

ANTONIO BARONE
Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Catania
antoniobarone@baronestudiogale.com

DIRITTO AMMINISTRATIVO, EMERGENZA “SISTEMICA” E URGENZA PROCESSUALE

ADMINISTRATIVE LAW, “SYSTEMIC” EMERGENCY AND PROCEDURAL URGENCY

SINTESI

Il tema del rapporto tra emergenza, rischio e rispetto delle posizioni giuridiche fondamentali, anche nell'ottica della giurisprudenza del giudice amministrativo, si presta ad una molteplicità di letture, nell'ambito delle quali il saggio sviluppa una breve riflessione sulle odierne dinamiche relazionali tra emergenza sul piano del diritto sostanziale e urgenza sul piano del diritto processuale.

ABSTRACT

The relationship between emergency, risk and respect for fundamental rights, also from the perspective of the case-law of administrative judges, lends itself to a multiplicity of readings, within which the essay develops a brief reflection on today's relational dynamics between emergency and urgency in administrative law and procedural law.

PAROLE CHIAVE: Rischio, diritti fondamentali, emergenza, urgenza, processo

KEYWORDS: risk, emergency, urgency, respect for fundamental rights

INDICE: 1. Emergenza “puntuale” ed emergenza “sistemica”; 2. L'urgenza processuale e il processo amministrativo “nell'emergenza”; 3. La risposta al “cigno nero” ed il paradosso del rito processuale speciale post-emergenziale; 4. Il “genietto alato” e la tutela delle posizioni giuridiche fondamentali

1. Emergenza “puntuale” ed emergenza “sistemica”

L'amministrazione dell'emergenza costituisce una tematica che ormai da tempo è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina amministrativistica¹. E' stata evidenziata, in particolare, la progressiva dilatazione del con-

¹ Per tutti, AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

petto di “emergenza”², comprensivo sia degli eventi già realizzati che di quelli anticipatamente rappresentati³. Ciò porta, come è stato sostenuto, «ad inserire l'emergenza in un più vasto contesto di amministrazione del rischio»⁴.

Le caratteristiche distintive della odierna «società del rischio» pongono numerosi profili di riflessione anche nell'ottica del giurista. La tradizionale deferenza del diritto verso i portati tecnico-scientifici, infatti, non è più da sola una risposta esaustiva. La certezza del diritto non risulta più legata esclusivamente alla fissazione in via normativa delle soglie massime di inquinamento o dei valori limite di sicurezza per la salute umana e per l'ambiente. In una siffatta prospettiva, la certezza del diritto si sgancia dalla tradizionale stabilità dei provvedimenti amministrativi aprendo la prospettiva della c.d. amministrazione “riflessiva”⁵.

Il tema del rapporto tra emergenza, rischio e rispetto delle posizioni giuridiche fondamentali, anche nell'ottica della giurisprudenza del giudice amministrativo, si presta ad una molteplicità di letture, nell'ambito delle quali intendo sviluppare una breve riflessione sulle odierne dinamiche relazionali tra emergenza sul piano del diritto sostanziale e urgenza sul piano del diritto processuale; ciò nella consapevolezza della necessaria riduzione ad unità dell'ordinamento giuridico come diritto-azione-processo⁶.

Sul piano sostanziale, occorre a mio avviso distinguere tra una emergenza “sistemica” ed una emergenza “puntuale”. Quest'ultima è legata a singoli eventi, a vicende puntuali di rottura dell'ordinamento giuridico che la dottrina amministrativistica ha analizzato in senso critico, segnalandone lucidamente la

2 S. CASSESE, *Conclusioni* al Convegno *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, cit.

3 C. MARZUOLI, *Il Diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, cit. Del resto, come rileva F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, ivi, la legge sulla protezione civile (24 febbraio 1992, n. 255) non riguarda solo gli eventi calamitosi ma anche le “situazioni di pericolo”, comunque determinate (art. 5, 3° comma).

