

Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18

Sommario: 1. Le misure eccezionali e temporanee per il funzionamento della giustizia amministrativa. – 2. La tutela cautelare “speciale”: lo strumento e i presupposti. – 3. Il contenuto del decreto monocratico: le pronunce ammissibili e quelle non ammissibili. – 4. La decisione collegiale: conferma o mera conferma del decreto monocratico. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. Le misure eccezionali e temporanee per il funzionamento della giustizia amministrativa.

La grave situazione di emergenza sanitaria che ha investito il Paese e la necessità di limitare quanto più possibile ogni occasione di contatto tra le persone ha imposto una disciplina eccezionale e temporanea del processo amministrativo, derogatoria di quella ordinaria contenuta nel codice del processo amministrativo.

Essa è stata fissata dall'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18¹ e comprende varie misure, tutte volte a contemperare l'esigenza primaria di tutelare la salute pubblica (evitando il diffondersi del contagio) con il rispetto degli altri principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, che - per attiene in modo diretto ed immediato il processo amministrativo - possono così sintetizzarsi:

- sospensione dall'8 marzo al 15 aprile 2020 di tutti i termini² relativi al processo amministrativo, a garanzia dell'effettività del diritto di difesa e della effettività del contraddittorio;

¹ Una prima disciplina è stata tratteggiata nell'art. 3 del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, espressamente abrogato dal comma 11 dell'art. 84 del d.l. n. 18 del 2020.

² L'espresso riferimento della sospensione a “tutti i termini relativi al processo amministrativo” ha risolto in radice i dubbi ingenerati al riguardo dalla previsione del primo periodo del primo comma dell'art 3 del D.L. n. 8 del 2011. Poiché quest'ultimo stabiliva “Le disposizioni di cui all'art. 54, commi 2 e 3, del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applicano altresì dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 22 marzo 2020”, il Segretariato della Giustizia amministrativa aveva posto il dubbio se, non applicandosi quella sospensione ai soli procedimenti cautelari e non già a tutti gli altri procedimenti soggetti a trattazione camerale o in pubblica udienza, in tale sospensione dovessero ricomprendersi anche i termini per il deposito degli atti defensionali ulteriori o diversi dal ricorso introduttivo.

La Commissione Speciale appositamente istituita con parere 571 del 10 marzo 2020 ha tra l'altro osservato che “In sintesi, se la rapida diffusione dell'epidemia giustifica pienamente il rinvio d'ufficio delle pubbliche e camerali, disposto dal decreto nel periodo che va dall'8 al 22 marzo 2020, allo scopo di evitare, nei limiti del possibile, lo spostamento delle persone per la celebrazione delle predette udienze, nonché la trattazione monocratica delle domande cautelari (salva successiva trattazione collegiale), sempre allo scopo di evitare lo spostamento delle persone e la riunione delle stesse all'interno degli uffici giudiziari, non sembra reperirsi adeguata giustificazione, invece per la dilatazione dei tempi processuali. Appare, pertanto, sicuramente più in linea con la ratio del decreto legge un'altra interpretazione

- rinvio *ex lege* delle udienze pubbliche e camerale fissate nel periodo tra l'8 marzo ed il 15 aprile 2020, a garanzia della tutela della salute pubblica;
- previsione di una conversione *ex lege* del rito cautelare ordinario in quello ex art. 56 c.p.a. e conseguente possibilità – nel periodo dall'8 marzo al 15 aprile 2020 - di decidere le domande cautelari, proposte e pendenti, a garanzia dei principi costituzionali di cui all'art. 24 e 113, con il decreto monocratico (a garanzia della tempestività e dell'effettività della tutela giurisdizionale), con il rispetto dell'art. 55, comma 5, c.p.a. (per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa);
- previsione della possibilità di decidere le controversie fissate per la trattazione in udienza camerale e in udienza pubblica nel periodo tra il 6 ed il 15 aprile 2020, assicurando la continuità dell'esercizio della funzione giurisdizionale, eccezionalmente senza discussione orale, a tutela della salute pubblica, ma ammettendo il rinvio della trattazione su richiesta anche di una sola delle parti anche quanto alle domande cautelari, nel rispetto del principio dispositivo del processo e di quello del contraddittorio;
- disciplina di un rito speciale per il periodo dal 15 aprile al 30 giugno 2020, dichiaratamente derogatorio di quello ordinario, con il passaggio in decisione di tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in camera di consiglio, che in udienza pubblica, senza discussione orale, sulla base degli scritti depositati, ivi compresa la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 c.p.a., omesso ogni avviso, a garanzia del principio della continuità ed effettività dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ferma restando la facoltà delle parti di presentare brevi note fino a due giorni prima della data fissata per la trattazione ovvero, in alternativa alla presentazione di brevi note, di chiedere la rimessione in termini (che deve essere sempre disposta dal giudice) in relazione a quelli di cui, per effetto della

