

Giustizia monocratica e pandemia

(Nota a T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, 19 ottobre 2020, decreto n. 1922)

di Cino Benelli*

Sommario: 1. La fattispecie; 2. La tutela monocratica nel contesto emergenziale pandemico; 2.1. Il bilanciamento degli interessi; 2.2. La personalizzazione delle decisioni; 2.3. La crisi della collegialità; 2.4. La rimodulazione dei requisiti di accesso alla tutela cautelare; 2.5. L'appellabilità dei decreti monocratici.

(...)

Visto il proprio decreto n. 1915/2020, inter partes, con il quale erano imposti alla Regione Campania incumbenti istruttori;

Considerato che la Regione ha ottemperato alla richiesta istruttoria, depositando nel fascicolo di causa, inter alia, gli atti istruttori posti a fondamento dell'ordinanza impugnata;

Considerato che, dalla produzione in atti, è risultato che, nelle more, è stata emanata ulteriore Ordinanza (n. 80/2020) con la quale, all'esito di rinnovata e aggiornata istruttoria, le misure disposte con la impugnata Ordinanza n. 79/2020 sono state in parte qua revocate, quanto alla sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola dell'infanzia (fascia 0-6 anni), e confermate, per quanto di interesse, quanto al resto;

Ritenuto - in disparte la questione, comunque rimessa alla valutazione del Collegio, di improcedibilità del ricorso in ragione della sopravvenuta Ordinanza n. 80/2020, i cui effetti, sovrapponendosi a quelli derivanti dalla Ordinanza n. 79/2020, si sostituiscono a quelli - che:

alla stregua della delibazione consentita nella presente fase cautelare, la Regione Campania sembra aver esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva; dando conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo e, quanto alla proporzionalità della stessa, della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario;

sulla base del doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare che ne occupa e della verifica rigorosa dei presupposti di "estrema gravità e urgenza" nelle more della trattazione collegiale dell'istanza cautelare, da porre a fondamento dell'eventuale concessione della invocata tutela, sembra, nelle more, doversi dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato; tenuto conto che

tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse, da riguardare complessivamente su base regionale e non meramente locale, alla stregua dell'attuale riparto di competenze, e che resta, dunque, irrilevante la localizzazione intraregionale degli eventuali focolai ("polarizzazione del contagio" in determinate aree territoriali) rispetto alla gestione unitaria, su base regionale appunto, delle strutture di ricovero e cura deputate alla gestione dell'emergenza sanitaria;

la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori;

la espressa temporaneità della misura e il manifestato proposito (come rappresentato dalla difesa regionale, "nelle more delle ulteriori valutazioni che la stessa Unità di Crisi dovrà necessariamente effettuare alla luce del nuovo quadro delle misure necessarie a fronteggiare la gravissima crisi"; cfr. memoria in data 19.10.2020, ore 10.02) di rimodulazione della stessa, all'esito del sopravvenuto DPCM 18 ottobre 2020 - le cui disposizioni, per quanto rileva (art. 1, comma 1, lettera d), n. 6), in materia di attività didattiche), si applicano a far data dal 21 ottobre 2020 - , valgono a dequotare il pregiudizio nelle more lamentato;

Considerato, per tutto quanto precede, di dover respingere l'istanza cautelare così come proposta;

Considerato di dover fissare l'udienza per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare come in dispositivo;

P.Q.M.

Respinge l'istanza cautelare così come proposta.

—

1. La fattispecie.

I ricorrenti, in proprio e in qualità di esercenti la responsabilità genitoriale sui figli minori, hanno impugnato dinanzi al T.A.R. Campania - Napoli l'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020, recante "*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n.833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19*" a firma del Presidente della Regione Campania¹, chiedendone l'annullamento, previa concessione di misure cautelari collegiali e monocratico provvisorie, nella parte in cui veniva disposto, fino al 30 ottobre 2020, che "*in tutte le scuole dell'infanzia sono sospese l'attività didattica*