4 C. MARZUOLI, *Il Diritto amministrativo dell'emergenza* cit.

5 Sul punto sia consentito il rinvio al mio lavoro *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

6 Secondo il noto insegnamento di S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, p. 220 ss.

vis expansiva al di là di ogni ragionevole e plausibile giustificazione (emblematico resta l'esempio della legislazione sui commissariamenti per i c.d. “grandi eventi”)⁷. L'amministrazione “dell'emergenza”, in particolare, si affianca, coesiste ed opera parallelamente all'amministrazione “ordinaria”.

L'emergenza “sistemica” ha, invece, una valenza globale, legata (ad esempio) alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ai sensi del codice di protezione civile. In questi casi la rottura ordinamentale non è puntuale ma, appunto, sistemica⁸. Basti pensare alla emergenza da Covid-19 ed allo stravolgimento del sistema delle fonti concretizzatosi in quel periodo: trionfo della normazione tramite DPCM, esplosione delle ordinanze contingibili ed urgenti di sindaci e presidenti delle regioni anche in deroga alle fonti statali, continua revisione delle misure emergenziali in relazione all'evoluzione delle conoscenze scientifiche ed alla stessa evoluzione del contagio⁹.

In contesti di emergenza “sistemica” la coesistenza tra amministrazione dell'emergenza e amministrazione ordinaria tende a scomparire di fronte alla quasi fisiologica trascinamento della prima in tutti i campi della seconda, fino a non consentire talora una reale distinzione tra i due modelli di amministrazione, ordinaria ed emergenziale.

2. L'urgenza processuale e il processo amministrativo “nell'emergenza”

In linea generale, il sistema di giustizia amministrativa è dotato di strumenti di urgenza processuale certamente idonei a rispondere a situazioni emergenziali ordinarie. La tutela cautelare assicurata dal giudice amministrativo è esempio emblematico al riguardo.

L'emergenza “sistemica” rilancia non soltanto il potere pubblico e le sue multiformi manifestazioni di tipo autoritativo, ma anche, conseguentemente, il

⁷ Cfr. sul punto M. ALLENA, M. CAPANTINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in «Il diritto dell'economia», vol. 28, n. 87 (2-2015)

⁸ Su queste tematiche è d'obbligo il rinvio a L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

⁹ Per tutti, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10 aprile 2020.

controllo giurisdizionale sul potere pubblico¹⁰, che in contesti emergenziali è soprattutto un controllo in via d'urgenza. Non a caso, durante il periodo della pandemia da Covid-19 il giudice amministrativo, proprio grazie alla sua “accessibilità immediata”, ha svolto un delicato ruolo di bilanciamento tra valori ed interessi di rango costituzionale come, ad esempio, il diritto alla salute, la libertà di circolazione, il diritto al lavoro e le libertà economiche¹¹. Sembra quindi plausibile sostenere che, almeno in linea teorica, il cappello dell'urgenza processuale copra indistintamente emergenza, rischio e pericolo nella prospettiva assorbente del *periculum in mora* (art. 55 CPA) o della “estrema gravità e urgenza” (art. 56 CPA)¹².

L'emergenza “sistemica” della pandemia da Covid-19, tuttavia, è stata affrontata dal giudice amministrativo con gli strumenti della urgenza processuale “ordinaria”. Il legislatore, infatti, non ha introdotto nel processo amministrativo strumenti di tutela d'urgenza “speciali” ed originali per l'emergenza” sistemica¹³. Si è quindi affermato un modello di processo amministrativo

10 Cfr. B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Università Mercatorum, 2019.

11 Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, www.giustizia-amministrativa.it, 2021.

12 Sulla tutela cautelare dopo il codice del processo amministrativo: M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, relazione al 56° convegno di studi amministrativi su *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Varenna, 23-25 settembre 2010, consultabile anche in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1130 ss.; ID., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it; A. TRAVI, *Tutela cautelare (dir. amm.)*, Treccani, diritto on-line, 2013; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 4, 2010, 1165; M. ALLENA - F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 191 ss; A. POLICE, *La tutela cautelare di primo grado*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, G.P. Cirillo (a cura di), Padova, 2017; M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi*, in www.federalismi.it, 2017.