della norma nel senso che il periodo di sospensione riguardi esclusivamente il termine decadenziale previsto dalla legge per la notifica del ricorso (art. 29, 41 c.p.a.) e non anche i citati termini endoprocedimentali”, non mancando di auspicare un immediato intervento interpretativo del legislatore, ma sottolineando, “ben consapevole in ogni caso delle difficoltà connesse ad un’interpretazione meramente letterale della norma”, che spetta “al Collegio incaricato della trattazione della causa valutare attentamente, di volta in volta, la possibilità di accordare la rimessione in termini, per errore scusabile, alla parte che non ha potuto provvedere agli adempimenti e ai depositi nei termini di legge, possibilità questa prevista in via generale dall’articolo 37 c.p.a. e, con specifico riferimento all’emergenza nazionale, anche dall’articolo 3, comma 7, del decreto (tale ultima norma, pur richiamando solo i commi 2 e 3 del già citato art. 3, non fa venir meno, ad avviso della Commissione, la portata generale dell’istituto di cui all’art. 37 c.p.a. e, dunque, la possibilità di applicarla in via generale. Come è noto, infatti, il giudice, in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto (circostanze entrambe che potrebbero ben ricorrere in casi del genere), può disporre, anche d’ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile”.

sospensione (di cui al secondo periodo del comma 1 dell'art. 84) non abbiano potuto fruire, a garanzia del principio del contraddittorio e del diritto di difesa³;

- previsione, nell'ambito di tale disciplina derogatoria, che il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto, con la precisazione che il luogo di collegamento del magistrato e del personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

Altre misure riguardano l'organizzazione degli uffici giudiziari (e quindi solo indirettamente e mediamente il processo amministrativo) e si risolvono nell'indicare ai titolari degli uffici giudiziari amministrativi di adottare le misure organizzative più opportune per assicurare la continuità dell'esercizio della funzione giurisdizionale (commi 3 e 4⁴); ulteriori previsioni garantiscono l'effettività dell'esercizio del diritto di azione e di difesa, precisando espressamente che *"I provvedimenti di cui ai commi 3 e 4 che determinano la decadenza delle parti da facoltà processuali implicano la rimessione in termini delle parti stesse"* (comma 7) e che *"L'adozione dei provvedimenti di cui ai 3 e 4 che impedisce l'esercizio di diritti costituisce causa di sospensione della prescrizione e della decadenza"* (comma 8)⁵.

Sebbene ognuna di queste misure sia meritevole di approfondimento, anche per valutarne in concreto l'impatto sullo svolgimento del processo amministrativo, le note che seguono riguardano esclusivamente la tutela cautelare "speciale".

2. La tutela cautelare "speciale": lo strumento e i presupposti

2.1. La tutela cautelare derogatoria (delineata dal quarto, quinto e sesto periodo dell'art. 84, comma 1) costituisce ad un tempo, sotto il profilo sistematico, come l'eccezione e il rimedio al rinvio *ex lege* delle udienze, camerali e pubbliche, calendarizzate nel periodo tra l'8 marzo ed il 15 aprile 2020, ad una data successiva a quest'ultima data, e alla conseguente impossibilità, a causa

³ Il giudice, disponendo la rimessione in termini, adoterà ogni provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo amministrativo; in tal caso i termini previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a. sono abbreviati alla metà per il rito ordinario.

⁴ Il Presidente del Consiglio di Stato con atto del 19 marzo 2020 ha diramato apposite note per "assicurare un'applicazione omogenea della normativa emergenziale introdotta dall'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 che ha abrogato l'articolo 3 del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11". Si ricorda che con decreto n. 71 del 10 marzo 2020 il medesimo Presidente del Consiglio di Stato aveva emanato "Disposizioni di coordinamento per lo svolgimento delle udienze e della adunanze", in attuazione dell'art. 3 del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11.

