

L'appello avverso il decreto cautelare monocratico *ex art. 56 c.p.a.*: una lettura costituzionalmente orientata a garanzia del principio di effettività della tutela

di Marco Cecili

SOMMARIO: 1. Premessa. L'impugnabilità del decreto cautelare monocratico: ancora un intervento nomopoietico della giurisprudenza. – 2. Il decreto Cons. St. 1553/2020 e il riconoscimento dell'appellabilità del decreto *ex art. 56 c.p.a.* – 3. Il decreto 1553/2020: alcune criticità nella decisione di merito. – 4. Le conseguenze dannose irreversibili come elemento necessario per l'ammissibilità dell'appello. – 5. Il decreto Cons. St. 304/2021: un caso paradigmatico di accoglimento dell'appello. – 6. Un confronto tra i due decreti. – 7. Conclusioni. La tutela cautelare e l'effettività della tutela.

1. *Premessa. L'impugnabilità del decreto cautelare monocratico: ancora un intervento nomopoietico della giurisprudenza.*

Il tema dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico è oggetto di un vivace dibattito all'interno della giurisprudenza amministrativa. Infatti, nonostante la chiarezza della disposizione (che lo definisce “non impugnabile”), si è cercato di riconoscere uno spazio all'impugnabilità del decreto *ex art. 56* Codice del processo amministrativo (d'ora in avanti: *c.p.a.*), soprattutto per evitare vuoti di tutela e “zone d'ombra” nella tutela dei diritti¹.

Il tema, rimasto di nicchia per molto tempo, è divenuto centrale dopo l'adozione delle misure governative per combattere la diffusione del Covid-19, che, come noto, hanno inciso anche sul normale funzionamento della giustizia. L'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), ad esempio, ha sospeso tutte le udienze e i termini del processo amministrativo e ha posto al centro del sistema giudiziario uno strumento concepito come eccezionale, il decreto cautelare presidenziale *ex art. 56 c.p.a.* La disposizione, infatti, ha stabilito che «*i procedimenti cautelari, promossi o pendenti nel medesimo lasso di tempo, sono decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo*». I soggetti che invocavano, a fronte della lamentata lesione dei propri interessi legittimi, la tutela cautelare hanno potuto trovare nel decreto monocratico presidenziale l'unica forma di garanzia

¹ Sul punto si vedano alcuni contributi relativi in particolare alla giustizia costituzionale, R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007; R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2008; P. ZICCHITTO, *Le 'zone franche' del potere legislativo*, Torino, 2017.

possibile². Anche nei mesi successivi alla prima ondata, il ruolo della misura cautelare presidenziale non si è attenuato, essendo stata utilizzata come primo strumento di tutela avverso i numerosi provvedimenti limitativi di libertà (personali e, soprattutto, economiche) adottati per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

L'obiettivo dello scritto è ricostruire la giurisprudenza formata sull'ammissibilità dell'appello avverso la reiezione della richiesta di decreto cautelare ex art. 56 c.p.a., analizzando in particolare due provvedimenti del Consiglio di Stato che possono rappresentare due tasselli decisivi nello sviluppo dell'istituto. La lettura congiunta dei due decreti, emanati in periodi molto diversi tra loro, aiuta a cogliere alcune tendenze della giurisprudenza amministrativa che potranno essere utilizzate dai giudici anche una volta terminata l'emergenza sanitaria.

2. *Il decreto Cons. St. 1553/2020 e il riconoscimento dell'appellabilità del decreto ex art. 56 c.p.a.*

Ad inizio pandemia è stato pronunciato il decreto Cons. St., sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553 (Pres. Frattini), che ha rigettato un appello avverso un decreto del presidente del T.A.R. Catanzaro³, da cui si può trarre qualche riflessione sullo strumento del decreto cautelare ex art. 56 c.p.a.⁴.

² Tra i primi commenti si vedano, *ex plurimis*, M.A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Prmissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in www.federalismi.it (Osservatorio Emergenza Covid-19), 13 marzo 2020; N. PAOLANTONIO, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più "speciale"*, in www.lamministrativista.it, 10 aprile 2020; F. FRANCARIO, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid 19*, in www.giustiziasieme.it, 14 aprile 2020. Recentemente si è tenuto il convegno "Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza" (12 aprile 2021), i cui atti disponibili su www.giustizia-amministrativa.it.

³ T.A.R. Catanzaro, sez. I, dec. 28 marzo 2020, n. 165 (Pres. Pennetti). Lo stesso T.A.R., sez. I, ord. 22 aprile 2020, n. 254 (Pres. Pennetti, Est. Gagliotti) ha poi rigettato definitivamente l'istanza cautelare poiché «*il provvedimento regionale e il decreto esecutivo del Sindaco di Corigliano sono stati adottati in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure. [...] La gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo*». Bisogna sottolineare, inoltre, che l'efficacia del provvedimento di c.d. quarantena obbligatoria era terminata il 3 aprile 2020.

⁴ Già 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 www.federalismi.it (Osservatorio Emergenza Covid-19), 31 marzo 2020, 3, notò che «*stante il chiaro e inequivocabile tenore dell'art. 56, co. 2 del c.p.a. e l'altrettanto chiara voluntas legis espressa dal Governo nell'espungere dal testo finale dell'art. 84 del d.l. n. 18 la previsione (presente nello schema) di appellabilità dei nuovi decreti monocratici ex lege*

La vicenda nasce dall'istanza di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza di un bracciante agricolo, allontanatosi dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi. La sanzione si basava su un'ordinanza del Presidente della Regione Calabria che vietava ogni spostamento in entrata o uscita dal territorio regionale. Ai trasgressori veniva applicata la quarantena obbligatoria per motivi precauzionali. Il ricorrente era occupato in un settore economico apparentemente non sottoposto a blocco e lamentava il pregiudizio consistente nel non poter lavorare, con il conseguente rischio di essere licenziato, e nella preclusione ad attendere ad attività di stretta necessità quotidiana⁵.

Il giudice di prima istanza aveva ritenuto che *«atteso 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»*, respingendo quindi la domanda cautelare ex art. 56 c.p.a. Avverso la decisione veniva, quindi, proposto appello. Il decreto in esame, innanzitutto, si sofferma sull'ammissibilità dell'impugnazione di un decreto monocratico presidenziale del T.A.R. Il provvedimento di Palazzo Spada ha specificato che l'appello di un decreto monocratico cautelare è ammissibile nei *«soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato»*. Tale orientamento processuale è in linea con la giurisprudenza amministrativa pregressa, che ha sempre sottolineato l'eccezionalità della misura cautelare monocratica presidenziale, che ha una funzione strettamente interinale⁶ ed è efficace sino alla camera di consiglio per la trattazione della cautelare "ordinaria"⁷. Secondo una parte della giurisprudenza,

(v. anche la Direttiva del Presidente del Consiglio di Stato del 9 marzo 2020), la posizione espressa in questo secondo decreto il decreto n. 1553/2020, n.d.A., determinando ulteriori incertezze in un momento che ne conosce già molte, non può non destare perplessità».

⁵ Né dai decreti né dalla successiva ordinanza si comprende esattamente la violazione che ha portato all'applicazione della "quarantena". Infatti, se il ricorrente si stava recando al lavoro, non si capisce il perché non sia stata applicata la "giustificazione" del caso prevista dalla stessa ordinanza. Sembrerebbe, inoltre, che non sia stato allegato il verbale di contestazione (come confermato da T.A.R. Catanzaro, ord. n. 165/2020), ponendo dubbi sull'esistenza dei presupposti per applicare la quarantena obbligatoria prevista dall'ordinanza regionale (Ordinanza del Presidente della Regione Calabria, 22 marzo 2020, n. 15, *«Ai trasgressori, alla luce della potenziale esposizione al contagio, si applica comunque la misura immediata della quarantena obbligatoria per 14 giorni, attraverso il Dipartimento di Prevenzione dell'ASP territorialmente competente, con le modalità già previste dai precedenti provvedimenti regionali, richiamati nella presente Ordinanza»*).

