

Diritto dell'emergenza e giustizia
nell'amministrazione. No a false
semplificazioni e a false riforme.

di Fabio Francario
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Siena



Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme.*

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Siena

Abstract [It]: L'emergenza Covid 19 sta avendo due importanti implicazioni per la giustizia amministrativa: da un lato, viene invocata come pretesto per ripensare il ruolo del giudice amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa disegnato dalla Costituzione; dall'altro, ha riservato al processo amministrativo un trattamento differenziato nell'ambito delle disposizioni generalmente dettate per governare lo svolgimento dell'attività giudiziaria nel periodo dell'emergenza. Ciò deve indurre a riflettere criticamente sul rapporto del processo amministrativo con i principi generali del processo e a sottolineare la necessità che tale rapporto venga salvaguardato anche al fine di preservare la centralità del giudice amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa.

Abstract [En]: The Covid-19' emergency is having two important implications for the administrative justice: on one hand, it is used as a pretext to rethink the role of the administrative judge in the administrative justice system designed by the Constitution; on the other hand, it has reserved to the administrative process a different treatment within the dispositions generally dictated in order to govern the development of the judicial activity in the period of the emergency. This should lead to a critical reflection on the relationship of the administrative process with the general principles of the process and, in addition, it should underline the need for this relationship to be safeguarded also in order to preserve the centrality of the administrative judge in the administrative justice system.

Sommario: 1.- Premessa. 2.- In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione 2.1.- Non è solo questione di opinioni. 2.2.- False riforme e false semplificazioni. 2.3.- Prime conclusioni. 3.- Il processo amministrativo ubbidisce ancora a principi processuali generali oppure no? 3.1.- Processo amministrativo, principi generali del processo e disciplina emergenziale. 3.2.- Il dl 8 marzo 2020 n 11; 3.3.- Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18. 3.4.- Il dl 4 aprile 2020 n. 23. 4.- Considerazioni conclusive.

1.- Premessa.

L'emergenza Covid 19 sta avendo perlomeno due importanti implicazioni per la giustizia amministrativa. Da un lato, in vista della necessità di accelerare la ripresa delle attività economiche e produttive, viene invocata come pretesto per ripensare il ruolo del giudice amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa disegnato dalla Costituzione.

Dall'altro, sta riservando al processo amministrativo un trattamento differenziato nell'ambito delle disposizioni generalmente dettate per governare lo svolgimento dell'attività giudiziaria nel periodo dell'emergenza.

* Paper non sottoposto a referaggio.



Il presente contributo, prendendo spunto da considerazioni condivise con altri colleghi¹, vuole riflettere criticamente sul rapporto del processo amministrativo con i principi generali del processo e sottolineare la necessità che tale rapporto venga salvaguardato anche al fine di preservare la centralità del giudice amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa.

2.- In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione.

Ciclicamente, quando si discute sulla necessità di misure urgenti per rilanciare l'economia e ci si preoccupa di rendere più efficiente l'azione amministrativa, vengono quasi immediatamente e inevitabilmente avanzate proposte volte a limitare la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Il ruolo del giudice amministrativo viene messo in discussione come se il problema dell'efficienza dell'amministrazione dipendesse dalla esistenza di un sistema di giustizia amministrativa creato per assicurare la protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei cittadini nei confronti dell'autorità pubblica.

2.1.- Non è solo questione di opinioni.

Teoricamente il problema ha modo di porsi perché il nostro ordinamento ha fatto una scelta di tipo dualista, prevedendo appunto la creazione di un giudice amministrativo al fianco di quello ordinario per assicurare la tutela del cittadino nei confronti della PA. Il problema non avrebbe modo di porsi se l'ordinamento fosse rimasto fermo alla scelta di tipo monista fatta nel 1865², al momento dell'unificazione, secondo la quale le controversie in cui sia parte in causa una PA sono devolute al medesimo giudice già competente a conoscere delle liti tra soggetti privati che riguardano diritti soggettivi. E' difficile che il problema possa seriamente porsi in un ordinamento di tipo monista nel quale possa farsi questione solo di diritti soggettivi, dal momento che il sistema della tutela civile dei diritti generalmente privilegia e accorda una tutela di tipo risarcitorio³ (tutte le forme di responsabilità, pre, extra e contrattuale presuppongono la patrimonializzazione dell'interesse tutelato). In un sistema siffatto, la possibilità di tutelare per equivalente monetario i diritti soggettivi consente, per un verso, di eliminare l'ingiustizia del danno, per l'altro, di conservare la decisione amministrativa che sia stata illegittimamente

¹ Mi riferisco all'articolo sottoscritto unitamente a Guido Corso, Guido Greco, Maria Alessandra Sandulli e Aldo Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, pubblicato su www.giustizia-amministrativa.it.

² Per tutti E. Cannada - Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della PA*, Milano, 1965; F:G Scoca, *Giustizia amministrativa (cap. 1. La formazione del sistema)*, Torino, 2013, 3.

³ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.



presa e che viene soltanto disapplicata, evitando l'annullamento ovvero l'eliminazione degli effetti prodotti dall'atto amministrativo⁴.

