

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

L'insostenibile pesantezza economica dei diritti. Nuovo rito speciale sugli appalti pubblici: verso un processo senza giudizio?

*Adolfo Mutarelli**

1. Le novità del rito “specialissimo” sugli appalti (pubblici) introdotte con il decreto legge 90/2014 (pubblicato su G.U. 24 giugno 2014) recante “misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari” si inscrivono senza alcuna soluzione di continuità nel solco degli interventi normativi sul processo (in particolare quello civile) che, nella *mens legis*, dovrebbero conseguire l’effetto di evitare l’abuso del processo e di conformare un processo dalla ragionevole durata. Nella riferita prospettiva è chiaro pertanto che il legislatore, sotto il primo profilo, è tenuto a dipanare la propria azione individuando misure idonee a salvaguardare la durata ragionevole del processo e, sotto il secondo profilo, ad elaborare strumenti deflattivi del contenzioso. Va da sé che una tale fatica normativa imporrebbe la consapevolezza e la chiarezza dei confini invalicabili tra gli obiettivi perseguiti e i principi insopprimibili del giusto processo. Non guasterebbe peraltro una adeguata tecnica di normazione del tutto latitante in questi tempi di crisi. Basti, a tal ultimo riguardo, e a mo’ di simbolico esempio, il riferimento agli “inguacchi” della legge Fornero la cui tecnica normativa non ha consentito (né alla dottrina né alla stessa Aran) di dirimere la *quaestio* (tutt’altro che trascurabile) se lo speciale rito stabilito per l’impugnazione dei licenziamenti si applichi o meno al pubblico impiego.

Di fatto gli operatori del diritto stanno assistendo in questi ultimi anni ad

(*) Avvocato dello Stato.

una proliferazione di riti (sia nel processo civile che in quello amministrativo) variamente “accelerati” talora in ragione dei diritti coinvolti e talaltra in ragione di sottesi interessi economici. In taluni casi l’accelerazione impressa non tiene (volutamente o adeguatamente) conto dei principi cardine del giusto processo sacrificati alla perseguita ragionevole durata dello stesso dimenticando che il criterio di ragionevolezza è proprio delle leggi prima che misura di durata del processo. Sicché per “processo giusto” di cui all’art. 111 Cost. deve intendersi un processo disciplinato da leggi ordinarie non irragionevoli e cioè rispettose dei principi di effettività di tutela alla cui garanzia deve essere informato il processo.

Nell’indicata prospettiva particolare attenzione deve essere riservata dal legislatore all’introduzione di misure deflattive ed al loro confine con inammissibili misure di deterrenza verso la tutela giudiziaria.

Deve viceversa osservarsi che il legislatore del processo di questi ultimi mentre sembra aver chiari gli obiettivi “economici” cui il processo deve rispondere, si disinteressa poi di realizzare riforme (pur indubitabilmente necessarie) rispettose dei principi propri dello stesso.

La legislazione tende in tal modo verso un processo senza giudizio o, meglio, ad un giudizio qualunque purché temporalmente delimitato e, se possibile, meglio ancora che il cittadino si rivolga a strumenti alternativi. È evidente che il processo viene in tal modo caricato di una funzione ulteriore e diversa rispetto alla sua primaria funzione, ossia il “giusto” accertamento del diritto tra le parti in causa; funzione, evidentemente, ritenuta “per ragione di Stato” recessiva rispetto all’interesse della collettività alla velocizzazione del processo.

Un processo così connotato è evidente espressione della crisi economica del Paese e disegna un percorso verso un modello sempre più standardizzato e procedimentalizzato inidoneo a garantire il rispetto dei diritti oggetto di tutela, diritti sacrificati sull’altare di un inedito principio di “ragionevolezza economica”. Sembra quasi che il sistema economico incalzi il sistema del processo (e lo stesso fondamentale assunto per cui non esiste diritto senza l’aprontamento di effettivi strumenti per la sua tutela) proponendo mere misure congiunturali dimenticando che, a differenza dell’economia, la tutela giudiziaria che deve essere garantita al cittadino (come all’impresa) non postula un andamento ciclico ma la continuità dei suoi principi.

2. In tale contesto deve pertanto inquadrarsi anche la recentissima riforma sul rito degli appalti pubblici che offre dell’accelerazione del processo la sua versione più esasperata come a dire: tra i riti accelerati vi è un rito accelerato più uguale degli altri.