⁶ T.A.R. Molise, dec. 8 aprile 2020, n. 65 (Pres. Silvestri) afferma che *«il decreto monocratico non sostituisce esaurientemente la ordinaria fase collegiale in sede cautelare, ma costituisce un primo gradino della tutela cui deve necessariamente seguire la decisione del collegio, che resta il dominus della questione cui spetta la decisione finale»*.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, ord. 10 aprile 2020, n. 1881 (Pres. Caringella – Est. Urso) sotto-

però, l'impugnazione del decreto cautelare presidenziale sarebbe vietata, dal momento che il codice del processo amministrativo non prevede la via di un distinto e autonomo appello (ed anzi ne afferma la non impugnabilità *ex art. 56, comma 2, c.p.a.*)⁸. Conseguentemente, ogni questione di revisione del decreto cautelare dovrebbe essere trattata nel medesimo grado della misura stessa o con un mezzo analogo o in occasione della successiva udienza collegiale in camera di consiglio (la cui “ordinanza cautelare” potrà semmai, *ex art. 62 c.p.a.*, formare oggetto di appello)⁹. Questa lettura altamente restrittiva, però, appare forse superata¹⁰. La giurisprudenza più recente, infatti, ha cercato di interpretare in senso meno restrittivo e costituzionalmente conforme l'art. 56 c.p.a. Come è stato correttamente affermato, anche in questo campo è centrale l'utilizzo della ragionevolezza¹¹, nel senso di una prevalenza della «funzione cautelare anticipatoria sottesa alle misure cautelari provvisorie, quando l'esigenza cautelare rappresentata è, per la natura degli interessi coinvolti o per la specificità della statuizione della P.A., di natura tale da dover essere protetta senza neppure attenderne la trattazione collegiale in camera di consiglio, anche in sede d'appello»¹². Questa lettura appare la più conforme al principio dell'inde-

linea che la «decisione cautelare collegiale calendarizzata [...] non può essere rinviata su richiesta dell'appellante, atteso che il differimento ope legis della camera di consiglio è ammesso dal terzo periodo dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020 in caso di richiesta di una delle parti su cui incide la misura cautelare», e tale non è la stessa parte istante che ha ottenuto la tutela monocratica». Affermando il contrario la stessa parte istante sarebbe ammessa a protrarre a proprio vantaggio gli effetti favorevoli del decreto monocratico.

⁸ Pochi giorni prima rispetto al decreto in commento, il Consiglio di Stato, sez. VI, dec. 21 marzo 2020, n. 1343 (Pres. Montedoro) ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione, sottolineando che l'emergenza Covid-19, in assenza di espresse disposizioni derogatorie, non poteva consentire di disattendere le regole processuali.

⁹ Consiglio di Stato, sez. V, dec. 19 luglio 2017, n. 3015 (Pres. Severini).

¹⁰ Si deve segnalare, però, che è stato riaffermato che l'appello avverso il decreto presidenziale è «un rimedio giuridico inesistente secondo il vigente tessuto processuale» (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale, dec. 25 agosto 2020, n. 624, Pres. De Nictolis). Per V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2021, «a ben vedere, dal decreto in commento emerge un terzo orientamento: accanto ai già richiamati indirizzi giurisprudenziali, diametralmente contrapposti, la pronuncia dello scorso agosto inaugura un nuovo filone, ancor più restrittivo e limitativo, con la declaratoria di “non luogo a provvedere” dell'appello avverso il decreto di rigetto. Si tratta, indubbiamente, di un dispositivo diverso da quello della inammissibilità o infondatezza». Si segnala, inoltre, R. GIOVANELLI, *Il Consiglio di Giustizia amministrativa interpreta l'art. 56 c. 2 c.p.a. percorrendo la “terza via”: il non luogo a provvedere*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

¹¹ Sul tema, cfr. M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Giustizia-amministrativa.it*. Inoltre, per una ricostruzione generale, si vedano F. FRANCIANO, M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

¹² Consiglio di Stato, sez. III, dec. 11 dicembre 2014, n. 5650 (Cons. del. Russo), che accolse l'appello relativo ad una sospensione (*ex art. 100 TULPS*) di una licenza di somministrazione di alimenti e bevande, chiedendo, però, il deposito di una cauzione e «*previa immediata richiesta [...] d'accertamento al locale Comando dei VF ai fini della valutazione sulla capienza effettiva di esso e sul relativo arredamento*».

fettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo e, più in generale, si lega all'effettività della tutela desumibile dagli articoli 24 e 113 (e forse 125¹³) Cost., dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo¹⁴ e dall'art. 1 c.p.a.

L'appellabilità del decreto monocratico del Presidente del T.A.R., quindi, è stata considerata ammissibile esclusivamente quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile la situazione giuridica in oggetto. L'appello avverso il decreto monocratico cautelare può essere considerato ammissibile «nei soli casi del tutto eccezionali di provvedimento che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisivo e [...] definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere»¹⁵ a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare da parte del T.A.R. in sede collegiale¹⁶.

Il decreto in commento segue il filone giurisprudenziale che ritiene ammissibile l'appello avverso un decreto ex art. 56 c.p.a. in eccezionali casi d'urgenza, cioè solo quando sia inciso un diritto costituzionalmente tutelato. È innegabile che questa precisazione pone dei problemi interpretativi e applicativi. Innanzitutto, ci si deve domandare quali siano i «diritti costituzionalmente tutelati», se solo quelli positivizzati effettivamente in Costituzione oppure anche quelli che derivano dal diritto vivente, e se la tutela vada limitata ai soli diritti fondamentali. Queste domande richiamano la dibattuta questione dell'art. 2 Cost. come articolo a fattispecie aperta o chiusa. Come è noto, una parte della dottrina¹⁷, animata dalla preoccupazione che all'espansione illimitata dei diritti non positivizzati corrisponda una illimitata e surrettizia restrizione dei diritti costituzionalmente protetti, tende a considerare l'art. 2 Cost. come una norma ricognitiva dei diritti enumerati nel testo costituzionale. Ciò comporta il rischio di sminuire il secondo articolo della Carta costituzionale ad una norma poco rilevante. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l'art. 2 vada interpretato come una norma a

¹³ Articolo richiamato da A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *www.federalismi*, n. 1/2020, 74-79.

¹⁴ Si basano su queste basi i decreti del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° settembre 2017, nn. 3538 e 3539 (Pres. Maruotti); sez. VI, 30 agosto 2017, n. 3418 e n. 3419 (Pres. Maruotti); sez. VI, 25 agosto 2017, n. 3408 (Pres. Maruotti).

¹⁵ Come confermato anche da Consiglio di Stato sez. III, dec. 10 marzo 2021, n. 1224 (Pres. Frattini) e dec. 1° dicembre 2021, n. 6401 (Pres. Frattini).

¹⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, dec. 7 dicembre 2018, n. 5971 (Pres. Maruotti), che accolse l'appello e consentì ad un candidato di essere ammesso, con riserva, a sostenere le prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione forense. Lo stesso decreto ritiene che vadano considerate ancora attuali le precisazioni e le statuizioni dell'Adunanza Plenaria sull'ambito di applicazione dell'art. 125 della Costituzione anche con riferimento alle fasi del giudizio cautelare nel processo amministrativo (Cons. St., ad. plen., ord. 20 gennaio 1978, n. 1, Pres. Uccelatore – Est. Catalozzi).

¹⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali Parte generale*, Padova, 2003, 20 ss.

fattispecie aperta, riferibile cioè ad ogni situazione di libertà emergente a livello di costituzione materiale¹⁸. Tale lettura, però, sembra trascurare il significato dell'enumerazione dei diritti costituzionali, e senza ricercare un fondamento positivo dei diritti. È innegabile che esistano diritti “nuovi”, in quanto espressione di bisogni diversi rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti nelle carte costituzionali (e rigide per definizione¹⁹). È necessario, però, che questi “nuovi diritti” siano riconducibili all'evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, così come ha affermato la Corte costituzionale con la sentenza 1 agosto 1979, n. 98, «*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*»²⁰. La riflessione sul tema si lega al problema dell'effettività della tutela ed è necessario ponderare l'allargamento del patrimonio costituzionale dei diritti conseguente all'evoluzione del catalogo costituzionale. Questa operazione si rende necessaria per cercare di evitare lacune di tutela legate ai mutamenti della società e dei bisogni dell'individuo, ma deve essere mantenuta una diversità tra semplici diritti e quelli “costituzionali” (e soprattutto con i fondamentali). Questi ultimi devono trovare un legame con il testo o i principi della Carta (si pensi alla dignità umana che pur non essendo positivizzata è la base assiologica dell'ordinamento costituzionale²¹). Appare, quindi, necessario che la situazione giuridica, per essere costituzionalmente rilevante, debba essere ricondotta al testo costituzionale, mentre per essere considerato un diritto inviolabile, si dovrebbero rispettare due criteri: a) la riconduzione del diritto ai valori primari e ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale; b) il carattere dell'invulnerabilità andrebbe riferito solo «*al patrimonio irrettabile della persona umana intesa come totalità ossia al principio supremo della libera dignità*»²².

