

# Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza

– Webinar Fondazione Occorsio – 12 aprile 2021

di Filippo Patroni Griffi

## PREMESSA

**Partiamo da una premessa: il diritto serve a fini pratici, cioè per regolare una società nel momento in cui la regola viene applicata.** Lo stesso valore ordinante del diritto, la riduzione degli istituti a sistema (al di fuori di ogni dogmatica) ha senso sempre che alla base della sistemazione ci sia l'esigenza di dare risposta ai bisogni della collettività. Non per niente, più in generale, dettando una regola che dovrebbe valere in generale per le "scienze umane", Ferdinand Canning Scott Schiller, un pragmatista inglese del secolo scorso, propugnava (soprattutto in *Pragmatismo e umanismo*, 1909) **una riduzione della logica formale ai bisogni pratici degli individui** ed entrava conseguentemente in polemica con una logica formale ridotta "a un gioco intellettualistico avulso dai reali interessi e dai bisogni vitali".

Certo, esistono regole e principi fondamentali che delineano l'assetto costituzionale dello Stato. Ma, in tale cornice ineludibile, **il diritto positivo va contestualizzato a certe situazioni di fatto.** E tra queste esiste lo stato di emergenza, *fatto* che non tollera vuoti di potere né assenza di regolazione. Non sempre è tipizzato (come avviene per lo stato di guerra) ma da sempre è immanente al sistema.

In effetti questo periodo di emergenza ha sottoposto a **una tensione inedita non solo l'ordinamento giuridico ma proprio il tessuto sociale e produttivo** del Paese e purtroppo non in un'area territorialmente ben delimitata, ma dappertutto.

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, a livello tanto legislativo quanto amministrativo.

Vedremo poi come ha reagito il giudice amministrativo a questo stato di emergenza, sì da “meritarsi” probabilmente il titolo di questo incontro: il giudice amministrativo come giudice dell’emergenza.

## **DIRITTO ED EMERGENZA SANITARIA**

Le **criticità** maggiori si sono verificate:

- a) nel sistema delle fonti, sul duplice versante dei rapporti tra governo e parlamento e tra i diversi livelli territoriali di governo;
- b) nel bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

**Sistema delle fonti** - La frammentazione normativa delle “regole dell’emergenza” si è rivelata uno dei punti maggiormente critici sul versante delle fonti, che ha inciso profondamente sul versante della trasparenza complessiva dell’azione di governo, nei confronti sia del parlamento, sostanzialmente marginalizzato nel processo di produzione normativa, sia dell’opinione pubblica, che è spesso apparsa frastornata e confusa. Uno dei dati più sconcertanti è costituito dalla “sovrapposizione tra diversi modi di produzione emergenziale del diritto” (S.Staiano): abbiamo avuto due *catene normative*, originate l’una dalla legislazione sulla protezione civile, l’altra dalla decretazione d’urgenza; le due catene si sono spesso incrociate tra loro, sotto il duplice profilo temporale e contenutistico, e così abbiamo avuto, dopo la dichiarazione dello stato di emergenza e accanto ai decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze del Ministero della salute, e poi, ordinanze regionali e perfino ordinanze dei sindaci.

Bisogna peraltro riconoscere che la produzione normativa emergenziale si scontrava con due criticità della strumentazione ordinaria: la repentina **mutevolezza della situazione di fatto**, cui sembrava non riuscire a far fronte la stessa decretazione d’urgenza; **il conflitto tra diversi valori tutti di rango costituzionale**, che imponeva

il bilanciamento tra tali valori e i relativi diritti in un contesto in cui il diritto alla salute assumeva valenza tendenzialmente primaria.

Su questo aspetto torneremo a proposito del ruolo del giudice amministrativo.

**Rapporti tra i diversi 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, soprattutto nei rapporti tra Stato e Regioni.

Ebbene, l’assenza di una tempestiva ed effettiva cooperazione tra Stato e Regioni 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, né è stato esercitato il potere sostitutivo ex articolo 120 Cost.. Più in generale, è stato “disapplicato” il principio di sussidiarietà verticale di cui all’articolo 118: se l’emergenza è nazionale, il livello di governo “più adatto” è evidentemente quello nazionale, a prescindere da clausole di supremazia. Lo ha finalmente ricordato anche la Corte costituzionale con la sentenza relativa alla Valle d’Aosta. E tale situazione si è puntualmente verificata anche in relazione alla **somministrazione dei vaccini**, anche se il governo sta ora cercando di porvi rimedio con la recente adozione del piano vaccinale nazionale: avevamo (e spero che non abbiamo più) tanti piani vaccinali regionali, con criteri e ordini di priorità propri, in palese violazione della necessaria tutela della salute in maniera uniforme sul piano nazionale.

