

COLLANA DEL DIPARTIMENTO  
DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI MACERATA

*Direttore*

**Prof. Stefano Pollastrelli**

*Comitato scientifico*

**Prof. Ermanno Calzolaio**  
**Prof. Gianluca Contaldi**  
**Prof. Giovanni Di Cosimo**  
**Prof. Carlo Piergallini**  
**Prof. Enrico Elio Del Prato**  
**Prof.ssa Paola Frati**

*Segretaria di redazione:* **Prof.ssa Laura Vagni**



**Giacomo Menegus**

**TUTELA CAUTELARE  
E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE**

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume stampato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza e della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università degli Studi di Macerata.

Il presente volume è stato sottoposto al referaggio da parte di due esperti anonimi, esterni al Dipartimento di Giurisprudenza, appartenenti al settore scientifico-disciplinare relativo alla materia, oggetto del lavoro monografico, o a settore scientifico-disciplinare affine, designati dal Direttore del Dipartimento secondo la procedura stabilita dal regolamento della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza (*double blind peer review*). I revisori hanno formulato un giudizio positivo sulla pubblicazione.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-5976-197-2

*a Laura*



## INDICE

<i>Ringraziamenti</i>	13
-----------------------	----

### Introduzione

1. Obiettivi dell'indagine	15
2. Metodologia e delimitazione del campo d'indagine	21

## PARTE I TUTELA CAUTELARE E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ IN VIA INCIDENTALI

### Capitolo I

#### Il significato della tutela cautelare nei giudizi comuni. Tra Costituzione e ordinamenti sovranazionali

1. Premessa	29
2. Le prime pronunce della Corte costituzionale in materia cautelare	33
3. Parziale riconoscimento in relazione alla giurisdizione di annullamento	35
4. <i>Reirement</i> della Corte e disconoscimento del rilievo costituzionale	36
5. Riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare: la sentenza n. 190 del 1985	41
6. Il modello costituzionale della tutela cautelare per i giudizi comuni	45
7. Il fondamento della tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea (parziale rinvio)	52
8. Il fondamento della tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo	57

### Capitolo II

#### Tutela cautelare e questioni incidentali di costituzionalità: un "rompicapo giuridico"

1. Premessa: il giudice cautelare come <i>giudice a quo</i> dotato di autonomia <i>potestas decidendi</i>	61
2. Il rigetto dell'istanza cautelare	65
3. Osservazioni critiche	77
a) Deteriore tutela dei diritti nella fase cautelare nei confronti della legge illegittima	77

b) Violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte delle questioni di costituzionalità non manifestamente infondate e rilevanti: la posizione deteriore del giudice cautelare rispetto alla norma incostituzionale	80
c) Differente valutazione del punto di diritto del giudice della fase cautelare rispetto a quello del merito	81
d) Impossibilità di sollevare la questione dopo il rigetto	83
e) L'ipotesi di una distinzione tra situazioni soggettive preesistenti alla norma incostituzionale e situazioni frutto di attività creativa del giudice	84
4. La sospensione del procedimento cautelare e la rimessione della questione alla Corte costituzionale	86
5. Osservazioni critiche	91
a) Tendenziale inammissibilità della sospensione nei procedimenti cautelari e pregiudizio delle istanze di effettività della tutela giurisdizionale	91
b) Potenziale irrilevanza (e prevedibile ininfluenza) della questione per sopravvenuta insussistenza del <i>periculum in mora</i>	96
6. La disapplicazione incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale	100
7. Osservazioni critiche	107
a) "Rinvio al merito" della rimessione alla Corte costituzionale e violazione dell'incidentalità	107
b) Esaurimento della <i>potestas iudicandi</i> e inammissibilità della questione (ovvero questione «prematura» rispetto al merito)	110
8. Conclusioni provvisorie su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità	112

### Capitolo III

#### Suggerimenti dall'Europa.

#### Tutela cautelare e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

1. Premessa	115
2. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme nazionali: la sentenza <i>Factortame</i>	117
3. <i>Segue</i> : la sentenza <i>Factortame</i> tra piena effettività del diritto comunitario ed effettività della tutela giurisdizionale	120
4. Presupposti della tutela cautelare rispetto a norme nazionali	125
5. Sistema accentrato di controllo di validità degli atti dell'Unione europea e tutela cautelare	127
6. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme di diritto derivato dell'Unione europea: sentenza <i>Zuckerfabrik</i>	133



<i>Indice</i>	9
7. <i>Segue</i> : la concessione di provvedimenti positivi: sentenza <i>Atlanta</i>	137
8. La giurisprudenza successiva: sentenze <i>T. Port, Krüger, Emesa Sugar e ABNA</i>	142
9. Condizioni e portata della tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale avverso norme di diritto derivato: osservazioni critiche	146
10. Tutela cautelare e giurisprudenza <i>Zuckerfabrik/Atlanta</i> : i limiti di un modello	153

#### **Capitolo IV** **La tutela cautelare *ad tempus***

1. La tutela cautelare <i>ad tempus</i> : un'articolazione bifasica del giudizio cautelare per assicurare la rilevanza della questione	157
2. Casi emblematici nella giurisprudenza della Corte costituzionale	163
3. Questioni aperte	172
a) Una possibile giustificazione teorica: la disapplicazione <i>ad tempus</i> come conseguenza necessaria dell'incidentalità del giudizio	172
b) Presupposti: il <i>fumus boni iuris</i> come non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale?	178
c) Profili processuali: l'appello cautelare in pendenza della questione di legittimità costituzionale	180
d) <i>Segue</i> : un possibile <i>revirement</i> nel processo amministrativo? La sentenza n. 200 del 2014	184
e) Provvisorietà giuridica del provvedimento <i>ad tempus</i> e potenziale irreversibilità degli effetti: influenza sul giudizio costituzionale	186
f) La controversa rilevanza della questione sollevata: rilevanza attenuata o irrilevanza?	190
4. Conclusioni su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità	193

**PARTE II**  
**LA TUTELA CAUTELARE NEI GIUDIZI COSTITUZIONALI**

**Capitolo V**  
**La tutela cautelare nella giustizia costituzionale tedesca**

1.	Premessa	197
2.	Le disposizioni rilevanti in tema di poteri cautelari del <i>Bundesverfassungsgericht</i>	200
3.	Significato costituzionale e funzione del § 32 <i>BverfGG</i>	204
4.	Accessorietà del § 32 <i>BVerfGG</i> e giudizi di competenza del <i>BverfG</i>	208
5.	Iniziativa per la pronuncia di un provvedimento cautelare	210
6.	Requisiti di ammissibilità: contenuto del provvedimento e <i>Vorwegnahmeverbot</i>	213
6.1.	<i>Segue</i> : L'interesse ad agire	215
6.2.	Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale	217
7.	I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare	219
7.1.	La nozione di controversia ( <i>Streitfall</i> )	219
7.2.	L'urgenza del provvedere	220
7.3.	I motivi del provvedere	221
7.3.1.	Il bene comune nella giurisprudenza costituzionale	222
7.3.2.	La gravità del pregiudizio temuto	224
8.	Modelli e tecniche decisionali del <i>BverfG</i>	224
8.1.	<i>Folgenabwägungsmodell</i> e <i>Vorwegnahmeverbot</i>	225
8.2.	La prognosi dell'esito del giudizio principale	229
8.3.	La critica della dottrina tedesca al modello decisionale del <i>BverfG</i>	231
9.	Contenuto ed effetti della decisione	234

**Capitolo VI**

**Un potere cautelare per la Corte nei giudizi di legittimità in via incidentale?**

1.	Premessa	239
2.	Ipotesi ricostruttive <i>de iure condito</i> : la sospensione delle leggi autoapplicative	240
3.	<i>Segue</i> : L'applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87 del 1953	243
4.	Ipotesi <i>de iure condendo</i> : argomenti e prospettive	247
5.	<i>Segue</i> : Quale fonte per la disciplina: legge costituzionale, ordinaria o auto-normazione della Corte?	249

- |   |     |
|---|-----|
| 6. La dubbia opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale (rinvio) | 253 |
| 7. Leggi-provvedimento e potere cautelare del giudice costituzionale  | 256 |

### Capitolo VII

#### Tutela cautelare e *konkrete verfassungsgerichtliche Normenkontrollverfahren*

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Premessa: il giudizio incidentale tedesco ( <i>das konkrete Normenkontrollverfahren</i> )               | 263 |
| 2. Tutela cautelare e <i>konkrete Normenkontrollverfahren</i> : „ <i>Richtervorlage im Eilverfahren?</i> “ | 268 |
| 3. La prima giurisprudenza del <i>BVerfG</i> : obbligo di rinvio anche nel procedimento cautelare          | 270 |
| 4. <i>Reirement</i> del <i>BVerfG</i> : la tutela cautelare dei diritti spetta ai giudici comuni           | 273 |
| 5. La giurisprudenza di merito tedesca: gli argomenti  | 278 |
| 6. <i>Segue</i> : La giurisprudenza di merito tedesca: i casi  | 281 |
| 7. Le variegate posizioni della dottrina tedesca   | 285 |
| 8. Conclusioni: dubbia opportunità e necessaria sussidiarietà del potere cautelare nei giudizi incidentali | 290 |

### Capitolo VIII

#### Il potere di sospensiva nel giudizio in via principale

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Premessa  | 295 |
| 2. La genesi del potere di sospensione delle leggi   | 299 |
| 3. L'oggetto della sospensiva  | 302 |
| 4. I presupposti: il <i>fumus boni iuris</i>   | 308 |
| 5. <i>Segue</i> : il peculiare <i>periculum in mora</i> ex art. 35 l. n. 87 del 1953                       | 310 |
| a) rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico   | 314 |
| b) rischio di un irreparabile pregiudizio ... all'ordinamento giuridico della Repubblica                   | 322 |
| c) rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile ai diritti dei cittadini                                | 325 |
| 6. Il procedimento: iniziativa officiosa o di parte?   | 328 |
| 7. <i>Segue</i> : lo svolgimento dell'incidentale cautelare. Il filtro presidenziale                       | 333 |
| 8. Il provvedimento  | 343 |
| 9. La tecnica decisionale: il bilanciamento delle conseguenze e irrinunciabilità della prognosi sul merito | 350 |

