**Emergenza sanitaria e processo amministrativo**

**1. Legge e Amministrazione durante la pandemia: uno sguardo dalla torre**

Il periodo di emergenza da Covid-19, pur nei pochi mesi del suo svolgimento, ha sottoposto a inedita tensione, non solo l’ordinamento giuridico, ma lo stesso tessuto politico ed istituzionale del nostro Paese.

Ciò pone al giurista alcuni interrogativi sugli esiti di una produzione giuridica fondata sulla situazione emergenziale, verificando se:

*-* vi siano stati scostamenti dai parametri della legalità costituzionale;

- i poteri pubblici siano stati esercitati dentro il circuito della rappresentanza politica;

- le misure messe in campo per soddisfare le più disparare esigenze di intervento settoriale (in ambito medico, epidemiologico, economico-produttivo, finanziario) siano state efficaci ed efficienti, per quanto riguarda in particolare il settore della giustizia amministrativa.

Senza alcuna pretesa di coerente razionalizzazione sistematica, vanno in primo luogo richiamate le diverse “fonti” (qui intese in senso lato) di produzione emergenziale del diritto, e segnatamente:

i) la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria (con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile»), che ha attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile un potere do ordinanza, «in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico»;

ii) i decreti-legge che hanno dato fondamento ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (gli oramai celeberrimi “DPCM”) adottati durante tutto il periodo di pandemia (l’assetto delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, è stato rimodulato con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, al fine di fornire una più sicura base legale a interventi incidenti su diritti anche fondamentali);

iii) il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci (in forza del richiamo all’art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, all’art. 50, comma 5, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e all’art. 117, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall’art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 6 del 2020, cui era demandato di intervenire «nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri […] nei casi di estrema necessità»);

iv) il potere di ordinanza del Ministro della salute, ai sensi dell’art. 32 della legge n. 833 del 1978[[1]](#footnote-1).

Su queste basi, nell’arco di circa quattro mesi, si è assistito ad una moltiplicazione di atti regolativi, sia al livello statale sia in ambito locale, che hanno sprigionato una massa critica di prescrizioni dai contenuti frammentati e commisti, determinando notevoli difficoltà conoscitive prima ancora che interpretative.

Le criticità registratesi nel presente periodo sono di segno diverso rispetto a quelle comunemente ricollegate al fenomeno dell’amministrazione “straordinaria” e alle c.d. ordinanze libere. Come è noto, per fare fronte a situazioni non fronteggiabili attraverso procedimenti tipizzati, la legge conferisce a determinate autorità poteri a contenuto indeterminato, non prestabilito dalla legge ma rimesso alla valutazione discrezionale dell’organo amministrativo investito della gestione emergenziale. Nell’esercizio di tali poteri straordinari, le ordinanze possono derogare alla disciplina di fonte primaria. Sono note e risalenti le discussioni relative alla compatibilità di queste fattispecie con il principio di legalità (in ragion di una così marcata de-tipizzazione) e con l’assetto delle fonti (in quanto si assiste alla sospensione della norma primaria ad opera di una fonte non pariordinata né superiore)[[2]](#footnote-2). È pure noto il dibattito ‒ relativo all’organizzazione di «grandi eventi» e alle emergenze “stabilizzate”, protrattesi per decenni ‒ nell’ambito del quale se ne è denunciato l’«abuso», poiché degli strumenti dell’emergenza è stato fatto un uso “ordinario” per fronteggiare l’inadeguatezza delle amministrazioni pubbliche a fronteggiare vicende complesse, avallandosi l’elusione di controlli e garanzie anche al di fuori dei parametri di ragionevolezza e proporzionalità.

Sennonché, nel periodo in esame, il presupposto dell’emergenza senza dubbio ricorre. E quindi i rilievi hanno altro tenore e provo di seguito a sintetizzare quelli principali emersi nel dibattito pubblico e accademico.

