DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLE MISURE DI CONTRASTO ALL'EPIDEMIA

ALFONSO VUOLO
(Professore ordinario di Diritto costituzionale,
Università di Napoli Federico II)

Data di pubblicazione: 20 giugno 2020

Il presente articolo è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio anonimo

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

ALFONSO VUOLO*

Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia**

Abstract (It.): *il saggio costituisce lo sviluppo della relazione svolta nel corso del seminario «Stato di diritto, emergenza e tecnologia». In esso è affrontato il tema del controllo in sede giurisdizionale dei proteiformi provvedimenti emanati per il contrasto alla diffusione del contagio, con specifico riguardo alle notevoli difficoltà registrate nel raccordo tra gli enti in cui è articolata la Repubblica.*

Abstract (En.): *the essay is the development of the relation carried out during the seminar «Rule of law, emergency and technology». It deals with the issue of judicial control of the different measures to face the spread of contagion, with specific regard to the considerable difficulties concerning the relations between the entities of the Italian Republic.*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II.

** Il lavoro costituisce lo sviluppo della relazione svolta nel corso del webinar «Stato di diritto, emergenza e tecnologia», organizzato da Giovanna De Minico e Massimo Villone e tenuto il 4 e 5 maggio 2020. Esso si colloca altresì nell'ambito del progetto di ricerca «Problematiche giuridiche ed economiche scaturite dall'emergenza Coronavirus e conseguenze del fenomeno nei sistemi politico-istituzionali», coordinato dal prof. Sandro Staiano, Università di Napoli Federico II.

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni. – 3. Il ruolo del giudice comune. – 4. Il rilievo della tutela cautelare. – 5. La nuova configurazione di alcuni istituti processuali.

1. *Premessa*

È doverosa un'avvertenza di carattere generale. Le vicende normative dell'emergenza epidemiologica hanno assunto una consistenza ciclopica, sicché ogni sforzo, pur sovraumano, di darne integrale conto è illusorio.

Si susseguono, infatti, a ritmo incalzante, tra gli altri, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze regionali e contro-ordinanze sindacali coi relativi chiarimenti, decreti-legge, circolari, FAQ.

Si tratta di una sorta di dannazione di Sisifo con l'ulteriore aggravio che, già in partenza, non c'è la prospettiva di venirne a capo talmente è rapido il processo di produzione normativa, che, per giunta, al crepuscolo tende a essere più intenso[1]. Per non perdere il senno a causa della frustrazione, bisogna accontentarsi di ricostruzioni parziali, coltivando però il ragionevole auspicio che, a differenza della figura mitologica, la nostra pena non sarà per l'eternità.

[1] Si vedano le considerazioni di A. D'ALOIA, *L'emergenza e… i suoi 'infortuni'*, in *Dir. fond.*, 26 marzo 2020, spec. 3 ss., *www.dirittifondamentali.it*.

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

Con questa consapevolezza, mi soffermerò su quattro punti che ritengo essenziali relativamente al sindacato giurisdizionale sugli atti di governo dell'emergenza.

2. *L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni*

La Corte costituzionale, finora, non è stata chiamata a intervenire sulle vicende in atto.

Non è stato possibile farlo nella sede del giudizio di legittimità, in quanto l'attività di regolazione dell'emergenza, nella fase iniziale, è deflagrata in atti non ascrivibili al novero di quelli legislativi, che, come ovvio, esulano dal giudizio di legittimità costituzionale.

Non è accaduto nella successiva fase, quando ai proteiformi provvedimenti statali e sub-statali[2] è stata offerta copertura da fonti di rango primario (decreti-legge e leggi di conversione), per la semplice ragione che non sono state sinora proposte pregiudiziali di costituzionalità[3].

---

[2] Si tratterebbe di "sfregi" costituzionali della prima fase dell'emergenza, cancellati *ex post* dagli atti con forza di legge, secondo G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 2020, par. 3. Pur non essendo critico riguardo alla generale strategia di contrasto all'epidemia, sulla legittimità di questa sorta di sanatoria manifesta perplessità M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2/2020, 112, *www.rivistaaic.it*.

[3] Diversamente è accaduto in Francia. Si veda Conseil consitutionnel, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

Ciò non si è verificato in via incidentale probabilmente perché non vi è stato ancora il tempo per farlo, ancorché nella fase cautelare dei giudizi comuni possa essere sollevata la pregiudiziale di costituzionalità[4]; ma, soprattutto, perché gli atti normativi hanno riscontrato il tendenziale favore dell'autorità giurisdizionale, come si dirà di qui a poco.