È innegabile che la restrizione alla lesione dei soli diritti costituzionali per l'ammissibilità dell'appello del decreto *ex art. 56 c.p.a.* comporta problemi interpretativi, che incidono anche sulla certezza del diritto. Si affida al giudice l'effettiva individuazione dei diritti costituzionalmente rilevanti. Come è stato notato «*si profila cioè uno scenario premoderno, al quale il legislatore sembra guardare con (rassegnato?) favore, e che, paradossalmente, gode di diffuso consenso, basato sul convincimento*

¹⁸ A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

¹⁹ Attraverso un procedimento di revisione costituzionale è sicuramente possibile integrare il testo costituzionale con “nuovi” diritti. A titolo meramente esemplificativo si ricorda che la Slovenia nel 2016 ha costituzionalizzato il diritto all'acqua potabile oppure si pensi al disegno di legge costituzionale, approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati l'8 febbraio 2022, che ha inserito in Costituzione la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali.

²⁰ Corte costituzionale, sent. 1° agosto 1979, n. 98 (Amadei-Reale), *Considerato* n. 2.

²¹ La Corte cost. nella sent. 17 luglio 2000, n. 293 (Amirante-Tesaurò) pone la dignità umana come base fondativa di tutti i diritti inviolabili, di cui i riferimenti costituzionali sarebbero mere specificazioni.

²² F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107.

che il “formante giudiziario” sarebbe più attrezzato per rispondere alle domande di tutela dei consociati, fatte per ciò stesso equivalere a diritti soggettivi, mentre il mutamento che va delineandosi ricade a detrimento delle parti, la cui azione (non solo nella fase, costituzionalmente cruciale in forza dell'art. 111 Cost., del controllo di legittimità, ma, più in generale, in ogni giudizio, per il nesso sistematico che lega l'art. 111 Cost. agli artt. 24, 48 e 70 Cost.) flette verso l'area degli interessi occasionalmente protetti²³. Tale ampliamento della discrezionalità del giudice appare sospinto anche dall'influenza dell'Unione europea e della Corte Edu. La prima ha riconosciuto alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore dei Trattati e comporta la trasformazione definitiva dell'Unione in un sistema basato non solo sui diritti economici, ma anche su quelli etico-sociali e politici (anche grazie alla Corte di Lussemburgo)²⁴. Un giudice potrà non considerare costituzionale un diritto presente nella Carta di Nizza, ma assente in Costituzione? Questo appare improbabile anche per il recente dibattito sulla doppia pregiudizialità, che sta vedendo la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia giocarsi il ruolo di “corte referente per i diritti”²⁵.

²³ M. ESPOSITO, *Considerazioni sugli impedimenti costituzionali dello stare decisis*, in *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 683 (ora, ampliato, in *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, in *Rivista di Diritto processuale*, n. 3/2020, 1007-1022).

²⁴ Già a partire dal 1969, con la nota sentenza *Stauder c. Stadt Ulm* (12 novembre 1969, C-29/69), la Corte di Giustizia ha affermato per la prima volta che la tutela dei diritti fondamentali era da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Era pertanto compito della Corte di Lussemburgo, adita in via pregiudiziale, assicurarne la salvaguardia e fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità ad essi della normativa interna; in altri termini, era la Corte ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali. Con la sentenza *Kücükdeveci* (19 gennaio 2010, C-555/07) si è affermata, invece, l'efficacia vincolante, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, della Carta di Nizza. Nello specifico si è prescritta ai giudici nazionali – in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione – la disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il principio della parità di trattamento, *sub specie* del divieto di discriminazione in ragione dell'età, per come desunto dalla direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Sul punto la dottrina è sconfinata e si vedano, ad esempio, M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI, Milano, 2003, 201 ss.; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *www.giuroctis.org*, n. 3/2020; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2001, 193-207; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2013; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *www.gruppodipisa.it*, 21 dicembre 2011.

²⁵ Fra i moltissimi, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2019; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2018; IDEM, *Il 'triangolo giurisprudenziale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *www.fede-*

Per quanto riguarda l'influenza della Corte EDU si deve considerare la necessità per il giudice di seguire, oltre che le disposizioni della Carta, anche le sentenze di Strasburgo. La Corte EDU ha ribadito, infatti, che i giudici interni devono tenere in considerazione tutte le sue pronunce²⁶, rispondendo alla Corte costituzionale che indicava l'obbligo di conformarsi solo alla giurisprudenza consolidata o alle sentenze pilota²⁷. Il rischio è davvero che il giudice possa scegliere a quale "ordinamento" attingere la copertura "costituzionale" della situazione giuridica di cui deve decidere, visto la grande compenetrazione tra gli ordinamenti²⁸.

La soluzione a queste problematiche sarebbe non limitare l'appello solo ai diritti "costituzionalmente tutelati", anche perché una tale distinzione non sembra in linea con gli artt. 24 e 113 Cost., essendo assente una qualsiasi "circostrizione" della tutela a seconda della situazione giuridica dedotta in giudizio, anche se nei fatti verrebbe introdotto in via pretoria un nuovo istituto nel giudizio amministrativo, con alcune problematiche, che non possono non essere rilevate, rispetto al principio di legalità. Infatti, non si può non considerare la chiarezza della disposizione, che definisce "non impugnabile" il decreto *ex art. 56 c.p.a.* Diventa centrale, allora, comprendere è fino a quanto si possa estendere un'interpretazione costituzionalmente orientata²⁹ e se questa possa esulare completamente dal dato testuale. Ampliando l'appellabilità del decreto *ex art. 56 c.p.a.* si rischierebbe di cadere in un'*interpretatio abrogans*: in altri termini, a fronte di una *littera legis* che recita "non impugnabile" si possono trovare (come è avvenuto) eccezioni e dei correttivi/temperamenti in sede ermeneutica, essendo vietato

federalismi.it, n. 16/2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euromunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *www.diritticomparati.it*, n. 3/2017; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 gennaio 2018; IDEM, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 6/2019. Per ampie riflessioni sul tema si rinvia a *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna, 2020.

²⁶ Corte EDU, *G.I.E.M. c. Italia*, 28 giugno 2018, par. 252: «*The message sent by the present judgment is neither silylline, nor hesitant, but rather straightforward and firm: all judgments of the Court have the same legal value, binding nature and interpretative authority*».

²⁷ Corte costituzionale, sent. 26 marzo 2015, n. 49 (Criscuolo-Lattanzi).

²⁸ Si tratta della c.d. tutela equivalente nel rapporto tra sistemi. Sul tema, tra i moltissimi, E. CANIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 ottobre 2016; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2019; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *www.europeanpapers.eu*, n. 1/2020, 493-522; R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2016.

²⁹ Per una lettura si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 391-476.

solo trasmutare il “non impugnabile” da regola a eccezione e rendere l’impugnabilità una regola tendenziale, oppure non è possibile nessuna estensione contro la chiarezza della disposizione (basandosi sul brocardo *in claris non fit interpretatio*)? La giurisprudenza amministrativa si mostra ben consapevole di tale problema laddove, per giustificare l’impugnabilità del decreto presidenziale come eccezione (interpretativa) alla regola (legislativa), la consente solo per la peculiare fattispecie che si potrebbe qualificare come *psendo-decreto presidenziale*, ossia avverso quell’atto del giudice «che abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio» in quanto «definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere». Questa impostazione della giurisprudenza da un lato farebbe salva la regola legislativa della non impugnabilità del (“vero”) decreto presidenziale, dall’altro considererebbe tale regola non applicabile a fronte di un atto del giudice che del decreto ha solo la forma (“falso” decreto presidenziale), ma presenta invece la sostanza della sentenza definitiva, e come tale necessariamente impugnabile. Questa lettura della giurisprudenza amministrativa (ancora non pacificamente accettata, come abbiamo visto) si basa comunque su un’interpretazione che si allontana dal dato testuale, ponendo dei dubbi sullo spettro di applicazione di questa “eccezione”. Infatti, limitare l’appellabilità del decreto solo ai diritti “costituzionalmente tutelati” non sembrerebbe in linea con il dato costituzionale (che non ammette questa “distinzione”) e crea problemi nel comprendere quali siano allora i diritti costituzionalmente rilevanti, visto l’intreccio si è creato tra le carte fondamentali, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

La giurisprudenza amministrativa ha tentato di operare un’interpretazione costituzionalmente conforme basandosi sulla “natura” del decreto, ma questo ha comportato comunque un intervento nomopoietico rispetto al dato legislativo e, considerato che si è già creata una “rottura interpretativa”, sarebbe opportuno, a questo punto, garantire a pieno il diritto di azione. Per tale motivazione, in attesa di un intervento del legislatore (e vista la difficoltà per la Corte costituzionale o per l’Adunanza Plenaria di poter essere coinvolte nel giudizio³⁰), sembrerebbe opportuno rivedere la limitazione ai soli “diritti costituzionalmente garantiti” (di non facile individuazione) e basarsi esclusivamente sull’analisi degli elementi del *periculum* e del *fumus*.