Le criticità concernono il ruolo del governo e del parlamento con particolare riguardo ai diritti delle persone e l’assetto dei poteri sotto il profilo dei diversi livelli di governo competenti. Esamineremo poi la gestione della funzione di giustizia.

a) *Ruolo del governo e del parlamento con particolare riguardo ai diritti delle persone*

La marginalità del Parlamento rispetto al ruolo assunto dal Governo, in parte comprensibile in una situazione emergenziale, si è manifestata, sul piano istituzionale, fin dalla sua fase iniziale per il fatto che lo stato di emergenza è stato dichiarato dal Consiglio dei ministri prescindendo da una qualsivoglia partecipazione diretta del Parlamento, vuoi attraverso l’utilizzo di una fonte primaria, vuoi con altri meccanismi di coinvolgimento del Parlamento medesimo. Stesso discorso vale per le misure contenute ripetutamente adottate nel corso dell’emergenza. I dubbi investono i limiti del potere di normazione secondaria spettanti al Governo rispetto alla sfera assegnata dalla Costituzione a favore del potere legislativo del Parlamento. Ma è mancato l’esercizio di poteri di indirizzo e controllo da parte del Parlamento, attraverso strumenti che vanno dall’adozione di atti di indirizzo generale sulla gestione dell’emergenza alla convocazione dei membri del Governo dinanzi alle diverse Commissioni parlamentari. Sotto altro profilo, il procedimento parlamentare si è rivelato lento e farraginoso anche nel convertire i decreti-legge, senza essere in grado di intervenire significativamente sul loro contenuto.

Uno dei problemi costituzionali più discussi in questa fase emergenziale è stato quindi quello del rispetto dei principi di legalità formale e sostanziale da parte delle fonti utilizzate dal Governo per far fronte alla pandemia, destinate a incidere in modo pervasivo sull’esercizio di alcuni diritti fondamentali (come le libertà di circolazione, di riunione, di esercizio della propria fede religiosa, di accesso all’istruzione e al lavoro, di iniziativa economica di cui agli artt. 16, 17, 19, 34, 35 e 41 della Costituzione). È stata attivata, come sopra accennato, una catena normativa particolarmente complessa (decreti-legge, d.p.c.m., ordinanze ministeriali, ordinanze della Protezione civile e di altre autorità amministrative, ordinanze regionali e comunali) che ha dato luogo ad un uso reiterato e massiccio di atti di natura normativa secondaria.

Sul piano formale, le criticità hanno riguardato il rispetto del principio di legalità, anche in relazione alla riserva di legge per alcuni diritti. Soprattutto il decreto-legge n. 6 del 2020 non era allineato, da questo punto di vista, ai parametri costituzionali, essendo meramente attributivo di potere all’Esecutivo, con il solo limite (anche temporale) della coerenza con la generica funzione «di proteggere la sicurezza nazionale». Si ricorda che, dopo la previsione di ben diciannove misure restrittive dei diritti di libertà, nell’art. 2, si concedeva all’autorità amministrativa il potere di adottare “ulteriori misure” di contenimento e gestione dell’emergenza non meglio identificate (il successivo decreto n. 19 del 2020, sotto questo profilo, ha apprestato rimedi a tali criticità). Il quadro normativo è andato migliorando con l’emanazione dei decreti legge successivi, che, tra l’altro, hanno fornito ai decreti emergenziali del Presidente del Consiglio una più solida base normativa di rango primario.

Sul piano sostanziale, è noto che le limitazioni alle libertà costituzionali devono rispondere a criteri di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite. Sul punto, vari dubbi sono sorti in ordine alla estesissima elencazione di divieti, suscettibili di incidere su libertà fondamentali, espressa nell’art. 1, comma 2, del DL 25 marzo 2020, n. 19. Ma occorre considerare che i diritti andavano bilanciati tra loro in un contesto in cui il diritto alla salute assumeva valenza tendenzialmente primaria.

Le critiche, in parte giustificate, vanno anche riviste alla luce della situazione emergenziale. E senza dubbio, come spesso accade in situazioni emergenziali, il potere si colloca presso l’organo in grado di esercitarlo effettivamente il quel momento. Il *fatto* emergenza non tollera vuoti o incertezze nell’esercizio del potere.

b) *Disfunzioni derivanti dall’assetto dei livelli di governo*

Non vi è dubbio, però, che le criticità maggiori abbiano riguardato l’allocazione dei poteri pubblici in relazione ai diversi livelli di governo. La pandemia ha coinvolto la responsabilità collettiva di tutti i livelli di governo (internazionale, europeo, statale, regionale e locale), ma le criticità maggiori si sono rivelate nei rapporti tra Stato e Autonomie regionali.