Questioni di legittimità non sono state però proposte neanche in via principale, laddove, nell'eventualità, sarebbe stato lecito immaginarsi un tempestivo intervento della Corte se avesse fatto uso del potere cautelare: l'art. 35, l. n. 87 del 1953[5], lo àncora, infatti, al «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini», che sarebbe stato spontaneo ipotizzare in ragione delle profonde limitazioni delle libertà che hanno costellato l'azione di contrasto alla pandemia.

---

[4] Diverse sono le opzioni per l'autorità dinanzi alla quale si pone il dubbio di legittimità. Ad esempio, il remittente si riserva di pronunciarsi sulla domanda cautelare all'esito del giudizio di costituzionalità, conservando, dunque, la relativa *potestas iudicandi*; si veda la sentenza n. 10 del 2018. Oppure può rilasciare un provvedimento interinale con effetti limitati fino alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, adita con coeva pronuncia; si vedano le sentenze n. 83 del 2013 e n. 128 del 2010. È stata anche ritenuta ammissibile la pregiudiziale sollevata dal giudice amministrativo *a quo* benché si fosse pronunciato sull'istanza cautelare, considerato che ora l'art. 55, co. 11, d.lgs. 104 del 2010 stabilisce che l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito, sicché l'incidente sarebbe ancora rilevante nel giudizio principale; si veda la sentenza n. 200 del 2014, riguardo alla quale sia consentito rinviare ad A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 23/2014, *www.federalismi.it*.

[5] Modificato dall'art. 9, l. n. 131 del 2003, che, addirittura, riconosce un potere d'ufficio alla Corte. L'art. 21 delle Norme integrative ha poi contemplato anche l'istanza di sospensione avanzata dal ricorrente.

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

In effetti, tra Stato e Regioni pare esservi stato un sostanziale *agreement* volto a desistere dall'intraprendere la via giurisdizionale (qualunque essa sia), pur se l'interlocuzione istituzionale sia stata sovente aspra e lo sia stata specie lungo la faglia politica: governo nazionale giallo-rosso, da un lato, e regioni con guida di centro-destra, dall'altro.

Questo andamento incontra due eccezioni ma nella sede del giudizio amministrativo.

La prima è quella recente costituita dall'impugnazione del provvedimento del Presidente della Regione Calabria, con il quale è stata accelerata la riapertura di bar e ristoranti. Sul punto si dirà più avanti.

La seconda, invece, è risalente agli albori del contrasto all'epidemia. Mi riferisco all'ordinanza con la quale il Presidente della Regione Marche adottava alcune misure che, a distanza di qualche settimana, sarebbero poi state varate a livello nazionale[6]. La Presidenza del Consiglio la impugnava davanti al Tribunale amministrativo; con decreto monocratico, era accolta l'istanza di provvedimenti cautelari anticipatori sulla base della considerazione che le più incisive compressioni non erano giustificate dalla presenza di focolai nella regione (nonostante la circostanza che questa sia confinante con l'Emilia-Romagna, in cui già vi era stato un consistente numero di contagi)[7].

---

[6] Chiusura delle scuole, università, musei, biblioteche nonché la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche.

[7] T.a.r. Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, decreto n. 56. Il decreto è stato poi confermato con ordinanza 5 marzo 2020, n. 63. Su tali decisioni si vedano le notazioni di G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *Coronavirus, il TAR sospende l'ordinanza della Regione Marche (che ne fa un'altra)*, in *laCostituzione.info*, 28 febbraio 2020. *www.lacostituzione.info*; nonché G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *biodiritto.org*, 16 marzo 2020.

Una considerazione. Il Presidente del Consiglio non ha sollevato conflitto di attribuzioni[8] ed è problematico presagire le ragioni che stanno alla base di tale strategia difensiva. Naturalmente si potrebbe liquidare il problema sostenendo che non fossero in discussione competenze di livello costituzionale. Tuttavia, può darsi che abbia inciso anche una ragione di carattere strettamente processuale: la mancanza di un rito monocratico innanzi alla Corte anche nel conflitto intersoggettivo, pur avendo questo dimostrato nel corso del tempo una maggiore dimestichezza con la tutela cautelare per effetto della risalente previsione di cui all'art. 40, l. n. 87 del 1953. Su questo punto però deve evidenziarsi che una nuova prospettiva potrebbe aprirsi per effetto del decreto della Presidente Cartabia del 20 aprile 2020[9]. Questo stabilisce che le modalità dello svolgimento delle udienze e delle camere di consiglio per il periodo dell'emergenza non si applicano a eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza per le quali la Presidente, sentito il Collegio, ravvisi la necessità di trattazione immediata in udienza pubblica, con modalità che saranno all'uopo stabilite[10].