⁵ Ulteriori previsioni riguardano il computo dei termini ai fini del riconoscimento dell'indennizzo di cui alla l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto) e la sospensione dell'obbligo di deposito della c.d. copia di cortesia (articolo 7, comma 4, del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197).

dell'emergenza sanitaria, per il giudice di trattare in particolare i procedimenti cautelari fissati per la decisione nel predetto periodo.

E' stato così prescelto come strumento operativo il decreto monocratico cautelare, istituito già esistente, modificandone tuttavia la funzione e i presupposti e alterandone conseguentemente anche la natura giuridica.

2.2. Com'è noto l'art. 56 c.p.a. prevede che *“prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie...”* (comma 1).

Presupposti di tale provvedimento cautelare sono:

- a) l'estrema gravità ed urgenza della situazione, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio;
- b) la necessaria iniziativa della parte;
- c) la (appartenenza della controversia introdotta alla giurisdizione del giudice amministrativo e la) competenza del tribunale adito.

Sulla base di tali presupposti, la tutela cautelare monocratica si caratterizza:

- a) sul piano formale, per essere disposta da un giudice monocratico (il Presidente dell'ufficio giudiziario adito) e per il conseguente tipo di provvedimento (decreto);
- b) sul piano sistematico, per la immediatezza della decisione⁶, pronunciata fuori udienza (purché sia stata presentata l'istanza di fissazione dell'udienza per il merito⁷) e per la natura precaria e provvisoria⁸;
- c) sotto il profilo della natura giuridica, per risolversi in una misura strumentale finalizzata ad assicurare l'effettività e l'efficacia - e in definitiva - la stessa utilità della tutela cautelare collegiale, spettando istituzionalmente ed esclusivamente solo al collegio la decisione della

⁶ Fermo infatti che richiesta di misura cautelare monocratica deve essere stata comunque portata a conoscenza delle controparti (mediante rituale notifica del ricorso, se in esso contenuta, ovvero della apposita richiesta) e che pertanto di norma la decisione deve essere presa solo nel rispetto di tale formalità, il penultimo periodo del secondo comma dell'art. 56 c.p.a. ammette che il giudice possa comunque provvedere *“qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per causa non imputabile al ricorrente”*.

⁷ Si tratta di uno specifico ulteriore presupposto processuale, in quanto per espressa previsione dell'art. 56, la mancanza dell'istanza rende improcedibile l'istanza di misure cautelari monocratiche.

⁸ Il decreto cautelare è revocabile o modificabile nelle more dell'udienza collegiale di trattazione della domanda cautelare, su istanza di parte notificata.

domanda cautelare⁹ (il che trova conferma nella previsione del quarto comma dell'art. 56, secondo cui il decreto monocratico che accoglie interinalmente la domanda cautelare perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella camera di consiglio fissata nel decreto stesso), così emergendo la natura ancillare e complementare della tutela cautelare, ancorché monocratica .

2.3. La tutela cautelare derogatoria dell'articolo 84 affidata al decreto monocratico:

- a) è temporalmente limitata, riguardando¹⁰ i soli procedimenti cautelari, promossi e pendenti tra l'8 marzo ed il 15 aprile 2020¹¹;
- b) non richiede una specifica istanza del ricorrente, essendo officiosa: la decisione monocratica dei procedimenti cautelari promossi o pendenti deriva in modo diretto, immediato ed esclusivo della norma ed in particolare dalla conversione ivi prevista, a causa della situazione emergenziale, della tutela cautelare, ordinariamente collegiale, in tutela monocratica;
- c) quanto ai presupposti, proprio per effetto della predetta conversione, non riposa sull'estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, ma implica la valutazione di quelli propri della tutela cautelare collegiale di cui all'art. 55, comma 1, vale a dire la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso;
- d) ancorché pronunciata fuori udienza, presuppone il rispetto del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa, in quanto – proprio per le peculiarità già indicati sub a) e b) – il decreto cautelare monocratico (e quindi la sussistenza del potere giurisdizionale cautelare monocratico) postula l'avvenuto spirare del termine a difesa fissato dall'art. 55, comma 5, c.p.a. di dieci giorni dall'ultima notifica del ricorso; è consentita anche la presentazione di memorie fino a due giorni liberi prima, ai sensi del richiamato art. 55, comma 4, u.p.;
- e) sotto il profilo sistematico, proprio per quanto sub d), si caratterizza per un'immediatezza per c.d. attenuata, mentre resta ferma la sua precarietà e provvisorietà¹²;
- f) sotto il profilo della natura giuridica, pur essendo confermata la natura strumentale e ancillare, assume una connotazione speciale proprio per la diversità dei presupposti che la legittimano (rispetto a quelli della dell'art. 56 c.p.a.).