12	<i>Indice</i>
10. La prassi dell'assorbimento: osservazioni critiche	357

**Capitolo IX**  
**Il potere di sospensiva nei conflitti di attribuzione**  
**tra Stato e Regioni e tra Regioni**

1. Premessa	363
2. I presupposti: le <i>gravi ragioni ex art. 40 l. n. 87 del 1953</i>	365
3. <i>Segue</i> : casistica delle <i>gravi ragioni</i> nella giurisprudenza costituzionale	372
4. Il procedimento	377
5. Il provvedimento	382
6. I rapporti tra sospensione amministrativa e sospensione costituzionale	388
7. L'assorbimento dell'istanza cautelare nei conflitti intersoggettivi	395
8. Preferenza cautelare per il giudice amministrativo e "fuga dal conflitto"	400

**Capitolo X**  
**Il potere cautelare nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato**

1. L'assenza di un potere cautelare	407
2. La tutela cautelare come strumento di effettività di giustizia costituzionale: l'ordinanza n. 225 del 2017	412
3. Disciplina processuale e contenuti del provvedimento	415
4. Un potere (per ora) inutile, ma teoricamente necessario	423

**Conclusioni**

429

<i>Appendice</i>	439
------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	455
---------------------	-----

## RINGRAZIAMENTI

Questo libro rappresenta il punto d'arrivo di un percorso di ricerca svolto tra le Università di Ferrara, Heidelberg e Macerata. In questi anni ho incontrato molte persone che mi hanno sostenuto, consigliato o anche solo reso più lieve la vita del ricercatore. A loro va la mia gratitudine.

Vorrei rivolgere un ringraziamento speciale a Roberto Bin, per la pazienza (poca) e il confronto sempre schietto: un vero Maestro, seppur *sui generis* (... e per fortuna!). A Chiara Bergonzini, con cui ho condiviso buona parte del mio percorso accademico, nel bene e nel male, per i consigli e il sostegno costanti. A Giovanni Di Cosimo e Angela Cossiri, per la calorosa accoglienza a Macerata e per l'incoraggiamento a concludere il lavoro. Agli amici del dottorato a Ferrara: Lara, Giorgia, Enrico, tra gli altri; e alle costituzionaliste dell'«antro costituzionale»: Sara, Marta, Margherita, Mariarosa. Se conservo un bel ricordo dei tempi ferraresi lo devo soprattutto a voi. Al prof. dr. Martin Borowski per la (lunga) ospitalità ad Heidelberg, che ha segnato un momento importante di crescita, non solo scientifica.

Una parte significativa del lavoro è stata realizzata durante la pandemia, con gran parte delle biblioteche universitarie chiuse (inclusa quella della città in cui vivo): se sono riuscito a completare la ricerca senza eccessivi affanni lo devo all'amicizia e alla disponibilità della Biblioteca di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara e, in particolare, di Luisa Fraboni e Cristina Baldi: grazie di cuore!

Un ultimo sentito ringraziamento va infine – oltre che agli attenti revisori anonimi, per i commenti e suggerimenti puntuali – al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata e al Direttore, prof. Pollastrelli, per aver accolto e promosso la pubblicazione del volume nella Collana di Dipartimento.

Dedico questo lavoro a Laura, senza la quale niente di tutto ciò sarebbe stato possibile.



## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Obiettivi dell'indagine. – 2. Metodologia e delimitazione del campo d'indagine.

### 1. *Obiettivi dell'indagine*

Il rapporto tra tutela cautelare e giustizia costituzionale non è stato oggetto finora di particolare attenzione da parte della dottrina costituzionalistica. Le ragioni del disinteresse per il problema che ci si accinge ad indagare sono d'altronde facilmente intuibili: da un lato, ha pesato la scarna disciplina di diritto positivo, che per molti anni ha contemplato la sola sospensiva nei conflitti di attribuzione tra enti<sup>1</sup>. Dall'altro lato, non ha certo giovato il modesto impiego che la Corte stessa ha fatto dei suoi poteri cautelari, sul quale peraltro non ha positivamente inciso l'introduzione – con la legge n. 131 del 2003 (cd. “La Loggia”) – del potere di sospensiva delle leggi nei giudizi in via principale. La rara giurisprudenza in materia è rimasta a lungo confinata nell'ambito dei conflitti intersoggettivi, con il giudice costituzionale che si è sempre limitato a rigettare (quando l'ha fatto in maniera espressa) le istanze di parte avanzate in altre sedi, salvo acconsentire ad una sola sospensione di una legge regionale in tempi recentissimi<sup>2</sup>.

L'unico giudizio costituzionale rispetto al quale la tutela cautelare ha assunto un rilievo significativo, anche sotto il profilo casistico, è quello di legittimità in via incidentale, il quale tuttavia non vede la Corte direttamente coinvolta nelle questioni cautelari. La prassi ha infatti consegnato ai giudici *a quibus*, con le modalità previste dalle rispettive forme processuali, il compito di occuparsi della tutela d'urgenza nelle more della pronuncia costituzionale; al punto che il tema è stato appannaggio, sotto il profilo scientifico, più della dottrina processualcivilistica e amministrativistica che non di quella costituzio-

<sup>1</sup> Art. 40 l. n. 87 del 1953; a cui si aggiungono, per vero, le misure cautelari per i giudizi d'accusa, che tuttavia non sono oggetto di indagine (v. *infra*).

<sup>2</sup> Corte cost., ord. n. 4 del 2021.

nalistica (seppure interventi eccellenti non manchino)<sup>3</sup>. La trattazione di quest'ultimo aspetto è così divenuta, tutto sommato, marginale anche in quelle opere monografiche che, sollecitate dalla novità legislativa introdotta dalla legge “La Loggia”, hanno affrontato specificamente l'esame dei poteri cautelari della Corte<sup>4</sup>.

Le ragioni per tornare ad indagare il tema tuttavia sono molteplici e trovano un fondamento, almeno in parte, proprio in quei fattori che hanno determinato la modesta attenzione prestata sinora dalla dottrina.

Innanzitutto, un “supplemento d'indagine” appare necessario con riferimento alla tutela cautelare dei diritti connessa all'instaurazione del giudizio di legittimità in via incidentale. L'interrogativo di fondo in quest'ambito è essenzialmente il seguente: può il giudice, investito di un ricorso in via d'urgenza, concedere la misura cautelare richiesta sulla scorta della presunta illegittimità costituzionale della norma ordinaria applicabile al caso di specie?

Pur avendo impegnato a più riprese dottrina e giurisprudenza sin dagli anni Settanta del secolo scorso – al punto da meritare l'appellativo di vero e proprio «rompicapo giuridico»<sup>5</sup> – l'interrogativo proposto appare tuttora una questione aperta<sup>6</sup>. Termini fondamentali

<sup>3</sup> Cfr., tra gli altri, A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss.; nonché ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1972, p. 1197 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 27 ss.; G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1994, p. 452 ss.

<sup>4</sup> Ci si riferisce ai lavori di P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012.

<sup>5</sup> Così icasticamente G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1994, p. 452.

<sup>6</sup> Per dar conto dell'importanza e della persistente attualità del problema – che meglio si coglieranno nel prosieguo – basti pensare che la specifica questione oggetto d'indagine ha rappresentato un nodo ancora dibattuto, tra l'altro, nell'ambito della giurisprudenza sulla legge n. 40 del 2004 (Corte cost., ord. nn. 369 del 2006 e 150 del 2012; sent. nn. 162 del 2014 e 84 del 2016); in quella relativa al c.d. caso *Stamina* (Cor-



del problema sono due principi di sicuro rilievo costituzionale: da un lato, il *principio di effettività della tutela giurisdizionale* di cui agli artt. 3, 24 e 113 Cost., il quale rinviene nella garanzia della tutela cautelare un suo corollario necessario e irrinunciabile; dall'altro, il *principio di sindacato accentrato di costituzionalità*, sancito dal combinato disposto degli artt. 134 Cost., art. 1 legge cost. n. 1 del 1948 e art. 23 legge n. 87 del 1953.

Laddove la situazione soggettiva *sub iudice* appaia pregiudicata o negata da una norma ordinaria di dubbia legittimità, si profila un'antinomia tra norma e Costituzione, la cui risoluzione spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale. Il giudice della cautela sarebbe pertanto tenuto a rimettere la questione al giudice costituzionale, sospendendo il procedimento dinanzi a sé; ma così facendo – anche considerati i tempi non brevissimi del giudizio sulle leggi in via incidentale<sup>7</sup> – finirebbe con il frustrare proprio le ragioni di effettività che presiedono alla giurisdizione cautelare.

Sembra dunque porsi all'interprete una drastica alternativa: sacrificare l'effettività della tutela giurisdizionale, in ossequio a un formalistico rispetto del principio di sindacato accentrato; oppure disapplicare – quanto meno ai fini cautelari – la norma di dubbia legittimità e, così facendo, violare le prerogative della Corte costituzionale.

Giurisprudenza e dottrina hanno dato vita ad un'articolata varietà di soluzioni, senza tuttavia che il consenso degli interpreti si consolidasse attorno ad uno specifico indirizzo. Tralasciando le interpretazio-

te cost., sent. n. 274 del 2014); nei casi “De Magistris - De Luca”, concernenti la misura della sospensione ai sensi del d.lgs. n. 235 del 2012 (Corte cost., sent. nn. 236 del 2015 e 276 del 2016); nonché, da ultimo, in relazione al divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo posto dal d.l. n. 113 del 2018 (Corte cost., sent. n. 186 del 2020).