[8] Almeno da quello che risulta pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* nel momento in cui si scrive. È appena il caso di rilevare che, secondo costante giurisprudenza, i due rimedi (giudizio amministrativo e conflitto tra enti) non sono in regime alternativo. Sul punto, in dottrina, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II. *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, spec. 332.

[9] Che, invero, in questa parte reitera il precedente del 24 marzo 2020.

[10] Si veda il par. 1, lett. *e*). Sul punto si veda M. TROISI, *Il processo costituzionale nella fase dell'emergenza: tra omologazione necessaria e rivendicazione della propria autonomia*, in *Federalismi.it*, in corso di pubblicazione.

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

3. *Il ruolo del giudice comune*

Il quadro appena tratteggiato, inevitabilmente, conduce a ritenere che la sede della tutela dei diritti e degli interessi lesi sia, almeno per il momento, quella della giurisdizione comune.

È possibile però un'ulteriore delimitazione di campo. Salvi gli aspetti penali, pare assumere una posizione di primo piano il giudice amministrativo, almeno relativamente al primo periodo di applicazione delle misure varate.

Il ruolo del giudice civile, di contro, sembra essere in un cono d'ombra. A tal riguardo, al netto delle decisioni di carattere strettamente processuale[11], non si rinvengono filoni significativi[12]. Tuttavia, in prospettiva potrebbe esservi un'inversione di tendenza, dal momento che la depenalizzazione delle violazioni delle ordinanze restrittive, compiuta dall'art. 2, d.l. n. 19 del 2020,

---

[11] In dottrina F. DONATI, *Giustizia* online *al tempo del Coronavirus e dopo*, *Consulta OnLine*, 17 aprile 2020, *www.giurcost.org*; nonché P. SERRAO D'AQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, *www.federalismi.it*; N. GIALLONGO - A. PROTO PISANI, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in *judicium.it*, 2020.

[12] È meritevole di qualche notazione solo qualche pronuncia riguardo alla possibilità o meno per il genitore non affidatario di spostarsi per incontrare i figli minorenni oppure per condurli presso di sé. Si sono finora fronteggiati due orientamenti. Uno, minoritario, che interpreta i decreti presidenziali e le ordinanze regionali nel senso che sarebbe una situazione di necessità in quanto essenziale all'equilibrio psico-fisico del minore: così Tribunale di Torre Annunziata, 6 aprile 2020, in *Redazione Giuffré*, 2020. L'altro, maggioritario, secondo il quale per il mantenimento dei rapporti è sufficiente lo strumento telematico: così Tribunale di Vasto, 2 aprile 2020, *Redazione Giuffré*, 2020; Tribunale di Terni, 30 marzo 2020, in *Guida al diritto*, 2020, 18, 15; Tribunale di Bari, 26 marzo 2020, *ivi*, 21.

comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria impugnabile innanzi al giudice ordinario[13].

Per di più, proprio in ragione della sua natura ancipite, l'attivismo del giudice amministrativo si realizza secondo un duplice canale: accanto a quella giurisdizionale, viene in rilievo la funzione consultiva e, a tal proposito, si segnala il parere che ha preceduto l'annullamento straordinario, da parte del Governo, dell'ordinanza sulla c.d. "chiusura dello Stretto" adottata dal sindaco di Messina[14].

Il protagonismo dei giudici amministrativi non sembra incontrare ostacoli dal momento che finora non si è messa in discussione la loro giurisdizione[15]. Questo non è un dato affatto scontato, se solo si riflette sulla generale

---

[13] Tuttavia, è contemplata anche la sanzione accessoria della chiusura provvisoria dell'attività per una durata non superiore a cinque giorni, per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione, sulla quale ci sono pronunce cautelari di segno opposto circa la spettanza o meno, in caso di loro impugnazione, del sindacato al giudice amministrativo. In senso favorevole T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, decreto 24 aprile 2020, n. 183; in senso contrario T.a.r. Campania, Napoli, 23 aprile 2020, decreto n. 933.

Non è da trascurare poi il ruolo del giudice penale in base a quanto previsto dall'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, e in particolare dal comma 6.

