

Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico ai tempi del Covid-19: orientamenti contrapposti

di Riccardo D'Ercole

SOMMARIO: 1. Introduzione e recenti interventi normativi. – 2. La disciplina normativa e la chiarezza “apparente” dell’art. 56 c.p.a.. – 3. Decreto cautelare monocratico, doppia strumentalità ed effettività della tutela cautelare. – 4. Gli orientamenti favorevoli all’ammissibilità dell’appello avverso il decreto cautelare monocratico.... – 5. ...e quelli contrari. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione e recenti interventi normativi*

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha inciso profondamente su numerosi istituti del processo amministrativo¹.

Uno dei problemi che si è riproposto – in realtà è sorto già in passato – in tale periodo e su cui l'emergenza ha imposto una riflessione, è sicuramente il tema dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico².

¹ Diversi sono ormai i contributi bibliografici che hanno approfondito il tema dell'emergenza pandemica da Covid-19. In particolare, in relazione alle questioni che si sono poste in riferimento al processo amministrativo, si veda N. PAOLANTONIO *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale*, in www.giustamm.it; C. SALTIELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in www.giustamm.it, 3, 2020; F. FRANCIARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M.A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti Covid-19 in materia di giustizia amministrativa: l'art 84 del decreto "cura Italia"*, in www.lamministrativista.it; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in www.federalismi.it; N. DURANTE, *Il lockdown del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

² La dottrina in materia di tutela cautelare nel processo amministrativo è davvero sconfinata. Si legga, *ex plurimis*, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo davanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1165 ss.; M.P. CHITI, *La tutela cautelare*, in a cura di A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013; D. D'ORSOGNA, *La fase cautelare*, in a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014; D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001; F. DE LEONARDIS, *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza amministrativa europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, IV, 670 ss.; R. DE NICTOLIS, *La tutela cautelare*, in a cura di F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, V. POLI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2009; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; R. GAROFOLI, M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002; R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012; S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II, 609 ss.; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 2491 ss.; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 9, LV e ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc.*

Sul punto, fin da subito, occorre fare una serie di opportune precisazioni.

Come è ben noto, il periodo emergenziale è stato dichiarato, a seguito del proliferare del Covid-19, il 31 gennaio 2020 dal governo Conte per la durata di 6 mesi (fino al 31 luglio 2020) poi ripetutamente prorogato fino al 31 marzo 2022, data in cui è terminato.

Nell'ambito del biennio 2020-2022 il legislatore si è occupato del settore legato alla giustizia amministrativa con una serie di provvedimenti normativi³.

Dapprima, infatti, quando l'emergenza sanitaria era ancora circoscritta a pochi Comuni individuati quale zona rossa, era apparsa misura proporzionata la sospensione dei termini processuali per parti e difensori localizzati in tali Comuni⁴.

Successivamente, atteso il rapido propagarsi della pandemia a tutto il contesto nazionale e la contestuale estensione delle misure più restrittive, è stata prevista una generalizzata sospensione di tutti i termini processuali, dapprima dall'8 al 22 marzo 2020⁵ e poi dall'8 marzo al 15 aprile 2020, provvedimento quest'ultimo che, anche per ragioni temporali, ha assorbito il precedente.

Senonché, uno degli istituti maggiormente influenzati da queste misure normative⁶, è stato proprio il processo cautelare, in cui si è stabilita la sostanziale "conversione"⁷ della domanda cautelare collegiale in monocratica al presidente del tribunale, con conseguente applicazione del rito previsto dall'art. 56, comma 1 c.p.a che va a sostituire *ex officio* quello ordinario collegiale.

Nel presente contributo, pertanto, saranno analizzati i tre decreti mono-

amm., 1983, 310 ss.; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)* in *Dir. Disc. Pubbl.*, 1999, 372 ss.; R. VILLATA, *La corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794 ss.

³ Su cui si veda R. DE NICCOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Art. 10, comma 17, d.l. n. 9/2020.

⁵ Attraverso l'art. 3, d.l. n. 11/2020.

⁶ Il riferimento è all'art. 84, 1° comma, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020 n. 27, il quale ha disposto la decisione dei procedimenti cautelari promossi o pendenti tra l'8 marzo e il 15 aprile 2020 con decreto monocratico del presidente o di un magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'articolo 56 del codice del processo amministrativo. Con le precisazioni per cui «il decreto è tuttavia emanato nel rispetto dei termini di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo, salvo che ricorra il caso di cui all'articolo 56, comma 1, primo periodo, dello stesso codice. I decreti monocratici che, per effetto del presente comma, non sono stati trattati dal collegio nella camera di consiglio di cui all'articolo 55, comma 5, del codice del processo amministrativo restano efficaci, in deroga all'articolo 56, comma 4, dello stesso codice, fino alla trattazione collegiale, fermo restando quanto previsto dagli ultimi due periodi di detto articolo 56, comma 4».

Per un primo commento, particolarmente critico, al suddetto intervento normativo si veda F. SAITTA, *Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza epidemiologica da Covid-19: chi? come? ma soprattutto, perché?*, in www.federalismi.it.

⁷ Si veda F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in www.lexitalia.it.

cratici⁸ emessi nel periodo temporale (dall'8 marzo al 15 aprile 2020) in cui si è posta la questione dell'ammissibilità dell'appello avverso il decreto monocratico.

Si anticipa fin da subito, tuttavia, che la suddetta questione non sorge conseguentemente alle disposizioni normative e processuali introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid, essendo tema già conosciuto in dottrina e giurisprudenza per via dei risvolti – prima ancora pratici che teorici – che una simil tematica può porre.

Difatti, si constaterà che, a volte, l'unico strumento per ottenere una tutela processuale giusta ed effettiva, sta proprio nell'autorizzare questa deroga legislativa concedendo al ricorrente l'inedito mezzo d'impugnazione dell'appello anche avverso il decreto monocratico.

Così, con gli occhi dell'osservatore esterno e ora che l'emergenza sanitaria sembra volgere al termine, si rende possibile tracciare un bilancio degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno interessato in questo periodo – e non solo – il tema dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, per comprendere la *ratio* che ha guidato (essenzialmente la giurisprudenza) a pronunciarsi nell'uno o nell'altro verso.

La suddetta ricostruzione rappresenta, pertanto, lo scopo del presente contributo.

Si precisa inoltre, per ragioni di completezza sistematica, che con l'art. 3 del d.l. n. 85/2022⁹, si è tracciata un'ideale linea di continuità rispetto alle esigenze di speditezza già manifestate dal legislatore in precedenza: difatti, in ragione della priorità che si vuole riconoscere alle controversie che interessano l'attuazione del PNRR, in caso di proposizione del ricorso con contestuale accoglimento dell'istanza cautelare «il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza».

Viceversa, nel caso in cui un'istanza cautelare non sia stata proposta o, nel caso in cui l'istanza cautelare, pur proposta, non sia stata concessa, non vi è dovere, in capo al giudice, di fissare l'udienza di merito.

2. *a disciplina normativa e la chiarezza “apparente” dell'art. 56 c.p.a.*

Naturale punto di partenza è la norma che legittima il giudice amministrativo ad adottare tale provvedimento: l'articolo 56 c.p.a.¹⁰.

⁸ Ci si riferisce a Cons. Stato, decr., Sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343; Cons. Stato, decr., Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553; Cons. Stato, decr., Sez. III, 31 marzo 2020, n. 1611, tutti in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹ Per un'analisi più approfondita dei profili di novità introdotti dal d.l. 85/2022, si veda F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *www.giustiziasieme.it*. In giurisprudenza, invece, TAR Lazio, sede di Roma, sez. II, ord., 15 luglio 2022, n. 4602, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰ Si intendono qui integralmente richiamati i riferimenti bibliografici contenuti in nota

Esso, come è noto, fa riferimento a tutti quei casi in cui l'attesa della camera di consiglio – e quindi dell'ordinario procedimento cautelare di cui all'art. 55 c.p.a. – andrebbe a pregiudicare o vanificare la speranza – e quindi l'effettività – di tutela del ricorrente.

Si prevede così che il presidente del tribunale (o un magistrato da lui delegato) possa provvedere con decreto motivato adottato *inaudita altera parte* e con efficacia limitata: il suo “fine-vita” è segnato proprio dalla camera di consiglio, sede in cui tale decreto deve essere confermato – e verrà quindi sostituito dall'ordinanza collegiale di cui all'art. 55 c.p.a. – oppure perderà di validità.

Si tratta comunque di un profilo diverso rispetto alla questione della sua impugnabilità atteso che le due disposizioni operano su piani differenti: un conto è parlare di perdita di efficacia di una decisione se non confermata, altro è analizzare l'eventuale legittimazione ad impugnare la decisione stessa.