<sup>7</sup> Nel giudizio in via incidentale, la media dei giorni trascorsi tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza di rimessione e la data di trattazione in udienza pubblica o in camera di consiglio è stata, nel 2020, di 226 (nel 2019 era stata di 272). Una riduzione significativa, se si tiene in considerazione che, negli anni precedenti, si era assistito ad un progressivo aumento dei tempi: 266 giorni nel 2014, 275 giorni nel 2015, 344 giorni nel 2016, 367 giorni nel 2017 ed infine 389 giorni nel 2018. Cfr. *Dati quantitativi e di analisi*, elaborati dal Servizio Studi in occasione della *Relazione del Presidente Giancarlo Coraggio sulla giurisprudenza costituzionale del 2020*, Roma, Palazzo della Consulta, 13 maggio 2021; entrambi i documenti sono consultabili sul sito della Corte ([cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it)).

ni più eccentriche, possono essenzialmente distinguersi quattro differenti orientamenti (tutt'oggi variamente praticati): un primo filone giurisprudenziale ritiene di dover rigettare *tout court* l'istanza cautelare; una seconda tesi afferma invece la necessità di sospendere il procedimento cautelare e rimettere la questione alla Corte, in misura non difforme da qualsiasi altro processo; un terzo orientamento propone, all'opposto, la concessione della misura cautelare previa disapplicazione incidentale della legge ritenuta incostituzionale (quanto meno ai fini della pronuncia cautelare); infine, una quarta soluzione combina la seconda e la terza tesi: il giudice della fase cautelare dovrebbe concedere la misura in via del tutto provvisoria (ovvero "*ad tempus*", secondo una formula in voga presso il giudice amministrativo), condizionandone la sopravvivenza all'esito del giudizio costituzionale, che egli è comunque tenuto a instaurare contestualmente alla pronuncia sull'istanza cautelare.

Dopo aver a lungo evitato di prendere posizione rispetto al problema, la Corte costituzionale – seppur attraverso sintetiche osservazioni svolte in punto di rilevanza – è venuta progressivamente aderendo all'ultima delle tesi elencate, sulla base dell'implicito assunto che si tratti di quella più idonea a contemperare, senza sacrificarli, i principi in conflitto. Il dibattito sul tema, tuttavia, risulta tutt'altro che sopito: l'indirizzo, da una parte, conosce ancora un'adesione "a macchia di leopardo" dei giudici di merito; dall'altra, ha incontrato le critiche di parte della dottrina, che dubita, tra l'altro, della sua piena conformità al requisito della rilevanza della questione di costituzionalità.

Lo studio della questione non può, peraltro, prescindere da un'estensione del campo d'indagine al piano europeo, dal momento che a sostegno della posizione assunta dalla Corte costituzionale è stata in più occasioni richiamata la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia in tema di tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali. Una questione per molti versi analoga rispetto a quella in esame si pone, infatti, quando il giudice nazionale – adito in sede cautelare – dubiti della validità delle norme di diritto derivato dell'Unione europea (e, in via consequenziale, degli atti esecutivi interni) che è chiamato ad applicare. Muovendo dal rilievo per cui la competenza a conoscere della validità delle norme europee è attribuita in via esclusiva alla Corte di Giustizia, alcuni giudici avevano richiesto alla stessa se fosse loro con-

sentito adottare misure cautelari in pendenza del giudizio dinanzi alla Corte, avviato attraverso il meccanismo di rinvio pregiudiziale di validità ai sensi dell'art. 267 TFUE (il quale comporta – in modo analogo alla pregiudiziale di costituzionalità – la sospensione del giudizio nazionale)<sup>8</sup>. La Corte di Giustizia, con due note sentenze<sup>9</sup>, ha risposto affermativamente, consentendo ai giudici nazionali di adottare le misure cautelari idonee a tutelare – per il tempo necessario alla Corte a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale – le situazioni soggettive sancite dal diritto primario dell'Unione, qualora le stesse appaiano pregiudicate da norme di diritto derivato. Al giudice italiano, adito in sede cautelare, è dunque già consentito articolare il procedimento dinanzi a sé in due fasi distinte, quando sia in questione la tutela d'urgenza di diritti di matrice comunitaria: resta tuttavia da verificare se la soluzione possa essere estesa anche alla protezione in via d'urgenza di diritti di rilievo costituzionale.

Accanto alle soluzioni indicate, diverse ed autorevoli voci in dottrina hanno inoltre osservato come la complessità della questione sia senz'altro acuita dalla carenza, in capo alla Corte costituzionale, di adeguati poteri cautelari per poter intervenire direttamente a paralizzare gli effetti pregiudizievoli legati alla durata del processo di legittimità. Carenza che, sotto questo profilo, accumuna tanto il giudice costituzionale italiano, quanto la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Occorre tenere in considerazione che la durata delle cause pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia nel 2020 è stata in media di 15,8 mesi, sostanzialmente in linea con quella degli anni precedenti (15,5 mesi nel 2019, 16 mesi nel 2018, 15,7 mesi nel 2017, 15 mesi nel 2016, 15,3 mesi nel 2015 e 15 mesi nel 2014). Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Relazione annuale. Attività giudiziaria (versione provvisoria)*, Lussemburgo 2020; consultabile sul sito [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>9</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Racc.*, 1991, I-415; Id., sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, in *Racc.*, 1995, I-3761.

<sup>10</sup> Gli artt. 278 e 279 TFUE (ex-artt. 242 e 243 TCE) – che sanciscono i poteri cautelari della Corte di Giustizia – non consentono, unitamente alle relative norme procedurali (in part. art. 160 reg. proc. Corte, ex-art. 83), alla Corte stessa di emettere provvedimenti d'urgenza nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali. Espressamente in tal senso, cfr. ordinanza del Presidente della Corte, 24 ottobre 2001, causa C-186/01 R, *Dory*, in *Racc.*, 2001, I-7823.

Si è pertanto suggerita la possibilità di configurare, in capo allo stesso giudice costituzionale, un potere cautelare di sospensiva delle leggi esteso al giudizio di legittimità in via incidentale, indicando soprattutto nel sistema di giustizia costituzionale tedesco il modello di riferimento. In effetti, sebbene il sistema di controllo di legittimità costituzionale (e particolarmente quello in via incidentale) presenti molti tratti in comune con l'omologo italiano, il *Bundesverfassungsgericht* dispone – diversamente dalla Corte costituzionale italiana – di un organico ed articolato potere cautelare, che può essere esercitato in tutti i giudizi di sua competenza, ivi compreso l'equivalente del nostro giudizio incidentale (*konkrete Normekontrollverfahren*). Un raffronto in chiave comparatistica con l'esperienza tedesca può dunque fungere da verifica sul campo dell'ipotesi formulata in dottrina.

Una seconda ragione per indagare il tema – questa volta sul fronte dei poteri cautelari di cui dispone la Corte costituzionale – va rintracciata nella già richiamata limitatezza del dato positivo, racchiuso negli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953 e nelle relative norme integrative, che costringe l'interprete ad un'opera d'integrazione e ricostruzione della disciplina dei poteri cautelari della Corte, non solo in rapporto alle regole procedurali, ma pure agli stessi caratteri fondamentali. La dottrina che si è occupata sinora del problema ha spesso ritenuto di dover attingere alle ricostruzioni elaborate da altri rami della scienza giuridica: da un lato, si è guardato all'insegnamento della dottrina processualciviltica; dall'altro, anche in virtù di una pretesa somiglianza con il giudizio d'annullamento (e del richiamo al regolamento del Consiglio di Stato operato dall'art. 22 l. n. 87 del 1953), si è tracciato un parallelo con il processo amministrativo, arrivando talora a suggerire l'innesto nei giudizi costituzionali delle innovazioni processuali che hanno progressivamente arricchito lo strumentario cautelare del giudice amministrativo.

Il ricorso alla dommatica di altri tipi processuali è dipeso chiaramente dall'assenza, nella riflessione costituzionalistica, di una altrettanto solida ricostruzione teorica, ma rischia di tradursi nell'estensione ai giudizi dinanzi alla Corte di regole e principi propri dei processi comuni, che non sempre si conciliano con le specificità della giustizia costituzionale. Si avverte pertanto la necessità di ritornare sui tratti peculiari della *tutela cautelare costituzionale*, tenendo debitamente conto

non solo delle differenze tra i giudizi nell'ambito dei quali la stessa si colloca, ma pure e più in generale della speciale posizione ricoperta dalla Corte costituzionale nella forma di governo italiana, che non può non influire anche sul modo di essere di un potere così pervasivo come quello cautelare. Anche per questo aspetto, il raffronto con la più consolidata esperienza tedesca può offrire validi elementi per una compiuta ricostruzione dello strumentario cautelare del giudice costituzionale.

Da ultimo, una giustificazione d'ordine pratico è rappresentata dall'improvvisa attualità del tema generata dall'emergenza pandemica da Covid-19, che ha visto imporsi la necessità di garantire una tutela d'urgenza anche con riguardo alla giustizia costituzionale. Ci si riferisce non solo alla prima "storica" sospensione di una legge regionale (ord. n. 4 del 2021), intervenuta a distanza di diciotto anni dall'introduzione dell'istituto; ma anche alle diverse occasioni in cui, per risolvere i conflitti di competenza insorti tra Stato e Regioni, si è preferito – rispetto al conflitto davanti alla Corte – il ricorso al giudice amministrativo, più rapido e attrezzato del giudice costituzionale nell'assicurare misure cautelari. Le sollecitazioni provocate dalla pandemia hanno così condotto la dottrina ad interrogarsi sull'adeguatezza delle forme processuali che regolano i giudizi dinanzi alla Corte nell'offrire risposte in tempi rapidi<sup>11</sup>, avviando una riflessione che non può non interessare anche e soprattutto gli strumenti cautelari di cui dispone il giudice costituzionale.

## *2. Metodologia e delimitazione del campo d'indagine*

Nella consapevolezza che nell'ambito della tutela cautelare, forse più che in altre branche della giurisdizione, l'urgenza dei fatti concreti che emergono nel contenzioso ordinario e dal conflitto politico-istituzionale gioca un ruolo primario nella vita degli istituti processuali, si è ritenuto di dover improntare l'indagine a un continuo confronto con la prassi, senza limitarsi a investigare i termini del problema esclusivamente su un piano dogmatico. Si presta perciò attenzione tanto al-

<sup>11</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, p. 110 ss.

le proposte della dottrina quanto alle soluzioni emergenti nella giurisprudenza, riportando costantemente i risultati dell'una a quelli dell'altra.

