GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La definizione “di norma” immediata del giudizio, in sede cautelare, in materia di contratti pubblici. L’interpretazione del Consiglio di Stato del decreto semplificazioni

di Andrea Carbone

3 settembre 2020

La definizione “di norma” immediata del giudizio, in sede cautelare, in materia di contratti pubblici. L’interpretazione del Consiglio di Stato del decreto semplificazioni. (nota alle ord.ze Sez. V. nn. 4556 e 4458 2020)

di Andrea Carbone

Sommario: 1. Processo amministrativo e situazione emergenziale – 2. Le modifiche al processo amministrativo sugli appalti pubblici da parte del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni) – 3. Le ordd. Cons. St., sez. V, 31 luglio 2020, nn. 4556-4458 – 4. Conclusioni.

1. Processo amministrativo e situazione emergenziale

L’attuale situazione emergenziale, parzialmente rientrata rispetto alla sua iniziale consistenza, ma tuttora in corso quanto al normale svolgimento delle ordinarie attività economiche e sociali, ha imposto una serie di misure per farvi fronte, le quali, tra l’altro, sono andate ad interessare le modalità di svolgimento del processo amministrativo.

La problematica si è fatta particolarmente pregnante in ordine all’esplicazione del contraddittorio tra le parti, quando, nell’impellenza della chiusura generale, particolari restrizioni sono intervenute in ordine alla trattazione orale della causa, sostituita in via generale dalla presentazione di note scritte[1].

La dottrina amministrativistica non ha mancato di rilevare come questa, così come altre previsioni di similare tenore, rischiassero di intaccare le garanzie proprie del diritto di difesa in giudizio, il cui rilievo, di carattere costituzionale ed europeo, non consente deroghe tali da comprimerne il nucleo fondamentale[2].

In generale, il rischio è quello di una generale subordinazione delle esigenze della giustizia alle esigenze dell’emergenza, senza che vi sia un’adeguata ponderazione tra ciò che effettivamente da queste ultime sia richiesto, e ciò che, invece, non può essere oggetto di rinuncia quanto a diritti costituzionalmente garantiti[3].

2. Le modifiche al processo amministrativo sugli appalti pubblici da parte del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni)

Un chiaro esempio di quanto sin qui affermato si può ora riscontrare in ordine al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto semplificazioni. Tale normativa, infatti, alterna previsioni aventi efficacia limitata alla situazione emergenziale, ad altre di carattere generale, idonee ad incidere in maniera strutturale sull’assetto della giustizia amministrativa[4].

In questo senso, viene in questione in particolare l’art. 4 del d.l. n. 76/2020, concernente la conclusione dei contratti pubblici e i relativi ricorsi giurisdizionali.

La norma in questione prevede una serie di modifiche in ordine alla più celere stipulazione del contratto una volta intervenuta l’aggiudicazione, alla limitazione della tutela per equivalente con riferimento a particolari tipologie di contratti[5], nonché – ed è questo l’aspetto che viene in questa sede in questione – al rito sui contratti pubblici di cui all’art. 120 c.p.a.

Quest’ultima norma, infatti, nel disciplinare i ricorsi concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, prevede, come noto, un rito speciale, che si caratterizza per una particolare accelerazione dei tempi e delle dinamiche processuali[6].

L’art. 4, co. 4, d.l. n. 76/2020, modifica l’art. 120 c.p.a. rendendo ancora più stringenti tali tempistiche.

In particolare, si prevede (co. 4, lett. a) che la definizione immediata del giudizio nell’udienza cautelare non sia più soltanto una possibilità per il giudice, ma costituisca, invece, l’esito normale

del giudizio, anche laddove non si ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità o infondatezza del ricorso: ciò in tutti i casi in cui ricorrano i presupposti di completezza in ordine al *thema decidendum*, al *thema probandum*, e al contraddittorio, secondo quanto disposto dall’art. 60 c.p.a., espressamente richiamato. Solo qualora le riferite condizioni non sussistano, potrà essere fissata un’ulteriore udienza per la discussione del merito della causa, ai sensi dello stesso art. 120, co. 6, c.p.a.**[7]**.

Ora, la modifica appena riferita pone una serie di interrogativi.

Il primo di essi concerne le possibili discrasie, in ordine ad un’effettiva, e non solo apparente, trattazione della causa nel rapporto tra le parti in contraddittorio tra loro e di queste rispetto al giudice. Tale trattazione viene, infatti, ad essere ‘di norma’ costretta nelle stringenti tempistiche e modalità del procedimento cautelare; rispetto ad un giudizio che, peraltro, risulta già di per sé particolarmente accelerato. Il rischio è allora quello di una oggettiva difficoltà per le parti in ordine ad una compiuta articolazione delle difese, e per il collegio in ordine allo studio di cause che si esplicano, per la decisione di merito, nelle tempistiche del modello cautelare**[8]**.

