

Apprezzamento bilaterale del *periculum in mora* e collegamento tra interesse pubblico alla tutela della salute e interesse legittimo.

(Nota di commento al decreto monocratico del T.A.R. Lazio 19 agosto 2020, n. 5408)

Giovanni Maria di Lieto

Avvocato amministrativista

Con ordinanza del 16 agosto 2020, il Ministero della Salute ha previsto nuove misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria, disponendo la sospensione delle attività del ballo, all'aperto e al chiuso, e l'obbligo di indossare la mascherina anche all'aperto dalle ore 18:00 alle 6:00 nei luoghi a rischio di assembramenti.

Con decreto monocratico pubblicato il 19 agosto 2020, n. 5408, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Terza Quater (Francesco Arzillo Presidente ed estensore), ha respinto l'istanza cautelare monocratica presentata incidentalmente nell'ambito del ricorso proposto da SILB-FIPE - Associazione Italiana Imprese di Intrattenimento da Ballo per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'Ordinanza del 16 agosto 2020, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 agosto 2020 emessa da Ministero della Salute, concernente "Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19".

Fissando per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 9 settembre 2020.

Con questa articolata e puntuale motivazione, dalla quale sembra che difficilmente il Giudice si discosterà in sede di trattazione collegiale della sospensiva.

"Considerato:

a) che nella presente fase cautelare monocratica occorre aver riguardo, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., al presupposto della "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", la quale va fissata al 9 settembre 2020;

b) che secondo la parte ricorrente il *periculum in mora* andrebbe individuato "nei considerevoli danni economici, d'immagine che deriverebbero a tutti gli esercizi commerciali che hanno subito la illegittima chiusura, peraltro nel momento in cui gli stessi attendevano risultati economici importanti, in seguito ad

gravità e urgenza deriverebbe "dalla circostanza che il provvedimento impugnato ha avuto efficacia immediata a partire dal 17 agosto 2020";

c) che la natura dei danni allegati ne consente in linea di principio la successiva reintegrazione anche per equivalente, nel caso che il giudizio abbia esito favorevole alla parte ricorrente;

d) che nelle premesse del provvedimento impugnato si richiama altresì la "comune volontà della Conferenza dei presidenti delle regioni e del Ministero dello sviluppo economico di aprire con immediatezza un tavolo di confronto con le Associazioni di categoria, al fine di individuare gli interventi economici di sostegno nazionali al settore interessato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente ordinanza";

e) che comunque, nel bilanciamento degli interessi proprio della presente fase del giudizio, la posizione di parte ricorrente risulta recessiva rispetto all'interesse pubblico alla tutela della salute nel contesto della grave epidemia in atto;

f) che tale interesse costituisce l'oggetto primario delle valutazioni dell'Amministrazione, caratterizzate dall'esercizio di un potere connotato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e amministrativa in relazione alla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti e all'esigenza di una modulazione anche temporale delle misure di sanità pubblica nella prospettiva del massimo contenimento del rischio;

g) che l'esame approfondito dei profili di fatto e di diritto prospettati dalla parte ricorrente - anche con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità - resta riservato all'ordinaria cognizione collegiale della controversia, in contraddittorio tra le parti, nelle successive fasi processuali".

E' opportuno premettere brevi nozioni sulla tutela cautelare nel processo amministrativo.

Nel processo amministrativo (e nel processo civile), i presupposti per la concessione della misura cautelare sono:

a) la sussistenza di danni gravi ed irreparabili che possano derivare al ricorrente dall'esecuzione dell'atto impugnato nel tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso (*periculum in mora*);

b) *fumus boni iuris*, cioè un giudizio positivo di carattere sommario (di verosimiglianza) circa la fondatezza del ricorso (ragionevole previsione sull'esito del ricorso).

Il codice del processo amministrativo (D.Lgs. 104/2010) opera una suddivisione delle misure cautelari a seconda del grado di urgenza in:

Misure cautelari collegiali - Art. 55 c.p.a. *Misure cautelari collegiali*

"1. Se il ricorrente, allegando di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio".

Misure cautelari monocratiche - Art. 56 c.p.a. *Misure cautelari monocratiche*

"1. 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. La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione d'udienza per il merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio. Il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del tribunale amministrativo regionale, altrimenti rimette le parti al collegio per i provvedimenti di cui all'articolo 55, comma 13".

Misure cautelari *ante causam* - Art. 61 c.p.a. *Misure cautelari anteriori alla causa*

"1. In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa".

L'eccezionale misura cautelare monocratica presidenziale prevista dall'art. 56 c.p.a. (che deroga - per la dominanza della somma urgenza - ai principi generali di collegialità e di contraddittorio) ha funzione strettamente interinale "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" e il relativo "decreto" è per legge "efficace sino a detta camera di consiglio", che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare.