***Avvocato in Firenze**

¹ L'ordinanza impugnata, nell'addurre l'esigenza "*di contenere la diffusione del virus*", evidenziava, in particolare, "*l'incremento registrato a seguito di alcuni eventi di carattere celebrativo e sociale, nonché ad alcune attività connesse alla ristorazione ed alla frequenza scolastica, come si è evinto dalle interviste effettuate dalle ASL a seguito del Contact Tracing territoriale*"; "*il livello di contagio registrato anche nelle famiglie e derivante da contatti nel mondo scolastico*"; quanto, nello specifico, alle attività scolastiche, il mancato completamento della "*dotazione dei banchi monoposto ad assicurare il distanziamento interpersonale*"; la conseguente necessità, altrimenti non fronteggiabile, "*alla luce delle previsioni relative al numero di nuovi contagi previsti sul territorio nel breve medio periodo, quale rilevato anche in seno alla cabina di regia nazionale di monitoraggio Covid in data odierna*", di "*adottare le misure proposte dall'Unità di crisi, più restrittive rispetto a quelle contenute nel DPCM 13 ottobre 2020*", nel senso di "*limitare al massimo le circostanze di assembramenti pericolosi in ogni ambito privato e pubblico, e di ridurre al massimo la mobilità difficilmente controllabile*".

ed educativa, ove incompatibile con lo svolgimento da remoto, e le riunioni degli organi collegiali in presenza; nelle scuole primarie e secondarie sono sospese le attività didattiche ed educative in presenza, le riunioni in presenza degli organi collegiali, nonché quelle per l'elezione degli stessi”.

In sede di domanda cautelare veniva allegata una situazione di danno grave e irreparabile che avrebbe potuto realizzarsi già nelle more della decisione collegiale. Segnatamente, il dedotto pregiudizio sarebbe rappresentato, da un lato, dalla lesione del diritto all'istruzione dei figli e, dall'altro, dall'impossibilità per i genitori di attendere alle proprie attività professionali, dovendo prestare assistenza ai minori in regime di sospensione delle attività didattiche.

Il Presidente del T.A.R. Campania, con decreto n. 1915/2020, ha preliminarmente disposto incumbenti istruttori in quanto gli elementi in base ai quali l'Amministrazione era pervenuta alla valutazione di idoneità, proporzionalità e adeguatezza delle misure adottate erano contenuti in un'incognita nota redatta dall'Unità di crisi regionale nonché in altre risultanze richiamate dall'ordinanza impugnata ma non rese disponibili agli interessati.

Si legge, in particolare, nel citato decreto che la durata temporanea delle misure adottate, stante l'ineludibile necessità di osservare i termini a difesa e rispettare la calendarizzazione delle udienze della sezione, avrebbe potuto rendere impossibile l'esame della domanda cautelare in sede collegiale prima della scadenza del termine di efficacia del provvedimento, con conseguente *“sostanziale riduzione della tutela alla sola fase cautelare monocratica”*.

Senonché, con il decreto in commento, lo stesso Presidente, dopo aver acquisito dalla Regione le risultanze istruttorie, ha deciso di respingere la proposta istanza cautelare per carenza dei presupposti richiesti dall'art. 56 cod. proc. amm.

La pronuncia *de qua* precisa, anzitutto, che, nelle more della decisione cautelare, è stata emanata un'ulteriore ordinanza (la n. 80/2020), mediante la quale l'Amministrazione regionale, all'esito di un'aggiornata istruttoria, ha parzialmente revocato le misure disposte con il precedente provvedimento (n. 79/2020) quanto alla sospensione delle attività didattiche *“in presenza”* per la scuola dell'infanzia (fascia 0-6 anni), confermandole espressamente per il resto.

A questo punto, il Presidente, dopo aver rimesso al Collegio ogni valutazione circa la sussistenza di una parziale improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse alla luce del citato nuovo provvedimento, ha evidenziato che la Regione *“sembra aver esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva”*, dando conto, in particolare, quanto all'idoneità della misura adottata, *“della correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente “indotti” dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo”* e, quanto alla proporzionalità della stessa, *“della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario”*.

Cosicché, *“sulla base del doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare”* e della *“verifica rigorosa dei presupposti di estrema gravità e urgenza”* nelle more della trattazione collegiale dell'istanza cautelare, si è inteso attribuire prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato, il quale *“affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse, da riguardare complessivamente su base regionale e non meramente locale, alla stregua dell'attuale riparto di competenze, e che resta, dunque, irrilevante la localizzazione intraregionale degli eventuali focolai (“polarizzazione del contagio” in determinate aree territoriali)*

rispetto alla gestione unitaria, su base regionale appunto, delle strutture di ricovero e cura deputate alla gestione dell'emergenza sanitaria”.

