l'abuso del processo.

Sennonché, se l'obiettivo era di frenare le condotte abusive, sarebbe stato opportuno che fossero contemplati i presupposti dai quali di regola discende la stessa configurabilità di una condotta abusiva: facilmente tali presupposti si riallacciano ad una particolare condizione soggettiva rinvenibile nella condotta processuale di colui che abbia azionato una pretesa respinta in basi a "ragioni manifeste".

Eppure nel testo della nuova norma non vi è alcun riferimento esplicito, non diciamo ad una condotta dolosa, ma neppure alla mala fede o colpa (grave lieve o lievissima) di colui che abbia agito in giudizio. Come se, insomma, la sola circostanza oggettiva che la sentenza sia basata su "ragioni manifeste" sia sufficiente per arguire la situazione subiettiva colposa o di mala fede (lasciamo perdere il dolo) nella parte che ha agito in giudizio in linea con la Costituzione. Il che non pare però accettabile, se non a costo di urtare la lettera e lo spirito degli artt. 24 e 111 Cost.

Pertanto il legislatore ha assegnato, su di un tema così delicato, la massima discrezionalità al giudice. Forse neppure di discrezionalità si può propriamente parlare, se si rammenta che il potere discrezionale del giudice, per essere tale, deve essere sindacabile e limitato. Al cospetto di una norma in bianco quale quella sotto esame, si oserebbe perfino evocare il rischio di punizioni arbitrarie inflitte dal giudice, nella ricorrenza di presupposti, se non assenti, certo malcerti!

La norma, dunque, non è condivisibile nella forma e nella sostanza. Senza mezzi termini il DL 90/2014 vuole **avvisare** quanti intendono rivolgersi alla giustizia amministrativa. I primi a dover essere preoccupati non sono gli avvocati (che lo possano essere è peraltro scontato). Devono essere preoccupati i cittadini e le imprese, cui sino ad ora la giustizia amministrativa ha dato risposte per **contenere lo strapotere** delle amministrazioni pubbliche. Sarà così nel prossimo futuro?

Esisteva già il richiamo all'art. 96 del c.p.c. (lite temeraria e dintorni). Perché **aggravare** la situazione?

Il cittadino o l'impresa che intendano difendere i propri diritti ed interessi nei confronti della p.a. dovranno superare d'ora innanzi **ostacoli più elevati** (come se non bastasse già l'aumento del contributo unificato). Allo stesso tempo il cittadino o l'impresa in precarie condizioni economiche difficilmente rischieranno l'azione giurisdizionale. Si ripresenta, quindi, il problema più generale di un **equo contemperamento** fra i "costi" imposti al cittadino che voglia affacciarsi alla giurisdizione (da intendersi quale «servizio per la collettività»²⁵) ed il quadro costituzionale. Il problema

²⁵ Secondo Cass., sez. un., n. 24833/2008.

è antico ma resta cruciale. Sono egualmente note le coordinate di riferimento, segnate da tempo dal Giudice delle Leggi. Già nella sentenza 29 novembre 1960, n. 67 si legge che dagli artt. 3 e 24 Cost. «*si deduce che il principio, secondo il quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, deve trovare attuazione uguale per tutti, indipendentemente da ogni differenza di condizioni personali e sociali*».

7. Verso il processo amministrativo telematico (artt. 38 e 42 DL 90/2014)

Le ultime disposizioni in commento riguardano il processo amministrativo digitale ed in generale la informatizzazione del giudizio.

L'art. 38 del DL 90 mira ad accelerare l'introduzione del processo amministrativo digitale, preannunciando l'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 13 dell'Allegato 2 del c.p.a. "entro sessanta giorni dalla conversione in legge" del DL 90. La norma precisa che sarà chiesto l'avviso del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e di Italia Digitale, ma che il DPCM sarà adottato qualora l'avviso non fosse reso entro trenta giorni.

L'art. 42 del DL 90, 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. 179²⁶ al processo amministrativo.

In sintesi: **comunicazioni e notificazioni via posta elettronica certificata**²⁷ e, deve ritenersi nel prossimo futuro, anche notifica e deposito dei

²⁶ Convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. L'art. 16 è relativo a "Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica".

²⁷ 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, le notificazioni e comunicazioni sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario. Per l'elenco completo si rinvia alla norma.

ricorsi via posta elettronica certificata (senza firma digitale).

Naturalmente va salutata con favore ogni norma che semplifica l'attività del "sistema giustizia" nel suo complesso. Si confida che non si entri, come spesso accade, in un modello kafkiano. Tale potrebbe essere quello, ad esempio, che impone alle parti (per essi agli avvocati) di produrre in giudizio i documenti sia in formato digitale sia in quello cartaceo.

8. Conclusioni

Nella premessa abbiamo provato ad individuare la *ratio* ispiratrice delle norme appena introdotte.

In primo luogo, **l'obiettivo dell'efficienza**, che viene asseritamente ritenuto caro ad una politica che si professa fattiva. A parte i dubbi già espressi sulla conformità tra strumenti e risultati, va segnalato che l'efficienza che il DL 90/2014 si propone non va concepita nei termini classici dell'efficienza della p.a., ma è piuttosto simile all'idea della "velocità" delle azioni umane: siano esse politiche, amministrative o sociali. Ad esempio, l'uso eccessivo di meccanismi normativi che impediscono al processo di avere un andamento fisiologico e la stessa limitazione dell'ambito del sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, tradiscono l'insofferenza per un controllo di diritto, percepito come un intralcio formalista o legalista sulle negoziazioni tra privati e p.a.

Il secondo obiettivo, meno esplicitato, è quello della **sostenibilità del debito pubblico**. Tribunali più esigui, processi più costosi, barriere all'accesso più elevate, sono tutti strumentali alla riduzione della spesa pubblica. Sotto quest'ultimo profilo, il DL 90 dovrebbe sollecitare una riflessione sui meriti della sostenibilità e soprattutto sul suo tradizionale accostamento a politiche di stampo liberale. Se nella letteratura corrente la sostenibilità del debito sembra essere uno strumento contro gli sprechi ovvero contro una legislazione sociale fuori misura, oggi sembra prospettarsi un'alternativa imprevista. La sostenibilità del debito incide anche sui più tradizionali diritti di libertà: diritti che non esistono al di fuori dei meccanismi di tutela processuale.