[14] C.d.S., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, sul quale si vedano le notazioni di N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario* ex *art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in questa *Rivista*, 1/2020, 11 aprile 2020; A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020. Nell'ambito dell'attività consultiva viene in rilievo anche C.d.S., Commissione speciale, 11 marzo 2020, n. 571, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 3, co. 1, d.l. n. 11 del 2020, con specifico riguardo alla sospensione dei termini processuali nel giudizio amministrativo.

[15] Bisogna rilevare che numerose ordinanze recano in calce la possibilità di adire il giudice amministrativo nel termine di 60 giorni.

sospensione di alcuni diritti fondamentali. Si sarebbe potuto ragionare della loro incoercibilità da parte del potere pubblico. Si pensi al caso della libertà di culto che, per espressa previsione costituzionale, incontra il solo limite dei «riti contrari al buon costume»[16]. In effetti, appare confermato che il diritto involabile assume frequentemente la consistenza e la forma di interesse legittimo: il potere pubblico sorge per bilanciare/contemperare l'interesse sotteso a un bene della vita, pur di rango costituzionale, con altri interessi pubblici e privati, specie poi in uno Stato a forte a caratterizzazione sociale[17]. Il potere pubblico, quindi, è funzionale per attuare il catalogo dei diritti costituzionali.

Per riprendere (e capovolgere) un'indicazione di Massimo Luciani, anche (forse, soprattutto) in questa temperie storica, «i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi» e, ancor prima, «il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi»[18].

In relazione a quest'ultimo aspetto, come già evidenziato, i primi provvedimenti varati non sembravano avere un'adeguata base legislativa, tant'è che è stata ravvisata l'esigenza di darvi copertura: prima l'art. 3, d.l. n. 6 del 2020, ha fatto salvi gli effetti delle sole ordinanze contingibili e urgenti già

---

[16] Lo ricorda F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 137, *www.costituzionalismo.it*. Sul punto si vedano le considerazioni anche di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Quest. giust.*, 18 marzo 2020, *www.questionegiustizia.it*.

[17] N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, 12/2020, spec. 185 ss., *www.federalismi.it*.

[18] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, par. 3.

adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32, l. n. 833 del 1978; successivamente l'art. 2, c. 3, d.l. n. 19 del 2020, ha fatto da scudo, in generale, ai provvedimenti emanati in precedenza[19].

Ma non s'indugia su tale aspetto non essendo l'oggetto di questa riflessione.

4. *Il rilievo della tutela cautelare*

La tutela in questa fase è stata di tipo soltanto cautelare proprio in ragione del fatto che, di norma, le misure contestate hanno efficacia molto limitata nel tempo, finendo a volte ad esaurirsi nel torno di pochi giorni[20].

---

[19] Su questi aspetti. M. BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Oss. cost.*, 3/2020, spec. 14 ss., *www.osservatoriocostituzionale.it*.

[20] Ciò specie in ragione di quanto previsto dall'art. 3, d.l. n. 19 del 2020, secondo il quale: «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. 2. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1 (…)». Il rapporto sussidiario finisce con il privare di efficacia gran parte di questi provvedimenti ingenerando enorme confusione, come notano A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 218, *www.giurcost.org*; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine*

Viene così enfatizzato uno degli elementi connotativi del sistema di giustizia amministrativa, ovvero la centralità della tutela d'urgenza[21], la quale, nel periodo contingente, racchiude *tutta* la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali[22].

Anzi, può dirsi che, in molti casi, la tutela è solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti. In relazione ai provvedimenti che hanno disposto la quarantena domiciliare, ad esempio, non è stato sporadico assistere alla cancellazione della causa dal ruolo[23]. In altre ipotesi, nemmeno la tutela monocratica si è mostrata congeniale allo scopo, mancando pochi giorni alla fine del periodo di isolamento imposto[24].

---

istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in questa *Rivista*, 1/2020, 526; R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, *ivi*, spec. 675 ss.

[21] Tra i tanti, si veda F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, 371 ss.

[22] Ancorché possa residuare un merito come stabilito dal T.a.r. Marche, sez. I, 5 marzo 2020, ord. n. 63. Resta da verificare in futuro il margine concreto per eventuali domande risarcitorie derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati (ma non sospesi). In argomento le notazioni di F. FRANCARIO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, 15 aprile 2020, spec. 5 ss., *www.federalismi.it*.

[23] Ad esempio, si vedano i ricorsi innanzi al T.a.r. Campania, Napoli, contrassegnati con r.g. 1048/2020 e r.g. 1120/2020.