3. *Il decreto 1553/2020: alcune criticità nella decisione di merito*

Il decreto in commento ha riconosciuto che nel caso in esame la pretesa dell’appellante era di potersi recare al lavoro e di evitare il rischio di licenziamen-

³⁰ Considerate le tempistiche del decreto ex art. 56 c.p.a. è difficilmente immaginabile la possibilità di un intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o, addirittura, di sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale. Ovviamente ci potrebbero essere degli *obiter dicta* sul punto, ma, come noto, non avrebbero forza vincolate.

to (oltre che effettuare l'acquisto dei beni di prima necessità), seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato in primo grado. La questione toccava indubbiamente diritti tutelati dall'ordinamento, anche a livello costituzionale³¹. Il Consiglio di Stato, quindi, ha dichiarato l'ammissibilità dell'appello contro il decreto presidenziale del T.A.R. Catanzaro, ma lo ha poi respinto nel merito. E ciò in quanto, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare «*occorre verificare la consistenza del "fumus boni juris" cioè la probabilità che la pretesa sia riconosciuta fondata nelle successive fasi del giudizio, ma anche, e contestualmente, che vi sia gravità e irreparabilità del danno lamentato, prevalenti sull'interesse pubblico posto a base degli atti censurati*». Il merito della decisione in commento si basa su tre motivi. Il primo deriva dal fatto che i provvedimenti impugnati (sia sindacali che regionali) sono stati adottati in ottemperanza a «*criteri e disposizioni, anche legislative, nazionali, e negli ambiti di possibile margine per integrazioni territoriali su scala regionale in rapporto alle assai diverse situazioni del contagio e delle sue prospettive, da Regione a Regione [...] in giorni caratterizzati dal pericolo concreto e imminente di un trasferimento massivo di persone e di contagi, dalle regioni già gravemente interessate dalla pandemia, a quelle del Mezzogiorno, con la conseguenza che gli atti dei Governatori hanno, ragionevolmente, imposto misure anche ulteriormente restrittive quale prevenzione, tanto che, si auspica, la non massiccia diffusione di Covid-19 al Sud possa scontare positivamente l'effetto di tali misure*».

Il Consiglio di Stato ha considerato legittime le misure regionali e sindacali³², essendo funzionali a tutelare la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali tali da diffondere il contagio. E pur considerando consistente il danno individualmente patito dal ricorrente, ha concluso che esso non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale³³, visto che il diritto alla salute sarebbe

³¹ Recentemente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentt. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 sulla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo ha ritenuto che «*non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti*» (punto 36). Tale lettura desta perplessità, visto che si ritiene che i diritti economici siano meno fondamentali degli altri diritti.

³² Tra i moltissimi F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in www.biodiritto.org, n. 1/2020.

³³ Le misure disposte per il contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 hanno comportato la limitazione di diversi diritti costituzionali, primo tra tutti la libertà di movimento e hanno determinato importanti ricadute in una molteplicità di settori, dalla libertà di circolazione (art. 16 Cost.) al diritto al lavoro (artt. 4 e 35 ss. Cost.), fino a interessare l'esercizio delle attività di culto (art. 19 Cost.), il diritto di voto (art. 48 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), il diritto all'istruzione (art. 33 Cost.) e il diritto d'iniziativa economica (art. 41 Cost.). Tra i molti commenti, si vedano G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2020, 2-3; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, n. 6/2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in www.giurcost.org, n. 1/2020; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in www.federalismi.it (Osservatorio emergenza Covid-19), 24 marzo 2020.

«valore di ancor più primario e generale rango costituzionale»³⁴. Nulla, però, viene detto sulla natura sanzionatoria della quarantena obbligatoria per chi viola il distanziamento sociale, provvedimento che pone dei forti dubbi se pensiamo agli artt. 23 e 27 della Costituzione³⁵.

Ad avviso del Consiglio di Stato, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale (e si spinge addirittura ad affermare «oggi non superabile in alcun modo»). In tale ambito sembra del tutto assente un'analisi della proporzionalità delle misure, risolvendosi nella mera affermazione che quelle governative fossero le uniche possibili per contrastare la diffusione del Covid-19. Visto che la tutela ex art. 56 c.p.a. era l'unica effettivamente utilizzabile secondo il d.l. 18/2020, i decreti presidenziali hanno analizzato, seppur sommariamente, anche il *fumus*, che non può però sicuramente risolversi in un'affermazione apodittica, soprattutto in tema di diritti costituzionalmente rilevanti. Riprendendo la teorizzazione dei tre livelli di analisi della proporzionalità³⁶ (di derivazione tedesca³⁷), possiamo notare che il giudice di appello si sia fermato al primo, che riguarda la mera idoneità (*Geeignetheit*) dei provvedimenti. In tale stadio si analizza, infatti, la relazione positiva tra strumenti e indirizzi politici e, quindi, se la disciplina sia idonea a raggiungere l'obiettivo prefissato. Il primo test sembrerebbe superato, visto che il distanziamento sociale è idoneo ad evitare la diffusione della pandemia. Molti più problemi comporta, invece, il secondo test, cioè quello di necessità (*Notwendigkeit*) o regola del “mezzo più mite”. Il controllo di necessità si basa sull'esistenza di diverse misure, tutte egualmente idonee alla realizzazione di un interesse, individuando quello capace di realizzare l'obiettivo e che leda il meno possibile gli altri diritti e interessi coinvolti. Questa analisi trova le radici nella celebre locuzione “*la Polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*”³⁸ e deve cercare di andare oltre il mero cal-

³⁴ Affermazione ripresa da T.A.R. Sardegna, sez. I, dec. 7 aprile 2020, n. 122 (Pres. D'Alessio), che ha ritenuto legittima la limitazione alle uscite giornaliere per provvedere all'acquisto di generi alimentari.

³⁵ La quarantena obbligatoria per violazione del distanziamento sociale appare una sanzione di fatto penalistica se consideriamo la lettura effettuata nella pronuncia Engel (Corte EDU, ad. plen., *Engels c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976) e poi ripresa dalle sentenze Menarini (sez. II, *Menarini c. Italia*, 27 settembre 2011) e Grande Stevens (sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014), giurisprudenza ormai pacificamente accettata anche dalla Corte costituzionale (ad esempio, sent. 26 febbraio 2020, n. 32, Cartabia-Viganò). Sul tema della violazione della riserva di legge della quarantena obbligatoria, G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in www.sistemapenale.it, 2 aprile 2020.

³⁶ Per una profonda e lucida analisi si rinvia ad A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1988.

³⁷ Per una ricostruzione si veda G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 409-445.

³⁸ Più precisamente F. FLEINER, *Instotutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1921, 354 si domanda «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen?*».

colo dell'efficacia. In questo caso, la quarantena obbligatoria appare una misura eccessiva per la violazione dell'obbligo di distanziamento sociale, visto che la stessa ha prettamente una funzione di "isolamento" del solo soggetto infetto e, da questo, deriva il divieto posto ad un individuo (che ha sì violato il distanziamento, ma non si è certi che abbia contratto il morbo) di recarsi a lavoro in un settore non soggetto a sospensione. Ed è legata a questo la terza, e forse più delicata, fase del controllo della proporzionalità, cioè il bilanciamento di interessi e valori (*Abwägung*), che deve cogliere il significato politico e sociale sotteso alla normativa, per sottoporlo poi ad una valutazione costi-benefici e commisurare i sacrifici patiti dal singolo con i vantaggi conseguiti dalla collettività. Tale controllo è ancor più importante quando vengano in rilievo i diritti fondamentali e la loro limitazione deve avvenire nella misura considerata opportuna. Invero, il perseguimento di un ragionevole interesse generale, in altri termini, deve essere considerato motivo sufficiente per giustificare una restrizione nell'esercizio di libertà costituzionali, con la specificazione che, dinanzi a questi interventi limitativi, il diritto fondamentale va difeso da imposizioni "eccessivamente onerose". Si può, però, affermare che il diritto alla salute non può prevalere sempre e incondizionatamente rispetto ad altre complesse posizioni di interesse. Il diritto alla salute, infatti, pur essendo l'unico considerato "fondamentale"³⁹ dalla Costituzione deve essere bilanciato con gli altri. Se si affermasse il contrario un diritto sarebbe *tiranno* rispetto agli altri, situazione che non può realizzarsi, come ha già avuto modo di affermare la Corte costituzionale⁴⁰. Il decreto in esame, però, non sembra contenere alcun accenno alla necessità di ponderazione, prendendo come dato di fatto la superiorità del diritto alla salute (*rectius* il dovere di tutelare la salute pubblica) rispetto a qualsiasi altra situazione giuridica.