Stando al dato normativo, il legislatore ha preso posizione sulla questione: il comma 2 dell'art. 56 c.p.a. stabilisce espressamente che il decreto (di cui al comma 1) è sì motivato¹¹ ma non impugnabile; tanto è vero che il successivo comma 4 aggiunge, come già ribadito, che solo in caso di accoglimento nella successiva camera di consiglio, la misura cautelare mantiene – *rectius* consolida – la propria efficacia; altrimenti viene irrimediabilmente travolta se il collegio non provvede sulla domanda cautelare. Si ricordi, inoltre, che il provvedimento resta comunque sempre revocabile o modificabile su istanza di parte.

È questo un aspetto che la c.d. tutela cautelare *in causa* condivide con il decreto monocratico *ante causam* di cui all'art. 61 c.p.a. e che allo stesso modo è inappellabile: semmai, in quest'ultimo caso si può riproporre la domanda cautelare con il procedimento ordinario nell'ipotesi di rigetto del decreto *ante causam*, diversamente da quello *in causa* su cui deve necessariamente provvedere il collegio secondo l'ordinario procedimento: solo in caso di accoglimento sarà possibile chiedere la revoca o la modifica dei decreti monocratici¹².

n.2, ai quali può aggiungersi, con specifico riferimento alla cautela monocratica, M.V. LUMETTI, *La graduazione dell'urgenza, la prognosi sommaria e i casi di “fumus” qualificato nel codice processuale amministrativo*, in *Giust.Amm.it*, 2013, II, 9; ID., *Il procedimento minicautelare*, in *Giust.Amm.it*, 2013, II, 12; M. PALMA, *L'esecuzione dei decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo tra interpretazione letterale ed effettività della tutela, in federalismi.it*.

¹¹ E non potrebbe essere altrimenti atteso che l'art. 111 comma 6 Cost espressamente stabilisce che tutti i provvedimenti devono essere motivati nel senso che il giudice debba dare conto del procedimento logico-giuridico, attraverso il quale è pervenuto alla decisione. Sul punto si veda, tra molti, S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; ID., (voce), *Giusto processo* (dir.proc.amm.), in *Enc.dir.*, Annali, vol. II; E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, V-VI, pt.2, 1061-1082; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civiltà”*, in a cura di D. DELLA CANANEA, M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.

¹² Così E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in a cura di F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 381.

A fortiori, l'inappellabilità dei suddetti decreti cautelari si ricava anche implicitamente dall'art. 62 c.p.a. nella parte in cui si legge che l'appello al Consiglio di Stato è ammesso nei soli confronti delle ordinanze cautelari¹³.

Ragionando, *a contrario*, esso sarebbe radicalmente escluso per i provvedimenti di cui agli articoli 56 e 61 c.p.a. dato che questi ultimi rivestono la forma del decreto monocratico e non di certo dell'ordinanza.

Alla luce del ricordato quadro normativo, emerge, quindi, una prima importante considerazione: la tutela cautelare monocratica ha, per sua stessa natura, un carattere precario e provvisorio proprio perché destinata a perdere efficacia se non confermata.

Viene evocato così uno dei pilastri della tutela cautelare nel processo amministrativo: il principio di strumentalità.

3. *Decreto cautelare monocratico, doppia strumentalità ed effettività della tutela cautelare*

La provvisorietà di cui si è appena detto permette di ancorare il decreto cautelare alla tutela collegiale. Anzi, il decreto è strettamente dipendente ad essa nel senso che etimologicamente si deve attribuire a tale aggettivo: dipende nel senso che senza essa, viene meno; se non confermata dal collegio, il decreto viene irrimediabilmente caducato, è *tamquam non esset*.

A ben vedere, può quindi affermarsi con maggior enfasi rispetto alla cautela collegiale, che la storia del decreto cautelare monocratico sia la storia della sua strumentalità rispetto alla tutela cautelare collegiale¹⁴.

E se è vero – come è vero – che, a sua volta, l'ordinanza cautelare collegiale (adottata, quindi, secondo il procedimento ordinario di cui all'art. 55 c.p.a.) sia strumentale rispetto alla decisione di merito, allora sarà possibile affermare che nel caso di decreto cautelare si è in presenza di una strumentalità “al quadrato”, doppia rispetto *in primis* all'ordinanza cautelare, *in secundis* alla sentenza di merito.

La strumentalità¹⁵ ed interinalità del provvedimento cautelare individuano

¹³ Cfr. G. Morbidelli, *Codice della giustizia amministrativa*, 2015, 614 ss.

¹⁴ Si veda in proposito, V. FANTI, *L'appellabilità del decreto monocratico nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2021, 2; I. GENUESI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

¹⁵ Anche in tal caso la dottrina è sconfinata, si veda, tra gli altri, E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 3173 ss.; E. FOLLIERI, *Strumentalità ed efficacia ex tunc dell'ordinanza di sospensione*, in *Giur. it.*, 1985, III, 96 ss.; F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto propulsivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, III, 856 ss.; M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive “strumentali” e tutela cautelare degli interessi procedurali pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 812 ss.

In particolare, si legga P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, il quale, nel definire la strumentalità come principio ontologico e intrinseco

due dei principi più rilevanti che governano il processo cautelare, in tal specie quello amministrativo.

La strumentalità è definita come l'ontologica ed ineliminabile relazione esistente tra la fase cautelare e la fase di merito, nel senso che la misura cautelare, per la sua celerità, deve essere idonea ad assicurare *medio tempore* gli effetti della decisione sul ricorso; di qui l'assoluta ed indefettibile simmetria che deve sussistere tra l'utilità che può essere conseguita a seguito della pronuncia cautelare e quella che potrebbe essere conseguita a seguito della pronuncia di merito.

L'interinalità è, invece, la naturale provvisorietà della misura cautelare – a maggior ragione nel caso del decreto cautelare monocratico – destinata a perdere ogni effetto con la definizione del merito del giudizio, qualunque sia la tipologia di sentenza adottata, sia che si tratti di una sentenza di merito, sia che si tratti di una sentenza di cessazione della materia del contendere o di improcedibilità¹⁶.

Tali principi sono consolidati dalla stessa giurisprudenza, la quale ritiene che «la tutela cautelare non è la rimozione di un ostacolo procedurale interposto dall'amministrazione ma è solo l'effetto della protezione interinale di una posizione giuridica, in guisa che il tempo del processo non abbia a compromettere definitivamente le utilità cui il ricorrente aspira» e in ciò risiede il sunto dei principi che governano il processo cautelare: come affermato, la provvisorietà, l'interinalità e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Delle prime due, si è già detto¹⁷, per l'ultima occorrono ulteriori argomentazioni.

all'interno della disciplina cautelare stessa, affermava che «il criterio in base al quale i provvedimenti cautelari si distinguono da quelli non cautelari (denominati principali) non è un criterio attinente al contenuto; la loro peculiare caratteristica va ricercata in quel rapporto di strumentalità che lega ineliminabilmente ogni provvedimento cautelare ad un provvedimento principale, il rendimento pratico del quale si trova, in virtù del primo, agevolato ed assicurato in anticipo».

¹⁶ Così afferma R. CAPONIGRO, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015, III, 979 e aggiunge che «tali caratteri sono scolpiti, tra l'altro, dal primo comma dell'art. 55 c.p.a. che richiede l'allegazione di pregiudizio grave e irreparabile “durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso” e prevede l'emanazione di misure idonee “ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”».

¹⁷ In dottrina, si legga anche A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1999, 377, il quale afferma che «i limiti del potere del giudice amministrativo, in sede cautelare, vanno identificati in funzione del risultato che può essere conseguito dal ricorrente attraverso l'accoglimento del ricorso: in altre parole non è ragionevole l'assegnazione, in via cautelare, di utilità che sopravanzano quelle configurabili alla stregua dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. La sospensione di un provvedimento negativo non può consistere quindi in una misura positiva che assegni al ricorrente più di quanto gli spetterebbe in base alla sentenza di annullamento». Proprio Aldo Travi è stato – ed è tuttora – uno dei più grandi sostenitori della strumentalità della cautela rispetto al merito; lo stesso, difatti, ha più volte, nei suoi numerosissimi elaborati in tema, ribadito che il principio di strumentalità è giustificazione della tutela cautelare nel processo amministrativo. Lo scopo della tutela è infatti quello di determinare un assetto interinale, in modo da evitare che l'interesse di una parte possa essere irreparabilmente compromesso dalla natura

L'effettività della tutela giurisdizionale è definita come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la

del giudizio. Difatti, esorbiterebbe da qualsiasi logica, avere una tutela cautelare che producesse effetti definitivi, perché altrimenti verrebbe meno l'utilità del giudizio di merito e usurperebbe uno spazio che da sempre è riservato ad un provvedimento definitivo: la sentenza.

Ancora in dottrina si veda E.M. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, cit., 3175, il quale afferma che «da costante coscienza della provvisorietà e della strumentalità della misura cautelare consente, di evitare il rischio, sempre presente, di concepire le misure cautelari come provvedimenti sommari, a contenuto satisfattivo e con funzione alternativa rispetto al normale giudizio amministrativo».