13 Per una riflessione critica sugli interventi legislativi in materia di processo amministrativo durante l'emergenza pandemica cfr. M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 31 marzo 2020; 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; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020, n.18*, in www.giustamm.it, 3, 2020; F. FRANCIOSI, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, www.giustiziainsieme.it.

“nell'emergenza” (sistemica), nell'ambito del quale gli strumenti processuali ordinari, ampiamente rodati rispetto alle situazioni di emergenza “puntuale”, sono stati piegati e adattati ad una situazione emergenziale del tutto diversa, nella quale l'urgenza processuale costituiva non di rado l'unico viatico per la tutela giurisdizionale¹⁴.

Si prenda, ad esempio, lo strumento processuale del decreto presidenziale, che in diversi casi ha costituito il solo provvedimento giurisdizionale intervenuto a dirimere la controversia.

In contesti di emergenza “sistemica”, si spezza il carattere ancillare del decreto presidenziale rispetto alla tutela cautelare collegiale, in quanto la temporaneità e continua rivedibilità delle misure emergenziali rischiano di determinare la chiusura anticipata della vicenda processuale per improcedibilità correlata alla sopravvenuta carenza di interesse¹⁵.

Emblematico è il caso del decreto presidenziale di sospensione degli effetti dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana di temporaneo sgombero degli hotspot e dei Centri di accoglienza dei migranti, siti nel territorio siciliano, per ragioni legate alla impossibilità di garantire le misure sanitarie di prevenzione dal contagio.

La sentenza che ha definito la controversia ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse da parte della Regione Sicilia-

14 Le riflessioni svolte concernono solo il processo amministrativo. La dottrina processual-civilistica ha lucidamente segnalato l'emersione di un vero e proprio diritto processuale dell'emergenza; per tutti cfr. R. MARTINO, *Situazioni d'urgenza e diritto processuale dell'emergenza*, in R. MARTINO, F. ALICINO, A. BARONE (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 481-514.

15 Per un'analisi statistica e giurisprudenziale dettagliata, specificatamente afferente alla tutela cautelare monocratica erogata nel periodo emergenziale, cfr.: gli approfondimenti tematici, al sito giustamm.it, a cura di: T. COCCHI - B. GARGARI - V. SORDI, *La tutela cautelare di secondo grado ai tempi del COVID-19. Primissime applicazioni del Consiglio di Stato*, 6 aprile 2020; V. SORDI, *Una “prima lettura” dei decreti monocratici “derogatori” assunti dai giudici di primo grado*, 17 aprile 2020; ID., *“Primo monitoraggio” dei decreti cautelari pronunciati dal TAR Lombardia e dal Tar Puglia*, 2 aprile 2020; B. GARGARI, *Effetti concreti dell'art. 84 del decreto Cura-Italia nei decreti monocratici del TAR Lazio, del TAR Piemonte e Tar Veneto*, 2 aprile 2020; nonché il Focus tematico: *Decreti monocratici emessi nel periodo emergenziale Covid-19*, a cura di G. VELTRI, www.giustizia-amministrativa.it.

na in conseguenza dell'intervenuta perdita di efficacia dell'ordinanza presidenziale, nonostante le parti avessero dichiarato il persistente interesse al ricorso¹⁶.

Ne deriva che, soprattutto in contesti di emergenza “sistemica”, il decreto presidenziale rimane l'unico intervento giudiziale sul caso controverso, idoneo addirittura a definire (nei limiti evidenziati) la vicenda, così snaturando del tutto le sue caratteristiche.

Al riguardo, sembra quanto mai opportuno tornare a riflettere sulla rilevanza dell'interesse morale o strumentale alla decisione¹⁷, specie in contesti di emergenza sistemica. Parimenti, v'è da chiedersi se, proprio nei contesti peculiari in esame, i profili di incostituzionalità della limitazione dell'appellabilità dei decreti presidenziali non risultino più evidenti di quanto finora emerso¹⁸.