4. *Le conseguenze dannose irreversibili come elemento necessario per l'ammissibilità dell'appello*

Il decreto inoltre, ed è forse uno degli aspetti più interessanti, ha negato l'esistenza di conseguenze dannose irreversibili per l'appellante poiché le «*disposizioni, statali e regionali, adottate e che verranno adottate a ulteriore completamento e integrazione per fronteggiare il "dopo-pandemia"*» in materia di «*tutela del posto di lavoro (oltre alla cassa*

³⁹ Sul punto si vedano, *ex plurimis*, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, a cura di IDEM, vol. I, Milano, 2010, 3-63; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018, spec. 1-32; L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1976, 146 ss.; A. SIMONCINI, A. LONGO, *Commento all'art. 32 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, 655-674.

⁴⁰ Si fa riferimento alla celebre sentenza della Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85 (Gallo-Silvestri).

integrazione), *misure di soccorso emergenziale per esigenze alimentari e di prima necessità (non a caso demandate ai Comuni [...]) tali da mitigare o comunque non rendere irreversibili, anche nel breve periodo, le conseguenze della doverosa stretta applicazione delle norme di restrizione anti-contagio*⁴¹. Per il Consiglio di Stato sarebbe possibile nelle successive sedi di giudizio richiedere e documentare un eventuale risarcimento del danno per la mancata retribuzione da lavoro per i giorni coperti dall'ordine di quarantena contestato, salvo che, come è ipotizzabile, detto pregiudizio economico venga riparato dalla normativa di tutela dei lavoratori colpiti dalle generali, e individuali in questo caso, misure di distanziamento sociale. Il Consiglio di Stato sembra aver sottovalutato che l'appellante avrebbe patito sia un danno non patrimoniale (la limitazione delle libertà costituzionali) sia uno patrimoniale (l'impossibilità di svolgere l'attività lavorativa) e la motivazione *de quo* sembra scontrarsi con il cammino avviato, anche nel diritto amministrativo, della natura sussidiaria della tutela per equivalente.

Il codice del processo amministrativo, nell'attuazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantiti dalla Costituzione e dal diritto europeo (articolo 1 c.p.a.), prevede la risarcibilità dei danni. L'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto costituisce, come *species* dell'azione di condanna, una delle diverse azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo⁴². La reintegrazione in forma specifica costituisce, però, la forma principale e l'obiettivo primario da perseguire nella tutela risarcitoria. Solo con il risarcimento in forma specifica, infatti, il danneggiato può conservare o conseguire il bene della vita collegato all'interesse oggetto di lesione. D'altro canto, una riparazione per equivalente costituisce una misura residuale e di norma subordinata all'impossibilità (parziale o totale) di pervenire alla correzione del potere amministrativo⁴³.

Seguendo il principio del decreto, quindi, la cautelare *ex art. 56 c.p.a.* non potrebbe essere concessa se la lesione del bene della vita è risarcibile, rendendola di fatto quasi inutilizzabile visto che la tutela risarcitoria è sempre possibile. E

⁴¹ Secondo la giurisprudenza un altro caso di non "irreparabilità" è quello secondo cui sia prossimo il termine della cessazione della quarantena obbligatoria, cfr. T.A.R. Catanzaro, sez. I, dec. 18 aprile 2020, n. 221 (Pres. Pennetti). Tale lettura sembra banalizzare, però, l'importanza ontologica della libertà personale nelle sue varie sfaccettature.

⁴² Si veda anche F.F. PAGANO, *Il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e il termine di decadenza per proporre l'azione autonoma di condanna nel processo amministrativo (nota a Corte cost. n. 94 del 2017)*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2/2017.

⁴³ Un esempio è la trasformazione del danno ambientale, che da meramente risarcitorio, dopo il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166), richiede la necessità di ristabilire la situazione prima dell'evento dannoso. La Corte cost. con sent. 1° giugno 2016, n. 126 (Grossi-Coraggio) ricostruisce il percorso normativo e giurisdizionale della disciplina del danno ambientale, mettendo innanzitutto in evidenza la prospettiva – imposta dalle direttive comunitarie – che vede collocato il "profilo risarcitorio" in una posizione accessoria rispetto a quello "riparatorio", prospettiva che successivamente anche il legislatore italiano ha fatto propria in sede di recepimento.

qui sembra esserci un cortocircuito nella decisione in commento: è ammissibile l'appello avverso una cautelare presidenziale solo se è in gioco un diritto costituzionalmente tutelato, e quindi meritevole di una tutela maggiore, ma il decreto presidenziale non viene concesso visto che la lesione è risarcibile. Nel caso di specie, oltre all'aspetto legato al diritto al lavoro, viene toccata la libertà personale e di circolazione ed è difficile immaginare che il risarcimento possa essere considerato egualmente soddisfacente della reintegrazione in forma specifica. Se la quarantena per violazione del distanziamento sociale ha, come pare, una natura sanzionatoria c'è anche una lesione della libertà individuale⁴⁴, una pietra angolare della democrazia stessa e non si può pensare di compensarla con un risarcimento del danno subito (quando è possibile interrompere la limitazione⁴⁵). Inoltre, è problematico quantificare il danno per lesione della libertà personale. Ad esempio, si dovrebbe utilizzare per analogia il modello su cui si basa la riparazione per ingiusta detenzione oppure si deve immaginare di rinviare al giudice la valutazione effettiva? Tali problematiche dovrebbero far propendere per l'idea che va sempre garantita la tutela piena ed effettiva di un diritto costituzionale ed evitare di ricorrere al mero risarcimento. È vero che tra cautelare presidenziale e tutela cautelare collegiale trascorre un periodo di tempo limitato (solitamente 20 giorni), ma questo non può scalfire la necessità di una tutela effettiva dei diritti costituzionali e, soprattutto, di quelli fondamentali, come nel caso di specie.

⁴⁴ Secondo M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il Coronavirus*, in *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. MARINI, G. SCACCIA, Torino, 39-50, eventuali lesioni realizzate con il *lockdown* non possano essere sussunte nell'art. 13 Cost.

⁴⁵ Per sottolineare l'importanza della libertà personale si pensi che l'art. 111, comma 7, Cost., prevede che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Tale disposizione potrebbe avere una funzione di «copertura» delle eventuali violazioni della libertà personale, che non va limitata al diritto di disporre liberamente della propria persona senza coercizioni fisiche, ma che dovrebbe estendersi a coprire tutte le varie esplicazioni del concetto, da considerare emanazioni del medesimo e più essenziale valore, cioè la libertà di vivere senza menomazioni anche la propria libertà morale, rendendo centrale, quindi, il libero sviluppo della personalità. *Contra* V. DENTI, *Art. 111*, in *Commentario della Costituzione, La magistratura, Art. 111-113*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987, 26, secondo cui il ricorso previsto dal settimo comma dell'art. 111 ha la funzione di assicurare non tanto una garanzia individuale, quanto la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, l'uniformità della giurisprudenza nazionale.

Senza riprendere la numerosissima dottrina sul significato da attribuire al concetto di «libertà personale» si segnala solo che «quella contiguità se non reciproca interferenza fra libertà personale e libertà di circolazione (art. 13 ed art. 16 della Costituzione) segnalata in dottrina fin dal primo dopoguerra (Grossi, Galizia, Mazzioiti, Galeotti, Amato, Elia, Vassalli, Pace, etc.) ed ancora non del tutto risolta» (A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, n. 1/2020, 1).