E' difficile che un sistema monista, con il solo deterrente del risarcimento del danno, possa garantire l'osservanza di quelle norme che rappresentano l'essenza e la ragion d'essere del diritto amministrativo e che sono dettate per assicurare che l'azione amministrativa rispetti un fondamentale principio d'imparzialità e giustizia. Certo, si potrebbe obiettare, il risultato potrebbe essere garantito attraverso sistemi di controllo preventivi e successivi, amministrativi o paragiurisdizionali, volti appunto ad assicurare che gli atti amministrativi illegittimi non acquistino o perdano efficacia. Obiezione che potrebbe trovare conforto quanto più si fosse inclini a leggere il diritto amministrativo non come l'insieme delle regole e dei principi tipici di un rapporto giuridico, tra cittadino e pubblica amministrazione, esposto al potere unilaterale di quest'ultima, ma come regole e principi posti nell'interesse dell'amministrazione per garantirne l'efficienza della organizzazione.

Il problema non può però essere semplicisticamente ridotto ad una questione di opinioni. Ciò che lo impedisce è il fatto che la scelta di fondo tra le due possibilità è stata già fatta, e con chiarezza esemplare, dalla Costituzione, che vuole venga assicurato il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art 97); che la giustizia nell'amministrazione venga garantita nella forma giurisdizionale e dal giudice ritenuto naturale a tal fine, il giudice amministrativo (artt. 100 e 103); che la tutela giurisdizionale non possa essere esclusa o limitata a particolare mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti (art 113, secondo comma). E' anche vero che il medesimo art. 113 prevede al terzo comma che il legislatore possa comunque determinare esso quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione, ma solo dopo aver comunque precisato al primo comma che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa deve essere "sempre ammessa" contro gli atti della pubblica amministrazione; il che consente certo che il potere di annullamento possa essere anche diversamente distribuito tra gli ordini giurisdizionale, non anche però che ciò possa comportare una diminuzione della tutela complessivamente considerata.

Meno che mai ciò potrebbe avvenire nella materia dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale è presidiato anche dalla direttiva comunitaria 2007/66 (cd direttiva ricorsi)⁵, la quale obbliga gli Stati membri a garantire, che possano essere disposti "con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a

⁴ F. Francario, *Note minime in tema di disapplicazione del giudice civile*, in *Riv giur ed*, 2/2018.

⁵ Per tutti v. G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011 Università degli Studi di Milano, in *Quaderni della Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, Milano, 2012.



sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice", così come la possibilità di "far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione", oltre al risarcimento danni⁶.

A Costituzione vigente, dunque, tutti devono poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art 24) e non è ipotizzabile una esclusione o limitazione della giurisdizione generale di legittimità per determinate categorie di atti o mezzi d'impugnazione. Dovrebbe esser pacifico per noi amministrativisti, ma così evidentemente non è se ciclicamente l'urgenza economica è invocata a pretesto per limitare la tutela giurisdizionale amministrativa⁷.

2.2.- False riforme e false semplificazioni.

Anche in occasione della situazione emergenziale creata dall'epidemia Covid 19 la proposta di escludere o limitare la tutela fruibile dal giudice amministrativo è puntualmente riemersa⁸. L'emergenza sanitaria ha causato il blocco della gran parte delle attività produttive e commerciali, determinando la necessità di prevedere misure straordinarie per rilanciare immediatamente ed efficacemente l'economia al termine dell'emergenza pandemica. Il timore, al solito, è che l'intervento pubblico si riveli lento e inefficace, donde la proposta di risolvere il problema limitando la possibilità di ricorso e la tutela nella materia dei contratti pubblici di appalto di opere, servizi e forniture; limitando la tutela erogabile dal giudice amministrativo alla sola tutela risarcitoria e compensando le limitazioni con l'ampliamento della funzione preventiva di controllo della Corte dei Conti e della funzione di vigilanza dell'ANAC.

Come già sottolineato, proposte siffatte non sono pensabili vigente la Costituzione Repubblicana. Ma non si può fare a meno di sottolineare come l'anelito riformatore condurrebbe a una falsa semplificazione che non risolverebbe alcun problema; anzi, lo acuirebbe.

Si può osservare che l'imputabilità dei ritardi o della mancata realizzazione degli interventi pubblici al giudice amministrativo potrebbe risultare pretestuosa, dal momento che le procedure d'appalto bloccate dal giudice amministrativo, cifre alla mano, in realtà non superano il 4% di quelle bandite e che il problema

⁶ E' appena il caso di sottolineare che l'applicazione della direttiva non viene sospesa nemmeno con riferimento alle forniture di beni e servizi per fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dalla Covid 19. Cfr. Comunicazione della Commissione 1 aprile 2020 "Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid – 19".

⁷ Sul tema v. anche M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Il Mulino, Bologna, 2016; G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 115 ss.