Quanto allo studio del rapporto tra tutela cautelare e giudizio incidentale di costituzionalità, l'ambito d'indagine giurisprudenziale è rappresentato principalmente dalla giustizia civile e amministrativa: non solo perché proprio in questi settori il problema è emerso nella prassi e ha dato vita ad una variegata casistica, ma pure perché i rispettivi sistemi di tutela cautelare – al netto delle differenze che a tutt'oggi persistono – sembrano da tempo convergere verso un modello comune<sup>12</sup>.

Le ragioni che inducono a concentrare l'indagine sulla giurisdizione civile e amministrativa suggeriscono all'opposto l'esclusione della materia penale. In particolar modo, oltre alla significativa assenza di casi concreti con i quali misurarsi, pesa sulla possibilità di condurre un esame "a tutto tondo" la profonda diversità dei procedimenti cautelari nei rispettivi plessi giurisdizionali. Pur partecipando dei caratteri di fondo della tutela cautelare genericamente considerati – ovvero l'urgenza e la necessità di evitare che la durata del processo vada a pregiudicare quegli interessi che l'ordinamento invece persegue attraverso lo stesso processo – è evidente il mutamento radicale di prospettiva che caratterizza le misure cautelari nel processo penale e la tutela d'urgenza nel processo civile ed amministrativo. Lasciando poi in disparte gli aspetti strutturali (che già di per sé sarebbero comunque sufficienti a sconsigliare un approccio globale), basti pensare che il quesito che ci si è posti in apertura andrebbe declinato nel senso di chiedersi se sarebbe possibile applicare una misura cautelare in via provvisoria sul presupposto dell'illegittimità della relativa normativa. Un'ipotesi che cozza in radice con il fondamentale principio di legalità in materia penale e scoraggia ogni ulteriore approfondimento in tal senso. Allo stesso modo appare differente, rispetto al quesito di fondo che ci si è

<sup>12</sup> Sul progressivo avvicinamento tra i due modelli processuali, tra i molti, cfr. C. CONSOLO, *Il processo amministrativo fra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corr. giur.*, n. 10, 2000, p. 1265 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, n. 2, 2001, V, p. 21 ss. Discorre espressamente di *civilizzazione* con riferimento alla tutela cautelare amministrativa M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996, spec. p. 138 ss.

posti, la situazione di chi sia destinatario della misura cautelare e ne contesti l'illegittimità costituzionale: non è più la necessità costituzionale della tutela cautelare ad essere in gioco (quale strumento volto a garantire la pienezza degli effetti del giudizio di merito), quanto piuttosto la diversa necessità di salvaguardare (talora con drammatica urgenza) diritti di rilievo costituzionale – tra tutti la libertà personale – che dalle misure cautelari penali sono incisi. Al di là delle istanze di effettività della tutela giurisdizionale, presenti in entrambe i contesti, è palese come i poli della questione non siano più quelli indicati in apertura: ovvero quello della tutela cautelare come strumento costituzionalmente necessario per rimediare ai pregiudizi derivanti dalla durata del processo, da una parte, e del sindacato accentratore di costituzionalità, dall'altra<sup>13</sup>.

Nell'ambito della parte dell'indagine relativa ai poteri della Corte, ragioni analoghe di diversità di *ratio* e presupposti<sup>14</sup> hanno suggerito invece l'esclusione di quegli istituti con funzione cautelare o latamente cautelare di cui la Corte costituzionale dispone con riferimento ai giudizi d'accusa<sup>15</sup> o ai procedimenti di rimozione dei giudici costituzionali<sup>16</sup>.

Tracciato dunque il perimetro dell'indagine, si può procedere nel delinearne lo svolgimento.

Lo scritto si divide in dieci capitoli.

Nel Capitolo I si ripercorrono le tappe salienti del riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare, delineandone il

<sup>13</sup> D'altra parte, va pur rilevato come non manchino del tutto strumenti – specie nell'ambito dell'esecuzione – che in qualche misura potrebbero riecheggiare lo schema descritto; per un tentativo (infruttuoso) di permettere al giudice a *quo* – al fine di assicurare la tutela cautelare nelle more della decisione della Corte Costituzionale – di adottare un provvedimento provvisorio *ex art.* 670 c.p.p. volto, nella sostanza, ad anticipare gli effetti che conseguirebbero all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale frattanto sollevata, cfr. Cass. Pen., Sez. Fer., 7 novembre 2019, n. 45319.

<sup>14</sup> Così già A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 4.

<sup>15</sup> Si v. la sospensione dalla carica che può essere disposta dalla Corte «quando sia deliberata la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica» (art. 12, comma 4, l. cost. n. 1 del 1953).

<sup>16</sup> Si v. la sospensione dei giudici costituzionali «per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 3, comma 1, l. cost. n. 1 del 1948 e art. 7 l. cost. n. 1 del 1953).

contenuto costituzionalmente necessario. Ci si soffermerà brevemente anche sull'esigenza di predisporre rimedi d'urgenza nei termini in cui essa emerge nel diritto dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte EDU.

Con il Capitolo II si avvia l'esame del rapporto tra tutela cautelare e questioni di legittimità in via incidentale, concentrandosi su quegli orientamenti che, pur diffusamente praticati e teorizzati sin dagli anni Settanta del secolo scorso, non appaiono tuttavia soddisfacenti per la risoluzione del problema per una serie di criticità che verranno opportunamente evidenziate.

L'analisi delle soluzioni proposte a livello nazionale è sospesa momentaneamente nel Capitolo III, il quale è dedicato all'indagine nella prospettiva europea, attraverso l'esame della menzionata giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla concessione della tutela cautelare da parte dei giudici nazionali nel contesto del rinvio pregiudiziale. Lo studio di tale giurisprudenza appare particolarmente interessante non solo perché è stato indicato come possibile *escamotage* da replicare nel caso italiano, ma soprattutto per la generale attitudine delle soluzioni procedurali di matrice europea a travalicare i confini del diritto dell'Unione per conformare ed espandersi anche ai sistemi processuali nazionali, secondo un processo già osservato nell'ordinamento italiano proprio con riferimento alla tutela cautelare<sup>17</sup>.

Nel Capitolo IV si riprende dunque il filo degli orientamenti emersi a livello nazionale, passando all'esame della c.d. tutela cautelare *ad tempus*, la quale sembra imporsi come modello di riferimento nella giurisprudenza costituzionale per risolvere il conflitto tra i due principi di effettività della tutela giurisdizionale (*sub specie* di tutela cautelare) e di sindacato accentrato. Si avrà cura di segnalare come tale soluzione sappia ben rispondere alle criticità evidenziate dalle altre già esaminate nel Capitolo II e mostri affinità con la soluzione europea descritta nel Capitolo III.

Conclusa l'indagine sul piano della tutela cautelare offerta dai giu-

<sup>17</sup> Si fa riferimento, ad esempio, all'espansione della tutela cautelare *ante causam* all'intero processo amministrativo, stimolata da alcune sentenze della Corte di Giustizia che ne riconoscevano la necessità nel più ristretto ambito degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria; v. *infra* v. Cap. I, par. 7.



dici comuni, ci si sposta sul piano dei rimedi d'urgenza di cui dispone il giudice costituzionale. Prima di procedere all'esame degli istituti previsti in rapporto ai singoli giudizi di competenza della Corte costituzionale, è apparso tuttavia necessario premettere un'indagine sul potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* (Capitolo V). Non solo per verificare come l'ipotesi – astrattamente formulata in dottrina – di attribuire un potere cautelare alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale operi concretamente in rapporto all'omologo procedimento tedesco (Capitoli VI e VII); ma anche per disporre, in chiave comparatistica, di un autorevole modello per la successiva indagine dei poteri cautelari che la Corte può esercitare negli altri giudizi di sua competenza.

Sotto il profilo metodologico, le diversità del dato legislativo, dell'oggetto, delle forme processuali e dei caratteri che contraddistinguono ciascun giudizio di competenza della Corte costituzionale italiana hanno suggerito di tralasciare un approccio unitario – seguito altrove<sup>18</sup> – per valorizzare piuttosto le peculiarità che assumono i diversi strumenti cautelari in relazione a ciascun giudizio. Si procede pertanto dapprima all'analisi del potere di sospensiva delle leggi (Capitolo VIII), per poi affrontare separatamente la sospensiva nei conflitti intersoggettivi (Capitolo IX) e, infine, nei conflitti interorganici (Capitolo X).

Nelle Conclusioni si offrirà quindi un quadro d'insieme del rapporto tra tutela cautelare e giustizia costituzionale, tentando di argomentare – sulla scorta dei risultati dell'indagine condotta sui due piani della giurisdizione comune e dei giudizi costituzionali – come la tutela cautelare non costituisca affatto un istituto marginale nel sistema di giustizia costituzionale, ma uno strumento che, pur nella sua non frequente applicazione, risulta essenziale per garantire l'effettività delle funzioni esercitate dalla Corte.

<sup>18</sup> A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit.



PARTE I

TUTELA CAUTELARE  
E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ  
IN VIA INCIDENTALI



## CAPITOLO I

### IL SIGNIFICATO DELLA TUTELA CAUTELARE TRA COSTITUZIONE E ORDINAMENTI SOVRANAZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le prime pronunce della Corte costituzionale in materia cautelare. – 3. Parziale riconoscimento in relazione alla giurisdizione di annullamento. – 4. *Revirement* della Corte e disconoscimento del rilievo costituzionale. – 5. Riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare: la sentenza n. 190 del 1985. – 6. Il modello costituzionale della tutela cautelare. – 7. Il fondamento della tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea (parziale rinvio). – 8. Il fondamento della tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

#### 1. *Premessa*

Sebbene la tutela cautelare si collochi tradizionalmente nell'ambito dei rimedi predisposti dall'ordinamento per far sì che la durata del processo non vada a compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>1</sup>, il riconoscimento di un suo rilievo costituzionale, quale componente essenziale e ineliminabile della tutela giurisdizionale, è giunto all'esito di un lungo e non sempre lineare percorso della giurisprudenza costituzionale. Prima di ripercorrere le tappe di questo cammino giurisprudenziale, appare tuttavia opportuno soffermarsi brevemente sul dibattito dottrinale che ne rappresenta la necessaria premessa e l'imprescindibile fondamento teorico.