5. *Il decreto Cons. St. 304/2021: un caso paradigmatico di accoglimento dell'appello*

Tra i decreti cautelari monocratici adottati nei primi mesi del 2021 dal Consiglio di Stato merita di essere segnalato il n. 304 del 26 gennaio 2021, che ha offerto nuovi spunti per la ricostruzione dell'istituto e ha accolto la domanda di tutela cautelare. In tale atto si sottolinea come l'appello avverso il decreto monocratico cautelare può essere considerato ammissibile nei soli casi (sempre del tutto eccezionali) in cui il provvedimento «*abbia solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisivo*». La *ratio* delle parole del Consiglio di Stato è evitare, come detto, il rischio che la decisione monocratica in primo grado possa definire o influenzare in via irreversibile la materia del contendere, dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado. Tale ricostruzione appare convincente solo se si trattasse, però, di un appello avverso decreti di accoglimento (mentre gli appelli sono nella gran parte dei casi per provvedimenti che negano la tutela *ex art. 56 c.p.a.*⁴⁶). Inoltre, si afferma che in questa fase non si deve influenzare la decisione collegiale, mentre, in realtà, si può entrare profondamente nel merito delle questioni che dovranno poi essere esaminate dal Collegio, come accade nel decreto 304/2021.

Il caso in esame scaturiva da una vicenda molto delicata, elemento forse decisivo ai fini della concessione della “sospensiva” presidenziale. Come noto, il Ministero dell'Istruzione ha stabilito che, a partire dalla scuola primaria, la mascherina deve essere indossata da chiunque sia presente a scuola, durante la permanenza nei locali scolastici e nelle pertinenze (quindi anche gli alunni durante le lezioni e naturalmente viene esplicitato che è sempre possibile abbassare la mascherina per bere e nei momenti della mensa o della merenda.)⁴⁷. Con la decisione presidenziale è stato affrontato il delicatissimo caso di un alunno che presenti documentati problemi di ossigenazione (non dovutamente monitorati durante le lezioni) a causa dell'uso della mascherina durante le lezioni. Il provvedimento ha dovuto bilanciare il rischio per la salute degli alunni (e della collettività) con il diritto a frequentare le lezioni e all'istruzione. Il decreto non condivide il comportamento dell'istituto scolastico, che non ha tenuto in considerazione

⁴⁶ Sarebbe necessario anche riflettere se possa essere ammissibile un appello avverso il decreto presidenziale che concede la tutela cautelare, legittimando così la parte resistente e il controinteressato a poter adire il Consiglio di Stato già in questa fase.

⁴⁷ Obbligo che deriva dal DPCM 3 novembre 2020 e dalla Nota del Ministero dell'Istruzione 5 novembre 2020, n. 1990. Quest'ultima prevede che nella «*scuola primaria, dunque, la mascherina dovrà essere indossata sempre, da chiunque sia presente a scuola, durante la permanenza nei locali scolastici e nelle pertinenze, anche quando gli alunni sono seduti al banco e indipendentemente dalle condizioni di distanza (1 metro tra le rime buccali)*». Il termine “buccale” indica l'apertura delimitata dalle labbra a forma di fessura trasversale tra le due guance (*buccae*) e si richiede, quindi, che gli alunni debbano essere distanti tra loro almeno un metro da bocca a bocca.

la necessità di tutela dell'alunno impossibilitato a mantenere la mascherina per tutto l'orario di lezioni. Nel caso di specie, infatti, la scuola non aveva messo a disposizione degli insegnanti il "saturimetro", un apparecchio di rilevazione della quantità di ossigeno nel sangue⁴⁸, al fine di consentire di accertare che tale quantità non scendesse sotto a quella minima per evitare pesanti rischi per la salute⁴⁹. L'inerzia della scuola non poteva impedire all'alunno di godere del diritto all'istruzione e per questo motivo è stato sospeso l'obbligo di indossare la mascherina durante tutto l'orario di lezione. Come sottolineato dal Consiglio di Stato, infatti, «*nelle more della camera di consiglio già fissata innanzi al T.A.R. alla minore non possa essere imposto l'uso del DPI per la durata delle lezioni*» essendo il pericolo di affaticamento respiratorio, in mancanza di costante verificabilità tramite saturimetro, troppo grave ed immediato. La necessità di garantire il diritto di frequentare il corso scolastico, comporta un ulteriore obbligo di *facere* da parte dell'amministrazione, visto che «*restano ferme, a carico dell'istituto scolastico, che la stessa minore frequenta, le responsabilità connesse all'attuazione del presente decreto*». È chiaro che questo *facere* è legato inscindibilmente all'art. 3, comma 2, Cost., essendo necessario garantire sia che all'alunno impossibilitato a tenere la mascherina possa seguire le lezioni in classe sia che venga tutelata la salute di tutti i suoi compagni di classe (e, indirettamente, delle loro famiglie). La ponderazione concreta degli interessi pubblici e privati in gioco e di come garantire i diritti riconosciuti dal decreto spetta, però, all'amministrazione⁵⁰.

6. Un confronto tra i due decreti

Il caso dell'accoglimento dell'appello avverso un decreto cautelare presidenziale che abbiamo analizzato è molto importante sia perché può finalmente porre fine alla diatriba sull'esistenza e sull'ammissibilità dell'istituto, sia perché ci fa comprendere come sia interpretata oggi l'eccezionalità che deve accompagnare i motivi di appello. Infatti, mentre nel primo decreto esaminato è stato negato che l'impossibilità ad attendere ai bisogni primari, tra cui il lavoro, possa assurgere a situazione "eccezionale", nel secondo, invece, la gravità per la vita dell'alunno e la necessità che sia garantita la possibilità di seguire in sicurezza le lezioni sono

⁴⁸ Definito dal decreto «*strumento di costo minimo e semplicissima utilizzabilità in casi come quello prospettato, ad opera di ogni insegnante, per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione*».

⁴⁹ Una misurazione del genere potrebbe sembrare un'attività abbastanza medica o paramedica, ma può essere assimilata al BLS (acronimo di *Basic Life Support and Defibrillation*), cioè il primo soccorso con l'impiego di defibrillatore semiautomatico.

⁵⁰ Consiglio di Stato, sez. III, dec. 22 marzo 2021, n. 1511 (Pres. Frattini) ha ribadito la necessità di depositare la documentazione scientifica concernente l'impatto psico-fisico dell'uso delle mascherine sugli studenti, anche per valutare la ragionevolezza, coerenza e proporzionalità, tenuto conto dei dati scientifici, degli obblighi imposti.

stati considerati fatti tali da permettere l'accoglimento dell'appello⁵¹. Tra i due decreti emerge qualche sfumatura di diversità nelle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione, per cui, si può dire che l'ammissibilità in sé dovrebbe oggi essere pacifica se sono in gioco diritti costituzionali, ma forse lo sono meno le specifiche condizioni per l'accoglimento. Nel decreto del 2020 si afferma, infatti, che «*occorre verificare la consistenza del "fumus boni iuris" cioè la probabilità che la pretesa sia riconosciuta fondata nelle successive fasi del giudizio, ma anche, e contestualmente, che vi sia gravità e irreparabilità del danno lamentato, prevalenti sull'interesse pubblico posto a base degli atti censurati*» e l'appello è stato respinto perché le conseguenze dannose per l'appellante non avrebbero avuto il carattere della irreversibilità. Nel 2021, invece, si ammette l'appello poiché «*il provvedimento [ha] solo veste formale di decreto ma contenuto sostanzialmente decisorio*» senza fare esplicito riferimento alla tipologia di diritti da «tutelare»⁵².

