

CAPITOLO 5

La fase di merito e la fase decisoria

SOMMARIO: 1. La fase di merito del giudizio. – 2. La definizione del giudizio: tipologia delle sentenze e termini di pubblicazione. – *Focus:* Le misure sanzionatorie per i profili di c.d. abuso del processo (in materia di contratti pubblici).

1. LA FASE DI MERITO DEL GIUDIZIO

La prospettiva acceleratoria dell'intero rito *super-speciale* è confermata anche nella **fase finale** del giudizio, relativa alla **definizione della causa nel merito**.

Ciò è ancor più vero sol che si considerino le modifiche apportate all'odierno comma 5 (ex comma 6) dell'art. 120 c.p.a. dal D.L. 76/2020 (c.d. decreto Semplificazioni), il quale, come è noto, ha recato importanti novelle nella disciplina della contrattualistica pubblica anche sotto il profilo processuale.

In modo particolare, il legislatore del D.L. 76/2020, prima che il Parlamento modificasse il decreto in sede di conversione in legge, aveva elevato a **regola generale la definizione del merito del giudizio già in sede di definizione dell'istanza cautelare**, anche qualora non si versasse in una delle ipotesi di cui all'art. 74 c.p.a. (manifesta fondatezza ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso), a condizione *i)* che fossero trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, *ii)* che fosse stata accertata la completezza di istruttoria e contraddittorio, *iii)* che fossero state sentite sul punto le parti costituite e *iv)* che nessuna parte avesse dichiarato l'intenzione di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione.

Si trattava di una modifica normativa estremamente incisiva, potenzialmente idonea a impattare pesantemente sulla quotidianità del contenzioso amministrativo, per quanto non si ignori certamente che – nel contesto del rito-appalti – sono tutt'altro che infrequenti i casi in cui le parti abbiano necessità di proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale, con conseguente inapplicabilità *in concreto* della novella in parola, già nella sua formulazione primigenia (1).

(1) Cfr. P. FONTANA-I. MADEO, *Il Codice appalti alla prova della Semplificazioni. Le modifiche del decreto Semplificazioni alla disciplina della contrattualistica pubblica: novità sostanziali e processuali*, in *italiappalti.it*, 25 luglio 2020.

Su tale impianto si è innestata la legge di conversione 120/2020, che ha parzialmente **ridimensionato** la novella in parola, **circoscrivendone l'applicabilità** ai casi in cui *“le parti **richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa**”*.

In buona sostanza, a seguito delle modifiche apportate dal Parlamento in sede di conversione del D.L. 76/2020, affinché possa operare la definizione anticipata del merito del giudizio in sede cautelare, non è più sufficiente la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., occorrendo altresì *i)* che le parti abbiano richiesto congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione ovvero, in assenza di tale richiesta congiunta, *ii)* che tale anticipazione della definizione del giudizio sia compatibile con le esigenze difensive delle parti medesime, tenendo conto della complessità della causa.

La *ratio* perseguita dal legislatore della legge di conversione 120/2020 è stata quella di evitare che, nei giudizi in cui il *thema decidendum* sia particolarmente complesso e problematico, una definizione del merito eccessivamente accelerata finisca per pregiudicare il diritto delle parti ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

In linea di principio, non pare inappropriato che il legislatore si sia preoccupato di circoscrivere con più puntualità ed attenzione i casi in cui la sostanziale unificazione della discussione cautelare con la discussione di merito possa consentire alle parti di concludere il processo in tempi oggettivamente molto rapidi, in maniera tale da evitare che la velocità nella definizione del giudizio possa pregiudicare il buon funzionamento della giustizia amministrativa: 'fare in fretta' non necessariamente significa 'fare bene'.

Senonché, posto che il tenore letterale della novella (*“[...] compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa [...]”*) sembra rimettere al giudice l'onere di decidere se la complessità di una causa sia tale da consentirne una definizione anticipata, si ritiene che tale soluzione non sia scevra da possibili criticità: se da un lato non è chiaro su quali parametri il giudice debba basarsi per 'misurare' la complessità della causa, dall'altro lato non è chiaro nemmeno se la scelta del giudice di definire in sede cautelare il merito del giudizio possa essere sindacata dalle parti in sede di appello (2).

In sede di prima applicazione della novella, l'atteggiamento del giudice amministrativo è stato di sostanziale conservazione dello *status quo ante*, con un lievissimo incremento della definizione immediata e, piuttosto, con la mera limitazione nella motivazione delle ordinanze cautelari alla dicitura di stile indicante l'incompatibilità del tipo del giudizio alla definizione immediata.

Del resto, la durata di un giudizio può considerarsi ragionevole solo qualora consenta un corretto spiegamento del contraddittorio e del diritto di difesa.