Inoltre, la lamentata compromissione degli altri diritti e interessi coinvolti non sarebbe assoluta, *“in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori”.*

La temporaneità e provvisorietà delle misure adottate, unite al proposito manifestato dalla Regione di una rimodulazione del provvedimento all'esito del sopravvenuto D.P.C.M. 18 ottobre 2020, contribuirebbero, infine, a *“dequotare il pregiudizio nelle more lamentato”.*

In sintesi, mediante l'annotata decisione, il Presidente del T.A.R. Campania ha respinto la domanda di misure cautelari monocratiche in quanto: **a)** l'ordinanza impugnata sarebbe stata preceduta da un'adeguata e documentata istruttoria; **b)** le misure introdotte si paleserebbero idonee e proporzionate; **c)** nel bilanciamento degli interessi dovrebbe darsi prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato, consistente nella tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.; **d)** gli altri diritti e interessi coinvolti, seppur di pari rango costituzionale (il diritto allo studio ed il diritto al lavoro costituzionalmente tutelati dagli artt. 4 e 34 Cost.), non subirebbero un'assoluta compromissione ma soltanto un parziale sacrificio; **e)** il provvedimento spiegherebbe un'efficacia meramente temporanea e sarebbe soggetto a progressiva revisione in base all'evolversi della situazione epidemiologica e dei D.P.C.M. nazionali².

2. La tutela monocratica nel contesto emergenziale pandemico.

La pronuncia in commento offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni sul ruolo centrale rivestito dalla tutela cautelare monocratica nell'attuale contesto emergenziale pandemico.

2.1. Il bilanciamento degli interessi.

La motivazione dell'annotato provvedimento riproduce la valutazione generalmente effettuata dagli organi monocratici - salve rare eccezioni³ - circa la sussistenza dei requisiti di *“estrema gravità e urgenza”* di cui all'art. 56 cod. proc. amm., in relazione a misure di contenimento dichiaratamente volte a preservare la salute dei cittadini.

In una logica informata al principio di precauzione, strettamente collegato alla persistente temperie pandemica⁴, il bilanciamento degli interessi effettuato in sede cautelare finisce per dare preminenza al bene

² Le misure di sospensione delle attività didattiche “in presenza” hanno formato oggetto di ulteriori provvedimenti dello stesso T.A.R. Campania (cfr., Sez. V, decreti nn. 2025, 2026, 2027, 2033, 2205, 2244/2020), che ha confermato il proprio precedente orientamento, successivamente seguito anche dal T.A.R. Puglia - Lecce (Sez. II, decreto n. 695/2020) e dal T.A.R. Piemonte (Sez. I, decreto n. 580/2020). Cfr., in senso contrario, T.A.R. Puglia - Bari, Sez. III, decreto n. 680/2020, T.A.R. Calabria - Catanzaro, Sez. I, decreto n. 609/2020 e T.A.R. Basilicata, decreto n. 272/2020.

³ Cfr., T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. III, decreto n. 842/2020, in tema di sgombero degli *hotspot* e dei centri di accoglienza dei migranti; cfr. altresì, T.A.R. Umbria, decreto n. 135/2020, in materia di sale giochi.

⁴ Cfr., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, decreto n. 6970/2020, secondo cui il pregiudizio irreparabile, pur potendo considerarsi esistente alla luce della tempistica del provvedimento impugnato di vigenza limitata nel tempo, deve essere tuttavia comparato con il principio di precauzione che, *“anche ove inespresso”*, *“deve involgere tutta l'attività amministrativa nella presente emergenza epidemica, e che assume valore e rilievo prevalente rispetto agli altri interessi in gioco”*. Cfr., altresì, T.A.R. Piemonte, Sez. I, decreto n. 580/2020 che, dopo aver rilevato, alla luce dell'art. 1, comma 16 D.L. n. 33/2020, la legittimità di misure regionali in materia scolastica più restrittive rispetto a quanto previsto per l'intero territorio nazionale dal D.P.C.M. 3 novembre 2020, ha espressamente richiamato, a sostegno della decisione, il principio di precauzione sancito per la materia ambientale dall'art. 191 del TFUE e riprodotto nell'art. 301

della salute garantito dall'art. 32 Cost. al fine di evitare sviluppi incontrollabili nell'ambito di una situazione caratterizzata da costante incertezza e mutevoli rischi⁵, senza per questo necessariamente trasformarlo in un valore "tiranno"⁶.