⁹ E' significativa in tal senso la previsione del terzo comma dell'articolo 56, secondo cui *"Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il presidente può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, determinata con riguardo all'entità degli effetti irreversibili che possono prodursi per le parti e i terzi"*.

¹⁰ Salve eventuali proroghe collegate al perdurare della situazione emergenziale.

¹¹ In realtà si tratta di una formulazione non del tutto perfetta: sul punto si ritornerà oltre.

¹² Il comma 1 dell'art. 84 richiama infatti espressamente gli ultimi due periodi del quarto comma dell'art. 56 c.p.a.

3. Il contenuto del decreto monocratico: le pronunce ammissibili e quelle non ammissibili

3.1. A differenza del decreto monocratico ex art. 56 c.p.a. che si fonda sull'apprezzamento della *"estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio"*, la tutela cautelare derogatoria postula la valutazione della sussistenza di *"un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario alla decisione del ricorso"* ed implica pertanto la valutazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Si tratta di una conclusione imposta non solo dal carattere eccezionale e temporaneo dalla previsione del comma 1 dell'art. 84 e dal richiamo effettuato al solo rito dell'art. 56 c.p.a., ma anche dall'espresso rinvio operato nell'ultima parte del quinto periodo del comma 1, che, fermo il principio secondo cui il decreto monocratico "speciale" è emanato nel rispetto dei termini di cui all'art. 55, comma 5, c.p.a., fa salvo il caso che ricorrano gli estremi di cui all'art. 56, comma 1, c.p.a., cioè l'estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione sino alla data della camera di consiglio: sarebbe illogico e irrazionale ammettere la possibilità, salva l'ipotesi della revocabilità e della modificabilità del decreto, che esso possa essere emanato due volte sulla base degli stessi presupposti.

Nelle forme del decreto cautelare ex art. 84, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020, il giudice non potrà limitarsi a stabilire se, in relazione alla concreta situazione di fatto, gli effetti del provvedimento impugnato determinano una situazione di estrema gravità ed urgenza che impedisce di attendere la celebrazione della camera di consiglio, ma dovrà piuttosto motivare *"...in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato..."*, indicando *"...i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso"*.

Senonché tale conclusione, ancorché astrattamente coerente con il substrato normativo richiamato, deve essere meditata anche in virtù della considerazione che, mentre il decreto cautelare ex art. 56 c.p.a. ha natura interinale e diretta a garantire la effettività, l'efficacia e l'utilità della tutela cautelare collegiale, il decreto cautelare speciale non può non avere anche effetti, oltre che strumentali e interinali, in qualche modo anticipatori della medesima tutela cautelare collegiale che dovrà essere comunque resa: ciò non solo perché implica l'apprezzamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, cioè l'apprezzamento delle condizioni dell'azione cautelare e non già della sola somma urgenza della situazione di fatto su cui incidono gli effetti del provvedimento impugnato (cui corrisponde l'estrema gravità ed urgenza dell'art. 56 c.p.a.), ma soprattutto perché surroga, per il periodo temporale indicato, la ordinaria tutela cautelare in

entrambe le sue due forme, monocratica e collegiale previste dal codice del processo amministrativo).

Ne consegue che proprio per l'eccezionalità della tutela cautelare derogatoria speciale e per la sua finalità specifica (di essere cioè una misura diretta a garantire il funzionamento della giustizia amministrativa cautelare nella situazione di emergenza sanitaria) l'apprezzamento da parte del giudice monocratico dei presupposti legittimanti e la relativa motivazione sugli stessi deve essere tale che gli effetti del decreto monocratico non siano assolutamente "irreversibili" e tali da compromettere o pregiudicare cioè l'esercizio del potere cautelare da parte del collegio nell'udienza camerale appositamente indicata per la trattazione.

3.2. Con le precisazioni sopra accennate, devono pertanto ritenersi sicuramente ammissibili col decreto monocratico speciale:

- a) le pronunce "pure" di accoglimento e di rigetto delle domande cautelari;
- b) le pronunce istruttorie o interlocutorie, sia in senso stretto, contenenti cioè richieste di deposito di atti, documenti, relazioni istruttorie, sia in senso lato, riguardanti richieste di delucidazioni alle parti su alcuni specifici punti oggetto di controversia ovvero sugli scritti prodotti¹³;
- c) le pronunce processuali di presa d'atto della rinuncia alla domanda cautelare ovvero che dispongano mere rinotifiche degli atti introduttivi del giudizio;
- d) ogni altra pronuncia contenente misure cautelare che consentano in ogni caso l'apprezzamento dei presupposti cautelari da parte del Collegio.