⁸ G. della Cananea, M. Dugato, A. Police, M. Renna, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, IL FOGLIO, 2 aprile 2020



maggiore delle procedure di appalto si registra a valle piuttosto che a monte, e cioè al momento dell'esecuzione piuttosto che dell'affidamento. Sarebbe quindi sicuramente più ragionevole intervenire per assicurare che vi sia una maggiore e effettiva vigilanza nella fase dell'esecuzione. Ad esempio l'ANAC potrebbe concentrare in tale fase il suo impegno, alleggerendo la propria presenza pseudo normativa e dispositiva nella fase propedeutica alla scelta del contraente, notoriamente appesantita da adempimenti puramente cartolari e burocratici che ambirebbero a perseguire finalità di prevenzione e contrasto della corruzione. E' noto come, le volte in cui il legislatore abbia motivatamente ed eccezionalmente lasciato margini di scelta discrezionale alle amministrazioni per rendere più immediata e diretta la scelta del contraente, l'ANAC sia sovente intervenuta per burocratizzare il percorso procedimentale, vanificando la semplificazione fatta dalle norme primarie (si pensi per tutti agli affidamenti delle procedure sotto soglia e degli incarichi fiduciari). Autodichiarazioni e patentini di previa presunta legalità, in qualunque forma possano essere pensati e realizzati, non arrestano l'imprenditore infedele, la collusione o la corruzione; piuttosto scoraggiano l'imprenditore onesto ad inoltrarsi nei meandri della burocrazia infinita per poter lavorare con le pubbliche amministrazioni e lasciano scoperta la vigilanza sulla esecuzione degli appalti pubblici

E' noto, più in generale, che i ritardi e gli arresti nella conclusione dei processi decisionali dipendono essenzialmente dalle innumerevoli e instabili normative, continuamente cangianti e in crescita esponenziale senza che il profluvio normativo ubbidisca ad un qualsivoglia principio che possa orientarne l'applicazione. Fenomeno che disorienta il decisore pubblico fino al punto da paralizzarne l'azione per evitare l'assunzione di responsabilità sanzionabili sotto il profilo amministrativo, contabile e civile. Così come è noto che ritardi e arresti dipendono non meno dal concorso non coordinato di più protagonisti pubblici nell'esercizio della medesima funzione. Sotto questo profilo, esempi emblematici sono stati già fatti proprio con riferimento alle procedure in corso per contrastare l'attuale emergenza⁹.

Sotto il profilo della fenomenologia normativa, dovrebbe essere evidente che il problema si risolve rendendo più chiaro e semplice il quadro normativo, e che tale risultato si ottiene non già esasperando il ricorso all'interpretazione autentica o al continuo aggiustamento *in progress* della norma per chiarire l'effettiva *voluntas legis*, ma recuperando quanto più possibile il carattere generale e astratto della formulazione normativa¹⁰ e allontanandola simmetricamente dal concreto contenuto provvedimentoale.

I tempi si accelerano e l'efficienza migliora se si semplificano realmente, e non se si complicano, la normazione, le competenze e i procedimenti amministrativi. E' sotto gli occhi di tutti in questi giorni come altri Stati stiano regolando requisiti e modalità di presentazione delle domande per accedere alle

⁹ L. Torchia, *La triste storia del decreto invisibile (al 3 aprile 2020)*, in IRPA, 4 aprile 2020

¹⁰ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II. Le fonti normative*, Padova, 1970, 24 ss.



misure di sostegno previste per cittadini e imprese. Nel modello americano si è calcolato bastino 7 minuti per presentare autodichiarazione circa la residenza e l'assenza di condanne penali e di fallimenti in danno dell'erario, rinviati tutti i controlli per eventuali distrazioni a valle dell'avvenuta concessione¹¹.

2.3.- Prime conclusioni.

Fatte queste premesse, le prime conclusioni paiono semplici.

Reintrodurre un controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti sarebbe una falsa riforma che non semplificherebbe alcunchè. Allungherebbe sicuramente i tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi e amplierebbe il novero dei soggetti istituzionali coinvolti e, nel caso con ciò si volesse spostare il controllo di legittimità dal giudice amministrativo al giudice contabile, creerebbe maggiore incertezza sulla sorte dei rapporti originati dalla decisione amministrativa. Oltre ad essere incostituzionale per le ragioni già esposte e per le altre che scaturirebbero da un'attenta lettura dell'art 100 Cost., in tal caso si moltiplicherebbe infatti la conflittualità tra le giurisdizioni per l'inevitabile necessità di stabilire un confine tra ciò che potrà essere comunque sindacato dal giudice amministrativo e quanto sarebbe coperto dal visto della Corte dei Conti. Confusione che sarebbe solo ancor più grave se si lasciasse all'amministrazione la scelta del proprio giudice configurando il controllo preventivo come facoltativo.

Così come sarebbe inutile e dannosa la riduzione della tutela dell'interesse legittimo alla forma soltanto risarcitoria. La patrimonializzazione dell'interesse legittimo ha senso se vale a concentrare la tutela risarcitoria innanzi a un unico giudice, non se diventa un pretesto per abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui si è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo. Appiattare la tutela del giudice amministrativo sul momento puramente risarcitorio significherebbe negarne la ragion stessa della sua esistenza e ci riporterebbe indietro di oltre un secolo, al tempo dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, quando nel Regno d'Italia l'unica tutela fruibile era quella del risarcimento del danno per equivalente monetario ed era assicurata dallo stesso giudice competente a conoscere delle liti tra soggetti privati, il giudice ordinario. Rinunciare alla garanzia giurisdizionale che le questioni siano trattate dai pubblici poteri in modo imparziale ed equo proprio nel momento in cui una tale garanzia trova fondamento non più solo nell'art 97 della nostra Costituzione, ma anche quale diritto fondamentale dell'individuo alla buona amministrazione nelle norme recate dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE, non sarebbe una geniale riforma, ma un passo indietro nel livello di civiltà giuridica dell'ordinamento repubblicano.