La tutela cautelare è caratterizzata dalla strumentalità nei confronti della decisione di merito. La legittimazione limitata al soggetto che subisce il danno

grave ed irreparabile dall'esercizio del potere pubblico non fa venire meno in sede cautelare la rilevanza della tutela dell'interesse pubblico di cui è portatrice la Pubblica amministrazione, le cui esigenze vanno temperate e bilanciate con quelle del privato ai fini dell'adozione di una misura cautelare "proporzionata".

Il legislatore non si astiene dalla individuazione di confini determinati entro i quali l'esercizio del potere cautelare può essere consentito al Giudice. Invero, la norma richiede (al di là della "atipicità" della misura) che all'evidenza del diritto faccia riscontro la irreparabilità del pregiudizio ("durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso"); che le misure adottate siano le "più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Queste condizioni limitano l'atipicità e confermano il necessario rapporto di strumentalità del processo cautelare amministrativo rispetto al giudizio di merito.

L'art. 56 c.p.a. prevede che, prima della trattazione della domanda cautelare da parte del Collegio, "in caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", il ricorrente possa chiedere al Presidente del Tar o della Sezione cui il ricorso è assegnato di disporre misure cautelari provvisorie (co. 1).

La pronuncia cautelare (monocratica) non è successiva ad una udienza, per cui di regola l'esame della domanda del ricorrente avviene senza contraddittorio, cioè senza che le altre parti abbiano potuto svolgere le loro difese sui profili svolti di illegittimità dei provvedimenti impugnati e sul danno grave ed irreparabile come dedotto nel ricorso; tuttavia il Presidente, "fuori udienza e senza formalità, sente, anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili prima dell'emanazione del decreto" (co. 2). Il decreto è efficace sino alla camera di consiglio in cui il Collegio esamina la domanda cautelare emettendo un'ordinanza (a seguito di trattazione collegiale), che può o meno confermare il decreto monocratico; prima dell'udienza è comunque ammesso che le parti richiedano la revoca o la modifica del decreto (co. 4).

L'art. 56 c.p.a. non si occupa in dettaglio né del *fumus*, né del *periculum*, per i quali occorre un rinvio ai requisiti di carattere generale previsti dall'art. 55 c.p.a., secondo il quale l'accoglimento della domanda cautelare richiede, da un lato, la individuazione di elementi che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione positiva circa l'esito del ricorso e, da altro lato, la verifica circa la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile che può derivare al ricorrente nel tempo necessario a giungere ad una decisione (di merito) sul ricorso. Va detto che tali presupposti subiscono un "aggravamento" nell'art. 56, il

quale, disponendo che la tutela monocratica richiede (anche) la ricorrenza della "estrema gravità ed urgenza", integra il requisito del *periculum in mora*, richiedendo un ulteriore presupposto che si aggiunge a quello della irreparabilità: il danno che bisogna dimostrare di subire dalla esecuzione degli atti impugnati deve essere di estrema gravità e urgenza (oltre che grave ed irreparabile). (A. DE SIANO).

Vediamo in sintesi i profili di diritto che hanno indotto il Tar a respingere la richiesta di provvedimento cautelare monocratico.

1) la natura dei danni (economici) allegati dal ricorrente ne consente in linea di principio la successiva reintegrazione anche per equivalente, nel caso che il giudizio abbia esito favorevole alla parte ricorrente;

2) comunque, nel bilanciamento degli interessi proprio della presente fase del giudizio, la posizione di parte ricorrente risulta recessiva rispetto all'interesse pubblico alla tutela della salute nel contesto della grave epidemia in atto;

3) tale interesse costituisce l'oggetto primario delle valutazioni dell'Amministrazione, caratterizzate dall'esercizio di un potere connotato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e amministrativa in relazione alla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti e all'esigenza di una modulazione anche temporale delle misure di sanità pubblica nella prospettiva del massimo contenimento del rischio.

Nel caso di specie, la lettura della pronuncia cautelare monocratica evidenzia che è stato utilizzato il criterio della prevalenza dell'interesse pubblico sui motivi di urgenza rappresentati dal ricorrente, quale ragione determinante della decisione di rigetto.

L'attività della Pubblica amministrazione è finalizzata alla cura dell'interesse pubblico, il quale costituisce la causa esclusiva dell'azione amministrativa.

In generale, la protezione cautelare del ricorrente si svolge in funzione ed in rapporto - bilanciamento alle esigenze di salvaguardia dell'interesse pubblico (principio di proporzionalità).

"C'è in sostanza un apprezzamento bilaterale del *periculum*, un collegamento tra interesse pubblico e interesse legittimo [...] La "bilateralità" del *periculum* indica che l'interesse pubblico può rappresentare una sorta di unità di misura (integrativa) della gravità del pregiudizio lamentato dal ricorrente. Nella elasticità dei parametri di apprezzamento del pregiudizio della parte attrice (tendenzialmente molto estesi, anche ben al di là del requisito della irreparabilità, espresso dall'art. 55 del c.p.a.), l'incidenza sugli interessi pubblici permette di

modulare la maggiore o minore tenuità del *periculum*" (M. LIPARI).