Va ricordato che: - nella prima fase della pandemia, si è stabilito un ordine di prevalenza delle prescrizioni dei DPCM sulle prescrizioni ministeriali, regionali e locali, adottate nelle more delle decisioni del Presidente del Consiglio, lasciando alle Regioni la scelta di adottare misure più restrittive, purché giustificate dal particolare aggravamento della situazione epidemiologica verificabile nel loro territorio; - nella seconda fase si è poi aggiunta la possibilità per le Regioni di introdurre “misure derogatorie, ampliative o restrittive”, rispetto a quelle disposte dai DPCM nonché la possibilità di anticipare o posticipare la decorrenza delle misure individuate dal Governo, accertando preventivamente la compatibilità dello svolgimento delle varie attività con l’andamento della situazione epidemiologica nei propri territori.

Ebbene, l’assenza di una tempestiva ed effettiva cooperazione tra Stato e Regioni nella determinazione degli interventi da porre in essere e l’avvio di iniziative “monocratiche” da parte di alcune Regioni hanno evidenziato certamente tutte le criticità della riforma costituzionale del 2001 nella gestione di situazioni di rilevanza nazionale. Ma è emerso anche il mancato esercizio da parte dello Stato di funzioni di sua sicura competenza esclusiva, la profilassi internazionale, da esercitare quindi, sul piano delle funzioni amministrative, a livello centrale, magari assumendo la responsabilità politica, consentita dall’ordinamento, di differenziare la disciplina per aree territoriali in relazione alla situazione epidemiologica concretamente in atto.

*c) L’efficienza dell’Amministrazione di emergenza*

Resta poi tuttora aperto il nodo, più difficile da analizzare, dell’efficienza del sistema amministrativo, della sua capacità cioè di conseguire gli obiettivi con una strumentazione adeguata, nell’acquisizione di beni, nell’erogazione di servizi, nella distribuzione di risorse. Esaminiamo il caso dell’Amministrazione della giustizia.

**2. La disciplina emergenziale del processo amministrativo.**

Nell’ambito delle disposizioni generalmente dettate per governare lo svolgimento dell’attività giudiziaria nel periodo dell’emergenza, i diversi decreti legge finora emanati hanno riservato al processo amministrativo un trattamento senza dubbio differenziato rispetto a quello di altre giurisdizioni.

Le peculiarità che hanno caratterizzato la disciplina normativa del processo amministrativo riposa (almeno) su due fattori:

a)L’esigenza pressante, soprattutto nella sopra evidenziata cornice di frammentazione normativa, di assicurare il sindacato giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri, quasi esclusivamente di natura amministrativa, emanati per far fronte all’emergenza dalle varie autorità. Ed è sintomatico che una buona parte delle pronunce dei Tribunali amministrativi e dello stesso Consiglio di Stato, soprattutto di natura cautelare, abbia riguardato la correttezza del potere esercitato con riguardo alla tutela dei diritti e il bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti; l’allocazione delle competenze tra Stato e Regione o anche tra Stato e poteri di ordinanza del sindaco[[3]](#footnote-3).

b) L’esigenza di non creare un accumulo di arretrato e comunque di evitare il rinvio di cause pronte per la decisione che sarebbero state trattate, se rinviate, presumibilmente nel 2021.

Entrambe le esigenze, riconducibili all’effettività della tutela e alla ragionevole durata dei processi, si sono dovute peraltro confrontare con la salvaguardia del diritto di difesa e la tutela del contraddittorio.