(2) Cfr. M. GIUSTINIANI-P. FONTANA, *Il processo accelerato "speciale" dei contratti pubblici*, in F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale del processo amministrativo*, op. cit.

Un giudizio eccessivamente rapido rischia, nel lungo periodo, di essere un fattore di rallentamento e non già di accelerazione, nella misura in cui potrebbe provocare ulteriore contenzioso in appello (3).

Ciò premesso, si evidenzia che per le ipotesi di impossibilità di definire il merito del giudizio già in sede di definizione dell'istanza cautelare, resta valido quanto stabilito dal legislatore del D.L. 90/2014, che ritenne di stabilire un **termine massimo** per lo **svolgimento dell'udienza di merito**.

Tale termine, che il predetto decreto aveva originariamente indicato in trenta giorni, è stato **elevato a quarantacinque giorni** in sede di conversione. Il **dies a quo** è stato, invece, individuato nella **scadenza del termine di costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente**, ossia trenta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso introduttivo. Il termine complessivo è dunque di **settantacinque giorni** dal perfezionamento della notificazione del ricorso.

Uniche **eccezioni** al novellato meccanismo di fissazione delle udienze di discussione sono rappresentate da:

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

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

Il sistema che discende da quanto sin qui illustrato, dunque, delinea un **processo lampo** che dovrebbe concludersi *i)* di norma già in esito all'udienza cautelare *ii)* ovvero, in assenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a. e al nuovo sesto comma dell'art. 120 c.p.a., con la celebrazione dell'udienza finale di discussione in un arco temporale variabile **tra i settantacinque e i cento-cinque giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso introduttivo** per l'ultima delle parti intimiate.

A tale periodo – come si avrà modo di vedere nel paragrafo successivo – deve essere esclusivamente **aggiunto il termine di quindici giorni dall'udienza** entro cui deve intervenire *i)* la **pubblicazione della sentenza ovvero**, qualora la stesura delle motivazioni sia particolarmente complessa, quantomeno *ii)* la pubblicazione **del relativo dispositivo** con l'indicazione delle domande eventualmente accolte e delle misure disposte per garantirne l'attuazione.

L'opzione acceleratoria seguita dal legislatore con riferimento alla calendarizzazione delle udienze di merito è condivisibile.

Infatti, nonostante il **meccanismo accelerato** di fissazione delle udienze rischi di non tenere conto delle peculiarità dei singoli casi concreti (ad esempio obbligando ad una rapida definizione giudizi in cui né l'interesse delle parti, né l'interesse pubblico sarebbero tali da giustificare in senso assoluto un **processo lampo**), si ritiene che l'innalzamento sproporzionato del *costo della*

(3) In tal senso, F. GOGGIAMANI, *Celerità e contenuto della decisione nel rito appalti: semplificazione a tutti i costi?*, in *l'amministrativista.it*, 4 gennaio 2021.

giustizia in questo specifico settore debba avere come controprestazione un *servizio di giustizia* in grado di fornire risposte sempre più in linea con le celeri tempistiche dettate dal mercato (4).

In chiave critica, al netto delle scelte lessicali del legislatore – secondo cui, nell’ambito del rito-appalti, in presenza dei relativi presupposti il giudizio è “*di norma*” definito già in sede di udienza cautelare – non è chiaro **se e in che misura** – in tali ipotesi – residuino in capo al giudice **margini di discrezionalità** circa l’eventuale scelta di **mantenere la separazione tra il giudizio cautelare e quello di merito**, e di riservarsi quindi la definizione di quest’ultimo all’esito di una successiva udienza all’uopo fissata nel rispetto dei termini di cui al sesto comma dell’art. 120.

In altre parole, i quesiti che si pongono sono i seguenti:

- i) qualora in sede di udienza cautelare ravvisi la sussistenza dei presupposti di cui all’art. 60 c.p.a. e al nuovo sesto comma dell’art. 120 c.p.a., il giudice è *sempre* tenuto a definire il merito del giudizio?
- ii) in caso di risposta negativa alla precedente domanda, quali sono le ragioni che legittimano l’eventuale scelta di fissare comunque un’apposita udienza per il giudizio di merito?
- iii) l’eventuale scelta del giudice di mantenere la separazione del giudizio cautelare da quello di merito pur in presenza dei presupposti di cui all’art. 60 c.p.a. deve ritenersi soggetta a qualche forma di sindacato?
- iv) al contrario, qualora il giudice definisca il merito del giudizio già in sede cautelare pur in assenza dei presupposti di legge, tale circostanza può costituire un vizio di legittimità della sentenza?

In assenza di chiari indirizzi da parte del legislatore, è la giurisprudenza a doversi fare carico delle questioni in parola.