Il secondo interrogativo riguarda l’effettiva portata della modifica in questione. Non può negarsi, infatti, che la previsione della definizione del giudizio in sede cautelare, quale ‘normale’ esito del ricorso, rispetto alla mera ‘possibilità’ che ciò accada, non brilla quanto a chiarezza. Dovendo, infatti, in ogni caso sussistere i presupposti di cui all’art. 60 c.p.a., potrebbe discutersi sulla differenza, in concreto, tra l’evenienza ora contemplata dal d.l. n. 76/2020 e quella di cui al testo originario dell’art. 120, co. 6, c.p.a. In altri termini, se, come detto, in entrambi i casi deve sussistere la completezza in ordine all’oggetto della decisione, all’istruttoria e al contraddittorio delle parti per la definizione del giudizio in sede cautelare, rischia di rivelarsi una formula vuota il passaggio dalla sua ‘possibilità’ alla ‘ordinarietà’, risultando comunque, detta definizione immediata, derogabile in mancanza dei relativi presupposti.

3. Le ordd. Cons. St., sez. V, 31 luglio 2020, nn. 4556-4458

Le criticità rilevate non sono sfuggite al giudice amministrativo, che, in sede di applicazione della normativa descritta, si è nella sostanza trovato a dover considerare cosa debba intendersi quando si fa riferimento alla definizione della causa in sede cautelare quale esito che caratterizza ‘di norma’ i ricorsi sui contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, nelle ordinanze in commento, ha mostrato di tenere in particolare conto le esigenze di corretta ed effettiva trattazione della causa, implicitamente evidenziando, in tal modo, tutte le ambiguità di cui l’art. 4, co. 4, lett. a), d.l. n. 76/2020 si fa portatore.

In particolare, secondo il Supremo Consesso amministrativo, l’oggettiva mancanza di proporzionate e adeguate risorse umane ed organizzative, in una con l’inderogabile esigenza di tempestivamente rispondere alla restante domanda di giustizia (non solo concernente i contratti pubblici, ma anche le controversie regolate da altri riti processuali accelerati, le cui esigenze non possono essere parimenti disattese) sarebbero d’ostacolo, alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza, buona amministrazione, effettività della tutela e giusto processo (artt. 3, 97, 24, 111 e 113 Cost.), a procedere, in casi come quelli oggetto delle controversie a cui le menzionate ordinanze fanno riferimento, con il rito previsto ‘di norma’ dall’art. 4, d.l. n. 76/2020.

Nelle diverse controversie portate al cospetto del collegio, infatti, l’appello involgeva significative questioni, processuali e di merito, richiedenti ulteriori approfondimenti e confronti tra le parti, nel rispetto del principio di parità delle armi in relazione all’adeguatezza dei termini per contraddire riguardo a una decisione nel merito. Non sarebbe stato allora ragionevole, appunto in termini di qualità della risposta di giustizia e di rispetto del diritto di difesa, che le controversie fossero decise passando senz’altro dalla domanda di decisione cautelare alla valutazione di merito mediante sentenza in forma semplificata.

4. Conclusioni

L’interpretazione fornita dal Consiglio di Stato alla disciplina di cui all’art. 4, d.l. n. 76/2020 riconduce quest’ultima, e le esigenze di celerità di cui risulta portatrice, all’interno di un’impostazione compatibile con i principi, di ordine costituzionale ed europeo, di garanzia del diritto di difesa e di effettività della tutela. Tuttavia, nel far ciò, come detto, essa evidenzia anche, implicitamente, i limiti di una riforma la cui portata appare invero piuttosto ambigua, nel passaggio dalla ‘possibilità’ all’‘ordinarietà’ della definizione della controversia in sede cautelare: in entrambi i casi, infatti, ci si deve comunque confrontare con le medesime esigenze da garantire, secondo quanto appunto confermato dal giudice amministrativo nelle ordinanze in commento.

In proposito, non può tacersi come l’ambiguità riscontrabile in ordine a tale normativa si inserisca in un contesto più generale, ove si assiste ad un legislatore ‘dell’emergenza’ che interviene, complice appunto quest’ultima, su istituti processuali, quale appunto quello che interessa il rito sui contratti pubblici, senza tuttavia tenere in conto le possibili criticità che dagli interventi stessi scaturiscono, secondo quanto la dottrina più attenta non ha mancato di rilevare **[9]**.