3. La risposta al “cigno nero” ed il paradosso del rito processuale speciale post-emergenziale

L'emergenza pandemica, fortunatamente, è ormai alle nostre spalle. Nella fase post-pandemica in cui viviamo, tuttavia, si conferma il forte rilancio del potere pubblico, anche nella forma dei poteri di programmazione. In particolare, l'epoca post-pandemica è caratterizzata dal forte rilancio della programmazione economica, che, da ultimo, ha trovato una rinnovata centralità tanto a livello eurounitario quanto sul piano nazionale attraverso il programma *Next Generation EU* (NGEU) ed il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

16 Si tratta dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 33/2020, efficace dal 23/8/2020 al 10/9/2020, sospesa con Decreto presidenziale del TAR Palermo n. 842 del 27/8/2020. Ad esito della camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare, svoltasi in data 18/9/2020, il TAR Palermo, sez. III, ha emesso sentenza breve n. 1952 del 25/9/2020, dichiarando l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Va tuttavia precisato che, nel caso di specie, il Collegio ha comunque proceduto ad una (pur sommaria) delibazione del merito della controversia in sede di regolazione del regime delle spese del giudizio, alla luce del criterio della soccombenza virtuale.

17 La tematica può solo essere accennata; si rinvia sul punto a L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; R. VILLATA, *Interesse ad agire (Diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

18 In argomento v. R. DAGOSTINO, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, Giustiziainsieme.it, 4/12/2020.

Riprendendo il bel saggio del filosofo e matematico Nassim Taleb, il PNRR e più in generale il NGEU costituiscono la risposta al “cigno nero” della pandemia¹⁹.

Nella fase post-emergenziale la realizzazione degli obiettivi del PNRR diventa interesse pubblico primario da realizzare, un “risultato” da assicurare per poter ricevere i trasferimenti dei fondi NGEU a parte della Commissione Europea. Di fronte a questo interesse pubblico primario, questa volta, il legislatore ha deciso di introdurre un regime processuale speciale, così determinando il paradosso di un rito processuale per uscir fuori dall'emergenza (sistemica), disciplinato senza che esistessero prima strumenti processuali d'urgenza “speciali” per l'emergenza sistemica.

Questo rito processuale speciale per tutte le controversie riconducibili a finanziamenti PNRR presenta gravi criticità, già segnalate dalla dottrina²⁰.

Mi riferisco, in particolare, alla drastica limitazione della tutela cautelare (emblematici i casi dello snodo ferroviario di Bari e della linea ferroviaria Palermo-Catania)²¹, così come alla estensione dell'art. 125 CPA a tutte gli appalti PNRR, con la conseguente primazia della tutela risarcitoria rispetto a quella in forma specifica.

19 N.N. TALEB, *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Il Saggiatore, Milano, edizione 2023. I primi due Regolamenti adottati per fronteggiare la pandemia da Covid-19, infatti, trovano fondamento nell'art. 122, par. 2, TFUE, che consente all'Unione di prestare “assistenza finanziaria” a determinate condizioni allo Stato membro che “si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo”. In particolare, trovano fondamento nell'art. 122, par. 2, TFUE, il Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020 e il Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020. Per una riflessione critica sui temi del PNRR, nell'ambito di una ormai vasta letteratura, cfr. M.C. CAVALLARO, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2023, p. 445-465.

20 Cfr. F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *Giustiziainsieme*, 27/7/2022, www.giustiziainsieme.it; M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in *Federalismi.it*, 5/4/2023, www.federalismi.it.

21 Con riferimento allo snodo ferroviario di Bari v. l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 25/7/2022, n. 3601. Per la linea ferroviaria (raddoppio) Palermo-Catania v. TAR Sicilia, Catania, sez. II, n. 172 del 17/4/2023.

La dottrina ha efficacemente denunciato la “trappola” dell’abbandono della tutela in forma specifica²², segnalando al contempo il rischio di una stazione appaltante costretta a instaurare e proseguire il rapporto contrattuale nonostante evidenti criticità, col duplice risultato negativo per la collettività della condanna al risarcimento del danno ed altresì dell’inadeguatezza dell’opera o servizio realizzato²³.

Il regime processuale speciale per tutte le controversie riconducibili a finanziamenti PNRR non può essere considerato una conseguenza della limitazione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, né del resto esso risulta ascrivibile in altro modo al diritto eurounitario. Lo stesso principio del “risultato” non può in alcun modo legittimare una così forte compressione dei poteri del giudice amministrativo, pur finalizzata ad una maggiore efficienza ed alla correlata riduzione dei tempi processuali²⁴.