3.3. Per la loro astratta idoneità a determinare effetti "irreversibili" e a espropriare il collegio del suo potere di decidere sulla domanda cautelare o comunque a condizionarlo seriamente devono invece inammissibili :

- a) pronunce di accoglimento della domanda cautelare accompagnate dalla fissazione di una cauzione, sulla quale è opportuno che decida il collegio, anche per la funzione di garanzia che ne connota l'operato;

¹³ Si pone al riguardo la questione se destinatario dell'adempimento istruttorio o della risposta istruttoria debba essere lo stesso giudice monocratico ovvero il collegio. Nel caso dell'adempimento istruttorio può sostenersi che destinatario sia il collegio, dovendo ammettersi che la richiesta di atti, documenti e relazioni (che comporta l'assegnazione di un tempo ragionevolmente non breve per l'espletamento) costituisce misura strumentale alla decisione, salva l'eventuale misura cautelare più idonea nelle more ad assicurare alla parte la tutela dei propri interessi; quanto invece alla richiesta di delucidazioni e chiarimenti degli scritti difensivi prodotti, delucidazioni e chiarimenti che possono essere forniti in tempi ragionevolmente brevi, la stessa *ratio* della tutela cautelare derogatoria potrebbe indurre ad ammettere che destinatario possa essere lo stesso giudice monocratico.

- b) pronunce formalmente processuali, ma idonee ad orientare la decisione collegiale, quali l'ordine di integrazione del contraddittorio nei confronti di un soggetto non intimato (ma ritenuto contraddittore necessario) ovvero la rimessione in termini;
- c) pronunce di accoglimento della domanda cautelare ai sensi e per gli effetti dell'art. 55, comma 10, che presuppone la "disponibilità" del ruolo e cioè la possibilità di fissare l'udienza di merito, potere che spetta al Presidente dell'ufficio giudiziario o della sezione;
- d) pronunce di accoglimento propulsive (c.d. *remand*), anch'esse determinando una sostanziale restrizione della potestà decisoria propria del Collegio;
- d) pronunce di mero rinvio, risolvendosi quest'ultima in un'inammissibile diniego di giustizia, ingiustificato tanto più in considerazione dell'eccezionalità dello strumento cautelare utilizzato;
- e) pronunce di rinvio sulla base dell'accordo delle parti, dovendo piuttosto in tal caso dichiararsi – allo stato - l'improcedibilità della domanda cautelare, salva l'ulteriore pronuncia del collegio;
- f) pronunce di cancellazione della causa dal ruolo che, nei limiti in cui possa considerarsi astrattamente ammessa, spetterebbe sempre al collegio.

Ricorrendo tali situazioni il giudice monocratico dovrebbe rimettere ogni decisione *in parte qua* al collegio, pronunciando eventualmente e sussistendone i presupposti sul "merito" cautelare

4. La decisione collegiale: conferma o mera conferma del decreto cautelare.

4.1. Se la decisione collegiale della domanda cautelare non crea particolari problemi nell'ipotesi del decreto monocratico puro ex art. 56 c.p.a., nel senso che quest'ultimo non avere, sotto il profilo dogmatico e sistematico, alcun effetto condizionante¹⁴ sulla prima, diversi appaiono invece i rapporti tra decreto monocratico derogatorio e decisione collegiale.

La diversità consegue al fatto che entrambi hanno identità di *causa petendi* ed entrambi finiscono per apprezzare, in tempi diversi, gli stessi presupposti del *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* e a valutare la sussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile derivante dagli effetti del provvedimento impugnato.