Vanno ora richiamate, sul piano del diritto positivo, le seguenti quattro tappe temporali, cui sono corrisposti altrettanti riti emergenziali.

i) Quando l’emergenza sanitaria era circoscritta a pochi Comuni individuati quale zona rossa, era apparsa misura proporzionata la sospensione dei termini processuali per parti e difensori localizzati in tali Comuni, insieme alla regola di chiusura della rimessione in termini se il mancato rispetto di termini perentori fosse conseguenza delle misure adottate in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica (art. 10, comma 17, del decreto-legge n. 9 del 2020).

ii) In un secondo momento, in concomitanza con l’estensione delle misure più restrittive a tutto il territorio nazionale, è stata prevista una generalizzata sospensione di tutti i termini processuali, dapprima dall’8 al 22 marzo 2020 (art. 3, del decreto- legge n. 11 del 2020) e poi dall’8 marzo al 15 aprile 2020 (art. 84 del decreto legge n. 18 del 2020), combinata con la possibilità della tutela cautelare monocratica e del passaggio delle cause di merito in decisione sull’accordo delle parti a partire dal 6 aprile 2020.

In questa fase la tutela cautelare collegiale, fino al 15 aprile, è stata sostituita da una tutela cautelare monocratica, da confermarsi dal collegio dopo il 15 aprile: una tutela cautelare, dunque, bifasica[[4]](#footnote-4). La parziale continuazione dell’attività giurisdizionale, in particolare la tutela cautelare monocratica e collegiale e le udienze di merito a partire già dal 6 aprile e comunque dal 15 aprile, è stata garantita adottando misure di protezione sanitaria per il personale di magistratura e amministrativo mediante la possibilità di celebrare udienze con collegamento “da remoto”, in videoconferenza o audio-conferenza, senza la partecipazione dei difensori[[5]](#footnote-5).

iii) In una terza fase, è stata prolungata la sospensione dei termini processuali dal 16 aprile al 3 maggio, solo per la proposizione di nuovi ricorsi (e impugnazioni) (art. 36, comma 3, d.l. n. 23/2020), con la possibilità, dal 16 aprile, di celebrare le udienze di merito per gli affari già fissati o da fissarsi, diversi dagli affari di merito “nuovi”, e di celebrare senza alcun limite le udienze per gli affari cautelari.

iv) Da ultimo, il decreto legge n. 28 del 30 aprile 2020 ha introdotto un nuovo modello di ‘rito emergenziale’, entrato in vigore dalla fine di maggio e valevole fino al 31 luglio. Con esso la regola del passaggio in decisione degli affari sulla base della mera cognizione cartolare degli atti ha trovato una mitigazione con l’introduzione della facoltà di discussione orale da remoto, su richiesta di parte ovvero, anche in assenza di istanza di parte, se comunque ritenuta necessaria.

In sintesi, le principali peculiarità proprie del processo amministrativo possono essere così sintetizzate:

1) sospensione di tutti i termini processuali, ad esclusione del procedimento cautelare, dall’ 8 marzo 2020 al 15 aprile 2020);

2) sospensione dal 16 aprile 2020 al 3 maggio 2020 (inclusi) solo dei termini per la notificazione dei ricorsi (da intendere come tutti gli atti con cui si possono introdurre nuove domande), sempre ad esclusione del procedimento cautelare. Sono quindi esclusi dalla sospensione i termini di cui all’art. 73, comma 1, del c.p.a. (codice del processo amministrativo), che sono i così detti termini a ritroso;

3) rinvio d’ufficio di tutte le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti fissate dall'8 marzo 2020 al 5 aprile 2020 a data successiva al 15 aprile 2020[[6]](#footnote-6);

4) dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020, “in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati” attribuendo alle parti la facoltà di presentare brevi “note di udienza”, altrimenti non ammesse nel processo amministrativo. Nello stesso periodo, “Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge”[[7]](#footnote-7);

5) col D.L. n. 28, si è sistemato un rito alternativo, valevole fino al 31 luglio: dal primo giugno è stata introdotta la possibilità per i difensori di partecipare all’udienza da remoto e quella per il presidente di disporre tale partecipazione di ufficio; permane, in assenza di richiesta delle parti, il passaggio in decisione delle cause sulla base degli scritti difensivi nei termini dianzi delineati.

**3. Pandemia e giusto processo**

Lo sforzo profuso da magistrati e funzionari amministrativi, attraverso gli strumenti tecnologici predisposti nell’ambito del processo telematico della giustizia amministrativa, è riuscito in buona parte a scongiurare il rinvio dei processi e il conseguente accumulo di arretrato.