La prevalenza del diritto alla salute si manifesta poi con particolare evidenza allorché le misure restrittive risultino precedute da una compiuta e documentata istruttoria prodotta in giudizio dall'Amministrazione⁷.

Invero, nell'attuale prassi monocratica, una consimile prevalenza si è palesata non soltanto in relazione a pregiudizi economici, per loro natura ristorabili⁸, ma anche nella comparazione con altri valori di pari rango costituzionale - quali il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.) ed il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) - soprattutto laddove la loro lamentata compromissione non risulti assoluta (ad es., quando le attività scolastiche siano comunque assicurate con modalità alternative rispetto alla didattica in presenza)⁹.

A ben guardare, il bilanciamento degli interessi, pur spettando in primo luogo al decisore politico, viene ad essere "rieditato" dall'organo giurisdizionale monocratico nell'esercizio del sindacato sulla discrezionalità che, pur muovendo dalla premessa della prioritaria considerazione del diritto alla salute¹⁰, rischia di sconfinare nello scrutinio del merito dell'azione amministrativa qualora si spinga troppo oltre nella verifica - la quale, peraltro, competerebbe istituzionalmente al Collegio - circa l'effettiva tenuta in concreto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, ai quali si richiamano espressamente gli artt. 1, comma 2 D.L. n. 19/2020, conv. L. n. 35/2020 e 1, comma 14 D.L. n. 33/2020, conv. L. n. 74/2020.

2.2. La personalizzazione delle decisioni.

D. Lgs. n. 152/2006, ma ormai esteso nella prassi giurisprudenziale a qualsiasi ambito di attività in cui viene in rilievo il bene della salute. In particolare, tale principio "*impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile; la selezione di tale soglia, tuttavia, può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile*" (così, Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere n. 206/2017). Cfr., in dottrina, per tutti, A. Barone, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, n. 1/2020.

⁵ Cfr., per tutti, Consiglio di Stato, III Sez., decreto n. 1553/2020 e T.A.R. Sardegna, decreto n. 122/2020; per una rassegna delle decisioni monocratiche emesse durante il c.d. "lockdown", S. Fidanzia, *Il bilanciamento dei diritti costituzionali nella giurisprudenza amministrativa in tempo di emergenza da Covid-19*, in questa *Rivista*, n. 2/2020.

⁶ Mutuando la suggestiva espressione adoperata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013 resa sul c.d. "caso Ilva".

⁷ Il T.A.R. Lazio, Sez. I, con ordinanza n. 7468/2020, ha disposto l'acquisizione di copia dei verbali nn. 122 e 123 delle sedute del 31 ottobre e del 3 novembre 2020 e n. 124 della seduta dell'8 novembre 2020, del Comitato tecnico-scientifico nonché una sintetica relazione in cui si chiariscano le evidenze scientifiche, poste alla base dell'imposizione dell'uso della mascherina anche ai bambini di età ricompresa fra i 6 e gli 11 anni, anche durante l'orario scolastico, basate su specifica istruttoria sulla "*situazione epidemiologica locale*" di ciascuna regione, sul "*contesto socio-culturale*" in cui i bambini vivono, come suggerito dal CTS nel verbale n. 104, dalle quali possa ritenersi scongiurato il pericolo che si verifichi un calo di ossigenazione per apparati polmonari assai giovani, causato dall'uso prolungato della mascherina, o che vi siano ricadute di tale imposizione sulla salute psico-fisica dei minori in una fase della crescita particolarmente delicata.

⁸ Cfr., T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, decreti nn. 5408 e 7265/2020.

⁹ Nel decreto n. 580/2020 del T.A.R. Piemonte, sotto il profilo del danno, si legge che lo svolgimento della "didattica digitale a distanza" per un periodo di tempo limitato, non comporta un'assoluta compromissione del diritto allo studio, ma solo il relativo esercizio con una diversa e alternativa modalità, ancorché non parimenti efficiente e idonea a garantire un'adeguata formazione agli scolari.

¹⁰ Cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, decreto n. 4323/2020.