## **GIUDICE AMMINISTRATIVO E PANDEMIA**

Vorrei trattare i seguenti aspetti:

- a) Giudice e bilanciamento
- b) Giudice amministrativo e tutela dei diritti fondamentali
- c) Il processo *nell’emergenza* (e non *dell’emergenza*).

Sappiamo, come insegna la Corte costituzionale, che la preminenza del diritto alla salute non lo sottrae al bilanciamento con altri valori costituzionali (Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264), di varia gradazione: libertà di circolazione, istruzione, libero svolgimento delle attività economiche, lavoro.

Il bilanciamento è stato il problema, sotto il profilo contenutistico e sostanziale, dei provvedimenti dell'emergenza. Tale problema ha presentato le maggiori criticità sul piano formale: **chi deve effettuare il bilanciamento.**

La risposta dovrebbe essere: il parlamento, e quindi la legge. Questo assunto, il più logico che ci sia, è per la verità in crisi già in tempi ordinari: la filiera legge-amministrazione-giudice non è più quella di una volta. Se va in crisi il paradigma legale, se la legge non compone il conflitto, se la legge non fa il bilanciamento e indica il valore preminente, se la legge non regola il fatto, succede che l'amministrazione è chiamata a definire l'interesse pubblico in concreto nel farsi dell'azione amministrativa e il giudice, nel verificare la correttezza del potere, è chiamato a sua volta a una tecnica di sindacato che va oltre il giudizio sulla ragionevolezza e la proporzionalità.

Nell'emergenza è accaduto proprio questo. Il bilanciamento è stato effettuato prevalentemente al livello normativo secondario (o nei decreti-legge, che però il parlamento non faceva a tempo a modificare e convertire) e anzi una buona "quota" del bilanciamento è stato rimesso all'applicazione delle misure: quindi all'amministrazione e, in ultima analisi, al giudice.

**Il controllo del giudice sui poteri emergenziali attraverso la tecnica del bilanciamento** è un fenomeno che si è verificato non solo in Italia. Del resto è fisiologico, e anzi necessario, che, con l'espandersi dei poteri pubblici emergenziali, il giudice di quei poteri assuma un ruolo di tutela dei diritti e degli interessi in gioco, esponendolo alla necessità di effettuare egli stesso quel bilanciamento che non è compiutamente effettuato nella norma. Un esame comparato delle decisioni giudiziarie di questo periodo emergenziale denota similitudine di temi e affinità delle

tecniche di sindacato sull'uso dei poteri emergenziali, fondate sui canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Ma sullo sfondo impera il bilanciamento degli interessi che, sia pure mediato dall'esercizio del potere amministrativo, è rimesso in ultima analisi proprio al giudice.

**Il bilanciamento si è svolto –come si è detto- tra valori e interessi di rango costituzionale:** salute, in primo luogo, ma poi libertà di circolazione, diritto all'istruzione, diritto al lavoro e iniziativa economica privata. Il giudice amministrativo è stato chiamato al bilanciamento tra valori costituzionali in che sede? Evidentemente **in relazione alla tutela delle situazioni soggettive, diritti o interessi poco importa, inerenti a diritti fondamentali. Come è stato possibile ciò**, in un sistema, come il nostro, che fonda il riparto tra giudice ordinario e amministrativo su diritti e interessi legittimi?

Secondo me per una ragione di fatto e una di diritto.

**La ragione di fatto:** il giudice amministrativo si è rivelato il giudice “ad accessibilità immediata”. A fronte di un'ordinanza statale o regionale (o di sindaci), ci si è rivolti al giudice amministrativo che, prima in sede di decreto cautelare presidenziale nel giro di poche ore, e poi di ordinanza collegiale cautelare, ha sospeso o non sospeso il provvedimento amministrativo. Questa “ragione di fatto” ha una particolare importanza: una pronuncia che fosse intervenuta a distanza anche di pochi giorni dal provvedimento avrebbe vanificato la tutela. Ed è interessante che si siano registrate non poche impugnazioni dei decreti presidenziali dei Tar dinanzi al Consiglio di Stato, che spesso ha ritenuto ammissibile l'impugnazione, negata dal codice del processo. Non posso esprimere giudizi al riguardo, ma credo che il fenomeno vada registrato come ulteriore di una pronta e completa domanda di giustizia.

**La ragione di diritto (della tutela di diritti fondamentali dinanzi al giudice amministrativo): il giudice amministrativo è il giudice del potere pubblico. Ed è indubbio che l'azione pubblica possa interferire con diritti fondamentali.** La correttezza, la legittimità di questa “interferenza” è valutata dal giudice del potere.

Del resto, come ha chiarito la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 140 del 2007, la natura fondamentale di un diritto non è di ostacolo alla configurazione della giurisdizione amministrativa, che sussiste tutte le volte in cui la situazione del privato venga a contatto con l'esercizio, in forma mediata o immediata, del potere.