È indubbio peraltro che l’assetto processuale imposto dall’emergenza epidemiologica ha evidenziato talune criticità, imponendo al legislatore prima e ai giudici poi la ricerca – volta per volta – di punti di equilibrio tra le esigenze di continuità del servizio giustizia e le garanzie di pubblicità delle udienze, di tutela del contraddittorio e di oralità.

Il principale fattore di discussione ha riguardato la compressione delle facoltà di discussione da parte dell’avvocato: alcuni esponenti del foro hanno apertamente manifestato il timore che il diritto dell’emergenza avesse nuovamente degradato (dopo un secolo di evoluzione) il processo amministrativo ad una mera procedura di ricorso, anche se le limitazioni all’oralità esistono in altri processi (si pensi al giudizio in Cassazione).

Le critiche hanno riguardato il rito introdotto dall’art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (così detto “Cura Italia”). L’art. 84, comma 5, del decreto-legge n. 18 del 2020, per il periodo che va dal 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020 ‒ oggi, come si è detto, sotto questo aspetto superato ‒ stabiliva che, «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati», aggiungendo che «le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. In altri termini, si prevedeva un “contraddittorio cartolare coatto”, come è stato definito, solo attenuato dalla possibilità di presentare note di udienza, altrimenti non prevista nel processo amministrativo.

Il tenore letterale delle norme appena richiamate sembrava autorizzare il giudice a disporre il rinvio della trattazione della causa solo per consentire il compiuto esercizio del contraddittorio scritto di cui all’art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di potere discutere oralmente la causa[[8]](#footnote-8).

Il Consiglio di Stato ‒ a partire dalle ordinanze n. 2539 e n. 2540 del 2020, in un caso in cui l’appellante aveva chiesto il rinvio dell’odierna udienza al fine della discussione orale della controversia, tenuto conto dei suoi aspetti di particolare complessità e delicatezza, mentre gli appellati si erano opposti alla predetta richiesta di rinvio, sul rilievo che l’interesse alla discussione orale, invocato dalla controparte, non sarebbe stato oggetto di previsione legislativa per la fase emergenziale a partire dal 15 aprile 2020 ‒ ha ritenuto che il contraddittorio cartolare «coatto», cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice, non fosse una soluzione ermeneutica compatibile, se radicalmente intesa, con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l’onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione.

Le ordinanze evocano, come parametri costituzionali di riferimento, il secondo comma dell’art. 111 e l’art. 24, nel senso che il giusto processo e il contraddittorio effettivo richiedono che tutte le parti possano “ *esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando quelle degli altri;* e che la tutela effettiva “*non può che contenere anche la garanzia procedurale dell’interlocuzione diretta con il giudice*”. Le ordinanze riconducono il cd. contraddittorio cartolare coatto anche all’esigenza, più volte sottolineata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, di assicurare la pubblicità delle udienze, salvo che per motivate e indicate ragioni, ancorché per categorie di cause (*ex plurimis*, sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia e sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia);e richiamano le pronunce della Corte Costituzionale secondo cui la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenze n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971).

Prescindendo dal parallelismo, discutibile, con i profili di pubblicità dell’udienza (che sembra questione distinta da quella dell’oralità e comunquenon assicurata nemmeno con la facoltà concessa ai difensori di chiedere la partecipazione all’udienza da remoto), le ordinanze suggeriscono una interpretazione conforme dell’art. 84, comma 5, del decreto legge n. 18 del 2020, nel senso che ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell’udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione.

L’indirizzo giurisprudenziale non è stato univoco, essendo il Consiglio di Stato apparso orientato, più che a farne una questione di principio, un’occasione per la prudente concessione del rinvio richiesto per poter discutere oralmente la causa, rinvio peraltro richiesto in poche occasioni.

Fatto sta che, con la previsione della partecipazione dei difensori all’udienza da remoto introdotta dal DL n. 28, il problema è in pratica venuto meno; anche se si registra l’accoglimento solo parziale, cioè al 24 giugno, di una istanza di differimento a dopo il 31 luglio (udienza in presenza) di una causa rimessa all’Adunanza plenaria, in considerazione del fatto che il bilanciamento tra esigenza di definizione della lite e contraddittorio orale consentisse ragionevolmente il differimento della causa da maggio (contraddittorio cartolare) a giugno (partecipazione a udienza da remoto).