¹¹ M. Bussi, *Negli Stati Uniti alle pmi i soldi arrivano in 7 minuti*, in *Milano Finanza*, 5 aprile 2020.



L'efficienza amministrativa, come sopra esemplificato, si recupera dunque diversamente. Iniziando con l'evitare di porre in essere pseudo riforme che non sono volte a intervenire sulle cause dei fenomeni, ma unicamente ad aggravare le patologie attraverso la confusione dei ruoli dei soggetti pubblici, la moltiplicazione delle competenze e la complicazione dei procedimenti. E in quest'ottica va preservato e non indebolito il ruolo assegnato dalla Costituzione al giudice amministrativo per assicurare l'osservanza dei principi e delle regole di diritto amministrativo che, differentemente da quelle tipiche del diritto privato, vengono dettate proprio al fine di evitare fenomeni di cattiva amministrazione.

Il diritto dell'emergenza non deve dunque diventare un pretesto per giustificare l'ennesimo tentativo di ridurre la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e di sottrarre il diritto amministrativo al suo giudice naturale. Una tale conclusione, fondata sulla insostituibilità del rimedio giurisdizionale per sanzionare l'azione amministrativa illegittima nel sistema costituzionale vigente, apre però lo spazio per un altro ordine di considerazioni legate alle linee evolutive intraprese negli ultimi anni dal processo amministrativo e che proprio nell'attuale normazione emergenziale tendono a manifestarsi ormai chiaramente nel senso di una diminuzione delle garanzie processuali tipiche di un rimedio che possa dirsi tale.

3.- Il processo amministrativo ubbidisce ancora a principi processuali generali oppure no?

Non basta fregiare una procedura di ricorso con l'appellativo di processo per poterla considerare tale¹². L'esercizio della funzione giurisdizionale deve avvenire nel rispetto di principi fondamentali e di regole certe¹³.

Il timore che prende sempre più corpo è che il diritto dell'emergenza, diminuendo oltre misura le garanzie tipiche di un rimedio processuale giurisdizionale, stia instrandando il processo amministrativo, che tanti sforzi aveva profuso per assurgere alla dignità di vero e processo, sulla via del ritorno ad una mera procedura di ricorso.

3.1. - Processo amministrativo, principi generali del processo e disciplina emergenziale.

La dottrina più autorevole si è molto impegnata per chiarire che, se in passato il c.p.c. ha rappresentato un termine di riferimento presso che obbligato per l'integrazione della lacunosa e frammentata disciplina

¹² E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1987, 821 ss.

¹³ "Il processo è uno strumento che fornisce certezza in quanto risolve una situazione d'incertezza che origina la controversia; esso deve essere il più possibile certo" (così C. E. Gallo, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983, 34). In tema v. di recente i contributi raccolti in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018 e in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

del processo amministrativo, ciò non ha significato anche che nella ricostruzione degli istituti si dovesse rinunciare a guardare direttamente a principi comuni del diritto processuale¹⁴. In un costruttivo dialogo con l'Adunanza Plenaria e con la Corte costituzionale, proprio la continua ricerca e l'affinamento dei principi processuali generali ha consentito di chiarire, ben prima dell'entrata in vigore del codice, che quello amministrativo è un processo di parti¹⁵, soggetto pertanto al principio della domanda, al principio dispositivo e al principio del contraddittorio, principi tutti che convivono con l'immanente principio di effettività della tutela giurisdizionale. Ciò ha consentito di ricostruire gli istituti processuali e di governare il processo con ragionevolezza e uniformità anche senza e ancor prima della codificazione del processo amministrativo.

Orbene, se si guardano le norme dettate per contrastare la situazione di emergenza che interessano il processo amministrativo si deve a malincuore constatare che, differentemente da quelle dettate per la generalità degli altri processi, non rispondono ad alcun principio e si disperdono in una confusa e contraddittoria disciplina di dettaglio di cui non si sentiva affatto la necessità e che finisce con il produrre un generale disorientamento. Che la tutela cautelare debba continuare ad essere erogata anche nei periodi di sospensione del processo, quale ne sia la causa, non è una graziosa concessione della attuale decretazione d'urgenza, ma l'applicazione di un fondamentale principio processuale comune, riconducibile al principio di effettività della tutela giurisdizionale, per il quale la tutela cautelare non può subire soluzioni di continuità¹⁶. Ma la decretazione non si è limitata a confermare quanto era ovvio e già insito nel sistema, e cioè che la tutela cautelare rimaneva fruibile nel periodo di sospensione e che i processi avrebbero ripreso a svolgersi nei termini e nelle forme ordinarie al termine della sospensione, precisando magari soltanto che le misure emergenziali in atto impedivano unicamente la trattazione orale che, come fatto per il periodo dell'emergenza dal processo civile, veniva sostituita da una comparizione figurata delle parti all'udienza camerale attraverso la presentazione di brevi note d'udienza. Si è invece