[24] C.d.S., sez. III, 30.3.2020, decreto n. 1553; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 aprile 2020, decreto n. 221; Id., 24 aprile 2020, decreto n. 270. Si veda anche T.a.r. Veneto, sez. II, 21 aprile 2020, decreto n. 205, secondo il quale «non va sospesa l'ordinanza sindacale che

DIRITTI REGIONALI
Rivista di diritto
delle autonomie territoriali

In questo ha avuto un ruolo anche l'art. 84, d.l. n. 18 del 2020, secondo il quale la domanda cautelare ordinaria, fino al 16 aprile[25], comunque avrebbe dovuto avere uno svolgimento bifasico: prima davanti al presidente e poi davanti al collegio[26]. Si sono delineati, dunque, i decreti monocratici (non su istanza ma) "prescritti" dal legislatore per compensare lo spostamento in avanti della trattazione dell'istanza cautelare ordinaria in ragione dell'impedimento derivante dal picco del contagio.

Peraltro, la dilatazione di questa fase nell'economia generale del processo amministrativo è stata emblematica allorché si è avuto nel medesimo giudizio la riedizione del potere cautelare monocratico: rigettata la richiesta volta alla specifica tutela, a distanza di due giorni la stessa è stata reiterata con favorevole considerazione, questa volta, da parte del Presidente, in ragione del supplemento di documentazione prodotta [27]; in altre occasioni, invece, il rigetto

---

dispone la chiusura temporanea dei cimiteri, atteso che il pregiudizio lamentato si è già ormai per la più gran parte (30 giorni) consumato, e che il residuo periodo di chiusura del cimitero (ulteriori 13 giorni), non appare di rilevanza temporale tale da aggravare in modo determinante il danno già patito». E ancora T.a.r. Sardegna, sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141, in cui è stato sancito che l'ordinanza impugnata, concernente la chiusura delle librerie, ha effetto fino al 26 aprile 2020, per un numero oramai limitatissimo di giorni feriali, sicché, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale, a fronte di una compressione di alcune libertà individuali, deve essere accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica.

[25] Si veda la nota prot. n. 7400 del 20 aprile 2020 del Presidente del Consiglio di Stato, in *giustizia-amministrativa.it*.

[26] Invece, l'art. 3, d.l. n. 11 del 2020 aveva previsto la sola eventualità della trattazione in due tempi dell'istanza cautelare ovvero sia su richiesta di almeno una parte.

[27] T.a.r. Napoli, V, decreto 19 marzo 2020, n. 424; e decreto 21 marzo 2020, n. 436.

dell'istanza è stato ribadito in quanto, ad avviso del giudice, nelle more non è mutata la situazione di fatto[28].

Dinanzi a questo scenario potrebbe rappresentare un'eccezione la pronuncia del T.a.r. Catanzaro, con la quale è stato annullato il decreto del Presidente della Giunta calabrese che aveva consentito la ripresa dell'attività di ristorazione[29]. Invero, attraverso la sentenza c.d. breve, la definizione del giudizio in appena cinque giorni dal deposito del ricorso trae origine proprio dall'incidente cautelare ordinario, unitamente alla rinuncia ai termini a difesa offerta dalle parti[30].

Non solo i profili strettamente processuali destano interesse. Sono degni, altresì, di notazione i dispositivi di quei provvedimenti con i quali il giudice amministrativo ha accolto in parte l'istanza di tutela d'urgenza, con la rimodulazione della misura inflitta[31].

Non v'è dubbio che, nella valutazione degli opposti interessi, sia prevalso quello al mantenimento degli effetti del provvedimento impugnato, giacché si farebbe carico delle esigenze di tutela della salute pubblica[32].

---

[28] T.a.r. Lombardia, decreto 27 aprile 2020, n. 651, secondo il quale, in ogni caso, la domanda è priva di fondamento.

[29] T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 8 maggio 2020, n. 841.

[30] Tale pronuncia è molto interessante in quanto si sofferma su molteplici eccezioni d'illegittimità sollevate nei confronti del d.l. n. 19 del 2020, reputandole tutte manifestamente infondate. Per una più ampia disamina di questa decisione sia consentito rinviare al mio *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, in corso di pubblicazione.

[31] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, decreto 21 aprile 2020, n. 436.

[32] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 18 marzo 2020, decreto n. 416, relativamente alla questione dell'attività motoria; il giudice discorre di limitata compressione della situazione azionata. Sul tema si vedano le considerazioni di G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giust. ins.*, 2020, *www.giustiziainsieme.it*.