**4. Un primo bilancio necessariamente provvisorio (ma auspicabilmente definitivo)**

Due sono le riflessioni finali a “consuntivo” di questo difficile periodo:

- la prima legata al giusto contemperamento tra buon andamento del servizio giustizia e diritto di difesa, nella generale cornice del diritto alla salute in periodo di emergenza sanitaria;

-la seconda relativa alla sperimentazione tecnologica.

Come è noto, i principi di proporzionalità e precauzione implicano che ogni restrizione deve essere limitata allo stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale ed essere proporzionata e adeguata all’obiettivo. Il bilanciamento è particolarmente complesso laddove tale bilanciamento si gioca tutto all’interno dell’unico valore primario della vita e della salute umana.

Il legislatore ‒ con i correttivi introdotti dal giudice ‒ ha ricercato una ragionevole mediazione tra tutela del diritto di difesa di parti e difensori che abbiano impedimenti a causa dell’emergenza sanitaria, da una parte, e la tutela dell’interesse generale a che la giustizia amministrativa, quale funzione pubblica essenziale, potesse continuare a svolgersi in modo efficiente anche in tempi di emergenza sanitaria; e ciò al duplice scopo di assicurare il controllo sul corretto uso dei poteri pubblici connessi all’emergenza e di evitare l’accumulo di un arretrato che pesasse sui tempi ragionevoli dei giudizi amministrativi e quindi ledere il diritto della controparte alla ragionevole durata del giudizio.

Il sistema introdotto ha certamente sacrificato la discussione orale dei difensori, un momento dialettico sicuramente irrinunciabile – in tempi ordinari e solo parzialmente rinunciabile in tempi straordinari ‒ non solo per le parti, ma per gli stessi giudici.

Si è trattato tuttavia di un sacrificio:

(i) contenuto nel tempo (fino al 30 giugno 2020),

(ii) temperato dalla possibilità di ottenere un differimento della trattazione in caso di complessità della causa;

iii) ulteriormente temperato dalla possibilità, introdotta negli ultimi due mesi, di partecipazione dei difensori alle udienze da remoto.

La stessa differenziazione normativa del processo amministrativo ‒ indice, secondo alcuni, di una «smania di efficienza e di produttività del processo amministrativo», ammesso che produttività ed efficienza siano disvalori ‒ è apparsa giustificata sotto almeno tre aspetti:

- è un processo che giudica sul corretto uso dei poteri pubblici, che non può subire interruzioni in situazione emergenziale, in cui si fa largo uso dei poteri pubblici. Inoltre, proprio per il suo oggetto, è un processo che mal tollera un ulteriore allungarsi dei tempi, già oggi troppo lunghi;

- è stato il primo processo ad essere stato totalmente digitalizzato;

- è un processo, basato in buona parte su prove scritte e precostituite.

In definitiva, sul piano della politica del diritto, se almeno una parte del complicato sistema giustizia poteva andare avanti, era forse doveroso per i governanti scegliere tempi differenziati di svolgimento e non adottare soluzioni generalizzate che avrebbero provocato rallentamenti della ripresa del Paese e danni economici e sociali difficilmente riparabili.

Va poi dato atto alla giurisprudenza amministrativa – pur nell’ambito di un dibattito concitato e poco sedimentato, quanto concitata e poco sedimentata è stata la produzione del diritto in questa difficile fase – di non avere disconosciuto la necessità di pervenire ad un punto di caduta in grado di contemperare la tutela della salute pubblica con il rispetto di altri principi costituzionali, tra cui il diritto di difesa, il principio di effettività della tutela, il diritto ad un giusto processo e alla sua ragionevole durata (artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.).