¹⁴ Per tutti v. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 301, 302: “Per note ragioni storiche le leggi processuali civili sono diventate la sede di norme che, per il fatto di esprimere o richiamare principi fondamentali del nostro ordine costituzionale o da questi immediatamente derivanti – perché relativi all'esercizio del potere giurisdizionale considerato nella sua essenza unitaria e in rapporto all'autonomia dei soggetti giuridici, costituzionalmente tutelata – valgono per tutti i processi; o di norma tecniche che esprimono principi valevoli ugualmente per tutti i processi ma per ragioni diverse dalla precedente, cioè per il fatto di ricollegarsi alla fondamentale unitaria natura della norma processuale proprio come norma secondaria, dalla quale scaturisce l'identica funzione tecnica di alcuni istituti quale che sia il processo in cui trovano attuazione. La fonte principale d'integrazione diretta del diritto processuale amministrativo è data da questi principi, che non sono però principi propri del processo civile, ma principi di un diritto processuale comune, pur se questo ha la sede di elezione nella legge processuale civile”. Sul significato e sui limiti dell'attuale rinvio dell'art 39 c.p.a. al c.p.c. v. G.P. Cirillo, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, 11.

¹⁵ Per tutti v. E. Cannada - Bartoli, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss Dig. It.*, XIII, 1966, 1077 ss.

¹⁶ Cfr. F. Francario, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Napoli, 1990, V. anche M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2010.



diffusa nel ridisciplinare forme, tempi e modi del giudizio cautelare¹⁷ e dello stesso giudizio di merito al termine della sospensione. Qualsiasi avvocato dedito alle cause amministrative¹⁸ potrà testimoniare di non aver saputo più con certezza se, come e quando sarebbero state trattate le istanze cautelari durante il periodo dell'emergenza o se fosse tenuto espletare le attività difensive durante il periodo di sospensione o se quelle ugualmente espletate durante tale periodo possano considerarsi ugualmente valide per le udienze fissate al termine della sospensione o se la considerazione delle stesse dipenderà dalla personale interpretazione del giudice o ancora qual sia il loro rapporto con le brevi note che possono essere presentate due giorni prima dell'udienza¹⁹.

3.2. - Il dl 8 marzo 2020 n 11.

In verità le cose non erano partite tanto male. Il dl 8 marzo 2020 n 11 detta misure straordinarie per contrastare l'emergenza epidemiologica e contenere gli effetti negativi con riferimento esclusivamente allo svolgimento dell'attività giudiziaria. Con maggior chiarezza rispetto alle analoghe disposizioni dettate per i giudizi civili, penali, tributari e militari, con specifico riferimento al processo amministrativo l'art 3 del decreto prevede di governare l'emergenza applicando eccezionalmente l'istituto processuale della sospensione dei termini (primo comma: *“Le disposizioni di cui all'articolo 54, commi 2 e 3, del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applicano altresì dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 22 marzo 2020”*). Applicazione logica e razionale dell'istituto processuale che la dottrina processualistica ha sempre ritenuto naturalmente deputato a regolare lo svolgimento dell'attività giudiziaria non solo nel caso delle ferie estive, ma anche in ipotesi di eventi calamitosi²⁰. Connaturati al regime di tale istituto, che per i principi codificati nell'art 298 c.p.c. comporta l'interruzione dei termini in corso e un vero e proprio divieto di compiere gli atti processuali, sono l'assoggettamento al regime di

¹⁷ C. Saltelli, *Note sulla tutela cautelare dell'art 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in *Giustamm.it*, sottolinea efficacemente che *“se sono auspicabili riforme del sistema della giustizia amministrativa per garantire una risposta sempre più pronta ed efficace alle istanze dei cittadini, devono invece sicuramente evitarsi interventi asistematici e parziali di per sé idonei a garantire e ad accrescere la qualità della risposta giurisdizionale”*

¹⁸ Non sarebbe inutile ricordare anche la sottolineatura fatta da V. Domenichelli, *Sulla ragionevolezza dei termini nel processo amministrativo*, in F. Francario, M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, cit. 371, per cui *“i termini processuali sono un incubo e possono togliere il sonno agli avvocati”*

¹⁹ Chi abbia dubbi può comunque vedere gli approfondimenti tematici a cura di T. Cocchi, B. Gargari e V. Sordi, in www.giustamm.it, e la rassegna statistica di G. Veltri, in www.giustizia-amministrativa.it, *“emergenza coronavirus”*. Si veda in ogni caso il comunicato del 10 aprile 2020 dell'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti avente oggetto *“D.L. 8 aprile 2020 n. 23 e giustizia amministrativa”*.