Diventa delicata la questione del raccordo tra il decreto monocratico derogatorio e la decisione collegiale che in realtà rappresentano due segmenti, autonomi, ma funzionalmente legati, dell'unico procedimento cautelare, ben più di quanto non accada nel sistema cautelare ordinario. Se si ammettesse che la decisione cautelare monocratica possa essere pienamente anticipatoria di quella collegiale, ne deriverebbe, sul piano dogmatico – sistematico, che l'udienza camerale

¹⁴ E' l'effetto proprio della sua natura meramente strumentale e pienamente interinale.

finirebbe per trasformarsi in una mera ratifica o conferma del decreto monocratico: la decisione collegiale consisterebbe un'attività sostanzialmente inutile e la stessa articolata previsione dell'art. 84, comma 1, avrebbe dato luogo ad una mera complicazione processuale, astrattamente addirittura in contrasto col principio della ragionevole durata del processo o quanto meno della sua fase cautelare¹⁵.

La esclusiva spettanza al collegio della decisione definitiva sulla domanda cautelare induce invece a ritenere che la decisione collegiale non costituisca una mera conferma del decreto monocratico derogatorio, ma implichi un nuovo vaglio, quanto più pieno possibile e autonomo (rispetto a quello operato dal giudice monocratico) della domanda cautelare e della ricorrenza dei presupposti della tutela cautelare, con particolare riguardo all'estensione e all'intensità della motivazione, in relazione al pregiudizio e alla ragionevole previsione dell'esito del processo.

Spetta in definitiva al collegio la valutazione del "merito" complessivo della domanda cautelare e l'individuazione delle misure più idonee ad assicurare la tutela cautelare, misure dal cui novero non possono considerarsi escluse le richieste istruttorie, le decisioni processuali in senso stretto (quali la rimessione in termini o l'integrazione del contraddittorio), l'accoglimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 55, comma 10, c.p.a., l'ingiunzione di pagare una somma di danaro in via provvisoria, l'imposizione della prestazione della cauzione.

Non osta a (anzi è coerente con) tale ricostruzione il fatto che il presidente o il magistrato delegato che ha pronunciato il decreto cautelare sia anche relatore della causa, ciò potendo essere considerata una ragionevole misura di efficienza e di adeguatezza dello svolgimento della funzione giurisdizionale, permettendo al collegio di poter meglio e più accuratamente garantire la propria nuova, diversa e autonoma valutazione.

4.2. Possono immaginarsi due varianti al delineato ordinario svolgimento del procedimento cautelare derogatorio.

4.2.1. Innanzitutto può darsi il caso, ammesso dall'articolo 84, comma 1, che le parti interessate richiedano la modifica o la revoca del decreto cautelare nelle more dell'udienza collegiale di trattazione della domanda cautelare.

La revoca e la modifica del decreto monocratico derogatorio deve ritenersi ammissibile in presenza delle condizioni sostanziali previste dall'art. 58 c.p.a. allorquando cioè si verificano mutamenti delle circostanze di fatto ovvero vengano allegati fatti anteriori (alla decisione) di cui si

¹⁵ A tacere peraltro del *vulnus* alla garanzia della collegialità.

è acquisita conoscenza successivamente (alla decisione), salva la prova del momento della conoscenza.

Nessuna delle due ipotesi presuppone una critica alla decisione monocratica, assumendosi piuttosto che essa avrebbe potuto essere diversa, diversi essendo i fatti successivamente verificatisi (mutamento delle circostanze) ovvero incolpevolmente diverso da quello prospettato essendo il substrato materiale della controversia.

E' la stessa *ratio* della tutela cautelare monocratica, cui non si sottrae quella derogatoria di cui all'art. 84, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020, a far ritenere ammissibili la revoca o la modifica del decreto monocratico, senza che ciò dia luogo ad un'ipotesi di astensione o ricusazione, che implichi pertanto la sostituzione del magistrato (presidente o delegato) che abbia prima deciso.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi qualora venga chiesta, sussistendo i presupposti dell'art. 58 c.p.a., la revoca o la modifica della decisione collegiale, nel senso che non v'è necessità che il Presidente o magistrato, che ha pronunciato il decreto monocratico derogatorio, non sia anche relatore o addirittura non sia componente del collegio.

In entrambe le ipotesi è agevole osservare per un verso che il mutamento delle circostanze originario ed il sopraggiungere della conoscenza di ulteriori elementi di fatto esclude la sussistenza di un errore di fatto da parte del giudice che pronunciato il decreto monocratico; per altro verso il fatto che sotto il profilo dogmatico e sistematico il decreto cautelare costituisca una fase dell'unico procedimento cautelare, porta ad escludere che possa configurarsi un'ipotesi di incompatibilità del giudice (e dunque un'ipotesi di astensione o di ricusazione)¹⁶.