Corollario del principio della strumentalità, è quello della continenza in forza del quale la misura cautelare non potrebbe apportare utilità maggiori al ricorrente rispetto a quelle ottenibili grazie all'accoglimento del ricorso di merito.

Sulla continenza della tutela rispetto al merito, si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2008, n. 3806, in *Foro amm.-Cds*, 2008, VII-VIII, 2089, sulla base della quale «l'esito della fase cautelare scaturisce da una sommaria deliberazione – propria di questa fase – della controversia ed allo stato delle produzioni, deduzioni e contrapposte difese scritte e orali, con la conseguenza che tale esito non vincola di certo il giudice nella successiva fase di trattazione del merito, che perciò ben può concludersi in senso diverso a seguito di approfondito esame, anche sulla base di ulteriori produzioni, memorie e discussione delle parti»; anche Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2006, n. 1791, in *Foro amm.-Cds*, 2006, IV, 1128, che definisce la continenza come «la circostanza per cui la misura cautelare non può, di regola, comportare effetti ulteriori (che eventualmente sono determinati solo dalla successiva fase di esecuzione) rispetto a quelli determinati dall'esito positivo del giudizio di merito (tradizionalmente la sospensione rispetto all'annullamento, ma oggi la tutela cautelare è consentita come rimedio generale e in via atipica)»; TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, 1 marzo 2017, n. 1185, in *Redazione Giuffrè amministrativo 2017*, per cui «nel processo amministrativo, la pronuncia cautelare, quale che sia il suo contenuto, è assorbita in quella che definisce il merito della domanda cui accede, attesa la natura accessoria, interinale e continente della tutela cautelare medesima».

Dalla strumentalità della tutela rispetto al giudizio di merito, deriva anche l'ulteriore conseguenza della perfetta autonomia tra le due fasi di giudizio. Sul punto, la giurisprudenza è ormai consolidata; basti leggere le sentenze del Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2003, n. 7864; Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2011, n. 2907; TAR Lazio, sede di Roma, sez. III, 25 giugno 2018, n. 7074, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, nelle quali si legge che «il processo cautelare costituisce fase autonoma e distinta nell'ambito del giudizio di impugnazione, non in grado di consumare il rapporto processuale principale e senza, quindi, che l'eventuale sospensione del provvedimento impugnato – destinata ad avere efficacia solo fino alla decisione di merito, al fine di evitare effetti negativi irreversibili prima di tale decisione – possa determinare cessazione della materia del contendere o improcedibilità dell'impugnativa»; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 2010, n. 3165, in *Foro amm.-Cds*, 2010, V, 1024, per cui: «nel processo amministrativo la fase cautelare è autonoma e distinta rispetto al giudizio di impugnazione e non è idonea ad esplicare effetti sul rapporto processuale principale; deve quindi escludersi che la fissazione della camera di consiglio per la discussione della richiesta di sospensiva, e la relativa decisione, possano consumare la domanda di fissazione d'udienza presentata per la discussione della causa nel merito; d'altra parte, fin quando l'istanza di fissazione di udienza non abbia consumato i suoi effetti, non comporta perenzione del ricorso la mancata effettuazione di atti, ancorché protrattasi per oltre due anni».

soddisfazione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto¹⁸.

Tale principio è delineato nel codice del processo amministrativo all'art. 1 che va inquadrato secondo le disposizioni costituzionali ed europee. Queste ultime, in particolare per il tramite dell'opera pretoria della Corte di Giustizia e della Corte Edu¹⁹, più delle altre, lo hanno valorizzato consentendogli di acquisire carattere giuridico e assurgendo a parametro valutativo dei rimedi di tutela delle situazioni sostanziali²⁰.

¹⁸ Così afferma R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, V, 1727. Sul principio di effettività della tutela si legga, tra gli altri, M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. GIACCHETTI, *Giustizia amministrativa alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III, 459 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, IV, 517 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, III, 523 ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, IX, 2779 ss.; M. A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, testo della Relazione tenuta al convegno su "Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo", Gaeta, 22 maggio 2009, in *giustamm.it*, n. 9/2009; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa in www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁹ Sull'influenza del diritto e della giurisprudenza comunitaria ed internazionale verso l'affermazione del principio di effettività della tutela, si veda, per tutti, C. FELZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, III, 758-800

²⁰ Si veda, S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, IV, 1398, il quale sostiene che «È bene premettere sin d'ora che il principio dell'effettività della tutela, almeno per come è declinato in Europa, sembra riprendere e dare forza agli studi del Chiovenda, in quanto l'effettività è assunta soprattutto nell'accezione della idoneità a comportare l'attribuzione al soggetto leso di ciò che gli spetta alla stregua del diritto sostanziale. Il principio dell'effettività della tutela, dunque, è innanzi tutto un obiettivo che si pone il legislatore, e, cosa importante da sottolineare, ha un ambito oggettivo e soggettivo di applicazione ben chiaro. L'ambito oggettivo non si sostanzia soltanto nella disciplina processuale, ma anche e soprattutto nella tutela concretamente erogabile dal giudice; l'ambito soggettivo va inquadrato intorno ai poteri conferiti alle parti del processo, intese sia in senso formale che sostanziale. Intesa in tale accezione, si deve rilevare che l'effettività della tutela è "la misura" di valutazione, e dunque l'"indice", di quanto un ordinamento giudiziario riesce a garantire tutela a coloro che si rivolgono agli organi di giustizia.

Nel momento in cui l'effettività è misura di valutazione, occorre individuare i principi che la integrano: questi sembrano essere i principi che rendono un processo giusto ed efficace, i quali, insieme considerati, forniranno la misura dell'effettività.

È evidente che una volta affermati tali principi questi dovranno essere poi tradotti in norme cogenti.

Pertanto, la tutela potrà dirsi effettiva allorché vi sia un giusto processo, che approdi al suo esito fisiologico (la pronuncia sulla meritevolezza della pretesa azionata) in un arco temporale

La visione offerta dal codice altro non è che l'attuazione legislativa della posizione di autorevole dottrina²¹, secondo la quale il processo deve dare, per quanto possibile, a chi vanta un diritto tutto quello, e proprio quello, che egli ha il diritto di conseguire.

A tal proposito, è stato affermato che la portata del principio di effettività è una "questione sfuggente": con l'effettività il fatto si traduce in diritto, conferendo, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, concretezza alla giustizia amministrativa e collegando le aspettative dei singoli ai risultati ottenibili nel processo²².

ragionevole e sia caratterizzato dal contraddittorio e disciplinato con tutti gli strumenti idonei a dare protezione alle situazioni giuridiche controverse: le azioni in tutte le loro formulazioni e declinazioni sia nel *nomen iuris*, sia nella tipicità o atipicità, sia, infine, nel tipo di sindacato che dovrà garantire e fornire il giudice.

Ma, sebbene l'effettività della tutela sia un obiettivo e un principio, e nonostante, in linea generale, abbisogni di norme cogenti che la rendano concretamente applicabile, essa pare avere un margine di precettività autonoma, allorché fungerà da criterio ermeneutico, idoneo, in quanto tale, a integrare le lacune normative, e/o a orientare l'operatore giuridico, e in specie il giudice, ad applicare quella disciplina che lo realizzi. È così che il principio di effettività acquista anche valore ermeneutico, evidenziando una concretezza applicativa e una piena precettività. Il principio in parola avrà una forza immediatamente cogente allorché fungerà da criterio ermeneutico che opererà sia come guida nell'applicazione di norme processuali, sia nel superamento di eventuali lacune normative.

Infatti, si è detto poc'anzi che il principio affermato nell'art. 1 c.p.a. ha un ambito di applicazione oggettivo e soggettivo: tale specificazione vale ad individuare il perimetro entro il quale esso deve operare.

Ma laddove il principio di effettività della tutela non assuma quel valore immediatamente cogente, occorrerà valutare i diversi elementi di cui esso si compone, al fine di verificare se la disciplina positiva garantisce tale immanente valore di civiltà giuridica.

Chiaramente, stante la vastità dell'analisi, questa potrà compendiarsi intorno a un unico elemento dell'effettività. L'elemento va inquadrato negli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per azionare le pretese giuridiche, da verificarsi non solo con riferimento al numero o al tipo di azioni, ma anche, e soprattutto, in relazione al contenuto e al sindacato che il giudice opererà tramite le azioni processuali».

²¹ L'evidente riferimento è a G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 301 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 33 ss., secondo cui «la necessità di servirsi del processo per avere ragione, non deve tornare a danno di chi ha ragione»; anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1993; A. PROTO PISANI, *Rilevanza del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss.