In questo caso il legislatore, consapevole della fragile complessità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici e della eterogeneità degli enti (talora di modestissimo rilievo organizzativo) chiamati ad applicarle, ha ope-

rato sull'opposto versante del processo prevedendone un ulteriore appesantimento economico (in particolare) per la parte ricorrente e imponendo una disinvolta accelerazione nel rispetto della quale un giudizio di primo grado dovrebbe chiudersi più o meno negli stessi tempi accordati dalla l. 241/1990 alla pubblica amministrazione in tema di procedimento amministrativo.

“Il giudizio - così recita il nuovo testo del 6° comma dell'art. 120 c.p.a. - ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza camerale ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto dei termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni” .

In presenza del termine perentorio stabilito dal nuovo 9° comma dell'art. 120 c.p.a. per il deposito della sentenza, la previsione dell'adozione in via obbligatoria della sentenza in forma semplificata costituisce un inutile esproprio della discrezionalità del Tribunale che, in ragione dell'art. 74 c.p.a., già poteva adottare la forma semplificata nei casi di “manifesta fondatezza, ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso”. È peraltro una prescrizione formale che non tiene conto di come proprio in materia di appalti il consolidarsi di una motivata giurisprudenza costituisce *ex se* deterrente alla luce dei costi elevati di iscrizione a ruolo del ricorso rispetto alla promozione di ricorsi analoghi. A ciò si aggiunga che la semplificazione della sentenza dovrebbe trovare giustificato contraltare nella chiarezza e semplicità delle procedure di affidamento il che, evidentemente, non è. Rischio non calcolato è pertanto il possibile aumento del ricorso al giudice di appello, con l'effetto perverso che invece di un solo giudizio di primo grado se ne avranno due accelerati e semplificati. Non sembra un gran risultato. Forse in sede di conversione potrebbe prevedersi l'obbligatorietà della forma semplificata per il solo giudice di appello cui le parti ricorreranno esclusivamente se la motivazione ritenuta “liberamente congrua” dal giudice di primo grado non sia soddisfacente. Non sembra infatti idoneo a soddisfare esigenze di tutela della certezza in materia di affidamenti cautelarizzare entrambi i gradi di giudizio, che rimane pur sempre un giudizio di merito.

Peraltro la proposta innovazione sembra andare nel senso di una crescente deprofessionalità della giustizia amministrativa cui, proprio su di una materia tra le più qualificanti della sua giurisdizione, viene chiamata ad un intervento decisionale “semplificato” che certo non arricchisce il contributo di chiarifi-

cazione che ordinariamente viene offerto dalla giurisprudenza in tema di appalti il quale allorché si consolida, contribuisce a realizzare un effetto deflativo del contenzioso di tutto rilievo. Così inaspettatamente leggeremo articolate motivazioni delle sentenze su materie dal rilievo economico-normativo del tutto marginale e sentenze semplificate nella materia complessa ed economicamente onerosa degli affidamenti degli appalti pubblici.

Sotto altro convergente profilo la decisione semplificata rischia di stimolare i ricorsi più avventurosi che, come certo avverrà, fonderanno il loro “*proprium*” più sulla presumibile incapacità di un’efficace e tempestiva risposta defensionale dell’Amministrazione che sul buon diritto della parte ricorrente.

Si considerino al riguardo i termini “scannatori” che le nuove norme concedono alla parte resistente che deve costituirsi entro trenta giorni dalla avvenuta notificazione del ricorso e curare i termini per il deposito di documenti, memorie e repliche nel rispetto dei termini “a gambero” di venti, quindici e dieci giorni dall’udienza. Non sembra invero che tempi così serrati consentano adeguata reazione processuale della parte pubblica resistente in cui, per chi ha contezza di tale tipo di contenziosi, uno stesso ufficio competente per gli affidamenti potrebbe essere chiamato a più risposte processuali su tutti gli appalti in aggiudicazione. Se è indubitabile che il costo della lentezza giudiziaria finisce per scaricarsi sulle tasche dei cittadini, costituisce maggior costo economico e sociale per gli stessi che il legislatore non metta in grado l’amministrazione di difendersi adeguatamente sul fronte dei pubblici affidamenti.