I due decreti, inoltre, sono scesi nel merito in maniera molto diversa. Il primo decreto, infatti, predilige verificare l'eventuale lesione dei diritti costituzionali, senza considerare gli elementi di fatto. Come accennato, infatti, l'appellante contestava l'esistenza stessa della violazione e l'assenza di ogni verbale o altro atto recante l'accertamento della violazione. Mentre il T.A.R. Catanzaro aveva segnalato che «*l'istanza proposta difetta del verbale o altro atto con recante accertamento della violazione specifica ("inottemperanza all'ordinanza n.12 del 20/3/20 del Presidente della Regione Calabria", secondo quanto si evince dall'atto sindacale impugnato là dove riporta il contenuto della Disposizione del Dipartimento prot. n.28112/2 del 21/3/20, neppure questa esibita,) necessario invece ai fini della prova dell'esatto contesto spazio-temporale entro cui sarebbe stato posto in essere il comportamento che avrebbe dato luogo alla procedura da cui è scaturita l'ordinanza sindacale impugnata*», il Consiglio di Stato non ha affrontato questo punto fondamentale sotto l'aspetto del *fumus boni iuris*. Infatti, la mancata allegazione del verbale e la poca certezza dei fatti (per quanto riguarda la contestualizzazione spazio-temporale) pongono dei dubbi sulla stessa realizzazione della condotta illecita del ricorrente, ma ciò è stato irrilevante per la reiezione dell'appello (anche se in effetti, almeno processualmente, l'assenza del verbale è un elemento centrale). Un cenno su questo sarebbe stato necessario, visto che una persona potrebbe essere stata costretta ad una quarantena senza un motivo, con una lesione effettiva della libertà personale, anche nel realizzare condotte consentite⁵³. Nel secondo decreto, invece, si è dato molto spazio alla valutazione

⁵¹ Rischia di apparire superflua la parte del decreto relativa al contenuto decisorio anticipatorio della fase collegiale.

⁵² Ridefinendo ciò che era stato affermato nel 2020 («*il Consiglio di Stato ha ritenuto l'ammissibilità nei soli, limitatissimi, casi in cui l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale "bene della vita" corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato*»).

⁵³ Vista la successiva reiezione della questione in T.A.R. Catanzaro, n. 254/2020, l'unica

del merito della questione, che è risultato decisivo per l'accoglimento dell'appello e per far emergere le omissioni dell'amministrazione.

La diversità degli esiti tra i decreti, oltre ad essere ricondotta a una differenza tra gli interessi coinvolti (nel secondo caso, la salute e l'istruzione di un minore), può essere basata anche su altre ragioni. Nel decreto del 2021 il Consiglio di Stato registra una doppia inadempienza della Pubblica amministrazione sia a livello processuale (il mancato deposito dei documenti che il primo giudice aveva ordinato di produrre e rilevanti anche per la fase di appello) sia a livello di elementi di fatto. Come detto, infatti, nella classe frequentata dalla minore, non risultava essere disponibile neppure un saturimetro per intervenire ai primissimi segnali di difficoltà di respirazione. Queste omissioni non potevano comportare una prevalenza degli interessi dell'Amministrazione rispetto a quelli privati⁵⁴, non potendo essere imposto l'uso della mascherina per la durata delle lezioni a chi soffre di specifiche malattie e non potendosi permettere una sospensione del diritto costituzionalmente tutelato di frequentare il corso scolastico in sicurezza e dal decreto emerge anche la necessità di tutelare innanzitutto la salute del singolo. Si auspica che con il tempo vengano definiti meglio i confini dell'istituto in esame e che la tutela venga ampliata anche oltre il pericolo relativo al diritto alla vita, ma ciò potrà essere maturare solo attraverso la futura giurisprudenza amministrativa. Inoltre, anche il periodo nel quale sono stati emanati i decreti non è secondario. Nel primo caso ci trovavamo ad inizio pandemia e in pieno periodo emergenziale, nel secondo caso, invece, il giudice amministrativo sembra aver avuto maggiore consapevolezza del proprio ruolo, anche grazie alla "normalizzazione" dell'emergenza.

7. Conclusioni. La tutela cautelare e l'effettività della tutela

In questo anno di emergenza sanitaria si è registrata una forte deferenza da parte del giudice rispetto alla concessione della tutela cautelare sia durante il

tutela immaginabile sarebbe la proposizione di una domanda di risarcimento del danno davanti al giudice ordinario.

⁵⁴ Si potrebbe svolgere un parallelismo con Corte di giustizia dell'Unione europea, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifazi e altri contro Repubblica Italiana*, 19 novembre 1991, dove la Corte di Giustizia ha stabilito il principio che il mancato recepimento di una direttiva entro la data ultima stabilita nel provvedimento poteva determinare, a certe condizioni, una condanna dello Stato e un obbligo di risarcimento del cittadino che fosse risultato leso dall'inadempiente comportamento.

lockdown sia nella fase successiva⁵⁵, anche se ci sono delle eccezioni⁵⁶ (soprattutto

⁵⁵ È opportuno segnalare che la tutela monocratica come unica forma di cautelare è stata prevista per un periodo di tempo relativamente breve, ormai terminato. Un'analisi meramente "legalistica" è stata operata da T.A.R. Napoli, sez. V, dec. 17 aprile 2020, n. 783 (Pres. Scudeller), che non si è posto il dubbio del bilanciamento o della costituzionalità delle disposizioni da applicare. Criticabile anche T.A.R. Sicilia (sede di Palermo), sez. I, dec. 17 aprile 2020, n. 458 (Pres. Ferlisi) che ha respinto una richiesta cautelare contro un'ordinanza contingibile e urgente che limitava ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, compresa, come nel caso specie, quella dei minori accompagnati dai genitori. Un caso recente di prevalenza "automatica" del diritto alla salute è stato deciso dal T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. II, ord., 4 giugno 2020, n. 4160 (Pres. Riccio, Est. Iera). Per i giudici amministrativi non doveva essere sospesa la direttiva dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli che aveva disposto l'interruzione dello svolgimento delle attività di «*scommesse su eventi sportivi e non sportivi, ivi compresi quelli simulati e di raccolta delle scommesse tramite dispositivi elettronici del tipo slot machines*» in tutte le tabaccherie ed edicole presenti sul territorio nazionale nelle quali è prevista l'attività di gioco pubblico. Secondo i giudici la misura della sospensione delle attività disposta dall'amministrazione è sembrata adeguata e proporzionata allo scopo di tutelare la salute individuale e collettiva nel periodo. Ha aggiunto il T.A.R. che sotto il profilo del *periculum in mora* nel bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco deve considerarsi prevalente, rispetto all'interesse particolare di «*riavviare la propria iniziativa economica, parzialmente sospesa, in un settore pur rilevante quale il gioco pubblico, la tutela dell'interesse generale diretto a salvaguardare la salute individuale e collettiva*». Quest'affermazione appare apodittica, visto che il divieto assoluto di svolgere l'attività di scommesse non sembra ragionevole e si sarebbe potuto prevedere un protocollo per l'accesso ai locali, come avviene per ogni altra attività economica (la lettura del T.A.R. è stata confermata da Cons. St., sez. III, dec., 22 febbraio 2021, n. 884, Pres. Frattini, nonostante il decreto abbia rilevato la dubbiosità e incompletezza della valutazione istruttoria).

T.A.R. Abruzzo (sede di Pescara), dec. 17 marzo 2021, n. 75 (Pres. Passoni) ha respinto una richiesta di sospensiva dell'ordinanza del sindaco di Pescara che impediva lo svolgimento di tutte le attività didattiche in presenza nelle scuole dell'infanzia. Per il giudice amministrativo «*la reiezione della domanda ex art. 56 cpa (e non il suo accoglimento) appare essere la misura più idonea a scongiurare il verificarsi di danni o pericoli di danni di estrema gravità e urgenza, tenendo conto della priorità di tutela del diritto alla salute pubblica, anche rispetto ad altri contrapposti diritti fondamentali in conflitto*». Per un'analisi più ampia della giurisprudenza amministrativa, sia permesso il rinvio a M. CECILI, A. CHIAPPETTA, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia Covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19*, cit., 34-39.

⁵⁶ Si fa riferimento, ad esempio, della delicata vicenda dell'accessibilità ai verbali espressi dal comitato tecnico scientifico. Il T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. I-quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8115 (Pres. Caminiti, Est. Pisano) ha riconosciuto l'esistenza del diritto di accesso civico generalizzato ad alcuni verbali del succitato comitato. Il Consiglio di Stato, sez. III, dec. 31 luglio 2020, n. 4574 (Pres. Frattini) ha sospeso, però, l'esecutorietà della sentenza di primo grado poiché «*soltanto con l'accoglimento della istanza cautelare si possa evitare l'effetto di far conseguire alle parti appellate in modo definitivo l'utilità finale attesa, e ciò con decreto monocratico, rendendo inutile – a visione avvenuta nelle more – persino la discussione collegiale sulla istanza cautelare medesima e la stessa definizione nel merito della lite. Per queste ragioni, impregiudicata quanto al "fumus boni juris" ogni soluzione da assumere in sede collegiale anche alla luce dei punti problematici sovra indicati, è necessario che le esecutività della sentenza e quindi dell'ordine di esibizione sia sospesa fino alla discussione in camera di consiglio, ed in contraddittorio tra le parti*». Dopo una breve polemica, il Governo ha poi pubblicato i verbali il successivo 6 luglio e ora sono disponibili sul sito della Protezione civile (www.protezionecivile.gov.it).