Già durante la vigenza dell'abrogato codice di procedura civile del 1865 – pur improntato ad una concezione di tipicità ed eccezionalità

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Jovene, Napoli 2003, p. 459 ss., il quale distingue tra *rimedi "a livello sostanziale"* (quali ad es. l'obbligo del possessore di buona fede di restituire i frutti *ex art.* 1148 c.c. o l'interruzione-sospensione della prescrizione di cui agli artt. 2943-2945 c.c.), *rimedi "a livello processuale"* (ad es. la condanna in futuro o i titoli esecutivi stragiudiziali) e "*tutela sommaria*", nel cui ambito si colloca la tutela cautelare.

delle misure cautelari – la possibilità di configurare la tutela cautelare come inerente alla tutela giurisdizionale era stata oggetto di un vivace confronto nella dottrina processualcivilistica italiana<sup>2</sup>.

Attraverso l'interpretazione sistematica d'un insieme di singoli rimedi cautelari, Giuseppe Chiovenda era giunto ad argomentare la sussistenza di una *figura generale del provvedimento provvisorio cautelare*<sup>3</sup>, espressione del rapporto dinamico tra il celebre principio per cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>4</sup> e quello, altrettanto noto, per cui «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione»<sup>5</sup>. L'ammissibilità di un'*azione assicurativa generale* fu però contestata *de iure condito* dalla dottrina contemporanea. Piero Calamandrei, in particolare, pur riconoscendo-

<sup>2</sup> Non sono peraltro mancati neppure nella giurisprudenza di merito del periodo tentativi di superamento o – quanto meno – di attenuazione della tipicità delle misure cautelari predisposte dalla legge per rispondere alle concrete esigenze di tutela effettiva provenienti dalla realtà economico-sociale. Ne dà conto L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile* (Artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.), Jovene, Napoli 1955, pp. 1-2. Per una più ampia disamina di tali orientamenti giurisprudenziali cfr. A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Giuffrè, Milano 1942, p. 28 ss.

<sup>3</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Jovene, Napoli, 1935, 256. In particolare, Chiovenda suggeriva la possibilità che al giudice fosse devoluta la possibilità di individuare discrezionalmente tanto la *natura* del provvedimento (che ricondurremo oggi al carattere dell'*atipicità*), quanto l'*opportunità* dello stesso (ovvero i *pericula in mora*).

<sup>4</sup> Espresso dapprima in G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Jovene, Napoli, 1923, e poi nelle *Istituzioni* cit., p. 41.

<sup>5</sup> Il principio si trova esplicitato, una prima volta, in G. CHIOVENDA, *Sulla «perpetuatio iurisdictionis»*, in *Foro it.*, 1923, I, p. 362 ss., in part. p. 363, per poi essere ripreso nuovamente e inserito in una riflessione più ampia nelle *Istituzioni* cit., 147. Il raccordo (cui si fa riferimento nel testo) tra il principio per cui «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» e la tutela cautelare rimane, a dire il vero, implicito nell'opera di Chiovenda, per trovare un'espressa enunciazione ad opera di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, p. 20. Per un'ampia riflessione in ordine al contributo scientifico e all'evoluzione del pensiero di Chiovenda in tema di tutela cautelare si rinvia senz'altro a A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16 ss. (ora pubblicato pure ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti* cit., p. 553 ss.).

ne «i grandi vantaggi pratici»<sup>6</sup>, non aveva esitato a sottolineare come la legge prevedesse solo talune forme nominate di tutela cautelare, dalle quali non era dato ricavare elementi per la ricostruzione di una cautela di portata generale; tanto più che le norme relative alle misure cautelari – comportando un’invasione e una menomazione del generale principio di libertà del cittadino in una fase a cognizione ancora imperfetta – erano da intendersi di carattere eccezionale e, pertanto, insuscettibili di interpretazione estensiva<sup>7</sup>.

Questa critica «radicale e penetrante» aveva lasciato il tentativo di ricostruzione in via interpretativa di un potere cautelare generale «completamente isolato» nel panorama dottrinale italiano<sup>8</sup>. Ciononostante, la riflessione di Chiovenda aveva posto le fondamenta per l’ulteriore sviluppo degli studi sulla tutela cautelare<sup>9</sup> e di lì a breve avrebbe trovato – anche per merito dell’opera di Carnelutti e dello stesso Calamandrei<sup>10</sup> – un primo significativo riconoscimento legislativo con l’introduzione, nel nuovo codice di procedura del 1942, dell’art. 700, quale figura atipica (benché residuale) di provvedimento cautelare<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, p. 49.

<sup>7</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, pp. 49-51. Le considerazioni di Calamandrei saranno poi riprese pure da L. MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza cit.*, pp. 3-4.

<sup>8</sup> L. MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza cit.*, pp. 2-3.

<sup>9</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare cit.*, pp. 30-31.

<sup>10</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Enc. giur.*, V, p. 3; ID., *Chiovenda e la tutela cautelare cit.*; ID., *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 170. Pur avendo respinto la ricostruzione interpretativa di Chiovenda, Calamandrei aveva difatti auspicato l’introduzione di un *potere cautelare generale* in più occasioni: cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, p. 47 ss.; nonché ID., *Studi sul processo civile*, vol. IV, p. 103 ss., in part. p. 208 ss. Per quanto concerne Carnelutti, cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile*, vol. I, *Del Processo di cognizione*, Cedam, Padova 1926, il cui art. 324 prevedeva appunto tale potere.

<sup>11</sup> L’influenza del pensiero di Chiovenda in relazione all’introduzione dell’art. 700 c.p.c. è pressoché generalmente riconosciuta dalla dottrina processualcivile. Per il dibattito dottrinale che ha preceduto la formazione del nuovo codice di rito con particolare attenzione al tema dei provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c., cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d’urgenza. Art. 700-702*, in S. CHIARLONI (a

Affinché la «carica di dinamicità»<sup>12</sup> del pensiero di Chiovenda si dispieghi compiutamente sarà tuttavia necessario attendere l'avvento della Costituzione repubblicana<sup>13</sup> e il lungo lavoro della prassi che, rileggendo il principio per cui «la durata del processo non deve andare in danno dell'attore che ha ragione» nella nuova prospettiva offerta dai principi costituzionali (e in particolare dagli artt. 3, 24 e 113 Cost.), ha eletto l'effettività della tutela giurisdizionale a *canone ermeneutico del diritto vigente*<sup>14</sup>.

Gli sviluppi di quest'attitudine sono ben noti e rappresentano il contesto nel quale nasce e si sviluppa la problematica stessa oggetto di indagine. Si fa riferimento, in particolare, al notevole ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 700 c.p.c. che, per opera dei pretori a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ha portato i provvedimenti d'urgenza, da semplice rimedio residuale, a divenire «asse portante» del sistema di tutela dei diritti<sup>15</sup>. Come pure alla progressiva torsione del tradizionale potere di sospensiva del giudice amministrativo verso un modello di atipicità della cautela, condotta tramite interpretazioni estensive dell'art. 21 l. n. 1034/1971, tanto audaci da anticipare a tratti non solo le sentenze della Corte costituzionale, ma pure gli stessi approdi legislativi della l. n. 205/2000 e dell'odierno codice di rito.

In questa prospettiva di crescente tensione verso l'effettività, stimolata dalle concrete esigenze di tutela emergenti nella giurisprudenza di merito, si inserisce la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che – in una sentenza di chiarissima ispirazione chiovendiana, la n. 190 del 1985 – arriverà a consacrare il fondamento costituzionale della tutela cautelare.

cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna 2016, pp. 1-44, in part. pp. 14-27, e gli ampi riferimenti in nota. Nel riconoscere l'influenza di Chiovenda sulla formulazione dell'art. 700 c.p.c., è comunque necessario non enfatizzare eccessivamente il ruolo dello studioso piemontese nella formazione del codice di rito del 1942; cfr., in tal senso, F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 749 ss.

<sup>12</sup> A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare* cit., p. 34.

<sup>13</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 31 ss.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> L'espressione è di A. PROTO PISANI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 169 ss., spec. p. 170.



Un breve ma attento esame delle pronunce della Corte costituzionale in materia cautelare si rende allora necessario: non solo (e non tanto) per ribadire il significato costituzionale di tale strumento di tutela giurisdizionale, ormai conosciuto almeno in termini generali; ma soprattutto per meglio delineare i contorni del *modello costituzionale della tutela cautelare*, ovvero quell'insieme di caratteri che la disciplina e l'esercizio dei rimedi d'urgenza deve presentare per dirsi compatibile con il dettato costituzionale.

D'altra parte la *doverosità costituzionale della tutela cautelare* – nei termini che si vedranno appresso – costituisce lo stesso presupposto affinché si ponga il problema oggetto d'indagine: se infatti la tutela cautelare non fosse costituzionalmente necessaria, non vi sarebbero ostacoli a sospendere il procedimento cautelare e sollevare la questione di legittimità in via incidentale senza la concessione della protezione richiesta. E come si è già accennato, la necessità della tutela cautelare rappresenta uno dei corni della problematica, ossia uno dei due principi costituzionali che esigono un contemperamento nel caso di specie: ma mentre i caratteri del sindacato accentratore di costituzionalità sono ovviamente ben noti in ambito costituzionalistico – e ci si limiterà pertanto a riprenderne alcuni tratti problematici esclusivamente nella misura necessaria all'indagine, senza procedere ad un lavoro riepilogativo di nozioni già conosciute – non si può dire altrettanto del significato costituzionale della tutela cautelare, che intreccia questioni e problemi di natura più squisitamente processualistica e merita quindi di essere qui compiutamente ripreso.