Nel caso di specie, la posizione del ricorrente è stata ritenuta dal Tar "recessiva" in conseguenza della accertata "non prevalenza" dell'interesse dedotto in causa e del correlato pregiudizio rispetto alla (ritenuta) "prevalenza" dell'interesse pubblico (tutela della salute e principio di precauzione).

Invero, la tutela cautelare deve sempre tenere conto delle conseguenze della decisione sui controinteressati e sulla Pubblica amministrazione.

Nell'ambito di un sistema che applica il requisito del bilanciamento e il principio di proporzionalità in concreto, nel caso di specie, il Tar sembra abbia tenuto conto anche della necessità di valutare la possibile "irreversibilità" degli effetti prodotti dalla misura cautelare per la PA e per il privato.

Nel caso di specie, secondo il Giudice amministrativo, tali conseguenze non sono irreversibili per il privato, posto che il pregiudizio grave ed irreparabile viene fatto coincidere - nella impostazione del ricorrente - con il danno economico (quindi risarcibile).

Non risulta se il ricorrente abbia chiesto oltre all'annullamento degli atti, la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

Secondo il Tar, esiste un collegamento stretto tra tutela cautelare e richiesta risarcitoria. A seguito della configurazione dell'azione di condanna per il risarcimento del danno ingiusto "derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria" (art. 30, comma 2 del codice) resta il dubbio interpretativo se, a fronte del risarcimento del danno per equivalente, possa mai configurarsi il requisito della irreparabilità prescritto per la concessione di misure cautelari.

Cioè, dalla mancata adozione della misura cautelare non deriverebbe al ricorrente alcun danno grave ed irreparabile che non possa essere riparato attraverso una decisione favorevole al termine del giudizio di merito (equiparabilità tra risarcibilità - intesa come ristoro per equivalente del danno - in esito al giudizio di merito e tutela cautelare).

Vero è anche che - è importante sottolineare - nell'ordinanza impugnata del Ministero della Salute 16 agosto 2020 è previsto un indennizzo, non un

risarcimento (l'indennizzo è da atto legittimo, si ricollega ad un ad atto legittimo).

Secondo il Tar, nelle premesse del provvedimento impugnato si richiama altresì la *"comune volontà della Conferenza dei presidenti delle regioni e del Ministero dello sviluppo economico di aprire con immediatezza un tavolo di confronto con le Associazioni di categoria, al fine di individuare gli interventi economici di sostegno nazionali al settore interessato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente ordinanza"*.

Al contrario, il risarcimento del danno è da atto illegittimo (è consequenziale all'atto illegittimo). Che l'ordinanza impugnata del Ministero della Salute sia illegittima è tutto da dimostrare, a seguito della verifica conseguente allo svolgimento del giudizio di merito (quando sarà). Del resto, per la concessione della misura cautelare occorre oltre al danno grave ed irreparabile, anche il *fumus* di fondatezza del ricorso (che evidentemente il Giudice amministrativo non ha riscontrato).

Né sembra che si profilino profili di contraddittorietà o disparità di trattamento negli atti impugnati, perché in altri ambiti sono stati presi dal Governo uguali provvedimenti restrittivi: le manifestazioni sportive avvengono a porte chiuse (gli stadi non sono aperti al pubblico), rappresentazioni teatrali, concerti e simili sono consentiti nel rigoroso rispetto delle regole in tema di distanziamento (non sembra che il ballo e le discoteche - seppure all'aperto - possano per loro natura assicurare la distanza fra persone).

Nel caso di specie, secondo il Tar, tale interesse pubblico (interesse pubblico prevalente, la tutela della salute) *"costituisce l'oggetto primario delle valutazioni dell'Amministrazione, caratterizzate dall'esercizio di un potere connotato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e amministrativa in relazione alla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti e all'esigenza di una modulazione anche temporale delle misure di sanità pubblica nella prospettiva del massimo contenimento del rischio"*.

E' importante sottolineare che nel caso della discrezionalità cd. amministrativa, la Pubblica amministrazione, esercita, nel perseguire l'interesse pubblico, un potere discrezionale e, quindi, svolge un'attività discrezionale.

La discrezionalità amministrativa consiste nella *facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico stabilito dalla legge* (VIRGA).

In tal caso, la Pubblica amministrazione sceglie il modo che ritiene più idoneo per il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Nell'ipotesi della discrezionalità cd. amministrativa, la Pubblica amministrazione sceglie, dopo aver analizzato tra le diverse alternative, quella più idonea al fine della cura dell'interesse pubblico; la Pubblica amministrazione svolge una comparazione tra i vari interessi in campo al fine di individuare la soluzione più idonea al soddisfacimento dell'interesse pubblico primario.