[1] Si veda l’art. 84, l. 24 aprile 2020, n. 27 (conv. decreto c.d. “Cura Italia”), come poi modificato – in senso nel complesso più garantista in ordine alla trattazione orale della causa, ma comunque non immune da criticità – dall’art. 4, l. 25 giugno 2020, n. 70. Per una compiuta analisi si veda V. Sordi, *Il principio dell’oralità secondo la giurisprudenza amministrativa nel periodo dell’emergenza Covid*, in questa *Rivista*, maggio 2020.

In ordine al processo civile, si vedano l’art. 83, co. 7, lett. h), l. n. 27/2020, e l’art. 221, co. 4, l. 17 luglio 2020, n. 77 (conv. decreto c.d. “rilancio”). Sul punto, cfr. tra gli altri F. Caroleo, R. Ionta, *La trattazione scritta. Un arabesco (Art. 221, comma 4, l. n. 77/2020 di conversione al d.l. “Rilancio”)*, in questa *Rivista*, luglio 2020.

[2] Cfr. in particolare M.A. Sandulli, *Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l’art. 84 del Decreto Cura-Italia*, in *L’amministrativista.it*, 3/2020; Id., *Un brutto risveglio? L’oralità “condizionata” del processo amministrativo*, *ivi*, 5/2020; Id., *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell’emergenza per il processo amministrativo*, in questa *Rivista*, maggio 2020 F. Francario, *L’emergenza Coronavirus e la “cura” per la giustizia amministrativa: le nuove misure straordinarie per il processo amministrativo*”, in *Federalismi.it*, 3/2020; ID., *Il non-processo amministrativo nel diritto dell’emergenza Covid 19*, in questa Rivista, aprile 2020; S. Tarullo, *Contraddittorio orale e bilanciamento presidenziale. Prime osservazioni sull’art. 4 del D.L. 28 del 2020*, *in Federalismi.iti*, 5/2020; F. Saitta, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al «contraddittorio cartolare coatto» in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un’oralità…a discrezione del presidente del collegio*, *ivi*, 3/2020.

Si vedano inoltre i vari *webinar* intervenuti sul tema, tra cui in particolare *Processo amministrativo e Covid 19*, 24 aprile 2020 e *L’emergenza Covid-19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro*, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, 30 giugno-1° luglio 2020, entrambi in questa Rivista; v. anche *Legislazione di emergenza e Diritto Amministrativo*, 18 maggio 2020, con gli interventi di M. Renna, M.A. Sandulli, V. Angiolini e F. Fracchia;

[3] Cfr. la dottrina cit. alla nota precedente.

[4] Il quadro di sintesi è ricostruito da A. COIANTE, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in questa Rivista. Luglio 2020.

[5] Per questi profili v. gli atti del webinar organizzato dall’Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo, *Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti*, in questa *Rivista*, maggio 2020.

[6] Cfr. in proposito, tra gli altri, M. Lipari, *Art. 120*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, pp. 1158 ss.

[7] Così l’art. 4, co. 4, lett. a), d.l. n. 76/2020: “*All’articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 6, primo periodo, le parole “, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell’udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti,” sono sostituite dalle seguenti: “è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell’articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza,””*.

[8] Si vedano le criticità sollevate dalla prof.ssa M.A. Sandulli nell’intervista a *Il Dubbio*, 31 luglio 2020, **https://www.ildubbio.news/2020/07/31/alessandra-sandulli-nel-dl-semplificazioni-troppi-limiti-alla-tutela-contro-gli-appalti-irregolari/**.

Già prima dell’emergenza, si veda quanto affermato in generale dalla stessa A. in Id., *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, 10/2014, spec. pp. 32 ss., ove si denunciava espressamente la “deriva verso la prevalenza del processo breve sul processo giusto”, per cui “il legislatore è venuto invero gradualmente introducendo moduli processuali che, sotto la demagogica bandiera della semplificazione, costituiscono un gravissimo attentato al diritto di difesa”; proprio la sentenza in forma semplificata (pp. 35 ss.), sotto tale profilo, viene ritenuta fonte di possibili discrasie. In quest’ottica, quindi, la c.d. legislazione dell’emergenza si è posta all’interno di una tendenza già precedentemente affermatasi, e criticata come tale dalla dottrina, portandola a maggiore compimento attraverso la giustificazione, appunto, delle ragioni della situazione emergenziale in atto.

[9] Si veda ancora l’intervista di M.A. Sandulli a *Il Dubbio*, cit.