## *2. Le prime pronunce della Corte costituzionale in materia cautelare*

La prima pronuncia della Corte che tocca la questione della tutela cautelare, seppur a livello di *obiter dictum*, è la n. 87 del 1962, nella quale si esamina la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 209 del Testo Unico sulle imposte dirette (n. 645 del 1958).

La norma in oggetto detta una disciplina dell'esecuzione esattoriale differente rispetto a quella del processo ordinario, escludendo l'applicabilità degli artt. 615-618 c.p.c. e precludendo dunque, per quanto qui interessa, la possibilità di ottenere la sospensione *cautelare* giudi-

ziale dell'esecuzione<sup>16</sup>. I remittenti indicavano, tra i profili di illegittimità della disciplina, in primo luogo, l'irragionevole disparità di trattamento ai sensi dell'art. 3 Cost. tra esecuzione ordinaria ed esecuzione esattoriale e, in secondo luogo, il ridimensionamento della tutela giurisdizionale garantita al debitore esecutato avverso l'atto amministrativo impositivo in rapporto all'art. 113 Cost.

La Corte disattende tali censure, affermando che l'art. 113 Cost. non assicura al cittadino una tutela giurisdizionale che abbia lo stesso contenuto e si svolga nelle medesime forme, invariabilmente, in tutte le ipotesi in cui lo stesso si pretende leso nei suoi interessi. Specie nell'ambito del diritto tributario, data l'importanza dell'interesse tutelato (tra l'altro, quello fondamentale di garantire il regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato), si manifesterebbe pienamente il principio di esecutorietà dell'atto amministrativo, principio che preclude al giudice ordinario la possibilità di «modificare o revocare l'atto o comunque di sospenderne l'esecuzione, impedire, cioè, che l'atto stesso dispieghi intera la sua efficacia».

Questa posizione sarà mantenuta anche nelle successive sentenze n. 138 del 1968 e n. 67 del 1974: in quest'ultima, la Corte ribadisce, anche con riferimento all'art. 24 Cost., la legittimità di una disciplina deteriore e diversa nel processo tributario, osservando come la normativa predisponga comunque un mezzo per assicurare la legalità dell'esecuzione esattoriale, ovvero il ricorso amministrativo all'Intendente di finanza, cui può essere domandata la sospensione dell'esecuzione. L'Intendente è tenuto a provvedere motivatamente sulla richiesta e il suo provvedimento (o l'eventuale silenzio-inadempimento) è impugnabile di fronte al giudice amministrativo: tanto basta.

<sup>16</sup> È lasciato volutamente in disparte il dibattito circa la possibilità di ricondurre pienamente tale tipologia di sospensione nell'ambito della tutela cautelare, dal momento che le prime pronunce in esame si segnalano prevalentemente per l'attitudine della Corte a ridimensionare l'operatività della tutela cautelare in determinati frangenti (specie nel contenzioso tributario).

### 3. Parziale riconoscimento in relazione alla giurisdizione di annullamento

Di ben altro tenore sono le affermazioni che si rinvencono nella sentenza n. 284 del 1974<sup>17</sup>, di poco posteriore all'ultima delle pronunce citate.

In questo caso, viene sottoposta all'esame della Corte una normativa in materia di edilizia residenziale pubblica, che limitava il potere del giudice amministrativo di sospensione cautelare dell'esecuzione del provvedimento. L'art. 13, ultimo comma, della disciplina in oggetto (l. n. 865/1971, cd. "legge sulla casa") prescriveva che il potere di sospensione delle dichiarazioni di pubblica utilità, dei decreti di occupazione e dei provvedimenti espropriativi fosse limitata ai soli casi di errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari, a fronte di una disciplina generale della sospensione che prevedeva quale presupposto «gravi ragioni» – ai sensi dell'art. 39 t.u. l. sul Consiglio di Stato – oppure – in base all'art. 21 l. n. 1034/1971 – l'allegazione di «danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto».

La Corte, diversamente da quanto aveva ritenuto nelle precedenti pronunce e pur riconoscendo che l'individuazione dei casi in cui possono essere annullati gli atti della pubblica amministrazione è demandata alla legge, esclude che sia nella libera disponibilità del legislatore limitare (o rimuovere *tout court*) il potere strumentale di sospensione degli atti impugnati. Si osserva infatti che, una volta compiute le scelte in ordine all'attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto e strutturato un sistema di giustizia amministrativa (in modo tale che abbia il suo cardine nella giurisdizione generale di annullamento degli atti illegittimi), «è naturale e consequenziale l'attribuzione, all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato».

Il potere di sospensione della esecuzione dell'atto amministrativo

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 284 del 1974, con nota di A. PROTO PISANI, *Una macroscopica manifestazione di sottocultura urbanistica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3338 ss., e A. PACE, «Effettività» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3349 ss.

si caratterizza dunque per essere «un elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale che si realizzi in definitiva con l'annullamento degli atti della pubblica amministrazione» e «una esclusione del potere medesimo o una limitazione dell'area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo del vizio denunciato contrasta col principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento»<sup>18</sup>.

#### 4. Revirement della Corte e disconoscimento del rilievo costituzionale

L'apertura dimostrata nella sentenza del 1974 e vivacemente riaffermata con le sentenze n. 227 del 1975<sup>19</sup> e n. 8 del 1982<sup>20</sup>, è tuttavia smentita dalla successiva n. 63 del 1982<sup>21</sup> che, pur riguardando la sola materia del contenzioso tributario (nella quale, si è visto, pesano le ragioni della finanza pubblica), racchiude considerazioni di carattere generale concettualmente antitetico a quelle che avevano segnato la pronuncia del '74.

<sup>18</sup> Corte cost., sentenza n. 284 del 1974, *Considerato in diritto*, § 4.

<sup>19</sup> Pronuncia con la quale la Corte, sulla scorta delle medesime considerazioni svolte nella n. 284 del 1974, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 del d.l. 2 maggio 1974, n. 115 (Norme per accelerare i programmi di edilizia residenziale), convertito in legge 27 giugno 1974, n. 247, il quale apportava ulteriori restrizioni alla sospensione prevista dall'art. 13 sopra menzionato, escludendo che possa aver luogo «quando il procedimento sia disposto nei confronti dei proprietari risultanti dagli atti catastali».

<sup>20</sup> Corte cost., sentenza n. 8 del 1982, con note di S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, p. 43 ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 311 ss.; M. ROSSI, *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, p. 1234 ss.

<sup>21</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare e di potere di sospensione dei giudici tributari*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1216 ss. Osservazioni critiche alla sentenza in esame sono svolte pure da F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss., spec. pp. 689-690, e C. CONSOLO, *La tutela cautelare «ritrovata» (fra le pieghe pretorie dell'ordinamento della giurisprudenza amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 323 ss., in part. pp. 326-329.

La questione sottoposta alla Corte è ancora l'assenza di un potere cautelare di sospensione della riscossione coattiva fiscale, questa volta in capo al giudice tributario<sup>22</sup>, ritenuta illegittima dai remittenti per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.

Tale potere era riservato (come si è accennato *supra*) al solo Intendente di Finanza, organo dell'amministrazione tributaria, «sul presupposto – ritenuto dal legislatore – che tale organo possa meglio di ogni altro valutare comparativamente la posizione del contribuente e l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi, nel quadro dell'andamento complessivo dell'attività tributaria». A fronte di un diniego della sospensione da parte dell'Intendente, era possibile impugnare lo stesso diniego davanti al giudice amministrativo. Il sistema di «garanzie» del contribuente era completato infine dal principio di riscossione graduale, il quale comportava che i tributi ancora non definitivamente accertati erano iscritti provvisoriamente in ruolo per un terzo del loro ammontare dopo la notificazione dell'atto di accertamento; per la metà dopo la decisione della Commissione di primo grado; per due terzi, dopo quella della Commissione di secondo grado; per l'intero dopo la pronuncia della Commissione centrale ovvero della Corte d'appello.

Questo sistema, che assicura una sorta di cautela automatica predeterminata per legge, viene fatto salvo dalla Corte tramite argomenti di carattere tanto generale da parere eccessivi anche a quanti consideravano tale sistema del tutto legittimo<sup>23</sup>.

Si afferma che «la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale *ex artt.* 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria, alla quale spetta di regolare la materia. Da ciò consegue come nessun appunto sul piano del-

<sup>22</sup> La natura giurisdizionale delle Commissioni tributarie è fatta risalire generalmente alla riforma del contenzioso tributario introdotta dal d.p.r. n. 636/1972. In precedenza, nei primi anni di attività della Corte costituzionale, le Commissioni erano state ritenute legittimate a sollevare questioni di legittimità in via incidentale (cfr. Corte cost., nn. 12, 41 e 42 del 1957, 81 del 1958, 123 del 1963 e 103 del 1964), salvo poi essere qualificate – a partire dal 1969 fino alla menzionata riforma – come organo amministrativo (cfr. Corte cost., nn. 10, 41, 42, 43, 44 del 1969, 123 del 1970, 53 e 116 del 1971, 61 del 1972).

<sup>23</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare* cit., p. 1217 ss.

la legittimità costituzionale possa essere mosso al nostro sistema processuale, nel quale, a differenza di quanto è dato riscontrare in qualche legislazione straniera, non sussiste un potere cautelare generale come espressione dell'esercizio della giurisdizione: tale potere va riconosciuto soltanto nei casi stabiliti dalla legge e trova attuazione secondo gli istituti in essa previsti». Inoltre, «effettività della tutela giurisdizionale non significa che necessariamente deve essere consentito di anticipare le conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole – come avviene con la sospensione della procedura esecutiva – ma vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione, il che è assicurato, come si è già detto, mediante la reintegrazione successiva»<sup>24</sup>. Infine, si aggiunge che «l'obbligazione tributaria è un'obbligazione *ex lege* e l'atto di accertamento nonché tutti gli altri atti che ineriscono al procedimento di riscossione coattiva non costituiscono la fonte di essa, ma hanno l'esclusiva funzione di condizionare l'esazione del tributo. Solo formalmente il ricorso del contribuente si indirizza contro gli atti dell'amministrazione finanziaria, ma, in sostanza, esso investe il presupposto su cui la detta amministrazione si fonda e cioè la sussistenza e l'entità dell'obbligazione stabilita dalla legge. Trattasi, com'è stato rilevato anche in dottrina, di giudizio sul rapporto e non di impugnazione-annullamento» e di conseguenza ad essa non può estendersi il principio di inerenza della sospensione cautelare statuito dalla sentenza del 1974.