**La casistica** degli interventi del giudice amministrativo, particolarmente significativa, è stata della più varia: aperture e chiusure di scuole, limiti alla circolazione delle persone, apertura e chiusure di bar ristoranti ed esercizi commerciali, uso della mascherina, obbligatorietà dei tamponi o della quarantena al rientro dall'estero, trasparenza dei verbali del comitato tecnico scientifico per l'emergenza, obbligo per i medici di base di visitare a domicilio i pazienti covid, e via discorrendo.

**Come si è comportato il processo nell'emergenza?** Il funzionamento del processo telematico, obbligatorio da noi fin dal 2017, è stato fondamentale sia per evitare di accumulare arretrato, sia, soprattutto, per celebrare i processi dell'emergenza, quelli cioè originati dai poteri emergenziali e dalle connesse limitazioni.

**Gli elementi che reputo fondamentali** sono stati:

- Il funzionamento sul piano tecnico delle udienze da remoto: con criticità e soprattutto tempi di attesa per gli avvocati troppo lunghi, ma la situazione è andata generalmente migliorando;
- La cooperazione tra tutti gli attori del processo: i colleghi si sono adattati abbastanza velocemente alla nuova modalità di udienza e gli avvocati hanno mostrato grande pazienza. A qualcuno, tra colleghi e avvocati, l'udienza da remoto piace –a mio avviso- anche troppo;
- La flessibilità delle nostre regole processuali: il processo amministrativo, anche dopo il codice, ha dimostrato di sapersi adattare; forse anche perché tradizionalmente, nel processo amministrativo, giudici e avvocati sono sempre stati propensi a salvaguardare la flessibilità delle regole processuali, il loro

carattere eminentemente strumentale alla celebrazione del giudizio nelle garanzie. **Il nostro resta un processo imperniato su una struttura *rimediale*.**

**Quale futuro per il processo amministrativo nell'era telematica della post pandemia?** Oramai vado ripetendo fino alla noia (per chi mi ascolti) la mia opinione: onore al merito del PAT in epoca di pandemia; alcune delle novità e dei benefici dell'innovazione potranno essere mantenuti anche “dopo” magari come strumento da utilizzare con intelligenza *non* artificiale. Ma un processo “ibrido”, in cui le parti o il giudice possano scegliere se connettersi da remoto o presenziare all'udienza proprio no. **I tribunali sono anche un luogo fisico di condivisione**, tra tutti gli attori, del processo. Nell'udienza da remoto manca quella che Calamandrei definiva, nel processo, **la relazione di prossimità**. L'udienza non è un qualcosa cui ciascuno possa decidere se parteciparvi da casa, dallo studio, dal bar o in presenza. E poi **l'udienza è pubblica**: chiunque sia interessato o si trovi a passare davanti Palazzo Spada ha il diritto di parteciparci. Se amministriamo giustizia in nome del popolo, ogni udienza deve poter essere “aperta” al pubblico.

**CONCLUDO** - In definitiva, io credo che il nostro **sistema costituzionale abbia dimostrato capacità di adattamento**, rimanendo fedele alla premessa di fondo dello Stato di diritto – la pretesa cioè di controllare il potere attraverso la sua sottoposizione al diritto – senza snaturarsi e senza “rotture” dei paradigmi consolidati. Però non sono mancate criticità –soprattutto sul piano delle fonti, in termini di frammentazione e di mancata trasparenza- cui occorre porre rimedio nel protrarsi dell'emergenza e, soprattutto, nella fase della ricostruzione.

Al diritto pubblico verrà chiesto un importante contributo per la ricostruzione, ma, allo stesso tempo, **i giuristi avranno un'occasione per ricostruire il diritto pubblico**, intervenendo quantomeno su quegli aspetti del sistema amministrativo che durante la crisi sanitaria hanno mostrato evidenti criticità: sul piano strutturale, rimodulando le relazioni tra centro e territori; sul piano della regolazione normativa,

mutandone i paradigmi, in modo da tenere meglio assieme sviluppo, ambiente, salute e solidarietà; sul piano dell'amministrazione, con il superamento dei suoi problemi endogeni: nuovi investimenti, un adeguato ricambio generazionale, il rilancio di un approccio tecnico ed economico e non più solo legalistico, una intensa opera di formazione.

**L'efficienza del sistema amministrativo è uno snodo cruciale della ricostruzione. Ma all'espansione dei poteri pubblici deve corrispondere un efficace sistema di giustizia amministrativa, in quanto è nel *proprium* degli impianti a diritto pubblico la costante **aderenza dell'evoluzione della giustizia ai momenti di trasformazione e alle vicende dei poteri pubblici nella società.****