²⁰ S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 237: *“Fra le cause più note di sospensione o di proroga dei termini si possono ricordare gli eventi bellici, le calamità naturali, il mancato funzionamento degli uffici giudiziari, le ferie estive. ... La sospensione per calamità naturali (terremoti, mareggiate, alluvioni etc) è disposta dal legislatore (di solito dal Governo con decreto legge) il quale stabilisce il periodo di sospensione”*.

sospensione di tutti i termini processuali²¹ e, come già ricordato, l'esclusione della tutela cautelare, che deve continuare ad essere garantita per assicurare il rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale²². L'imprevedibilità della sospensione e le particolari ragioni che hanno imposto la sospensione, dovuta alla necessità di evitare spostamenti da e per gli uffici giudiziari e assembramenti negli uffici medesimi per udienze e attività di cancelleria varie, hanno poi logicamente richiesto due particolari accorgimenti: lo spostamento delle udienze già fissate nel periodo di sospensione al termine della stessa (primo comma, secondo cpv: *“A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 22 marzo 2020, le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti presso gli uffici della giustizia amministrativa sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020”*) e la eliminazione della udienza camerale, sostituita dalla pronuncia con provvedimento cautelare provvisorio adottato in forma monocratica (*“I procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi, su richiesta anche di una sola delle parti, con il rito di cui all'articolo 56 del medesimo codice del processo amministrativo e la relativa trattazione collegiale è fissata in data immediatamente successiva al 22 marzo 2020”*).

Sotto questo profilo la normazione recata dall'art 3 del dl 11/2020 non ha posto particolari problemi interpretativi, tranne che per il caso in cui non fossero state ricalendarizzate le udienze in modo da evitare che venissero in scadenza nel periodo di sospensione i termini a difesa calcolati a ritroso dall'udienza. Problema comunque agevolmente risolvibile chiedendo in tal caso di essere rimessi in termini, possibilità peraltro espressamente prevista dal medesimo decreto (art 3, comma 7).

Per lo svolgimento delle udienze al termine del periodo di sospensione l'art 3 aveva poi previsto, al quarto comma, il passaggio in decisione *“sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti abbia chiesto 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”*, udienza che si sarebbe comunque svolta con collegamento da remoto (comma 5).

Un improvvido parere reso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza della Commissione speciale del 10 marzo ha però inspiegabilmente escluso che si fosse di fronte ad un'applicazione eccezionale dell'istituto della sospensione dei termini processuali contemplato dall'art 54 del d lgs 104/2010, e che si dovesse ritenere in realtà sospeso unicamente il termine per la notifica del ricorso originando un'incertezza interpretativa della quale francamente non si sentiva alcuna necessità²³.

²¹ Si vuol dire che con la sospensione il processo entra in una fase di quiescenza, e cioè che pende ma non procede: cfr. E.T. Liebman, *Sulla sospensione propria e “impropria del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1958, 153 ss; F. Cipriani, *Sospensione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 2004; C. Punzi, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963284 ss; S. Menchini, *Sospensione del processo civile*, in *Enc dir.*, XLIII, Milano 1990, 55.

²² V. *ante sub nt 16*.

²³ L'interpretazione del Consiglio di Stato è stata unanimemente criticata dai commenti dottrinali immediatamente dedicati al d.l. 11/2020. V. in ptcl F. Francario, *L'emergenza coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, In

3.3. - Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18.

L'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 dispone l'abrogazione dell'art 3 del dl 11/2020 regolando diversamente il regime della sospensione, che viene prorogata fino al 15 aprile. La nuova disciplina²⁴, se per un verso elimina l'incertezza interpretativa originata dal parere del Consiglio di Stato, precisando che sono sospesi *“tutti i termini relativi al processo amministrativo”*, per l'altro introduce significative innovazioni. Laddove secondo l'art 3 del d.l. 11/2020 la trattazione della domanda cautelare, con decreto monocratico, durante il periodo di sospensione, rimaneva comunque un'eventualità rimessa all'iniziativa di parte, onerata di presentare apposita istanza in tal senso, a prescindere dalla sussistenza dei più restrittivi presupposti richiesti dal primo comma dell'art 56 del d.lgs. 104/2010 (*“caso di estrema gravità e urgenza”*), in luogo del *“pregiudizio grave e irreparabile”* richiesto dall'art 55 primo comma per le misure cautelari collegiali); nell'art. 84 viene invece escluso che la trattazione (monocratica) possa dipendere da un'iniziativa di parte e viene imposta come forma *“ordinaria”* di trattazione durante il periodo della sospensione: *“I procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo, e la relativa trattazione collegiale è fissata a una data immediatamente successiva al 15 aprile 2020”* (art 84 comma 1, terzo cpv). Opportunamente, si dispone però che la decisione monocratica venga assunta *“nel rispetto dei termini di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo”* (non prima quindi di venti giorni dalla notifica e di dieci dal deposito), facendo salva la possibilità della parte di chiedere, al ricorrere dei già ricordati più restrittivi presupposti richiesti dal primo comma dell'art. 56, la pronuncia monocratica non solo *“secondo il rito”* ma *“ai sensi”* dell'art. 56, senza attendere pertanto i termini di cui all'art 55.