Il contesto emergenziale e l'urgenza ad esso intimamente connessa hanno determinato una "monocratizzazione" delle decisioni politico-amministrative: si pensi non soltanto ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.), alle ordinanze del Ministro della Salute ed a quelle del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, ma anche alle ordinanze regionali emesse ai sensi dell'art. 32, comma 3 L. n. 833/1978 ed agli stessi provvedimenti sindacali di cui agli artt. 50 e 54 del Testo Unico delle Leggi degli Enti locali approvato con D. Lgs. n. 267/2000 e 197 D. Lgs. n. 112/1998¹¹.

Com'è noto, tali provvedimenti sono ascrivibili al *genus* delle ordinanze contingibili e urgenti (c.d. "*extra ordinem*"), le quali, per loro natura, risultano temporanee, spiegando pertanto efficacia meramente provvisoria¹².

Alla "monocratizzazione" delle decisioni politico-amministrative - alla quale si è non di rado accompagnata la sostituzione delle assemblee democratiche con organi non elettivi di natura tecnico-scientifica¹³ - è parallelamente corrisposta una tendenziale "monocratizzazione" della Giustizia amministrativa che rischia progressivamente di consolidarsi "a regime" anche in epoca successiva al c.d. "contraddittorio cartolare coatto" previsto dall'art. 84 D.L. n. 18/2020 (c.d. "Cura-Italia"), che, com'è noto, si caratterizzava originariamente per l'esclusivo impiego di decisioni presidenziali sganciate dai presupposti di "*extrema gravità ed urgenza*" stabiliti dall'art. 56 cod. proc. amm.¹⁴

D'altra parte, la sede cautelare (presidenziale, ancor prima che collegiale) rappresenta, per sua natura, il "luogo" processuale più idoneo a garantire rapidità ed effettività della tutela giurisdizionale all'interno di un contesto emergenziale.

Invero, per effetto della persistente emergenza pandemica, i Presidenti dei Tribunali amministrativi, fino a quel momento astretti nel ruolo di decisori eccezionali, si sono improvvisamente trovati nella posizione di destinatari ordinari di richieste di elevato impatto politico-sociale, da decidere in solitudine ed "a distanza" dagli altri membri del Collegio¹⁵, senza le garanzie del contraddittorio¹⁶ e con udienze camerali per forza di cose non ravvicinate nel tempo, stante la mancata previsione di udienze straordinarie *ad hoc* anche in ragione dell'obbligo di rispettare i termini a difesa prescritti dal codice di rito.

¹¹ Cfr., per tutti, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10 aprile 2020.

¹² La giurisprudenza costituzionale ha individuato i requisiti di legittimità di questa tipologia di provvedimenti (cfr., sentenze nn. 4 del 1977, 100 del 1987, 127 del 1995 e 284 del 2006), tra i quali spiccano il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, la durata limitata al tempo strettamente necessario (temporaneità), il rappresentare l'*extrema ratio* (eccezionalità), la proporzionalità nonché l'essere circostanziatamente motivate per consentire il controllo giurisdizionale circa la loro legittimità ed adeguatezza.

¹³ Com'è noto, l'art. 2, comma 1, D.L. n. 19/2020 stabilisce che i provvedimenti limitativi adottati con D.P.C.M. siano preceduti "*di norma*" dal parere del Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020, che è chiamato a valutarne "*i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità*". Cfr., P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2020.

¹⁴ Cfr., R. De Nictolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 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*, 6 aprile 2020; N. Durante, *Il procedimento cautelare ai tempi dell'emergenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 19 maggio 2020; C. Saltelli, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020, n.18*, in *www.giustamm.it*, 3, 2020.

¹⁵ Cfr., M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 4 maggio 2020.

¹⁶ In realtà, l'art. 56, comma 2 cod. proc. amm. stabilisce che "*Ove ritenuto necessario il presidente, fuori udienza e senza formalità, sente, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto*".

2.3. La crisi della collegialità.

La fisiologia del processo amministrativo, anche nella fase cautelare, dovrebbe essere rappresentata dalla decisione collegiale e dal contraddittorio.

Senonché, la temporanea efficacia dei provvedimenti emergenziali¹⁷ ha determinato una sensibile attenuazione del nesso di strumentalità non tanto tra tutela cautelare e tutela di merito quanto piuttosto tra tutela cautelare monocratica e tutela cautelare collegiale.