²² Così sostiene G. BERNABEI, *Effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (Corte cost. n. 132 del 2018)* in *Studium iuris*, 2019, III, 309; si legga in tema anche M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, cit., 205. Fornisce ulteriori spunti di riflessione, allo scopo di definire gli orizzonti concettuali di fondo che alimentano il dibattito sulla tutela, A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, III, 569, nella parte in cui afferma che «nel conflitto tra principio di legalità e principio di effettività vi è un parte della giurisprudenza che sembra orientata a favore di quest'ultimo. E ciò nel senso che il fondamento normativo delle

Inoltre, garantire l'effettività della tutela giurisdizionale con quella cautelare, significa mantenere integro il "bene della vita" per il tempo necessario ad ottenere tutela di merito, ovvero azionare quell'interesse materiale che in dottrina²³ è definito come "il substrato sociologico dell'interesse legittimo" e la ragione per cui, nel giudizio cautelare, il giudice esamina l'interesse materiale, ossia valuta le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dall'esecuzione del provvedimento impugnato e, in loro presenza, accoglie l'istanza cautelare, altrimenti rigetta.

Il problema del grado di effettività della tutela viene analizzato nel presente contributo in quanto torna ciclicamente ad animare il dibattito giurisprudenziale (visti gli orientamenti contrastanti che si esamineranno nei prossimi paragrafi): è proprio quanto avvenuto in un recente decreto cautelare²⁴ in cui a fronte di un'interpretazione normativa chiara, il giudice si è sentito costretto a schierarsi apertamente in contrasto con la norma, per assicurare quell'esigenza di tutela che l'asettica applicazione della legge non avrebbe garantito.

In buona sostanza, per rendere piena e tangibile non solo in astratto ma anche in concreto quella esigenza di effettività della tutela così come proclamata dal c.p.a.

soluzioni, che vengono prospettate e praticate, è ricavato a partire dal principio d'effettività, con la conseguenza che pare possibile andare anche oltre rispetto a quanto espressamente previsto dal CPA. Insomma non è il perimetro fissato dalla legge a circoscrivere rigidamente il campo d'azione del giudice in sede processuale, ma il contrario: sono il principio d'effettività e le esigenze connesse alla sua realizzazione che definiscono i confini di ciò che può ritenersi ammissibile. La previsione legislativa in questa prospettiva genera dunque un vincolo, ma nel contempo definisce anche un campo di opportunità a disposizione del giudice». A considerazioni similari giunge anche F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, I, 74, il quale ritiene che «la rilettura (del rapporto) è dovuta al fatto che oggi il punto di equilibrio costituzionale tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale è quello che riduce l'indipendenza ed autonomia dell'amministrazione non solo in funzione del principio di legalità, ma, per l'appunto, in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale. Al giudice amministrativo, infatti, compete il potere di ingerirsi due volte nell'attività dell'amministrazione: dapprima imponendole una linea di condotta e poi effettuando il controllo su di essa, munito di poteri di sostituzione coattiva. La trasformazione del processo amministrativo in processo di accertamento e di condanna si completa con l'introduzione di strumenti esecutivi che realizzano, fin dalla fase cautelare, la sostituzione del giudice all'amministrazione, annullando l'idea della radicale separazione tra le due funzioni».

²³ Il riferimento è a E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, *passim*.

²⁴ Il riferimento è a Cons. Stato, decr. Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, cit.

4. *Gli orientamenti favorevoli all'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico...*

Le principali funzioni e questioni sottese al necessario rispetto del principio di effettività della tutela cautelare, sono state poste alla base di quella parte della giurisprudenza che ha accolto, anche in tempi non recenti, l'indirizzo ermeneutico volto a ritenere ammissibile l'appello avverso tali decreti.

È evidente che tale soluzione stride con il dettato normativo – come si è già visto l'art. 56 c.p.a. espressamente esclude l'appellabilità del decreto monocratico – ma, per tali interpretazioni, sono esigenze di effettività della tutela a consigliare la soluzione opposta.

È quanto, ad esempio, si legge in una pronuncia del giudice amministrativo²⁵ – emessa nella vigenza della legge n. 205/2000 e quindi dell'art. 3 che non prevedeva formalmente l'impugnazione in sede di appello avverso il decreto cautelare presidenziale – in cui si è ricordato che «l'inammissibilità dell'appello si porrebbe in contrasto con i principi ispiratori dell'ordinamento che sono orientati a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche cautelare, delle posizioni soggettive fatte valere dagli interessati».

Così, come sostenuto da autorevole dottrina²⁶, l'apporto della giurisprudenza del Consiglio di Stato in questo senso può essere letto quale intervento di costruzione del provvedimento cautelare in risposta alle esigenze della società, al fine di fornire una risposta favorevole mediante un intervento urgente, nel quadro generale del ruolo attribuito alla tutela giurisdizionale.

Ragioni analoghe sono poste, poi, alla base di un'altra pronuncia²⁷ con cui il giudice amministrativo ha ritenuto ammissibile l'impugnazione del decreto cautelare monocratico di primo grado in quanto trattasi di «unico strumento impiegabile al fine di garantire una effettiva tutela alla situazione di urgenza posta dal ricorrente».

In tale pronuncia, il Presidente – valorizzando la funzione esegetica dei precetti costituzionali – ha richiamato i principi sulla indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo, rilevanti ai fini del processo amministrativo e ritenuti desumibili dall'art. 24 e 113 Cost²⁸, così come

²⁵ Cons. Stato, decr., sez. V, 18 settembre 2009, n. 4628, in *www.giustizia-amministrativa.it*

²⁶ C.E. GALLO, *L'appellabilità del decreto cautelare presidenziale*, nota a Cons. Stato, decr., sez. V, 18 settembre 2009, n. 4628, in *Foro amm. -Cds*, 2009, 2615 ss.

²⁷ Cons. Stato, decr., sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, in *Foro it.*, 2019, III, 117.

²⁸ Sul rapporto tra Costituzione e processo amministrativo, si vedano A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 419 ss.; ID., *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, IV, 456 ss.; M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.

Sul punto, possono leggersi, altresì, le considerazioni sostenute in dottrina – sebbene in epoca antecedente alla legge 205/2000 che ha codificato l'atipicità della tutela cautelare – da S.

dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo²⁹.

Le argomentazioni sopra richiamate dal Consiglio di Stato, sembrano assumere una valenza ancora più attuale nel presente contesto emergenziale: sposa questa visione «costituzionalmente orientata» il primo³⁰ dei tre decreti monocratici di cui si è accennato in introduzione, adottato nel periodo di vigenza del rito cautelare “stravolto”³¹ dall'art. 84 d.l. n. 18/2020 (c.d. «Cura Italia»), in cui si legge che «questo Consiglio di Stato³² 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; che nel caso in esame, seppure per il limitato periodo residuo (4 giorni) di efficacia temporale del decreto sindacale impugnato – concernente l'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza – in primo grado, la pretesa dell'appellante è di potersi recare al lavoro, di evitare il rischio di licenziamento, e di recarsi, con le limitazioni in vigore, ad effettuare acquisti di beni di prima necessità; che, dunque, la pretesa tocca diritti tutelati dall'ordinamento anche a livello costituzionale, da cui discende l'ammissibilità dell'appello contro il decreto del Presidente del T.A.R. Calabria.»

Eguali considerazioni, in quanto trattasi a tutti gli effetti di «provvedimento-fotocopia» (oltretutto a firma dello stesso Presidente), possono essere soste-

TARULLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro amm.*, 2000, 2493-2494: «ne discende che per garantire in singoli casi una tutela d'urgenza effettiva, il giudice amministrativo ben potrebbe e dovrebbe essere autorizzato dalla legge a disporre in via cautelare, anche *ante causam*, un *quid pluris* rispetto alla mera sospensione dell'atto o addirittura ad adottare un provvedimento giurisdizionale avente il contenuto e gli effetti del provvedimento amministrativo negato dall'amministrazione. In simili ipotesi, l'incisione del magistrato ben sarebbe giustificata ed anzi necessitata, attesa l'esigenza di garantire adeguata tutela al pregnante valore espresso o esaltato dagli art. 24, 103 e 113 Cost.» Per quanto riferite alla dicotomia tipicità/atipicità della tutela, trattasi di considerazione che possono estendersi anche all'ammissibilità dell'appello avverso il decreto monocratico: ciò sarebbe giustificato, anzi *necessitato*, proprio dall'esigenza di rendere la tutela effettiva, dando concretezza ai citati principi costituzionali in tema.

²⁹ Su cui si veda, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; C. FELZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Napoli, 2018.

³⁰ Cons. Stato, decr., Sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, cit, e recentemente analizzato da M. CECILI, *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*, in *Nuove Autonomie*, 2021, III, 859 ss.

³¹ L'espressione, in senso evidentemente critico verso la modifica normativa introdotta dal legislatore con il d.l. Cura Italia, è di P. D'ANGIOLINO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. “Cura Italia”) in tema di processo amministrativo “condizionato” dall'emergenza “Covid-19*, in *www.lexitalia.it*.