Nell'esercizio della discrezionalità c.d. "tecnica" invece la Pubblica amministrazione non compara i vari interessi, non sceglie quale interesse deve essere preferito e quindi tutelato, ma esprime un giudizio dopo aver compiuto un accertamento sulla base di conoscenze e regole che, pur essendo richiamate da una norma giuridica mediante un rinvio formale (c.d. rinvio recettizio), non appartengono al diritto, ma sono proprie di scienze tecniche e/o scientifiche quali, ad esempio, la medicina, la biologia, la fisica, l'ingegneria ecc. (F. G. SCOCA).

L'esercizio della discrezionalità cd. amministrativa si conclude con una scelta, mentre l'esercizio dell'attività discrezionale c.d. "tecnica" si conclude con un giudizio: in tal caso non v'è scelta, perché la Pubblica amministrazione è vincolata al risultato ottenuto dall'accertamento tecnico (M. S. GIANNINI).

Secondo la giurisprudenza prevalente, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica è di tipo "debole" poiché spetta al Giudice, che deve accertare la legittimità dell'atto, soltanto verificare se tale atto corrisponde, concludendo il procedimento, ad un corretto esercizio del potere amministrativo.

Se la valutazione tecnica adottata dalla Pubblica amministrazione è ragionevole, corretta, attendibile, logica e non arbitraria, il Giudice, per il principio della separazione dei poteri, non può sostituirsi al giudizio già compiuto dall'amministrazione stessa e discostarsi dalla scelta tecnica da questa compiuta.

A questo orientamento sembra aderire il Giudice amministrativo nel caso di cui ci stiamo occupando dal quale, anche sotto tale profilo, il Tar fa discendere conseguenze nel senso determinante del rigetto della richiesta pronuncia cautelare.

N. 5408/2020 Reg. Prov. Cau.

N. 6595 Reg. Ric.

ANNO 2020

REPUBBLICA ITALIANA

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

Il Presidente ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 6595 del 2020, proposto da SILB-FIPE - Associazione Italiana Imprese di Intrattenimento da Ballo e di Spettacolo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lamberto Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Salute non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'Ordinanza del 16 agosto 2020, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 agosto 2020 emessa da Ministero della Salute, in persona del Ministro pro-tempore, concernente "Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 56 c.p.a.;

Considerato:

a) che nella presente fase cautelare monocratica occorre aver riguardo, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., al presupposto della "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", la quale va fissata al 9 settembre 2020;

b) che secondo la parte ricorrente il *periculum in mora* andrebbe individuato "nei considerevoli danni economici, d'immagine che deriverebbero a tutti gli esercizi commerciali che hanno subito la illegittima chiusura, peraltro nel momento in cui gli stessi attendevano risultati economici importanti, in seguito ad una stagione già iniziata in ritardo, con numero di posti spesso limitati e ingenti investimenti realizzati per adeguarsi ai protocolli sottoscritti"; mentre l'estrema gravità e urgenza deriverebbe "dalla circostanza che il provvedimento impugnato ha avuto efficacia immediata a partire dal 17 agosto 2020";

c) che la natura dei danni allegati ne consente in linea di principio la successiva reintegrazione anche per equivalente, nel caso che il giudizio abbia esito favorevole alla parte ricorrente;

d) che nelle premesse del provvedimento impugnato si richiama altresì la "comune volontà della Conferenza dei presidenti delle regioni e del Ministero dello sviluppo economico di aprire con immediatezza un tavolo di confronto con le Associazioni di categoria, al fine di individuare gli interventi economici di sostegno nazionali al settore interessato dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente ordinanza";

e) che comunque, nel bilanciamento degli interessi proprio della presente fase del giudizio, la posizione di parte ricorrente risulta recessiva rispetto all'interesse pubblico alla tutela della salute nel contesto della grave epidemia in atto;

f) che tale interesse costituisce l'oggetto primario delle valutazioni dell'Amministrazione, caratterizzate dall'esercizio di un potere connotato da un elevato livello di discrezionalità tecnica e amministrativa in relazione alla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti e all'esigenza di una modulazione anche temporale delle misure di sanità pubblica nella prospettiva del massimo contenimento del rischio;

g) che l'esame approfondito dei profili di fatto e di diritto prospettati dalla parte ricorrente - anche con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità - resta riservato all'ordinaria cognizione collegiale della controversia, in contraddittorio tra le parti, nelle successive fasi processuali.

P. Q. M.

Respinge l'istanza cautelare monocratica.

Fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 9 settembre 2020.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma il giorno 18 agosto 2020.

IL PRESIDENTE

Francesco Arzillo

Depositata in Segreteria il 19 agosto 2020.