Invero, considerati i termini a difesa previsti dall'art. 55 cod. proc. amm. ed i calendari in uso agli organi della giustizia amministrativa, la prima camera di consiglio utile per la trattazione dell'incidente cautelare rischia sovente di essere celebrata quando tali atti hanno già esaurito la loro efficacia e sono stati sostituiti con altri provvedimenti ritenuti necessari per fronteggiare l'emergenza.

Ne consegue la sopravvenuta inutilità del mezzo cautelare azionato e dello stesso ricorso introduttivo a meno che - ma soltanto in presenza della specifica domanda risarcitoria richiesta dall'art. 34, comma 3 cod. proc. amm. - il Collegio non ritenga di procedere alla fissazione di un'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia, potendosi altrimenti ammettere una delibazione circa la fondatezza delle pretese avanzate esclusivamente ai fini del riparto delle spese processuali secondo il criterio della c.d. "soccombenza virtuale"¹⁸.

2.4. La rimodulazione dei requisiti di accesso alla tutela cautelare.

Sempre per effetto del carattere interinale dei provvedimenti emergenziali e della conseguente possibilità di esaurimento delle connesse vicende contenziose nella sola sede monocratica, anche gli stringenti requisiti prescritti dall'art. 56 cod. proc. amm. per accordare la tutela presidenziale hanno finito per subire nella prassi un forte ridimensionamento.

Com'è noto, in base al tenore di tale disposizione, per l'adozione di un provvedimento monocratico, occorre sempre la sussistenza di una "*estrema gravità ed urgenza*", tale da non consentire la dilazione fino alla trattazione dell'affare in sede collegiale alla prima camera di consiglio utile.

Nel vigente ordinamento processuale amministrativo, la cognizione del merito, anche cautelare, deve considerarsi riservata alla sola sede collegiale, apprezzandosi sempre in termini eccezionali i provvedimenti monocratici (non soltanto "*ante causam*", ma anche in corso di causa), come ulteriormente comprova la facoltà per gli interessati di chiedere, nei casi di "urgenza", l'abbreviazione dei termini a difesa ai sensi dell'art. 53 cod. proc. amm.

Nondimeno, la limitata efficacia temporale delle decisioni emergenziali, unita alla loro tendenziale rivedibilità in base all'evolversi della situazione epidemiologica, rischiano di comportare un consistente affievolimento della tutela cautelare proprio in relazione ad ambiti di particolare delicatezza e rilevanza - in cui si discute generalmente della legittimità di misure compressive di diritti e libertà di rango primario - in

¹⁷ Si segnala che l'art. 1, comma 1 D.L. n. 158/2020, nel modificare l'art. 1, comma 1 D.L. n. 19/2020, ha elevato da trenta a cinquanta giorni la durata massima delle misure di contenimento adottabili mediante D.P.C.M.

¹⁸ Cfr., T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. III, sentenza n. 1952/2020, che ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l'ordinanza emessa dalla Regione siciliana che aveva disposto l'immediato sgombero degli *hotspot* e dei centri di accoglienza dei migranti giacché, al momento della celebrazione dell'udienza, il provvedimento impugnato aveva già esaurito i propri effetti e non era stata proposta domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 34, comma 3 cod. proc. amm., secondo cui "*Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*".

contrasto con gli stessi principi di effettività della tutela giurisdizionale garantiti a livello costituzionale (artt. 24, 111 e 113 Cost.), convenzionale (art. 6 CEDU) ed euro-unitario (artt. 41 e 47 CDFUE).

Invero, nella decisione in commento è stata proprio la temporaneità della gravata misura restrittiva a far propendere il Presidente per una “dequotazione” del “*pregiudizio nelle more lamentato*”, ricollegandola, peraltro, non già a potestà amministrative esercitate, ma ad un semplice intendimento di revisione manifestato in corso di causa dall’Amministrazione regionale¹⁹.

“Dequotazione” che può certamente tradursi in uno svuotamento della tutela cautelare nel suo complesso - o meglio in un’obliterazione dell’interesse privato al momento della valutazione “bilaterale” del requisito del *periculum in mora* - se si considerano l’elevato tasso di discrezionalità amministrativa necessariamente insito nelle decisioni emergenziali, la priorità assiologica degli interessi pubblici connessi al bene della salute ed il tradizionale timore del Giudice amministrativo, soprattutto in sede di adozione della misura monocratica, di potersi sostituire alla P.A., andando a lambire il merito delle decisioni amministrative²⁰, dovendo nel contempo supplire all’assenza del Collegio giudicante al quale, come detto, dovrebbe sempre rimanere affidata la cognizione del c.d. “merito cautelare”.