La Corte arriva pertanto ad escludere *in toto* la rilevanza costituzionale della tutela cautelare – distinguendo il solo caso dei giudizi di

<sup>24</sup> In merito a tali affermazioni, cfr. A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, pp. 1217-1218, il quale, pur aderendo alla posizione della Corte circa la complessiva legittimità del sistema, nutre – relativamente alla motivazione della sentenza – «gravi perplessità in quanto sembra negare che la tutela cautelare costituisca una componente «essenziale ed ineliminabile» della garanzia costituzionale della effettività della tutela giurisdizionale *anche quando sia necessaria per neutralizzare un «periculum in mora» che assurga agli estremi della irreparabilità del pregiudizio»* (corsivi dell'A.). Peraltro la Corte (come osserva sempre l'Autore), nel ritenere sufficiente la sola reintegrazione *ex post* ai fini della tutela del contribuente, sembra incappare nell'errore di confondere, «unificandoli, il pericolo da *infruttuosità* e il pericolo da *tardività* del provvedimento principale» che si collocano parimenti – sin dalle classiche pagine dell'*Introduzione* di Calamandrei – alla base della tutela cautelare.

annullamento, giusto per spiegare la precedente sentenza n. 284 del 1974 – e ritiene sufficiente, al fine di una piena tutela giurisdizionale, la reintegrazione *ex post* del danno eventualmente occorso. Le affermazioni tanto generali del giudice costituzionale trascendono ampiamente il ben più limitato scopo di non dilazionare eccessivamente la percezione di tributi, finendo con lo sparare «una cannonata per uccidere un topolino»<sup>25</sup>. Ma sono anche sintomo di un atteggiamento di diffidenza verso lo strumento cautelare del quale si teme un abuso da parte dei giudici<sup>26</sup>. E infatti, dopo una serie di ordinanze (rese sempre con specifico riferimento alla materia tributaria) che va a reiterare gli argomenti già spesi nella pronuncia del 1982<sup>27</sup>, tale preoccupazione viene chiaramente esplicitata con la sentenza n. 294 del 1984<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> L'espressione è di F. CARPI, *La tutela d'urgenza* cit., pp. 689-690. In tal senso, cfr. pure C. CONSOLO, *La tutela cautelare «ritrovata»* cit., p. 327, che parla di «(un')isola», non suscettibile di coerente giustificabilità», e A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 1218, che, pur ammettendo «l'eccezionale delicatezza della materia su cui la Corte costituzionale era chiamata a decidere (e la pericolosità intrinseca ad una soluzione che avesse aperto le porte ai giudici tributari ad un indiscriminato potere discrezionale di sospensione dei procedimenti di riscossione dei tributi), osserva che è pure evidente come «nello Stato di diritto di cui è garante la Corte costituzionale il diritto di difesa del cittadino non possa essere compresso in ossequio di un – anche se non esplicitato – *privilegium fisci*».

<sup>26</sup> Le resistenze del giudice costituzionale vanno peraltro lette anche come espressione della profonda sfiducia verso il giudice tributario, storicamente e diffusamente ritenuto inadeguato al ruolo; cfr., tra gli altri, C. GLENDI, *La tutela cautelare del contribuente nel processo tributario riformato (Articolo 47 del d.lgs. n. 546 del 1992 e norme complementari)*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 21 ss.

<sup>27</sup> Ci si riferisce a Corte cost. nn. 80, 168 e 367/1983, cui vanno ad aggiungersi successivamente Corte cost. n. 288/1986, n. 427/1987, n. 916/1988, n. 529/1989, n. 112/1991; nonché – con riguardo all'art. 700 c.p.c. – n. 550/1987 e n. 329/1994: la prima, in quanto non prevede che un provvedimento d'urgenza possa essere dato dal Pretore anche a tutela del diritto del contribuente di non pagare a titolo d'imposta somme non dovute, quando tale diritto, durante il tempo occorrente a farlo valere davanti alla competente Commissione tributaria, sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile; la seconda, nella parte in cui non consente al giudice ordinario di sospendere il procedimento di riscossione coattiva fiscale, nell'ipotesi in cui si lamenti la carenza assoluta di potere impositivo.

<sup>28</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 19 dicembre 1984, n. 294, in *Giur. cost.*, 1984, p. 2177 ss., con nota di F. CIPRIANI, *La Corte costituzionale, il regolamento di giurisdizio-*

La questione decisa dalla Corte concerne, in questo caso, gli effetti paralizzanti imposti dall'art. 367 c.p.c. – per l'ipotesi di intervenuta proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione – rispetto al potere del giudice adito di adottare provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. In particolare, i giudici remittenti lamentavano l'impossibilità di emettere provvedimenti a contenuto anticipatorio della futura decisione di merito, assumendo che tale effetto paralizzante si risolvesse in una privazione o in una menomazione grave della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a. La Corte non ravvisa, tuttavia, profili di irragionevolezza della disciplina che accorda assoluta priorità alla definizione del regolamento di giurisdizione rispetto alla concessione di provvedimenti cautelari anticipatori, pur non disconoscendo il pericolo per l'effettività della tutela giurisdizionale rappresentato dalla negazione dei rimedi cautelari. Al pericolo dell'abuso del regolamento preventivo (e della connessa sospensione), la Corte contrappone infatti gli «abusi dell'istituto di cui all'art. 700 c.p.c., volto, anche se spesso a causa di supposte inadeguatezze della tutela d'urgenza davanti al giudice amministrativo, a fini di elusione della normativa sul riparto di giurisdizione o addirittura piegato a fini di ottenimento, sotto forma di provvedimenti di urgenza anticipatori, di risoluzioni sostanzialmente definitive e irreversibili del conflitto di interessi dedotto»<sup>29</sup>.

Questa prima fase della giurisprudenza costituzionale sul tema vede la Corte muoversi lungo due direttrici tra loro diametralmente opposte: la prima è quella dell'ampliamento della portata dei rimedi cautelari esistenti, anche oltre i limiti tracciati dal legislatore, in risposta dalle crescenti istanze di tutela effettiva; l'altra è, invece, quella del ridimensionamento e della limitazione dei poteri cautelari del giudice, specie in materie nelle quali l'interesse pubblico si fa pressante e l'abuso dello strumento cautelare particolarmente pericoloso.

L'atteggiamento della Corte, a tratti incerto e contraddittorio, rispecchia d'altronde una contrapposizione caratteristica del dibattito scientifico sui rimedi cautelari, che vede, da una parte, l'accento sul

*ne e i provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 652 ss.; cfr. anche F. CARPI, *La tutela d'urgenza* cit., pp. 690-692.

<sup>29</sup> Corte cost., sentenza n. 294 del 1984, *Considerato in diritto*, § 4.



carattere strumentale per l'effettività della tutela che induce a configurare una tutela quanto più ampia e completa; e dall'altra, l'evidenziazione dei pericoli connaturati a provvedimenti emessi all'esito di una cognizione ancora imperfetta e rimessi all'ampia discrezionalità del giudice. Questo approccio, per così dire, "bidirezionale" della Corte è tuttavia definitivamente abbandonato a partire dalla sentenza n. 190 del 1985, a favore dell'adozione di un indirizzo integralmente teso a garantire la pienezza degli strumenti cautelari. Di tale chiaro e finora incontrovertito mutamento di direzione da parte della Corte dovrà necessariamente tenersi conto anche quando si andrà ad analizzare direttamente la giurisprudenza di merito sulla questione oggetto d'indagine.

#### *5. Riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare: la sentenza n. 190 del 1985*

Le incertezze di questa prima giurisprudenza, come si accennava, sono state ampiamente superate dalla Corte con la celebre sentenza n. 190 del 1985<sup>30</sup>.

I remittenti, nel caso di specie, prospettavano al giudice costituzionale la possibilità di estendere al processo amministrativo l'impiego (negato sino ad allora) dell'art. 700 c.p.c., lamentando la circostanza

<sup>30</sup> La copiosa dottrina a commento della sentenza n. 190 del 1985 ne testimonia efficacemente il valore di «pietra miliare»; cfr., *ex pluribus*, A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 1881 ss.; M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 1297 ss.; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2491 ss.; L. FIORILLO, *La Corte costituzionale introduce nel processo amministrativo la tutela cautelare atipica (nota a C. cost. 28 giugno 1985, n. 190)*, in *Foro amm.*, 1986, 9, p. 1675 ss.; E. FOLLIERI, *Sentenza di merito «strumentale» all'ordinanza di sospensione di atto negativo; «effetto di reciprocità» e adozione, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela di interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 117 ss.; A. CORPACI, *Tutela cautelare amministrativa e controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1988, p. 1275 ss.; G. TARZIA, *Tutela d'urgenza e giurisdizione sul pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 1, p. 511 ss.

che al giudice amministrativo fosse concessa la sola sospensione dell'esecutività dell'atto. Si censurava dunque l'art. 21, ultimo comma, della l. n. 1034/1971 per contrasto con gli artt. 3, comma 1, e 113 Cost., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, i provvedimenti d'urgenza che apparissero, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

La Corte accoglie le censure dei remittenti attraverso una sentenza additiva che, pur spiegando effetti immediati limitatamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, racchiude fondamentali enunciazioni di principio.