In effetti, le ordinanze volte alla restrizione delle libertà dei singoli hanno retto, specie nel periodo in cui maggiore è stato l'allarme circa la diffusione del virus. Con la sola eccezione del decreto già citato del T.a.r. Marche[33], può dirsi che il giudice amministrativo ha condiviso la maggiore prudenza che ha ispirato questa o quella autorità istituzionale nel disporre la concreta misura oggetto del giudizio. In questa logica concorrente (*more germanico*[34]), la stella polare è rappresentata dal convincimento che la linea minima della tutela – inderogabile per gli altri enti – sia quella dettata dal Presidente del Consiglio dei ministri[35]. Ciò è tanto più significativo se si considera che le misure anticipatorie sono state negate in assenza di contraddittorio con la parte istituzionale che avrebbe dovuto difendere i provvedimenti impugnati.

In effetti, il test di ragionevolezza/proporzionalità è stato sempre positivamente superato, ancorché con motivazioni raramente esaustive, giustificabili invero alla luce della estrema celerità che connota i procedimenti in questione. Ciò anche quando forse si sarebbe potuto immaginare una maggiore articolazione delle misure in ragione della diversa virulenza con la quale il

[33] In questo solco può annoverarsi anche l'annullamento prefettizio delle ordinanze sindacali adottate nell'isola di Ischia, volte ad impedire l'accesso a coloro che provenivano dalla Cina, Lombardia e Veneto. In argomento A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio sull'emergenza Covid-19*, 15 aprile 2020, *www.federalismi.it*.

[34] Secondo M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 5, *www.cortisupremeesalute.it*.

[35] Paradigmatica, da ultimo, T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Ma echi vi sono anche nella sede consultiva a partire dal parere citato.

Covid-19 ha interessato le diverse zone del Paese (non solo tra regioni ma anche tra aree ad alta e bassa densità demografica)[36].

Nel reticolo dei provvedimenti che si sono succeduti, sovente, è stato disagevole individuare "chi fa cosa". La casistica offre numerosi spunti. Mi limito a indicarne alcuni.

Ad esempio, è meritevole di considerazione un decreto presidenziale secondo il quale non può essere sospesa l'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione Sicilia che reitera il divieto di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori, e ciò in quanto l'art. 3, co. 2, d.l. n. 19 del 2020, vieta tassativamente ai soli Sindaci di provvedere «in contrasto con le misure statali», mentre altrettanto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale[37].

Così come non può essere inibita l'efficacia dell'ordinanza sindacale che ha disposto stringenti limitazioni alle uscite per gli acquisti di generi alimentari, non essendo incise posizioni di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale[38].

In qualche occasione, all'accoglimento della domanda cautelare si è frapposto un ostacolo di carattere strettamente procedurale come la mancanza di

---

[36] Sul tema, tra gli altri, F. CINTIOLI, *Sul regime del* lockdown *in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it, Osservatorio sull'emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020, spec. 13 ss., *www.federalismi.it*.

[37] T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 aprile 2020, decreto n. 458.

[38] C.d.S., sez. III, 17 aprile 2020, decreto n. 2028; T.a.r. Sardegna, sez. I, 7 aprile 2020, decreto n. 122. Sulla vendita dei generi alimentari non preconfezionati si veda anche T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, 24 aprile 2020, decreto n. 183.

atti applicativi delle disposizioni impugnate, circostanza che ridondava sulla mancanza di un interesse attuale alla domanda cautelare[39].

In definitiva, è stata ritenuta prevalente la funzione preventiva e precauzionale, sottesa alle misure disposte[40], volta – è stato affermato testualmente – a prevenire «un danno infinitamente più grande» di quello economico avanzato, nell'occasione, dai ricorrenti le cui attività imprenditoriali erano state inibite[41].

Solo in un caso non ha retto l'ordinanza normativa di tipo restrittivo: si trattava di un provvedimento sindacale in cui si ordinava la chiusura dei distributori automatici di bevande e alimenti confezionati, rientrando questa tra quelle di vendita di generi alimentari, seppure in forma automatica, che la stessa ordinanza faceva salve; tra l'altro, dall'esecuzione dell'ordinanza derivava un danno irreparabile al ricorrente che traeva dall'attività l'unica fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia[42].

Molto più stringente il controllo del giudice amministrativo sulle misure normative tese ad ampliare le facoltà dei privati. Emblematico il caso recente della sospensione di un'ordinanza del Presidente della Lombardia con la quale, in deroga al DPCM, era stata autorizzata la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche. Il ricorso è stato presentato dalle organizzazioni sindacali e il Giudice ha riconosciuto fondata l'esigenza di tutelare il diritto alla salute dei lavoratori rappresentati: il pregiudizio sarebbe stato di tale intensità da non consentire la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile[43]. Pronuncia, que-

[39] T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 15 aprile 2020, decreto n. 219.