A questo proposito, sempre in relazione ad un’ordinanza regionale limitativa delle attività didattiche “in presenza”, il Presidente del T.A.R. Basilicata, con decreto n. 272/2020 del 24 novembre 2020, ha ritenuto di concedere le misure provvisorie di cui all’art. 56 cod. proc. amm. ancorché i ricorrenti avessero prospettato circostanze che, seppur pregiudizievoli per la rispettiva sfera giuridica personale, non integravano una situazione di “estrema gravità ed urgenza”, secondo il normale significato attribuibile a questi termini.

Difatti, non essendo possibile trattare collegialmente l’istanza cautelare in tempo utile, il menzionato decreto, dopo aver dato atto che “*quando il collegio avrà modo di esaminare le questioni sollevate con il ricorso in esame, sarà praticamente venuto meno l’interesse ad una decisione cautelare e/o di merito*” e che, perciò, “*la tutela cautelare invocata dai ricorrenti è destinata ad esaurirsi completamente nella presente sede monocratica*”, ha aderito ad un’interpretazione costituzionalmente orientata della citata norma processuale.

Infatti, alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale - che trova il suo fondamento nell’art. 1 cod. proc. amm., negli artt. 24, 103 e 113 Cost. nonché nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e negli artt. 6 e 13 della CEDU - l’interpretazione della locuzione “estrema gravità ed

¹⁹ Cfr., in senso critico, R. D’Agostino, *Emergenza pandemica e tutela cautelare (monocratica)*, in www.giustiziainsieme.it, 4 dicembre 2020, secondo cui “*Tale assunto desta perplessità per il fatto che la dequotazione del pregiudizio lamentato è posta a giustificazione di una valutazione prognostica sull’esito del ricorso, dunque, sull’inesistenza del fumus boni iuris. Valutazione, questa, che si fa discendere non da un fatto acclarato (es. l’avvenuto riesercizio del potere e l’emanazione di una nuova ordinanza modificativa dell’assetto di interessi precedentemente disciplinato), ma sol dal manifestato proposito, da parte dell’amministrazione, di esperire ulteriori e necessarie valutazioni, alla luce del nuovo quadro normativo-istituzionale relativo alle misure necessarie a fronteggiare la gravissima crisi, ossia alla luce del sopravvenuto DPCM contenente disposizioni afferenti anche alla materia oggetto del contendere, a fronte delle quali l’amministrazione sarà eventualmente chiamata a provvedere. Tale valutazione, posta a fondamento della decisione di rigetto dell’istanza cautelare, sembra alquanto opinabile, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché lesiva del divieto per il giudice amministrativo di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.); e poi, perché in tal modo si sterilizzerebbe quell’essenziale provvisorietà, giustificata dall’urgenza processuale, che tale forma di tutela cautelare dovrebbe assicurare, essendo stata compiuta una valutazione prognostica sul fumus boni iuris non sulla base del pur sommario quadro probatorio disponibile, bensì sull’ipotizzato, futuro, anche se imminente, nuovo e diverso esercizio del potere da parte della p.a.*”.

²⁰ Cfr., T.A.R. Piemonte, Sez. I, decreto n. 580/2020, secondo cui la scelta delle misure restrittive da adottare ai fini della salute pubblica costituisce espressione della discrezionalità dell’Amministrazione e, sebbene non sottratta al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, è censurabile soltanto qualora appaia manifestamente illogica, irrazionale, irragionevole, arbitraria ovvero fondata su un palese e manifesto travisamento dei fatti.

urgenza” non può essere certamente rigorosa nel caso in cui il provvedimento lesivo presenti un orizzonte temporale che non raggiunga la data della prima camera di consiglio utile.

Ad avviso di tale pronuncia, essendo la durata stessa del provvedimento impugnato a “*non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*”, i presupposti per accedere alla tutela cautelare in sede monocratica non possono essere dissimili da quelli usualmente considerati in sede collegiale, sotto il profilo sia del *fumus boni iuris*, sia del *periculum in mora*²¹, a meno che la parte ricorrente non abbia adottato comportamenti processuali dilatori, procedendo senza indugio ad azionare gli strumenti di tutela previsti dall’ordinamento.