³² Il riferimento, nello specifico, è alla pagina 2 del decreto cautelare sopra citato.

nute in relazione al secondo decreto³³ adottato nel sub-periodo emergenziale 8 marzo 2020/15 aprile 2020, in cui per le stesse ragioni sopra ricordate, si ammette l'appello avverso il decreto monocratico.

Orbene, in definitiva, l'ammissibilità dell'appello è condizionata dalla circostanza che ad essere lambiti dal provvedimento amministrativo siano interessi meritevoli di tutela costituzionale, in quanto la necessità di assicurare priorità a tali principi, legittima un'interpretazione che si traduca in una mancata adesione alle norme processuali in senso letterale.

In questo senso le pronunce di cui sopra intendono dar continuità proprio a quell'orientamento che sostiene l'appellabilità del decreto cautelare laddove le censure proposte siano direttamente fondate sull'asserita violazione di principi di rango costituzionale³⁴.

Esulano, invece, dalle suddette motivazioni, quei provvedimenti che confermano la tesi dell'ammissibilità del decreto cautelare ma, come detto, per ragioni diverse da quella di garantire l'effettività della tutela.

Il riferimento è, qui, alle pronunce³⁵ adottate dai giudici di Palazzo Spada in cui si fa applicazione dei principi centrali in tema di tutela cautelare e, più che allo scopo di dar rilevanza ai principi costituzionali di tutela giurisdizionale, ci si riferisce a quei casi in cui le pronunce assumono carattere sostanzialmente decisorio, dovendo, in tali casi, intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica – in relazione ai principi di strumentalità e interinalità tipici della cautela – e funzione collegiale in primo grado – questa sì a contenuto *lato sensu* decisorio.

³³ Cons. Stato, decr., Sez. III, 31 marzo 2020, n. 1611, cit.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, decr., sez. VI, 30 agosto 2017, decr. n. 3418 e decr. n. 3419; Cons. Stato, decr. Sez. VI, 25 agosto 2017, decr. n. 3408 e Cons. Stato, decr. sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795, tutti in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma espressamente – in maniera analoga alla pronuncia in commento – che «ricorre nella fattispecie una delle limitate ed eccezionali ipotesi in cui l'appello avverso il decreto cautelare del Presidente del T.A.R. è ammissibile, essendo in gioco censure direttamente fondate sull'asserita violazione di principi che trovano in articoli della Costituzione diretta tutela e fondamento, quali il diritto alla salute e all'istruzione nonché, in primo luogo il principio di parità di cui all'art. 3 Cost».

³⁵ Cfr. Cons. Stato, decr. Sez. III, 29 novembre 2021, n. 6379; Cons. Stato, decr. Sez. III, 16 settembre 2021, n. 5037; Cons. Stato, decr. Sez. VI, 24 luglio 2021, n. 4083; Cons. Stato, decr. Sez. II, 4 maggio 2021, n. 2289, tutti in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che «ritenuto che tali casi di provvedimenti monocratici impugnabili aventi solo veste formale di decreto o “decreti meramente apparenti” si configurano esclusivamente nel caso in cui la decisione monocratica in primo grado non abbia affatto carattere provvisorio ed interinale ma definisca o rischi di definire in via irreversibile la materia del contendere, come negli eccezionali casi di un decreto cui non segua affatto una camera di consiglio o in cui la fissazione della camera di consiglio avvenga con una tempistica talmente irragionevole da togliere ogni utilità alla pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio (di talché residuino al limite questioni risarcitorie), dovendo in tali casi intervenire il giudice di appello per restaurare la corretta dialettica fra funzione monocratica e funzione collegiale in primo grado».

Di particolare importanza è, così, la ricostruzione operata in giurisprudenza circa il fondamento di un simile mezzo d'impugnazione che, come visto, per quanto atipico è sicuramente idoneo a garantire una maggiore ed effettiva tutela nei casi in cui ciò sia reso necessario dalle circostanze del caso concreto.

Dando seguito alle impostazioni giurisprudenziali precedentemente menzionate, si è ricordato³⁶ che esiste un'ineliminabile discordia tra dato normativo e filone giurisprudenziale tendente ad ammettere l'appellabilità del decreto cautelare monocratico.

L'art. 56 c.p.a. è chiaro nell'affermare – così come sostenuto proprio dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – che «l'appello avverso il decreto monocratico cautelare adottato dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale deve ritenersi, di norma, inammissibile sia per ragioni testuali legate alla lettera della legge che per ragioni sistematiche, in quanto né previsto, né configurabile, in via distinta ed autonoma, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., e altresì prevedendo il codice di rito l'appellabilità delle sentenze e delle ordinanze (art. 62 e 100, c.p.a.) e non anche dei decreti». Opinando diversamente si finirebbe per accogliere un'interpretazione *contra legem*³⁷.

Tuttavia, possono esistere dei casi eccezionali in cui, ad esempio, all'adozione del decreto monocratico «non segua una camera di consiglio, ovvero laddove la fissazione di quest'ultima avvenga con una tempistica talmente irragionevole da privare di qualsivoglia utilità la successiva pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio, determinando un pregiudizio irreversibile».

Ebbene, in tutti questi casi, è altresì necessario che si determini un danno irreparabile ai diritti fondamentali della persona umana: solo in presenza di questi presupposti sarebbe consentita l'appellabilità del decreto monocratico.

In definitiva, la giurisprudenza ammette che ci si possa discostare dal dato normativo ma solo in casi ben precisi e, in specie, nell'ipotesi in cui ad essere leso dal provvedimento sia un interesse della persona costituzionalmente tutelato e per tale motivo meritevole di tutela. Allo stesso modo, tale tutela è ammessa nel caso in cui il decreto monocratico sia formalmente cautelare ma sostanzialmente definitivo e decisorio e, da ultimo, quando determini un danno irreparabile alla persona derivante dalla concreta attuazione del decreto stesso.

Tale danno grave ed irreparabile altro non è che il secondo presupposto – assieme al *fumus boni iuris* – richiesto per la concessione di misure cautelari: il

³⁶ Si veda C.G.A.R.S., decr. 25 gennaio 2021, n. 61, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Cfr. I. GENUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, cit., la quale ben ricorda che «pur comprendendo la necessità di commisurare l'intervento del giudice amministrativo alle peculiari esigenze di tutela dettate dall'emergenza sanitaria, rimane il fatto che la previsione puntuale ed inequivoca circa la non impugnabilità del decreto cautelare presidenziale rende la suddetta interpretazione non *praeter*, ma *contra legem*».

periculum in mora. Trattasi, di fatto, di quello che è divenuto il requisito decisivo nell'adozione dei provvedimenti cautelari nell'ambito della pandemia da Covid-19, che vede nell'analisi del pregiudizio grave e irreparabile il vero baricentro attorno al quale si gioca la partita dell'appellabilità/inappellabilità del decreto monocratico.

Difatti, nella valutazione del *periculum* il giudice amministrativo non compie una mera considerazione astratta sul pregiudizio grave che il ricorrente può subire nelle more della definizione del giudizio nel merito ma inserisce al suo interno una valutazione circa la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati in gioco³⁸.

In questo senso, non sarebbe più sufficiente valutare in astratto se tale pregiudizio effettivamente sia sussistente, ma diverrebbe necessario per il giudice amministrativo compiere una valutazione complessiva che tenga conto di tutti gli interessi sottostanti alla fattispecie dedotta in giudizio, bilanciandoli alla luce delle peculiarità del caso concreto.

³⁸ Così M.R. CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *federalismi.it*, 237, il quale aggiunge che il giudice amministrativo «effettua una vera e propria comparazione degli interessi coinvolti, ritenendo che la prevalenza dell'interesse generale dello Stato alla tutela della salute di tutti i cittadini sul pur meritorio interesse particolare alla ripresa dell'attività economica, seppur parziale, di uno solo di essi debba portare a considerare non esistente il profilo del *periculum* e quindi a rigettare la domanda cautelare avanzata.», il quale altresì ricorda che «la comparazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco è divenuta, pertanto, lo strumento attraverso cui il Consiglio di Stato valuta di regola il profilo del pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente può subire sia dalla mancata sospensione del provvedimento impugnato che dall'esecuzione della sentenza pronunciata in primo grado. Occorre, però, evidenziare che, dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale, anche laddove si intervenga con un provvedimento presidenziale. È necessario perciò che il giudice amministrativo faccia attenzione: fare riferimento alla comparazione degli interessi in gioco non deve divenire uno strumento di semplificazione della motivazione delle ordinanze cautelari, in cui l'insussistenza del *periculum* viene motivato semplicemente sulla base della generica prevalenza dell'interesse pubblico su quello del ricorrente.