Invero, come è stato efficacemente evidenziato, le istituzioni europee non ritengono efficace in materia di appalti una tutela di carattere meramente risarcitorio²⁵. Ne deriva la contrarietà al diritto UE della tendenza legislativa italiana a configurare contratti pubblici “ricorso-resistenti” così come a limitare la tutela cautelare anche al di là della sfera degli appalti.

4. Il “genietto alato” e la tutela delle posizioni giuridiche fondamentali

Taleb ci ricorda che, spesso, per fronteggiare le conseguenze di un “cigno nero” si possa generare un nuovo cigno nero: nell’epoca dei diritti presi sul se-

22 Cfr. F. FRANCIOSI, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2021, www.questionegiustizia.it. Secondo l’A. si tratta di “un pretesto per fornire un surrogato e, soprattutto, per abbandonare la forma di tutela specifica dell’annullamento, l’erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui si è introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e si è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo”.

23 Si rinvia sul punto ai lavori di M.A. SANDULLI, tra i quali, *ex multis*, v. *Il rito speciale dei contratti pubblici nel primo decennio del C.P.A.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 183 ss.

24 Su questi temi, in generale, v. di recente A.G. OROFINO, *Il processo amministrativo, tra accelerazione ed effettività*, in V. FANTI (a cura di), *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, vol. I, Esi, Napoli, 2019, pag. 513-556.

25 Cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale dei contratti pubblici cit.*

rio v'è quindi il rischio della ineffettività della tutela giurisdizionale. La fine dell'emergenza sistemica non può giustificare in alcun modo la sospensione degli strumenti di urgenza processuale del giudice amministrativo.

La vastità del perimetro applicativo del regime processuale speciale "PNRR" crea tensioni insolubili con gli artt. 24, 11 e 113 Cost., e non può neppure trovare legittimazione in ragioni emergenziali che non esistono più e che sono oggi prive di fondamento giuridico. Sotto questo profilo il tentativo di inquadrare il raggiungimento dei risultati programmati del PNRR in termini di emergenza sistemica non è convincente e, anzi, risulta fallace.

Maria Cristina Cavallaro e Biagio Giliberti hanno magistralmente organizzato i convegni "gemelli" (rispettivamente) di Napoli e Palermo, sotto la sempre attenta direzione di Luca Perfetti ed il coinvolgimento della direzione della rivista PA Persona e Amministrazione. Proprio in occasione del convegno napoletano ho avuto occasione di visitare nuovamente il capolavoro settecentesco della cappella di San Severo di Raimondo di Sangro. Lì è possibile ammirare, insieme al famosissimo "Cristo velato", il meno noto gruppo scultoreo del "disinganno", in cui campeggia la figura di un uomo raffigurato nel gesto di liberazione da una fitta rete simboleggiante il peccato. Accanto all'uomo che si divincola dalla rete è possibile scorgere un genietto alato che aiuta il protagonista a liberarsi.

Mi piace pensare che quella fitta rete rappresenti idealmente l'insieme delle limitazioni ai nostri diritti che abbiamo subito durante e in parte anche dopo l'emergenza pandemica. Mi piace altresì immaginare che quel genietto alato raffiguri idealmente il nostro giudice amministrativo, che deve continuare a mantenere quel ruolo di garanzia delle posizioni giuridiche fondamentali dei cittadini nonostante i tentativi poco meditati di limitare i suoi poteri e nonostante alcune tendenze dello stesso giudice amministrativo di prestare talora attenzione privilegiata alle esigenze del pubblico potere.

Le dinamiche relazioni tra emergenza sostanziale e urgenza processuale superano a mio avviso la questione dell'autonomia del processo amministrativo rispetto al diritto sostanziale, ponendo invece la questione centrale della funzionalità del processo amministrativo allo stesso modo di intendere il diritto amministrativo²⁶.

²⁶ Così I.M. MARINO, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di A. Barone, vol. II, ESI, Napoli, pag. 988.