2.5. L’appellabilità dei decreti monocratici.

La temporaneità degli effetti delle decisioni emergenziali, ove incidenti su diritti costituzionalmente garantiti, ha indotto a riconoscere l’appellabilità innanzi al Presidente del Consiglio di Stato dei decreti cautelari monocratici emanati ai sensi dell’art. 56 cod. proc. amm., sebbene quest’ultima disposizione li definisca espressamente come “non impugnabili”, essendo sottoposti soltanto a revoca e modifica ai sensi del successivo art. 58 cod. proc. amm.²²

Ferma restando la non configurabilità di un diritto del ricorrente ad un doppio grado di giudizio monocratico e pur nella consapevolezza del rilevante potere di condizionamento che una pronuncia presidenziale di secondo grado è in grado di esercitare in sede di udienza collegiale, è di tutta evidenza come nel lasso temporale intercorrente tra la reiezione della richiesta di misure monocratiche e la camera di consiglio fissata con lo stesso provvedimento, possano verificarsi pregiudizi irreversibili a beni e interessi di assoluto rilievo costituzionale.

Invero, soltanto in queste eccezionali ipotesi è stata riconosciuta la “reclamabilità” delle decisioni presidenziali innanzi al Giudice d’appello che, nel ritenere ammissibile la richiesta di cautela, ha aderito ad un’interpretazione costituzionalmente orientata “*praeter legem*” del disposto codicistico ovvero proceduto alla sua disapplicazione mediante il richiamo ai principi del giusto processo codificati dal diritto europeo²³.

²¹ La giurisprudenza ha ribadito, anche di recente, che, in sede di tutela cautelare monocratica non si possa prescindere dal vaglio, oltre che del *periculum in mora*, anche del *fumus boni iuris*, perché, ad accogliere la tesi della sufficienza del *periculum in mora*, “*si darebbe al giudice monocratico (il cui ruolo nel processo amministrativo è assolutamente residuale ed eccezionale rispetto a quello insostituibile del Collegio) un potere quasi sovrano di incisione e invasione sulla funzione pubblica non consentito al Collegio e del tutto eccentrico rispetto al principio costituzionale di divisione dei poteri*” (così, C.G.A., decreto n. 812/2020).

²² Cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, decreto n. 1553/2020; v. in senso contrario all’appellabilità, C.G.A., decreto n. 628/2020, che ha dichiarato il “*non luogo a provvedere*” sull’appello proposto avverso un decreto presidenziale monocratico reso ai sensi dell’art. 56 cod. proc. amm., sottolineando che era stato chiesto “*un rimedio giuridico inesistente secondo il vigente tessuto processuale*” e precisando, altresì, che “*sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti non vi è luogo a provvedere, perché non vi è luogo a incardinare una fase o grado di giudizio, esulando dalle competenze presidenziali l’esercizio di qualsivoglia potere processuale non previsto da nessuna disposizione di legge, sia nel senso che non è possibile provvedere sul merito della richiesta, sia nel senso che non è possibile rimettere l’affare all’esame del collegio*” nonché “*il ricorso risulta depositato e iscritto a ruolo mediante una “forzatura” del sistema informatico, con attribuzione della classificazione errata quale “appello avverso ordinanza cautelare”, essendo inesistente la tipologia “appello avverso decreto cautelare”*”; in epoca precedente alla dichiarazione dello stato di emergenza (31 gennaio 2020) si erano espressi in favore dell’appellabilità, Consiglio di Stato, Sez. III, decreto n. 3246/2019; Id., decreto n. 5650/2014; Sez. V, decreto n. 3015/2017; Id., decreto n. 4628/2009; *contra*, Consiglio di Stato, Sez. IV, decreto n. 5971/2018 e Sez. III, decreto n. 5650/2014; cfr., in dottrina, per tutti, 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*, 31 marzo 2020.

²³ Cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, decreto n. 6453/2020.

D'altra parte, anche nel corso dell'emergenza pandemica, il Presidente del Consiglio di Stato ha avuto modo di dichiarare inammissibile l'appello cautelare contro un decreto monocratico allorché si è trovato al cospetto di un "*ordinario e temporaneo pregiudizio economico*", e non alla possibile perdita definitiva di un bene della vita direttamente tutelato dalla Costituzione²⁴.

(16 dicembre 2020)

²⁴ Cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2294/2020.