Come eccezione nell'eccezione, il secondo comma dell'art 84 prevede inoltre la possibilità che le controversie possano essere comunque trattate, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, nel periodo compreso tra il 6 e il 15 aprile, ove vi sia l'accordo delle parti; rendendo in tal modo disponibile

Federalismi.it; M.A. Sandulli, *Sospensione dei termini processuali dall'8 al 22 marzo: il Parere del CdS sulle misure urgenti anti-COVID-19 non risolve ma aumenta l'insicurezza*, in *Lamministrativista.it*; F. Volpe, *Commento all'art 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11*, in *LexItalia.it*, ai quali adde anche gli Autori citati sub nota seguente.

²⁴ Per i primi commenti v. F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e la “cura” per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid 19*, 23 marzo 2020; M.A.Sandulli, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid 19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto “cura Italia”*, in *Lamministrativista.it*; Id. *I primi chiarimenti del Presidente del Consiglio di Stato sul decreto “cura Italia”*, *ivi*; F. Saitta, [Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?](#), in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid 19*, 6 aprile 2020; N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in *Giustamm.it.*; F. Volpe, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *Lexitalia.it.*; C. Cataldi, *La giustizia amministrativa ai tempi del Covid 19*, in *Giustamm.it.*

alle parti la sospensione del processo. Tralasciamo ogni considerazione sulla disposizione dettata, evidentemente sempre “*in deroga a quanto previsto dal comma 1*”, per la trattazione nel medesimo periodo 6 – 15 aprile dei procedimenti cautelari in cui sia stato emanato decreto monocratico di accoglimento totale o parziale della domanda cautelare.

Al quinto comma, l’art 84 del d.l. 18/2020 conferma la previsione, già recata dall’art 3 del dl 11/2020, di un periodo, che si suppone di transizione verso il ripristino della normalità, nel quale le controversie, sia di merito che cautelari, vengono decise seguendo una procedura semplificata che, in deroga al disciplina ordinaria recata dal codice del processo amministrativo, a fini acceleratori, esclude la discussione in udienza pubblica o camerale: “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino 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, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell’articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso*”.

3.4. - Il dl 4 aprile 2020 n. 23.

L’art 36 del dl 4 aprile 2020 n. 23 al primo comma ha prorogato fino all’11 maggio 2020 la sospensione per i processi civili, penali, tributari e militari e dettato nuovamente una disposizione atipica per il processo amministrativo al terzo comma, prevedendo che “*Nei giudizi disciplinati dal codice del processo amministrativo sono ulteriormente sospesi, dal 16 aprile al 3 maggio 2020 inclusi, esclusivamente i termini per la notificazione dei ricorsi, fermo restando quanto previsto dall’articolo 54, comma 3, dello stesso codice*”.

Viene dunque nuovamente distorta l’applicazione logica e lineare dell’istituto della sospensione dei termini, riproducendo la già criticata e incomprensibile teorizzazione proposta dal Consiglio di Stato nel parere reso dalla Commissione speciale nell’adunanza del 10 marzo 2020 con riferimento al dl 11/2020. Dopo che il dl 18/2020 aveva chiarito che la sospensione dovuta all’emergenza Covid 19 si applicasse “a tutti” i termini processuali.

Si è già detto che rimane in assoluto incomprensibile la logica di ritenere che le peculiari ragioni alla base della attuale eccezionale sospensione dei termini per contrastare l’emergenza Covid 19 impongano la sospensione del solo termine di proposizione del ricorso. Il problema sembrava sopito ma è stato riproposto con forza dal nuovo decreto, costringendo la dottrina a tornare immediatamente sul tema per sottolineare quanto è forse ancora più grave ; e cioè come possa mai “*dirsi “equo e imparziale” e rispettoso del principio “della parità delle parti” un processo in cui –nonostante il Governo abbia ritenuto che l’emergenza pandemica fosse ancora tale da giustificare la sospensione dei termini giudiziari civili, penali, tributari e contabili e di quelli per la notifica dei ricorsi dinanzi al giudice amministrativo – le parti (tendenzialmente quelle resistenti e controinteressate) che, per pura (drammatica e assolutamente non prevedibile) ventura, si sono trovate a incorrere nelle scadenze di cui all’art. 54 c.p.a.*



nel periodo tra il 16 aprile e il 3 maggio prossimi), non possono adeguatamente difendersi contro le censure, le eccezioni e i rilievi che le loro controparti hanno potuto “tranquillamente” redigere e “documentare” in un periodo anteriore all'emergenza (circostanza che, evidentemente, consente a queste ultime una più agevole e limitata produzione documentale e difensiva in vista dell'udienza”²⁵.

Detto in altri termini: essendo venuta meno la possibilità di chiedere fondatamente la rimessione in termini in vista delle udienze la cui fissazione richieda lo svolgimento dell'attività difensiva nel suddetto arco temporale, la falsa sospensione dei termini obbliga le parti a riaprire e tenere aperti gli studi professionali per poter preparare e svolgere comunque l'attività difensiva nel perdurare dell'emergenza sanitaria e poco importa se l'avvocato non avrà tempo e modo di predisporre le attività difensive (si suppone per le medesime ragioni che inducono a sospendere il termine per la predisposizione e notifica dei ricorsi): la causa passa comunque in decisione all'udienza già fissata. Al di là della mancata considerazione dell'esigenza sanitaria che è alla base di tutte le disposizioni emergenziali, ciò in buona sostanza significa che la disciplina del processo amministrativo, differentemente da quella degli altri processi giurisdizionali, non si preoccupa di garantire la pienezza del contraddittorio, consentendo di sollevare più che fondati dubbi sulla sua costituzionalità²⁶.