4.2.2. Potrebbe avvenire invece che una parte - in occasione della decisione collegiale della domanda cautelare - contesti la correttezza della decisione monocratica, lamentando un errore di giudizio, tentando così di introdurre nei fatti un giudizio di reclamo o di revisione della prima.

Una simile evenienza deve considerarsi inammissibile.

Innanzitutto perché un giudizio di reclamo non è previsto espressamente dal codice del processo amministrativo e non può ammettersi una forma di impugnazione atipica implicita.

Neppure, in secondo luogo, può invocarsi a sostegno l'istituto del reclamo contro i provvedimenti cautelati di cui all'art. 669-terdecies Cod. proc. civ., ostandovi sotto il profilo dogmatico sistematico il fatto che il giudizio del collegio è attivato esclusivamente dalla parte interessata, laddove nella previsione dell'art. 84, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020 la decisione

¹⁶ Ciò tanto più che nel processo amministrativo si esclude il ricorrere di simili ipotesi anche nel rapporto tra giudizio cautelare e giudizio di merito; resta in ogni caso salva l'ipotesi che il capo dell'ufficio o lo stesso magistrato possa ritenere opportuno la sostituzione del magistrato che abbia già deciso la domanda cautelare con decreto monocratico.

collegiale della domanda cautelare è officiosa e costituisce lo sbocco fisiologico del procedimento cautelare.

Deve concludersi che il substrato giuridico e fattuale su cui deve intervenire la decisione cautelare collegiale deve essere il medesimo di quello su cui si è pronunciato il decreto monocratico, salva la sola ipotesi ammessa di revoca o modifica di quest'ultimo, cui sopra si è accennato.

Le eventuali considerazioni critiche che le parti possono spiegare nei confronti del decreto monocratico debbono essere ritenute e apprezzate solo come ulteriori elementi di valutazione dei requisiti legittimanti la tutela cautelare collegiale: può indurre a ritenere che anche in questa ipotesi non sussistano ragioni per escludere che il presidente o il magistrato delegato, che ha pronunciato il decreto monocratico, non possa essere relatore del procedimento anche nella decisione collegiale o non possa essere componente del collegio, potendo tuttavia valutarsi l'opportunità della sua sostituzione o della sua esclusione dal collegio quanto più estese e intense siano state le critiche formulate al decreto monocratico.

5. Qualche considerazione finale

La tutela cautelare derogatoria, delineata dalle misure emergenziali previste durante il periodo di emergenza sanitario, è imperniata su di un provvedimento a formazione progressiva che postula una possibile, ma non necessaria, delibazione della estrema gravità ed urgenza della situazione, su richiesta della parte interessata (ex art. 56 c.p.a.), e da due necessari e successivi momenti decisori, il primo affidato al Presidente dell'ufficio giudizio o ad un magistrato da lui delegato, che provvede con decreto monocratico, e il secondo lasciato istituzionalmente al collegio (di cui il primo fa parte, anche come relatore).

Pur non potendo attribuirsi alla decisione monocratica una funzione meramente preparatoria e strumentale di quella collegiale, deve ritenersi che la sua natura anticipatoria sia significativamente attenuata, rimanendo elemento centrale della tutela cautelare la decisione collegiale, intesa come strumento di garanzia della funzione giurisdizionale amministrativa.

La soluzione adottata, sicuramente rispettosa dei cardini dell'attuale sistema della giustizia amministrativa, mostra, già solo sulla base delle problematiche evidenziate, qualche limite e soprattutto rischia di essere foriera di "precedenti" che potrebbe pericolosamente sollecitare l'introduzione di ulteriori complicazioni (come lo sdoppiamento della tutela cautelare in

monocratica e collegiale e l'introduzione dell'istituto del reclamo al collegio, analogamente a quanto avviene del processo civile).

Se sono auspicabili riforme del sistema della giustizia amministrativa per garantire una risposta sempre più pronta ed efficace alle istanze dei cittadini, devono invece sicuramente evitarsi interventi asistematici e parziali di per sé inadeguati a garantire ed ad accrescere la qualità della risposta giurisdizionale.

Servono strumenti processuali adeguati ed agili, rispettosi dei principi costituzionali, ma non perciò necessariamente improntati alla conservazione degli istituti esistenti, se questi non risultano essere coerenti con le esigenze quotidiane.

E' auspicabile anche per la giustizia amministrativa che il "coronavirus" sia un'occasione di svolta.

Carlo Saltelli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato il 24 marzo 2020