La difesa della parte pubblica infatti costituisce un diga di contenimento della spesa pubblica così come la trasparenza ed efficaci controlli sarebbero stati idonei ad evitare lo scandalo del “Mose” di Venezia, viceversa esondato. La preoccupazione che il provvedimento in esame non colga l’obiettivo di contenere la spesa pubblica in materia di affidamenti trova, per dir così, ulteriore “conforto” nella delineata deprofessionalizzazione della magistratura amministrativa ma anche nella burocratizzazione del ruolo dell’Avvocatura dello Stato, rispetto alla sottrazione dei compensi professionali (art. 9 d.l. 90/2014) ai suoi avvocati viene giustificata con una irragionevole perequazione con i dirigenti pubblici. Sicché tale misura sembra costituire solo un tassello di un intuibile piano di parificazione tra dirigenti e avvocati dello stato che, quale ulteriore tassello, comporterà con il tempo (neanche troppo) il risucchio di tale professionalità all’interno dei Ministeri con buona pace dell’autonomia e alterità di un Istituto che ha guidato le Casse Erariali dalla fine del 1800 passando tra ben due guerre mondiali. Anche questa deprofessionalizzazione degli avvocati dello stato non sembra certo idonea a potenziare, se questo si intendeva perseguire, la risposta processuale in tema di appalti da parte delle molteplici amministrazioni ammesse a patrocinio (istituzionale, obbligatorio o facoltativo) dell’Avvocatura dello Stato. La demagogia, come la fretta, non è certo buona consigliera.

Si consideri inoltre che la nuova disciplina dettata in materia di ricorsi in tema di appalti pubblici non è sagomata in relazione al “valore dell’appalto” per cui per quelli di minor importo, avuto riguardo agli oneri economici di iscrizione a ruolo del ricorso e di quelli ipotizzabili alla luce dell’art. 26 c.p.c. come riformato dal decreto legge in esame, il ricorrente dovrà attentamente valutare l’opportunità del ricorso con il criterio “della soglia di convenienza economica di rischio”. Ciò comporterà un effetto di deterrenza per cui i provvedimenti di aggiudicazione, pur se illegittimi, tenderanno a consolidarsi per mancata impugnazione e ciò produrrà aggiudicazioni meno vantaggiose per la pubblica amministrazione e, cosa ancor più grave, con buona pace dell’imparzialità e del buon andamento della cosa pubblica.

Inutile chiedersi cosa avviene se, dopo l’impugnazione introduttiva, venga emesso un nuovo provvedimento suscettibile di impugnazione attraverso i c.d. motivi aggiunti impropri. Su questo punto va registrato il silenzio assordante dell’art. 40 d.l. 90/2014 che tace sia rispetto alla modulazione della disciplina del nuovo processo a regime ma anche con riferimento al regime transitorio. A tal ultimo riguardo non è intellegibile se motivi aggiunti impropri depositati dopo l’entrata in vigore del decreto legge in esame assorbano o siano, viceversa, assorbiti dal regime processuale del ricorso introduttivo depositato prima dell’entrata in vigore del d.l. 90/2014.

3. Già da un primo e superficiale esame “a caldo” degli illustrati limitati aspetti del nuovo processo dettato per l’accelerazione dei giudizi in materia di appalti pubblici può agevolmente desumersi la conferma di un *trend* ordinamentale che alla ragionevole durata giuridica del processo va sostituendo una ragionevolezza economica della durata processo che, disinteressandosi del giudizio sui diritti azionati in causa, postula la mera sopportabilità del peso economico processuale per la collettività.

Se, infatti, per la collettività il processo si riduce solo ad una *res inter alios acta* e non è più strumento di disciplina e pacificazione dei rapporti sociali e di certezza del diritto, il tempo riservato al giudizio dovrà essere solo economicamente sostenibile. E anche questo non sembra un passo avanti. Non sembra in definitiva che il decreto legge in esame abbia in materia trovato un corretto punto di equilibrio tra processo e giudizio finendo con spingere l’accelerazione del primo oltre una legittima compressione del secondo. Procedendo per tal via, raggiunta la stabilità economica, andrà verificata e ricostruita la corretta distanza tra processo e giudizio. E questo obiettivo è tutt’altro che agevole non essendo traducibile in parametri economici.