Il giudice amministrativo, per il momento, sul punto si è limitato a chiarire che la scelta in ordine all’eventualità di definire il merito del giudizio in esito all’udienza cautelare è di pertinenza esclusiva del Collegio, non essendo configurabile un diritto potestativo di natura processuale della parte ricorrente ad ottenere la calendarizzazione di un’udienza appositamente dedicata al merito.

L’art. 120, comma 5 c.p.a. rende infatti *“tendenzialmente obbligato, salvo eventi eccezionali indicati dalla stessa disposizione, il percorso processuale che esaurisce il giudizio nell’unica udienza camerale fissate per l’esame della domanda cautelare. In ogni caso la disposizione manifestamente esclude la sussistenza di un diritto potestativo di natura processuale della parte ricorrente, avente ad oggetto la calendarizzazione della decisione: dopo la proposizione della domanda cautelare, di cui la parte accetta evidentemente le conseguenze disciplinari sul piano processuale, la norma impone la decisione immediata, salvo eccezioni (la cui valutazione è comunque di competenza esclusiva del collegio). Tale disciplina è del resto oltremodo ragionevole, dal*

(4) Cfr. M. GIUSTINIANI-P. FONTANA, *Il processo accelerato “speciale” dei contratti pubblici*, in F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale del processo amministrativo*, op. cit.

momento che si fonda sulla necessità, in ragione della natura degli interessi implicati, di una sollecita decisione di merito, onde consentire il sindacato giurisdizionale senza rallentare eccessivamente le procedure di evidenza pubblica. Poiché tale regime implica, inevitabilmente, la compressione di spazi processuali in danno di altre materie, parimenti afferenti la complessiva domanda di giustizia, la disposizione in esame coerentemente ricollega alla proposizione della domanda cautelare un effetto processuale non più negoziabile (salvo il ricorrere dei fatti impeditivi tipizzati)" (5).

2. LA DEFINIZIONE DEL GIUDIZIO: TIPOLOGIA DELLE SENTENZE E TERMINI DI PUBBLICAZIONE

L'attuale comma 5 (ex comma 6) dell'art. 120 c.p.a. fissa la regola generale secondo cui la **definizione del giudizio** in materia di contrattualistica pubblica deve avvenire "**comunque [...] con sentenza in forma semplificata**".

Dall'utilizzo dell'avverbio "*comunque*" si desume che la scelta di tale forma di redazione della sentenza debba oramai essere considerata obbligata.

Ad ogni buon conto, la (ragionevole) **assenza di sanzioni** a carico del giudice che dovesse optare per la redazione di una sentenza in forma estesa-classica (6), fa di questa norma una sorta di *norma manifesto* (7), con la quale il legislatore ha voluto ribadire la *ratio* di snellimento delle procedure processuali al fine di una celere definizione dei giudizi in materia di contrattualistica pubblica (8).

Tali principi devono tuttora ritenersi validi, anche al netto delle modifiche recate alla predetta norma ad opera del decreto Semplificazioni.

Se infatti il tenore testuale dell'art. 120, comma 5, c.p.a., nella sua formulazione attuale sembra riferire l'obbligo (come si è visto, non sanzionato) di adottare sentenze in forma semplificata ai soli casi di mancata definizione del merito del giudizio all'esito dell'udienza cautelare, da un punto di vista sistematico non vi è dubbio che tale obbligo sia a maggior ragione giustificato laddove il giudizio cautelare e quello di merito siano concentrati in un medesimo segmento temporale.

Per quanto concerne le tempistiche di redazione e pubblicazione delle sentenze, la relativa disciplina è contenuta nel comma 11 dell'art. 120 c.p.a.

(5) Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2022, n. 1496.

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

(7) L'espressione utilizzata nel testo è mutuata da G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 4/2014, p. 170.

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

(corrispondente al comma 9 della versione dell'art. 120 antecedente al D.Lgs. 36/2023), la cui attuale formulazione costituisce il portato di una serie di modifiche normative stratificate nel tempo, a partire dal D.L. 90/2014 per arrivare fino al D.L. 76/2020.

In origine, con il D.L. 90/2014 il Governo aveva stabilito che il Tar dovesse 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"*.

Con la legge di conversione 114/2014, il Parlamento ritenne di correggere al rialzo il termine di pubblicazione delle sentenze, estendendolo sino a trenta giorni.