Questa sarebbe una distorsione del sistema, delle garanzie del giusto processo e del diritto di difesa, certamente non accettabili. Anche laddove oggetto del giudizio siano interessi generali che si riferiscono ad esigenze primarie del nostro ordinamento, come ad esempio l'ordine pubblico e la sicurezza, nonché, in questo particolare periodo di crisi sanitaria globale, la tutela della salute, vi deve essere in ogni caso un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, tenendo in considerazione le peculiarità del caso di specie, affinché, in sede cautelare, il giudice amministrativo non sia semplicemente il giudice dell'Amministrazione ma tuteli le fondamentali garanzie di difesa riconosciute dalla Costituzione» (241).

5. ...e quelli contrari

Come più volte ribadito, l'inammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico è stabilita dall'art. 56 c.p.a., il quale formalmente esclude tale possibilità.

A sostegno di tale assunto – almeno in apparenza incontrovertibile – si è recentemente schierata autorevole dottrina³⁹, la quale ha aspramente criticato gli indirizzi giurisprudenziali favorevoli a tale deroga normativa.

Da questo punto di vista, l'inammissibilità dell'appello sarebbe valorizzata dai principi della collegialità e del contraddittorio, i quali per abdicare in favore dell'urgenza necessiterebbero di una deroga espressa, che il legislatore concede (nell'art. 56) solo per il primo grado⁴⁰. Al contrario, per quel che riguarda la misura cautelare monocratica il c.p.a. non prevede la via di un autonomo appello, sicché ogni questione che richiede la sua «revisione va trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della conseguente collegiale camera di consiglio (la cui «ordinanza cautelare» potrà semmai, a letterale tenore dell'art. 62, formare oggetto di appello cautelare)»⁴¹.

Così, si è ricordato che l'appello avverso il decreto avente ad oggetto misure cautelari, deve ritenersi inammissibile sia per il carattere eccezionale di queste ultime, sia perché la questione deve essere poi esaminata dal collegio in camera di consiglio, al fine di garantire, altresì, il rispetto del principio del contraddittorio. Anzi, proprio il rapporto tra il decreto presidenziale e l'ordinanza cautelare ha rappresentato il motivo per non ritenere possibile un'impugnazione del decreto stesso. E ciò non tanto per il fatto che la disciplina sull'appello, sin dalla legge n. 205 del 2000, non lo preveda espressamente per tale tipo di provvedimento,

³⁹ A. TRAVI, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, in *Il Foro italiano*, 2021, I, pt.3, 7, il quale afferma che «il valore costituzionale degli interessi in gioco non attribuisce al giudice la capacità di disporre in contrasto con la legge processuale. La circostanza che in discussione siano pretese fondate su principi costituzionali certamente può assumere una rilevanza specifica sul piano della valutazione del *periculum in mora* ai fini della pronuncia cautelare, ma non giustifica la creazione, da parte del giudice, di una disciplina diversa da quella stabilita dalla legge. Si può, e si deve, anzi riconoscere che non giustifica alcun intervento creativo, perché il giudice è sempre soggetto alla legge e, se ritiene non condivisibile quanto dispone la legge, deve rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità; a maggior ragione perché il giudice è soggetto alla legge quando in discussione sia una disposizione processuale, non solo perché una componente del giusto processo è rappresentata, in base alla stessa Costituzione, anche dall'assoggettamento alla legge ma anche perché la riserva di legge in materia processuale ha nel nostro ordinamento un valore essenziale di garanzia delle regole del gioco, per tutte le parti».

Considerazioni analoghe sono, altresì, sostenute da E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, III, 733 ss.; M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, IV, 1130 ss.

⁴⁰ Così A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *federalismi.it*, 73.

⁴¹ Cons. Stato, decr., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 3015, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quanto perché il decreto presidenziale, in ragione del suo carattere provvisorio e dell'esigua efficacia temporale, soggetto ad una pronta verifica da parte del Collegio (che è il naturale destinatario di qualunque forma di opposizione), è destinato ad essere assorbito dalla decisione collegiale⁴².

Condivide queste impostazioni anche la terza ed ultima pronuncia⁴³ citata in esordio ed emanata nel periodo emergenziale di cui si è già detto in apertura, in cui si afferma espressamente che «pur in presenza di un rito monocratico anomalo o spurio perché introdotto dal dl n. 11 del 2020 per far fronte, nel processo amministrativo, alle esigenze determinate dall'emergenza coronavirus, non sembra possa ritenersi innovato alcunché riguardo alla tradizionale ritenuta inappellabilità dei decreti cautelari».

Nel citato decreto, si fa altresì richiamo ed applicazione di quanto è stato autorevolmente affermato dal presidente del Consiglio di Stato, il quale in una nota esplicativa⁴⁴ volta ad armonizzare l'applicazione giurisprudenziale della normativa emergenziale introdotta dall'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, ha ricordato, tra le altre disposizioni, che «in assenza di espresse previsioni, nulla è innovato in ordine alla disciplina ordinaria dell'inappellabilità» (dei decreti presidenziali cautelari).

Altresì, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana⁴⁵, a fronte dell'appello proposto avverso decreto presidenziale monocratico reso ai sensi dell'art. 56 c.p.a., in base all'asserito inequivoco tenore letterale dell'art. 56,

⁴² Così V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico*, cit.; nello stesso senso anche C.E. GALLO, *Presidente e Collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2001.

Si leggano in tal senso anche gli ultimi provvedimenti resi in giurisprudenza: così, ad esempio, Cons. Stato, decr. sez. VI, 4 ottobre 2018, n. 4875; Cons. Stato, decr. sez. V, 19 luglio 2019, n. 3708, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Cons. Stato, decr., Sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343, cit., in cui era stato appellato un decreto cautelare con cui il TAR Lazio, sez. III, aveva respinto la richiesta di sospendere il provvedimento con cui l'Università La Sapienza aveva negato al ricorrente l'autorizzazione allo svolgimento di attività di ricerca all'estero. Il giudice di appello ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione, espressamente sottolineando che l'emergenza Covid-19, in assenza di espresse disposizioni derogatorie, non consente di disattendere le regole processuali.

⁴⁴ Si fa riferimento alla nota del Presidente del Consiglio di Stato del 19 marzo 2020, n. 1454, nello specifico punto 4 e seguenti in relazione ai giudizi cautelari e in particolare il punto 4.11, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ C.G.A.R.S., decr., 22 maggio 2020, n. 455; Id., decr., 25 agosto 2020, n. 624, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso anche Cons. Stato, ord., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 39, sempre in www.giustizia-amministrativa.it, la quale rileva che nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato sia incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del T.A.R., in quanto, ai sensi dell'art. 62 cod. proc. amm., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del T.A.R., essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale.

2° comma, c.p.a., si è espresso, mediante inusuale pronuncia⁴⁶, nel senso del non luogo a provvedere sull'istanza.

In questo senso, non vi sarebbe luogo a provvedere sulle istanze di rimedi giuridici inesistenti, «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».

Non sarebbe funzionale ad ammettere l'opposto indirizzo relativo all'ammissibilità dell'appello neppure la circostanza che ad essere lesi dal provvedimento cautelare, siano interessi costituzionalmente garantiti.

Così, la rilevanza di principi costituzionali rileverebbe in termini di valutazione del *periculum in mora*, dunque ai fini della pronuncia cautelare, ma non consentirebbe al giudice di individuare una disciplina in contrasto con il dettato legislativo; al più, il giudice, in quanto sempre soggetto alla legge, potrebbe sottoporre alla Corte costituzionale questione di legittimità, laddove non ritenesse condivisibile quanto disposto dalla legge stessa.⁴⁷

6. *Riflessioni conclusive*

Il caso dell'appellabilità del decreto cautelare monocratico rappresenta il classico esempio in cui è possibile individuare, come visto, un vero e proprio contrasto in dottrina tra il polo a favore della suddetta impugnazione e l'altro, più conservativo e garantista, radicalmente contrario. Le stesse considerazioni possono essere sostenute anche in relazione al panorama giurisprudenziale, da cui è possibile evincere analoghi contrasti.

A ben vedere, a sostegno della tesi garantista, depone anche – e soprattutto – il dettato legislativo che sembra essere inequivocabile e non superabile nel senso dell'inappellabilità, neppure in casi eccezionali e di estrema urgenza.

D'altra parte, tuttavia, pare svilupparsi un orientamento maggiormente attento ai temi della giustizia sostanziale e dell'evoluzione delle esigenze della società che quasi obbliga⁴⁸ o comunque spinge il giudice ad assecondare interpre-

⁴⁶ Cfr. I. GENEUESSI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, cit.

⁴⁷ Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni minime sull'appello contro i decreti cautelari dei tribunali amministrativi regionali*, cit., 7.