[40] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 14 aprile 2020, decreto n. 779.

[41] T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 10 aprile 2020, decreto n. 61.

[42] T.a.r. Sardegna, sez. I, 10 aprile 2020, decreto n. 133.

[43] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 23 aprile 2020, decreto n. 634.

sta del giudice milanese, che ha resistito anche alla successiva richiesta di revoca avanzata dalla Regione Lombardia, respinta con motivazione talmente ampia da apparire superflua la fase davanti al collegio[44].

Non pare indugiare più di tanto il giudice amministrativo sulle impugnative riguardanti la legittimità della scelta effettuata per la costituzione di un Comitato di esperti presso la Presidenza del Consiglio[45].

Diversamente (almeno in parte) è accaduto con riferimento ai singoli provvedimenti applicativi laddove qualche spiraglio per i ricorrenti si è aperto in ragione della specificità del caso[46].

In questa direzione sono stati sospesi i provvedimenti della Azienda Sanitaria nella parte in cui, immotivatamente, dispongono il ricovero presso una struttura privata accreditata residenziale di una paziente proveniente dal Molise senza aver disposto preventivamente il tampone di controllo per verificare che la paziente medesima non sia affetta da coronavirus[47].

---

[44] T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 27 aprile 2020, decreto n. 651.

[45] T.a.r. Lazio, sez. I, 20 aprile 2020, decreto n. 2915. Si veda anche C.d.S., sez. III, 23 aprile 2020, decreto n. 2128, in cui l'appello viene dichiarato inammissibile in quanto non viene in rilievo la perdita di beni direttamente garantiti dalla Costituzione.

[46] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 25 marzo 2020, decreti n. 595 e n. 575, relativi alla quarantena domiciliare irrogata.

[47] T.a.r. Molise, 30 marzo 2020, decreto n. 62. Di contro, è stata respinta la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, atteso che «nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, si deve dare prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio»: T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 marzo 2020, decreto n. 165.

Analogamente è stata sospesa la messa in quarantena per 14 giorni nei confronti di un avvocato che si era recato in tribunale per impegni professionali relativi ad alcuni giudizi pendenti[48].

Resta fermo, comunque, un orientamento complessivamente sfavorevole ai ricorrenti da parte del giudice amministrativo, il quale ritiene prevalenti le esigenze di tutela della salute mediante il rispetto delle restrizioni e delle clausole volte al distanziamento sociale al fine di evitare il diffondersi del contagio[49].

5. *La nuova configurazione di alcuni istituti processuali*

È dato anche assistere a un adattamento degli istituti processuali.

Ciò è avvenuto, in via normativa, con la moltiplicazione dei riti nel processo amministrativo introdotti dai decreti-legge che si sono rincorsi nell'arco

[48] T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 20 marzo 2020, n. 433. Viceversa, è stata respinta la richiesta di misure cautelari avanzata da un giornalista contro l'obbligo di quarantena domiciliare non avendo questi disconosciuto le inottemperanze alla prescrizione di cui al punto n. 1 dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, né risultando asserita la sussistenza di alcuna delle cause giustificative di esclusione dal disposto obbligo di «rimanere nelle proprie abitazioni»: T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 24 marzo 2020, decreto n. 471.

[49] T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, 27 marzo 2020, decreto n. 2225, riguardo al caso di chiusura degli uffici comunali e della conseguente sospensione degli incontri tra il padre e la figlia che si svolgevano con la mediazione di una figura professionale del servizio sociale. Si veda anche T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 7 marzo 2020, decreto n. 293.

di qualche settimana[50]. Uno addirittura, specialissimo, la cui vigenza ha interessato il periodo dal 6 al 15 aprile, definito efficacemente "rito pasquale".

Ma vi è stata anche una trasfigurazione in via pretoria di quelli esistenti.

Emblematico, tra i tanti[51], il caso dell'appellabilità proprio dei decreti cautelari monocratici.

Va precisato che l'art. 56, co. 1, c.p.a., stabilisce che: «Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data

---

[50] Per un'ampia disamina R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio sull'emergenza Covid-19*, 15 aprile 2020, *www.federalismi.it*.