Al lordo della legge di conversione 114/2014, in punto di tempistiche delle decisioni, le innovazioni al testo originario dell'art. 120 c.p.a. rispetto alla previgente disciplina risultavano essere le seguenti:

- i) eliminazione dell'obbligo di previa pubblicazione del dispositivo, divenuto a richiesta di parte al pari degli altri giudizi ex art. 119 c.p.a.;
- ii) riduzione del termine di pubblicazione del dispositivo (sempre ove richiesto) sceso da sette a due giorni, almeno per i giudizi dinanzi ai Tar;
- iii) aumento – almeno per i giudizi di primo grado – del termine di pubblicazione della sentenza, passato da ventitré a trenta giorni;
- iv) mutamento del *dies a quo* dei termini di pubblicazione del dispositivo e della sentenza, sempre fissato alla data dell'udienza di merito, anziché a quella – potenzialmente diversa – di decisione della causa;
- v) mutamento dell'attività riservata al Tar nel termine esteso di trenta giorni dalla celebrazione dell'udienza di merito: non più solo la redazione, ma il deposito in cancelleria (ossia la pubblicazione *tout court*) della sentenza.

A seguito dell'entrata in vigore del D.L. 76/2020, le tempistiche di pubblicazione delle sentenze sono nuovamente mutate.

Il decreto Semplificazioni ha infatti previsto che *"il giudice"* (e non più *"il tribunale amministrativo regionale"*, ndr) debba:

- i) in via ordinaria, depositare la sentenza entro quindici giorni dall'udienza di discussione;
- ii) quando la stesura della motivazione sia particolarmente complessa, depositare la sentenza entro trenta giorni dall'udienza di discussione, ma garantendo nel minor termine di quindici giorni quantomeno la pubblicazione del dispositivo, in cui devono essere indicate le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione.

In buona sostanza, se nella disciplina antecedente al D.L. 76/2020, il giudice amministrativo era tenuto a depositare la sentenza entro trenta giorni dall'udienza di discussione, ma con l'obbligo – ove richiesto dalle parti – di provvedere alla pubblicazione anticipata del dispositivo entro il minor termine di due giorni, l'intervento del decreto Semplificazioni ha sortito il duplice effetto *i)* di ridurre il termine ordinario di deposito della sentenza e, al contempo, *ii)* di prevedere un termine più lungo per la pubblicazione anticipata (che, a questi punti, così anticipata non sembra...) del dispositivo,

quantomeno per i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa (si consideri che l'art. 119, comma 5, prevede in linea generale per i giudizi soggetti al "*rito abbreviato comune a determinate materie*" che "*quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa*").

La previsione in esame sembra cervellotica e contraddittoria (9).

Nella disciplina previgente, a fronte di un termine di trenta giorni dall'udienza di discussione per il deposito integrale della sentenza, il diritto di chiedere la pubblicazione del dispositivo nel brevissimo termine di due giorni garantiva, a giudizio di chi scrive, una tutela più che adeguata alle parti del processo eventualmente interessate a conoscere in tempi brevi l'esito del giudizio.

A seguito dell'interpolazione operata dal legislatore del D.L. 76/2020, le parti del giudizio si trovano in una posizione peggiore rispetto a quella in cui versavano precedentemente, posto che devono attendere ben quindici giorni per conseguire ciò che prima avrebbero avuto diritto di ottenere in soli due giorni, ossia la pubblicazione anticipata del dispositivo.

Sul punto, se per un soggetto che sia parte di un giudizio disponesse del testo integrale della sentenza in quindici o trenta giorni fa poca differenza, si ritiene al contrario che possa fare molta differenza poter accedere al dispositivo in due giorni piuttosto che in quindici giorni.

Sotto il profilo della tecnica normativa, si segnala che nel comma 11 (ex comma 9) dell'art. 120 c.p.a. il decreto Semplificazioni ha provveduto a sostituire le parole "*il Tribunale amministrativo regionale*" con la più generica dicitura "*il giudice*".

Sul punto, il legislatore ha inteso ribadire ulteriormente l'applicabilità della disciplina del deposito delle sentenze anche ai giudizi di secondo grado, originariamente revocata in dubbio in ragione della scelta lessicale di prevedere quale destinatario della norma il solo tribunale amministrativo di prima istanza, ma poi chiarita già ad opera del decreto Sblocca-cantieri, che aveva esplicitato l'applicabilità dell'art. 120, comma 11, c.p.a., anche ai giudizi di secondo grado.

Le misure sanzionatorie per i profili di c.d. abuso del processo (in materia di contratti pubblici)

A questo punto dell'analisi operata del rito accelerato speciale in materia di contrattualistica pubblica occorre dare sinteticamente atto delle misure sanzionatorie per il c.d. abuso del processo, oggi contenute nell'art. 26 del Codice del processo amministrativo.

L'articolo in esame – la cui formulazione attuale è il frutto del D.L. 90/2014 e della relativa legge di conversione – prevede che il giudice:

- i) quando emette una decisione, "*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*

(9) Cfr. P. FONTANA-I. MADEO, *Il Codice Appalti alla prova delle semplificazioni*, op. cit.