Resta, a mio avviso, una considerazione di fondo: il diritto, se vuole servire a regolare una comunità, va contestualizzato alle esigenze che *il fatto* richiede e talvolta impone. Se ragioniamo nella situazione emergenziale, con gli stessi parametri di riferimento, con la stessa “raffinatezza giuridica” che tutti ci riconosciamo, se applichiamo a una situazione emergenziale gli stessi parametri delle situazioni ordinarie, non ne usciamo più[[9]](#footnote-9). In continuità con questa mia considerazione, è stato rilevato che “all’affacciarsi della pandemia, si è talvolta continuato, per amor di tesi o forse per un’eccessiva concessione all’*esprit de finesse*, a ragionare con schemi che mal si adattavano a quel fatto costituzionale”, la pandemia, che esigeva “una nuova e specifica contestualizzazione giuridica”[[10]](#footnote-10).

Veniamo ora alla seconda considerazione.

L’emergenza epidemiologica da COVID-19 ha dato un fortissimo impulso all’utilizzo degli strumenti tecnologici funzionali nella gestione del lavoro giudiziario. A differenza di processi che si svolgono dinanzi ad altre Corti, specie ad Alte Corti nazionali e sovranazionali, il nostro è un processo interamente digitalizzato, dal ricorso alla pubblicazione della sentenza; e questo ci ha indubbiamente facilitato.

Il periodo emergenziale ha suggerito al legislatore di attribuire, a regime, a un decreto del Presidente del Consiglio di Stato, di dettare le regole tecniche per la gestione ordinaria e per gli aggiornamenti occorrenti per il funzionamento del processo telematico[[11]](#footnote-11). Il [decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020 ha dettato nuove regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti](https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/decreto-del-presidente-del-consiglio-di-stato-n-134-del-22-maggio-2020-regole-tecnico-operative-per-l-attuazione-del-processo-amministrativo-telematic) (pubblicato il 22 maggio 2020). Sono seguiti il [Protocollo di intesa tra la Giustizia amministrativa e gli avvocati per le udienze da remoto con la](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/1869446/PROTOCOLLO%2BINTESA%2B-%2BUDIENZA%2BDA%2BREMOTO%2BEX%2BART.%2B4%2BD.L.%2B28_2020_signed.pdf/d9a07203-3281-3b24-49ed-54fecc6b64f7) partecipazione dei difensori (pubblicato il 26 maggio 2020) e le [Linee Guida del Presidente del Consiglio di Stato del 25 maggio 2020 sulle udienze da remoto con la partecipazione degli avvocati ex art. 4, d.l. n. 28 del 2020](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/1869446/CdS_Linee%2Bguida%2B25.05.2020_signed.pdf/279399ee-d625-9a1c-8330-b5072d7f1eb3) (pubblicato il 25 maggio 2020).

Se l’avvenuta sperimentazione tecnologica ha costituito una importante occasione per l’implementazione dell’efficienza della giustizia amministrativa, vale ora ribadire il forte l’auspicio che, a partire dal 31 luglio 2020, data di cessazione dello stato di emergenza, siano ristabilite le ordinarie modalità di svolgimento dei processo, compatibilmente con l’andamento della situazione epidemiologica e nel rispetto di protocolli idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio di tutti gli operatori.

Le udienze da remoto, anche con i difensori, non possono costituire che un’opportunità consentita dagli strumenti informatici in periodo emergenziale, in particolare collegata a esigenze sanitarie che impongano restrizioni agli spostamenti e alle presenze *in loco*.

Non nego che per alcune attività si possa continuare a utilizzare il collegamento da remoto (penso, per esempio, al giuramento di un ctu o alla riconvocazione di una camera di consiglio). Le udienze potranno essere meglio organizzate, per esempio chiedendo che vengano segnalate per tempo dalle parti le cause che si vogliono discutere oralmente e quelle che si intende mandare in decisione, in modo da consentire anche una suddivisione delle discussioni per fasce orarie e dare maggiore spazio alla discussione medesima.

Ma udienze ibride, con partecipazioni miste in presenza o da remoto a seconda delle esigenze di magistrati e avvocati, per favore no. Il luogo dove si amministra giustizia sono le aule dei tribunali, dove le udienze sono generalmente aperte al pubblico e la pubblicità non può essere garantita che con le udienze in presenza. Perché fare giurisdizione non è sbrigare una pratica burocratica o offrire servizi online. I Tribunali sono anche luoghi di aggregazione e tali devono rimanere, anche per evitare quello che la Presidente della Corte costituzionale ha definito “il confronto rigido attraverso lo schermo”.