[51] Occorre segnalare anche C.d.S., sez. VI, 21 aprile 2020, ordinanza n. 2538, secondo la quale l'art. 84, co. 5, d.l. n. 18 del 2020, in tema di rito cartolare "coatto", va interpretato in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato. Per cui «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 potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica 'acuta')». Sul punto 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. Con postilla per una proposta di soluzione flessibile*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio sull'emergenza Covid-19*, 9 aprile 2020, *www.federalismi.it*; C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020.

della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del Tar, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie».

Aggiunge il comma 2 dello stesso articolo: «Il presidente o un magistrato da lui delegato (…) provvede con decreto motivato *non impugnabile*»[52].

Per di più, questa *voluntas legis* è stata ribadita da ultimo, in quanto lo schema iniziale dell'art. 84, d.l. n. 18 del 2020, contemplava la facoltà dell'appello dei decreti monocratici *ex lege*, poi espunta nel testo definitivo[53].

Orbene, a fronte di tale quadro viene in evidenza la posizione assunta dai presidenti di alcune sezioni del Consiglio di Stato, secondo i quali, sulla scorta di due isolati precedenti[54], l'appello sui decreti monocratici sarebbe ammissibile – e qui si tratterebbe di una novità assoluta – «nei soli limitatissimi casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del TAR produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita che corrisponda a un diritto costituzionalmente garantito»[55].

---

[52] Corsivo non testuale.

[53] 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 sull'emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, *www.federalismi.it*.

[54] C.d.S., sez. IV, 7 dicembre 2018, decreto n. 5971; C.d.S., sez. III, 11 dicembre 2014, decreto n. 5650.

[55] C.d.S., sez. III, 30 marzo 2020, decreto n. 1553, con il quale l'appello, dichiarato ammissibile, viene però rigettato, attesa la priorità nazionale costituita dalla rigorosa prevenzione anti-Covid19. Si veda anche C.d.S., sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343, con il quale è respinta la domanda di concessione di decreto monocratico cautelare, non essendo rilevate situazioni di estrema gravità e urgenza; C.d.S., sez. III, 17 aprile 2020, decreto n. 2028, con

Molto si potrebbe dire riguardo alla nozione di "diritto costituzionalmente garantito" specie in ragione dell'oscillante lettura circa la clausola (aperta o meno) che sarebbe insita nell'art. 2 della Costituzione[56], sicché, ammettendosi, come nella sostanza accade, anche i "nuovi" diritti nel tessuto costituzionale, è difficile circoscrivere il raggio applicativo dell'istituto processuale. Con la conseguenza che esso potrebbe prestarsi ad applicazioni soggettive (se non arbitrarie).

Ma, in disparte tali pur non trascurabili aspetti, si vuole appuntare l'attenzione sul fatto che l'istituto è di derivazione prettamente pretoria, il che non sorprende, tenuto conto dell'inarrestabile ascesa del diritto – anche processuale – a formazione giurisprudenziale[57].

Sorprende invece che la creatività del giudice si realizzi in collisione col chiaro dettato normativo: se la lettera della disposizione mostra lacune nella tutela dei *diritti costituzionali*, il *diritto costituzionale* impone che venga sollevata una questione di legittimità, affinché, ai sensi dell'art. 134 della Carta, la Corte possa esercitare il suo sindacato.

Non è da escludere che questa apertura all'impugnazione di decreti monocratici sia funzionale a che il Consiglio di Stato – per il tramite dei presidenti di sezione – conservi almeno il "controllo" di quelle decisioni cautelari rese su fondamentali atti di governo dell'emergenza, evitando di confinare il

---

il quale, richiamato il precedente decreto n. 1553 della sezione, l'appello è dichiarato inammissibile perché non inciderebbe su posizione di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale.

[56] Si veda, tra i tanti, E. ROSSI, *Art. 2*, in *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino 2007, spec. 47; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2005, 138.

[57] Sul punto diffusamente S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, 17/2018, *www.federalismi.it*.

relativo sindacato al presidente di una sezione del tribunale amministrativo territorialmente competente (o al magistrato delegato).

Del resto, nell'ambito della basilare posizione occupata in questo intervallo temporale dalla giustizia amministrativa, il Consiglio di Stato, in modo paradossale, rischia di essere relegato in un ruolo complementare anche in considerazione della circostanza che, di fatto, non è coinvolto nel processo di comando volto a contrastare la pandemia: tutti gli atti finora emanati, infatti, sono sottratti al suo parere preventivo[58].

[58] Con l'eccezione, ma in tutt'altro campo, del richiamato avviso espresso in ordine all'annullamento, in via straordinaria, della già citata ordinanza del sindaco di Messina.