⁴⁸ Così V. FANTI, *L'appellabilità del decreto cautelare monocratico*, cit., 5-6, la quale afferma che «occorre, sempre, che il giudice prenda posizione, soprattutto in assenza di una espressa disciplina di diritto positivo. E, nel caso di specie, l'assenza di una decisione vera (che si pronunci nel merito dell'appellabilità o meno del decreto monocratico) sembra mostrare evidenti limiti in termini di giustizia sostanziale. In primo luogo, perché pare porsi in contrasto con i principi della

tazioni contrarie alla legge ma corrette da un punto di vista equitativo, in quanto rispondenti ai canoni della pienezza ed effettività della tutela.

Il punto focale diviene, quindi, individuare il corretto equilibrio, il giusto punto di mezzo tra esigenze contrapposte e interessi protetti: da un lato quello relativo alla necessità di rispettare le disposizioni legislative e dall'altro quello di garantire una tutela effettiva e piena.

Sbilanciarsi verso il primo interesse significa non prendere in debita considerazione l'eccezionalità e la necessità di risposte immediate tipiche del momento emergenziale⁴⁹; al contrario, preoccupandosi solo di dar risposta a tali esigenze, si rischia di avallare un'interpretazione *contra legem*⁵⁰.

Allo stesso modo, gioverà ricordare che denominatore comune delle pronunce sopra esaminate è il tema della comparazione degli interessi pubblici e privati attinti da provvedimenti limitativi così come sostenuto dall'indirizzo giurisprudenziale valorizzato dal TAR calabrese⁵¹ che ha ricordato che «nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, deve darsi prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio».

Il problema che si pone è, quindi, quello del bilanciamento di interessi⁵²

Costituzione e del diritto europeo atti a garantire una tutela piena ed effettiva, come recita l'art. 1 del codice del processo amministrativo; tutela piena ed effettiva che si realizza, di poi, con il prevedere il doppio grado di giurisdizione per tutti i provvedimenti decisorii del giudice di primo grado, anche nell'ambito del processo cautelare, come sancito dalla Plenaria e dal giudice delle leggi. Quindi, una non decisione, in contrasto con le disposizioni costituzionali e che, comunque, non fa prendere posizione nel merito al giudice amministrativo adito, determinando così la permanenza sia del vuoto di tutela giurisdizionale, sia degli indirizzi giurisprudenziali contrastanti in tema di appellabilità della misura cautelare monocratica nel processo amministrativo».

⁴⁹ Cfr. sul tema, F. SAITTA, *Il processo cautelare alle prese con la pandemia*, in *LexItalia*, 16 giugno 2020; C. CACCIAVILLANI, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28)*, in *GiustAmm*, n. 5-2020; F. FRANCIARIO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi.it*.

⁵⁰ Cfr. M.A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi.it*, la quale afferma – nel commentare brevemente il decreto 1553/2020 Cons. Stato – 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 posizione espressa in questo secondo decreto, determinando ulteriori incertezze in un momento che ne conosce già molte, non può non destare perplessità».

⁵¹ TAR Calabria, sede di Catanzaro, decr. 28 marzo 2020, n. 164, decr. n. 165, decr. n. 182, tutti in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Sul punto, si veda, tra i molti, R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. ZAGREBESKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, IV, 639-658; M. CARTABIA, *Principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.

socialmente e giuridicamente rilevanti e, come tali, direttamente tutelati dalla Costituzione.

Una precisazione si rende, qui, obbligatoria: nel caso di specie si scontra, idealmente, un'interpretazione letterale della norma che, come visto, non consente l'appello avverso il decreto cautelare, con una forma di interpretazione sistematica, che, tecnicamente, sarebbe criterio recessivo rispetto a quello interpretativo basato sulla *littera legis*.

Allo stesso tempo, come è noto, l'interpretazione sistematica assurge alla funzione di determinare il significato della disposizione inserita nel sistema legislativo complessivo tenendo conto della disciplina vigente in cui si inserisce la norma da interpretare.

Premesso ciò, si ricordi che, nel caso dell'appellabilità del decreto cautelare, le ragioni che giustificano una deroga alla rigida applicazione normativa, sono rappresentate dalla garanzia di assicurare una tutela effettiva e giusta proprio in quelle situazioni in cui l'adattamento al testo normativo non condurrebbe a tale risultato.

Detto altrimenti, l'interesse primario diviene quello di tutelare maggiormente quei precetti costituzionali – nel caso dell'effettività della tutela processuale dotati non solo di copertura costituzionale ma anche e soprattutto di garanzia sovranazionale – che contribuiscono alla creazione di una serie di principi-valori e che, proprio per questo, esigono una valutazione non assoluta ma conforme al sistema complessivo, nel senso che l'interprete deve avere riguardo anche all'insieme degli altri valori costituzionali⁵³.

Così, l'interpretazione sistematica in uno con l'interpretazione conforme⁵⁴ a Costituzione e diritto comunitario, imporrebbe di privilegiare questo criterio interpretativo rispetto a quello letterale che lascerebbe prive di tutela tutte quelle situazioni che, invece, impongono e necessitano una diversa risposta dall'ordinamento giuridico⁵⁵.

⁵³ Così espressamente G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in a cura di A. PALAZZO, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, 2001, 242. Per ulteriori considerazioni, si legga anche F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*.

⁵⁴ Si legga sul punto, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, I, 2015, in cui l'autore considera l'interpretazione conforme come una sottospecie del tradizionale canone dell'interpretazione sistematica.

⁵⁵ F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e società*, IV, 2018, 530, afferma espressamente che «L'interpretazione costituzionale diventa così (una) condizione necessaria per la stessa interpretazione legislativa: quest'ultima non può prescindere dall'interpretazione dei (collegati e collegabili) enunciati costituzionali. Il giudice, nell'interpretare la legge, deve anzi ricercare un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali. Ciò, perché la "superiorità" o "condizionalità" della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, implica anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della

Fatta questa breve ed opportuna premessa⁵⁶, la questione del bilanciamento di interessi è stata recentemente analizzata con il noto intervento della Corte Costituzionale sul caso Ilva⁵⁷ in merito all'esistenza o meno di una gerarchia tra valori tutti costituzionalmente garantiti e volta all'individuazione dell'interesse prevalente su quello soccombente.

Portando ad estrema sintesi il contenuto della suddetta sentenza – nella parte che chiaramente rileva ai fini della presente trattazione – il giudice delle leggi giunge ad affermare l'inesistenza di diritti assoluti nel panorama dei valori costituzionali, dando seguito alla tesi della c.d. “gerarchia mobile”⁵⁸ dei valori costituzionali che tenga conto del modificarsi delle ragioni del caso concreto⁵⁹.

prima». Ancor più in generale, in tema, si legga M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, 2016, 391 ss.

⁵⁶ Su cui si è interrogato anche M. CECILI, *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*, cit., 866-867, il quale afferma che «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 se e fino a quanto si possa estendere un'interpretazione costituzionalmente orientata e se questa possa esulare completamente dal dato testuale».

⁵⁷ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, con commento, tra gli altri, di R.BIN, *Giurisprudenza o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; F. DE LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni “partendo dalla fine”*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, IV, 893-932.

⁵⁸ Così R. ROMBOLI, *Il significato essenziale per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti e libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in a cura di V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 215; nello stesso senso A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in a cura di M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.

⁵⁹ Cfr. A.G. DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al “caso Ilva”*, in *federalismi.it*, 17-18, la quale ricorda che «negando l'esistenza di una gerarchia “astratta e statica” dei valori costituzionalmente garantiti, in forza, invece, di una tutela “sistematica e dinamica” che tenga conto di tutti gli interessi antagonisti: il punto di equilibrio tra di essi non risulta essere prefissato in anticipo, ma è rimesso al bilanciamento del legislatore e, in sede di controllo, del giudice, secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza. (...) Così, per esempio, nelle due sentenze n. 264/201263 e n. 63/201664 (entrambe richiamate nella più recente sentenza sul caso Ilva, n. 58/2018), è sancito che “il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati” Quella dell'assenza di una gerarchizzazione astratta tra valori ricavabile dalla Carta costituzionale, non è un'affermazione nuova, in quanto è richiamata

Il tema del bilanciamento degli interessi – come visto, nella sua valutazione sistematica più che letterale – bene si attaglia al contesto emergenziale, in cui la compressione di un diritto fondamentale (quello al lavoro nel caso delle pronunce sopra commentate) generalmente non tollerata in una condizione ordinaria, diviene ragionevole se temporanea e se funzionale a prevenire un'altra emergenza: quella relativa alla tutela dell'ancor più generale e collettivo, diritto alla salute.

Con ciò la situazione pandemica dimostra che tale bilanciamento, sarebbe necessariamente condizionato dalle circostanze del caso concreto, rendendo ragionevole, per la salvaguardia di quello più direttamente minacciato, la compressione di diritti e interessi in conflitto, a volte attingendo anche il loro nucleo essenziale⁶⁰.