**Filippo Patroni Griffi**

Presidente del Consiglio di Stato

Pubblicato il 2 luglio 2021

1. Si aggiunga il potere di ordinanza esercitato dal Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri in forza dell’art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. [↑](#footnote-ref-1)
2. La Corte costituzionale – con le sentenze: 2 luglio 1956, n. 8; 27 maggio 1961, n. 26; 14 aprile 1995, n. 127 – ha fissato le seguenti condizioni di “tolleranza”: efficacia limitata nel tempo; adeguata motivazione; rispetto dei principi dell’ordinamento giuridico; divieto di intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta (nelle materie soggette a riserva relativa occorre che la legge delimiti la discrezionalità dell’organo a cui il potere è stato attribuito). [↑](#footnote-ref-2)
3. Ci si riferisce alle controversie, per esempio, tra Governo e Regione Calabria o al parere rilasciato dal Consiglio di Stato, favorevole all’annullamento straordinario del Governo su un’ordinanza del Sindaco di Messina. Varie controversie hanno poi riguardato le ordinanze regionali (es. Regione Campania) restrittive di diritti delle persone. Una rassegna di questa giurisprudenza è rinvenibile sul sito della giustizia amministrativa, nell’apposita sezione dedicata all’emergenza Covid. [↑](#footnote-ref-3)
4. In altra sede sono stati forniti i dati numerici dell’attività cautelare monocratica, che si è svolta in tempo di emergenza con numeri comparabili a quelli dei tempi ordinari, per un totale tra Tar e Consiglio di Stato, di circa 2565 provvedimenti cautelari dall’8 al 31 marzo, cui devono aggiungersi circa 50 provvedimenti presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana nel medesimo arco temporale (v. note dell’Ufficio stampa della giustizia amministrativa del 6 e del 9 aprile 2020, sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). [↑](#footnote-ref-4)
5. Era stata inizialmente prevista la partecipazione degli avvocati alle udienze con la stessa modalità da remoto (art. 3 d.l. n. 11/2020), poi eliminata in termini generali dal d.l. n. 18/2020, che prevede il passaggio delle cause in decisione sugli scritti fino al 30 giugno 2020, salva una limitata possibilità di audizione dei difensori con collegamento da remoto in sede di tutela cautelare monocratica. [↑](#footnote-ref-5)
6. Un regime oltremodo speciale (derogatorio di quello speciale) è stato previsto per le controversie fissate in udienza camerale o pubblica nel periodo dal 6 aprile 2020 al 15 aprile 2020 che “passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati”, solo “se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite” nel termine perentorio di due giorni liberi prima dell’udienza. [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020. [↑](#footnote-ref-7)
8. In tal senso, un elemento di riscontro era offerto anche dalla differente formulazione della primigenia configurazione del rito emergenziale, come tratteggiato dall’articolo 3, comma 4, del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, poi abrogato, il quale nello stabilire che «tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione sulla base degli atti», faceva comunque salva la possibilità per ognuna delle parti di chiedere «la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione» [↑](#footnote-ref-8)
9. Ho sviluppato questo pensiero in *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell’emergenza,* in *Federalismi.it*, n.14/2020. [↑](#footnote-ref-9)
10. Così E.Grosso, *Legalità ed effettività negli* spazi *e nei* tempi *del diritto costituzionale dell’emergenza*, in *Federalismi.it,* n. 16/2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. In particolare, l’articolo 4, comma 2, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 che, sostituendo l’articolo 13, comma 1, dell’allegato 2 del decreto legislativo n. 104 del 2010, ha stabilito che «*Con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, anche relativamente ai procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario. Il decreto si applica a partire dalla data nello stesso indicata, comunque non anteriore al quinto giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*». L’articolo 4, comma 3, dello stesso decreto-legge n. 28 del 2020 ha stabilito, tra l’altro, che «*A decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo decreto adottato dal Presidente del Consiglio di Stato di cui al comma 1 dell’articolo 13 dell’allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dal comma 2 del presente articolo, è abrogato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2016, n. 40*». [↑](#footnote-ref-11)