Oltre a quello relativo alla ratio normativa, la disposizione pone comunque anche innumerevoli problemi esegetici, solo in parte risolti dalla relazione illustrativa che precisa che il riferimento ai “ricorsi” comprende quelli “di primo e secondo grado: introduttivo, appello, incidentale e per motivi aggiunti, ecc.”, sui quali non ci si vuole per il momento soffermare preferendo giungere alle osservazioni conclusive del discorso sin qui svolto.

4. - Considerazioni conclusive.

Il solo balletto cui si è assistito, su come debba intendersi l'istituto processuale della sospensione nel giudizio amministrativo (tutti i termini; no, solo quelli per ricorrere; tutti i termini; no, solo quelli per ricorrere), è fatto di per sé deprecabile perché fornisce il classico esempio di quella prassi che si è in precedenza indicata come fattore primo della paralisi dei processi decisionali di qualsivoglia operatore giuridico in qualsivoglia settore dell'ordinamento: iperproduzione normativa, continuamente cangiante con meccanismi di pura e semplice sovrapposizione alle normative preesistenti, con effetto di disorientamento finale. Sempre per quanto si è in precedenza esposto, spiace poi dover constatare che,

²⁵ M.A. Sandulli, *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è riservata alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al pieno contraddittorio difensivo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza COVID 19, 9 aprile 2020; Id., *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è 'riservata' alle azioni. Con postilla per una proposta di possibile soluzione*, *ivi*.

²⁶ M.A. Sandulli, *op. ult. Cit.*



(solo) nel caso del processo amministrativo, la disciplina dell'istituto della sospensione si allontani dal rispetto di principi comuni di diritto processuale per approdare ad una falsa sospensione priva di qualsivoglia ratio normativa (e che, detto per inciso, si auspica non possa esser ridotta a esigenze prettamente di organizzazione giudiziaria che avrebbero potuto essere parimenti soddisfatte eliminando la sospensione dei termini feriali nel periodo estivo o, come era nelle previsioni originariamente recate dal dl 11/2020, aumentando proporzionalmente il carico di lavoro al termine del periodo di sospensione). L'osservazione più grave rimane comunque quella per cui tutte le incertezze interpretative sono al fondo ingenerate da una tendenza ormai sempre più evidente a diminuire le garanzie processuali nei giudizi amministrativi. Le incertezze interpretative di questa decretazione d'urgenza sono all'evidenza ingenerate da una disciplina eccessivamente analitica che, per un verso, condiziona la rimodulazione in concreto dei calendari delle udienze collegiali come se questi fossero noti al legislatore e come se la finalità non fosse quella di evitare gli spostamenti degli operatori da e verso gli uffici giudiziari e gli assembramenti al loro interno per udienze e attività di cancelleria; e che, per l'altro, non si preoccupa di garantire che tale rimodulazione prima di ogni altra cosa dovrebbe invece garantire il rispetto della pienezza del contraddittorio. S'intravede chiaramente un disegno che, si è disposti a scommettere, cercherà di prendere corpo nel futuro prossimo venturo, una volta terminata l'emergenza, in cui si potrà praticamente fare a meno di tutta l'attività processuale delle parti diversa dalla proposizione delle domande (memorie, repliche, produzioni documentali, richieste istruttorie e trattazione orale)²⁷.

Sembrerebbe, in conclusione, che l'emergenza Covid 19 abbia reso il processo amministrativo oggetto di un attacco concentrico, arrecato *ab externo*, dalla tendenza a depotenziarne efficacia e incisività nei confronti dell'attività *contra jus* della pubblica amministrazione, e, per così dire, dall'interno, attraverso una strisciante ma costante riduzione delle garanzie tipiche di un processo giurisdizionale che tende a ricondurlo nei limiti originari di una procedura paragiurisdizionale. Correndo il rischio, paventato da un insigne Maestro, derivante dal fatto che “*se si riconosce al ricorrente la sola potestà di dar vita ad un processo mentre nel contempo sia attribuito al giudice, anche in via concorrente, il potere di determinare l'oggetto del giudizio o la sua effettiva estensione ... in realtà si nega in un tale processo ogni garanzia di giustizia*”²⁸. Chi abbia a cuore le sorti della giustizia amministrativa nel nostro sistema costituzionale deve oggi necessariamente muoversi su entrambi i fronti.

²⁷ Il rischio che ci si trovi di fronte non ad una pura e semplice e per certi versi inevitabile contrazione del diritto nel periodo dell'emergenza, ma alla creazione di un vero e proprio “*diritto della sospensione*” in grado di fungere da modello per un nuovo rito da adottare nel prossimo futuro è chiaramente evidenziato, tra gli altri, anche da G. Severini, intervento al *webinar* del 9 aprile 2020 organizzato da Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Università degli Studi di Firenze e Università degli Studi di Perugia sul tema “*Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus - seconda e conclusiva giornata*”.

²⁸ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 36.