Successivamente T.A.R. Lazio (sede di Roma), sez. III-quater, sent. 2 ottobre 2020, n. 10047

nell'anno 2021⁵⁷). Tale atteggiamento, seppur comprensibile, non appare in linea con la necessità di tutela delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio. Durante la pandemia sembra, infatti, che il diritto d'azione sia stato considerato in modo recessivo nel bilanciamento con la tutela della salute, visto che molte situazioni giuridiche sono state valutate senza il supporto delle letture formatesi in questi decenni (come, ad esempio, i vari strumenti per valutare la proporzionalità e la ragionevolezza degli atti impugnati). L'emergenza, però, ci ha portato a riflettere su strumenti rimasti per anni nell'ombra, come l'appello al decreto *ex art.* 56 c.p.a. che, però, deve essere sempre ricondotto all'art 24 Cost. e alle garanzie che il processo deve offrire. Riprendendo le parole di Chiovenda, è opportuno ricordare che il principio di effettività della tutela costituisce la «*vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema*»⁵⁸ e dovrebbe assicurare «*tutto quello e proprio quello*»⁵⁹ che il processo, mezzo di espressione della funzione giurisdizionale, è chiamato ad offrire per il perseguimento del bene della vita azionato. Il processo, quindi,

(Pres. Savoia, Est. Santini) ha annullato, per difetto di competenza, l'ordinanza con la quale il 17 aprile 2020 il Presidente della Regione Lazio ha imposto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale stagionale per tutte le persone al di sopra dei 65 anni di età. Il T.A.R. ha ritenuto che «*le disposizioni in materia di igiene e sanità nonché di protezione civile non recano previsioni che possano autorizzare le regioni ad adottare questo tipo di ordinanze allorché il fenomeno assuma, come nella specie, un rilievo di carattere nazionale. L'ordinamento costituzionale non tollera interventi regionali di questo genere, diretti nella sostanza ad alterare taluni difficili equilibri raggiunti dagli organi del potere centrale*».

⁵⁷ Il T.A.R. Lazio (Roma), sent. 16 febbraio 2021, n. 1842 (Pres. Savo Amodio, Est. Marzano) ha dichiarato illegittima l'esclusione degli estetisti tra i servizi erogabili alla persona in "zona rossa".

Inoltre, Consiglio di Stato, sez. III, dec. 22 febbraio 2021, n. 884 (Pres. Frattini), pur respingendo la richiesta di decreto cautelare, ha ritenuto che il divieto totale di svolgere un'attività a fronte di un rischio definito "potenziale" comincia «*ad incrinarsi, secondo recente giurisprudenza amministrativa, laddove si sottolinea che le, ovviamente indispensabili, misure di precauzione vanno adottate alla luce di una serie di valutazioni complete scientifiche del rischio sulla base di dati ostensibili e specifiche per ciascuna attività soggetta a limitazione*».

Il Consiglio di Stato, sez. III, dec. 1° aprile 2021, n. 1776 e 1777 (Pres. Frattini) ha affermato che il Governo doveva rivalutare e motivare, sulla base dei dati scientifici, il meccanismo automatico di sospensione della didattica in presenza. È stato affermato che «*l'obbligo di riesame non significa, né così potrebbe essere, sostituzione del giudice alle scelte di governo nel periodo di pandemia, che restano interamente nella responsabilità degli Organi competenti*». Ha altresì chiarito, però, che è dovere del giudice «*assicurare che dette scelte siano adottate in modo trasparente e in coerenza con le risultanze dei dati scientifici, modificandole o motivando con argomenti non contraddittori l'impatto della eventuale riapertura della istruzione in presenza sulla ulteriore diffusione del contagio*».

T.A.R. Toscana, sez. II, sent. 5 marzo 2021, n. 334 (Pres. Trizzino, Est. Fencia) ha ritenuto illegittima l'ordinanza del Presidente della Regione Toscana che consentiva il rientro in Toscana dalle altre regioni, solo a coloro che avevano medico di base nel territorio regionale.

⁵⁸ Come ricordava V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stati del processo*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Padova 1958, 409, ripubblicato in IDEM, *Scritti giuridici. Teoria generale del processo. Processo civile*, vol. I, Milano 2007, 61.

⁵⁹ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Napoli 1935 (ristampa del 1965), 39 ss.

deve dare a chi ha un diritto, per quanto possibile, tutto quello che ha diritto di conseguire⁶⁰. Il processo resta ancora un «*organismo pubblico di attuazione della legge*» ed «è per se stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge»⁶¹, sicché il principio del “tutto quello e proprio quello” si traduce come uno strumento tramite il quale produrre il relativo effetto, purché lecito e possibile, anche in occasione della tutela cautelare⁶². Come è stato segnalato, infatti, «se i tempi di decisione lo consentono, non vi è ragione per escludere l'appello sul provvedimento presidenziale»⁶³. Si auspica, allora, che l'andamento rapsodico⁶⁴ sia sull'ammissibilità che sull'accoglimento dell'impugnazione del decreto ex art. 56 possa terminare e si garantisca una piena tutela giurisdizionale, che può essere definita come «*la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato*»⁶⁵.

⁶⁰ Concetto che si ritrova anche in Corte EDU, *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, dove si afferma che l'esecuzione di una sentenza costituisce un elemento essenziale del diritto di accesso al giudice. Per altre affermazioni del principio a livello internazionale, si veda O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni. Quale tutela “effettiva” per le vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 4/2018, 1237-1245.

⁶¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 39 ss.

⁶² T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, dec. 31 dicembre 2020, n. 503 (Pres. Migliozzi) afferma che «che a favore di siffatta interpretazione depono il principio di effettività inteso come capacità del processo amministrativo di conseguire risultati nella sfera sostanziale; che, in particolare, la normativa dettata col codice del processo amministrativo in tema cautelare e precautelare va letta in conformità alle fonti normative comunitarie che contengono in nuce la regola volta ad approntare anche senza contraddittorio uno strumento di tutela cautelare d'urgenza a tutti i diritti o agli interessi oppositivi, pretensivi o procedurali». *Contra* M.A. SANDULLI, *Giurisprudenza creativa e digitalizzazione: una pericolosa interazione che accresce i rischi di incertezza sulle regole processuali*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2013, ritiene che «il decreto trascura tuttavia due principi altrettanto importanti, come quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e quello, ad esso nella specie strettamente correlato, del diritto delle parti resistenti e controinteressate ad essere immediatamente e chiaramente informate dell'oggetto e del perimetro dell'azione intentata nei loro confronti, in modo da potere, se lo ritengono e sono in grado di attivarsi in modo tempestivo, rappresentare le proprie ragioni all'organo decidente “prima” che esso si pronunci».

⁶³ C.E. GALLO, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, in *Il Foro amministrativo – CdS*, n. 11/2009, 2615.

⁶⁴ Riprendendo A. DE SIANO, *Tutela cautelare* cit., 79.

⁶⁵ Come affermato da Corte di cassazione, Sez. III (civ.), sent. 17 settembre 2013, n. 21255 (Pres. Trifone, Rel. Travaglio).

Abstract

Il contributo mira a ricostruire l'istituto dell'appellabilità avverso il decreto cautelare monocratico *ex* art. 56 c.p.a. Nonostante la chiarezza della disposizione (che lo definisce “non impugnabile), la giurisprudenza ne ha ridefinito i contorni, ammettendo l'appellabilità nei casi in cui si realizzi una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti. Due decreti del Consiglio di Stato, emanati durante l'emergenza sanitaria, possono aiutare a comprendere meglio l'applicazione della lettura costituzionalmente orientata che la giurisprudenza sta fornendo dell'art. 56 c.p.a., anche alla luce del principio di effettività della tutela.

The appeal against the monocratic precautionary decree: a constitutionally oriented interpretation to guarantee the principle of effectiveness of rights

This essay aims to study the appealability of the monocratic precautionary decree pursuant to art. 56 of the Code of Civil Procedure. In spite of the clarity of the provision (which defines it as “non-appealable”), case law has redefined its contours, admitting the possibility of appeal in cases where there is an infringement of constitutionally guaranteed rights. Two decrees of the Council of State, issued during the health emergency, may help to better understand the application of the constitutionally oriented reading that the jurisprudence is providing of art. 56 c.p.a., also in the light of the principle of effectiveness of rights.