Sarebbe fisiologico che i diritti di cui sopra vadano, di volta in volta, bilanciati secondo le risultanze del caso concreto. Difatti, come sostenuto in dottrina⁶¹, non è a rischio la democrazia – né è fuori dall'orbita costituzionale – se,

in pronunce datate, come, per esempio, nella sentenza 27/1998, dove la Corte ha stabilito che «non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di 'relativa priorità' _nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato».

⁶⁰ Così F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 2022, il quale aggiunge, nel commentare la nota vicenda ILVA, che «essa testimonia che l'esigenza di salvaguardare l'occupazione di migliaia di persone – immediatamente e direttamente minacciata dal provvedimento cautelare del giudice – e, in prospettiva, assicurare all'impresa, con la continuità della produzione, le risorse necessarie per adeguarsi a migliori standard ambientali, ha consentito di comprimere – fino ad intaccarne il nucleo essenziale – il diritto alla salute degli stessi lavoratori e dei cittadini residenti nei pressi dell'impianto».

Può allora sembrare curioso confrontare i risultati a cui è giunta la Corte Costituzionale nel caso di specie e quelli a cui è giunto il Presidente della Sezione III del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento: nel primo caso l'interesse prevalente è quello al mantenimento dell'occupazione e del lavoro di «migliaia di persone» e l'interesse recessivo è quello alla salute; nel secondo caso è l'esatto opposto: il superiore diritto all'integrità fisica e la necessità di evitare la diffusione del contagio da Covid-19 prevale rispetto all'occupazione e al diritto di svolgere a pieno la propria attività lavorativa.

E ciò ad ulteriore conferma, come ricordato da S. VILLAMENA, *Emergenza coronavirus e giurisprudenza amministrativa. Fra diritto alla salute ed altri diritti rilevanti. Spunti a prima lettura*, in cura E. DAMIANI, *L'impatto del coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2021, 253, di come non possano esistere nel nostro ordinamento «interessi tiranni», ossia posizioni da far prevalere sempre e comunque in rapporto ad altre. In effetti per la Corte «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Ne consegue che la tutela deve essere costantemente «sistemica» e, se così non fosse, prosegue la medesima Corte, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

⁶¹ Così, testualmente, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, I, 90.

in circostanze di emergenza sanitaria, l'autorità (democraticamente investita), al fine di garantire il diritto alla salute di tutti, compriam, anche sensibilmente, la libertà personale e la libertà di circolazione. In altre parole, laddove nella realtà non possano essere soddisfatti nella loro interezza, manifestandosi fra loro in contrasto, è ordinariamente doveroso il bilanciamento fra valori e/o diritti (così come la mediazione compositiva fra interessi).

Il tema del bilanciamento degli interessi si collega a quello della valorizzazione del principio di proporzionalità⁶² nella misura in cui non venga inteso nella sua classica accezione ispirata alla logica del minor sacrificio possibile per l'interesse privato⁶³, quanto nel suo significato politico-garantista, poiché avente ad oggetto misure legislative che non assicurano interessi costituzionalmente tutelati. Da qui, poi, l'attenzione si sposta su un principio molto vicino a quello di proporzionalità: quello di ragionevolezza⁶⁴ nell'ottica, in particolare, della comparazione e del bilanciamento di diritti tutti ugualmente tutelati.

Così, autorevole dottrina⁶⁵, ricorda che la tutela dei diritti sia sempre “siste-

⁶² Su tale principio si vedano, per tutti, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

⁶³ In tema si legga S. VILLAMENA, *ult. cit.*, 97 ss., il quale ricorda che il test di proporzionalità si articola su tre livelli e in particolare quello dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. In particolare, il primo valuta l'attitudine della misura adottata a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico attesi; il secondo è volto ad accertare se la misura sia la meno lesiva di altri interessi in conflitto tra quelle astrattamente idonee a produrre il medesimo obiettivo pratico ed il terzo si sostanzia in una valutazione comparativa dei beni e degli interessi coinvolti dalla misura stessa. L'ultimo livello del test ha un carattere residuale. Ad esso si ricorre solo quando il livello più elevato di realizzazione di un interesse pubblico è assicurato dalla misura che – tra le diverse possibili – più incide lesivamente sugli interessi in conflitto. In tal caso dovrà operarsi un vero e proprio bilanciamento di interessi per decidere se, nel caso di specie, vadano privilegiate le utilità cui la misura è funzionale o evitati i danni che la stessa arreca agli interessi in conflitto.

⁶⁴ Sul quale si veda, per tutti, F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in a cura di M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss. Recentemente, il principio di ragionevolezza nell'ottica dell'indeffettibilità della tutela processuale – ivi compresa quella cautelare – è stato valorizzato da M. CECILI, *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*, cit., 862-863, il quale ritiene che «questa lettura (quella dell'ammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare ex art. 56 c.p.a. avendo come presupposto proprio il principio di ragionevolezza) appare la più conforme al principio dell'indeffettibilità 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 Cost., dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dall'art. 1 c.p.a.».

⁶⁵ Si veda M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10, la quale ricorda che «la Corte costituzionale afferma l'esigenza che la tutela dei diritti sia sempre “sistemica e non frazionata” ovvero “integrata”, enunciando così una tecnica interpretativa e argomentativa che riflette il pluralismo dei valori su cui si basa la Costituzione italiana¹⁹. Nessun

matica” e mai assoluta, destinata ad aprirsi a ventaglio e a fornire una tutela più o meno piena di determinati interessi a seconda della necessità di proteggerne altri altrettanto meritevoli di tutela.

Difatti, da un lato vi è la necessità di leggere ed interpretare i principi costituzionali relativi a diritto di difesa ed effettività della tutela di cui agli articoli 24, 103 e 113 Cost.; ma dall'altra vi è l'obbligatoria soggezione alla legge in capo all'organo giurisdizionale secondo il disposto dell'articolo 101 Cost.

Verosimilmente, il bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati, la proporzionalità e ragionevolezza sono stati i principi guida che hanno orientato i giudici amministrativi nelle pronunce precedentemente analizzate. Allo stesso tempo, però, hanno generato orientamenti ondivaghi, ora ammettendo l'appellabilità del decreto monocratico, ora negandola.

Probabilmente non è scorretta la prima interpretazione e nemmeno la seconda, dipendendo in buona sostanza dalle specifiche modalità con cui, nel caso concreto, viene condotto il giudizio di bilanciamento, di proporzionalità e ragionevolezza in rapporto alla conseguente individuazione dell'interesse dominante rispetto a quello recessivo.

La valorizzazione di tali principii comporta, quindi, una soluzione solo provvisoria volta ad arginare le conseguenze distorsive a cui può condurre la scelta di sposare incondizionatamente un orientamento oppure un altro.

Un'opzione che garantirebbe maggiore certezza sarebbe quella di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria allo scopo di dissipare i contrasti giurisprudenziali sul tema.

Una soluzione definitiva, invece, sarebbe quella di stimolare un nuovo intervento da parte del legislatore, chiamato a prendere posizione sulla necessità di assicurare una tutela che tenga conto anche di tali situazioni eccezionali e contingenti, che contempli, quindi, una tutela davvero piena ed effettiva.

diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, ma – al contrario – è soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, giacché altrimenti si farebbe “tiranno” (è interessante notare che la Corte usa testualmente questa colta terminologia di origine schmittiana), e porterebbe al totale annientamento di uno o più fattori in gioco».

Abstract

Il contributo intende approfondire le recenti novità – sia legislative che giurisprudenziali – che hanno caratterizzato l'istituto processuale disciplinato dall'art. 56 c.p.a.

Difatti, nonostante l'assoluta chiarezza del dato normativo protenda verso l'inammissibilità dell'appello avverso il decreto cautelare monocratico, numerose sono le pronunce giurisprudenziali che l'ammettono.

La ragione di questa apertura si deve soprattutto al caso in cui tali decreti determinino una lesione dei diritti costituzionalmente garantiti.

Proprio su queste premesse, nel contributo saranno esaminati una serie di provvedimenti in cui il giudice amministrativo ha ammesso il suddetto appello valorizzando un'interpretazione costituzionalmente garantita dell'art. 56 c.p.a.

On The Appellability Of The Monocratic Precautionary Decree At The Time Of Covid-19: Opposing Guidelines

The contribution aims to deepen the recent innovations – both legislative and jurisprudential – that have characterized the trial institute governed by art. 56 c.p.a.

In fact, despite the absolute clarity of the normative data protenda towards the inadmissibility of the appeal against the monocratic protective decree, numerous are the jurisprudential pronouncements that admit it.

The reason for this openness is due in particular to the fact that such decrees result in an infringement of the constitutionally guaranteed rights.

Precisely on these premises, in the contribution will be examined a series of measures in which the administrative court has admitted the aforementioned appeal enhancing a constitutionally guaranteed interpretation of art. 56 c.p.a.