Con una motivazione tanto sintetica quanto efficace – in cui si richiamano visibilmente nel fraseggio le posizioni espresse a suo tempo da Giuseppe Chiovenda<sup>31</sup> – si dice che «esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700 (...), che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo e, *in subiecta materia*, dall'art. 113 Cost.».

L'art. 700 c.p.c. rappresenta dunque l'espressione, sul piano normativo, di un principio che non deve ritenersi confinato al solo processo civile, ma piuttosto immanente alla Costituzione stessa; un principio di razionalità in forza del quale – per il tramite della tutela cautelare – va garantita l'effettività della giurisdizione a fronte della durata del processo. Infatti, secondo la Corte, proprio «dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni*

<sup>31</sup> La decisione si deve peraltro alla penna di Virgilio Andrioli, il quale fu proprio tra i primi a cogliere la portata del pensiero di Chiovenda e a svilupparne la *dinamicità*; cfr. V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova 1958, 410 ss.; in tal senso si esprime A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare* cit., p. 27 (nt. 28) e 31 (nt. 44). Sulla figura di Andrioli «giudice costituzionale» e sulla caratteristica «asciuttezza» delle motivazioni ad egli riconducibili, cfr. G. SCARSELLI, *Virgilio Andrioli, giudice della Corte costituzionale*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2006, p. 413 ss.

*iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta a giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito». È il chiaro riconoscimento della rilevanza costituzionale della tutela cautelare atipica, la quale – anche oltre le frontiere del processo civile – dev'essere idonea, secondo l'insegnamento di Piero Calamandrei, a paralizzare non solo il c.d. *pericolo da infruttuosità*, ma così pure il cd. *pericolo da tardività*.

L'autorevolezza e la perentorietà di tali enunciazioni hanno sin da subito indotto la dottrina a riconoscere a tale sentenza una portata ben più ampia del ristretto ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblico impiego. Proto Pisani, tra gli altri, riconosce che «d'ora in avanti non si potrà dubitare che ad avviso della nostra Corte costituzionale la tutela cautelare atipica, nei limiti in cui serva a neutralizzare *pericolo in mora* che assurgano agli estremi dell'irreparabilità del pregiudizio, è una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale»<sup>32</sup>.

Il fondamento costituzionale, difatti, non verrà più smentito e troverà nuove e importanti conferme, nonché una più precisa definizione, nella giurisprudenza successiva. La sentenza n. 190 del 1985 rappresenterà, inoltre, il sicuro punto di riferimento, nella prassi dei tribunali, per l'ulteriore evoluzione dei rimedi cautelari nei diversi plessi giurisdizionali e, più in generale, per una costante rilettura del processo alla luce del canone dell'effettività.

Va appena notato come la sentenza faccia salva la precedente pronuncia n. 63 del 1982, che viene dichiarata compatibile con il nuovo corso della Corte: ma a tal proposito si è parlato correttamente di «un mero e apodittico *lip service*, scontato quanto poco convincente (oltre che, con ogni probabilità, poco convinto)»<sup>33</sup>; tanto che, nelle seguenti occasioni, anche con riferimento allo stesso processo tributario, la Corte non mancherà di meglio considerare il ruolo della tutela cautelare.

Nella successiva sentenza n. 66 del 1986<sup>34</sup> la Corte costituzionale

<sup>32</sup> A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 1884.

<sup>33</sup> C. CONSOLO, *La tutela cautelare tributaria* cit., p. 327 (nt. 5).

<sup>34</sup> Annotata da A. PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1496 ss.

dimostra appunto di avere ben presenti i principi della n. 190 del 1985. Pur dichiarando infondata la questione di costituzionalità concernente l'art. 84 del d.p.r. n. 602 del 1973 (il quale, sempre nell'ambito della riscossione fiscale, non prevedeva la possibilità di impugnare la perizia di stima dei beni sottoposti a vendita esattoriale effettuata dall'ufficio tecnico erariale), la Corte lancia un monito al legislatore, affermando che «l'ansia di realizzare anche nel campo dell'esecuzione esattoriale il processo giusto alla celebrazione del quale sono indirizzati i primi due commi dell'art. 24 Cost., (...) non può né deve lasciare insensibile il legislatore, il quale dovrebbe novellare – pur nel rispetto delle esigenze del fisco – l'art. 54 (sospensione dell'azione esecutiva e dell'azione giudiziaria) d.p.r. 602/1973, e questa corte fa voti perché la sua *vox*, come in altri incontri, non *clamet in deserto*». Nel giro di una decina d'anni, la questione della sospensione dell'esecuzione esattoriale sarà pressoché definitivamente risolta, dal legislatore, da una parte, e dalla Corte, dall'altra<sup>35</sup>.

Ulteriori conferme del nuovo corso giungono dalla sentenza n. 253 del 1994<sup>36</sup>, nella quale si legge ancora una volta che «la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del “principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione”»; una «funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale» che deve ritenersi «comune sia alle misure di contenuto anticipatorio che a quelle conservative». E con la sentenza n. 249

<sup>35</sup> Per quanto riguarda l'esecuzione dei ruoli relativi ad entrate tributarie, la l. n. 546 del 1992 ha introdotto il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto da parte del giudice tributario, quando dall'atto stesso possa derivare un danno «grave» ed «irreparabile» (art. 47). Cfr., per un'ampia e accurata ricostruzione del tema, C. GLENDI, *La tutela cautelare del contribuente nel processo tributario riformato (Articolo 47 del d.lgs. n. 546 del 1992 e norme complementari)*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 21 ss. Per quanto riguarda le entrate di natura non tributaria che rimanevano soggette alla disciplina del d.p.r. n. 602/1973, la Corte costituzionale (Corte cost. nn. 318 del 1995, 239 e 372 del 1997, nonché 26 del 1998) ne ha parificato il trattamento processuale a quello delle altre entrate di natura privatistica.

<sup>36</sup> Corte cost., sentenza n. 253 del 1994, con note di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*, in *Giur. it.*, I, 1, p. 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss.; B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2005 ss.

del 1996<sup>37</sup>, la Corte ricondurrà finalmente la necessità costituzionale della tutela cautelare alla garanzia del diritto d'azione di cui all'art. 24 Cost. – fino ad allora mai esplicitamente richiamato – completando così l'individuazione nella Carta costituzionale dei riferimenti fondamentali per la materia della tutela d'urgenza, ossia gli artt. 3, 24 e 113 Cost.

#### *6. Il modello costituzionale della tutela cautelare*

Una volta tracciata concisamente l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha condotto al riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare, si può ora procedere con l'individuare i caratteri e la portata, al fine di delineare il *modello costituzionale della tutela cautelare*.

Per garantire un'esposizione quanto più chiara e sintetica, conviene a questo punto abbandonare l'esame diacronico della giurisprudenza costituzionale e adottare invece un approccio mirato ad estrapolare, dall'analisi delle pronunce della Corte, i caratteri salienti della tutela cautelare costituzionalmente necessaria, quale strumento indispensabile per assicurare l'effettività della tutela.

Questi possono riassumersi nei termini seguenti:

1) l'ordinamento deve predisporre e assicurare la disponibilità di strumenti cautelari adeguati in tutti quei casi in cui il loro impiego si renda necessario al fine di neutralizzare pregiudizi che si caratterizzano per *irreparabilità*<sup>38</sup> e *immediatezza*.

<sup>37</sup> Corte cost., sentenza n. 249 del 1996.

<sup>38</sup> In tal senso, *ex pluribus*, cfr. Corte cost., sentenze n. 190 del 1985; n. 406 del 1998, con nota di M. BRANCA, *L'esecuzione «cautelare» della sentenza del TAR in pendenza del ricorso in appello*, in *Giur. cost.*, 1998, VI, 3488 ss.; n. 165 del 2000, con nota di M. ESPOSITO, *Tutela cautelare e processo tributario*, in *Giur. cost.*, 2000, IV, p. 1483 ss.; n. 144 del 2008; n. 212 del 2020. In dottrina, sostengono espressamente la necessità costituzionale della tutela cautelare in caso di danno irreparabile e imminente, R. CONTE, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 213 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 1881 ss.

Per delimitare correttamente il perimetro del concetto di irreparabilità<sup>39</sup> non è tuttavia sufficiente guardare alla giurisprudenza costituzionale (che, pur offrendo qualche indicazione, rinvia alle nozioni emergenti dalle discipline processuali), ma è necessario, seppur concisamente, fare riferimento al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema<sup>40</sup>.

Guardando all'ambito processualcivilistico, rientrano senz'altro nella nozione di pregiudizio che può definirsi irreparabile (anche secondo le tesi più restrittive<sup>41</sup>) i danni che derivino dalla durata del processo ai *diritti assoluti*, nell'ambito dei quali vanno annoverati la gran parte dei diritti costituzionalmente garantiti; discussa è invece la possibilità di ammettere danni irreparabili con riferimento ai *diritti di credito*, stante l'astratta possibilità del ricorso a strumenti risarcitori *ex post*. Recuperando la centralità della persona nell'ordinamento costituzionale, sancita in particolare dagli artt. 2 e 3 Cost.<sup>42</sup>, si è tuttavia suggerita la possibilità di distinguere tra *diritti a contenuto e funzione non patrimoniale*, per i quali l'irreparabilità del danno sarebbe data per definizione; *diritti a contenuto patrimoniale ma a funzione non patrimoniale*, per i quali – essendo gli stessi destinati concretamente o istituzionalmente alla garanzia di libertà o bisogni primari – il danno sarebbe comunque irreparabile *ex post*; e infine *diritti a contenuto e*

<sup>39</sup> Di più agevole qualificazione è il requisito dell'imminenza, che va a individuare il danno che sia prossimo a verificarsi, ovvero (impiegando la terminologia in uso presso la giurisprudenza) sia *attuale e concreto*. Cfr., per tutti, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza* cit., p. 214 ss.

<sup>40</sup> Sulla nozione di irreparabilità del danno (ai sensi dell'art. 700 c.p.c.), oltre a quanto si dirà e agli Autori citati *infra*, tra gli altri, cfr. L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Jovene, Napoli 1955, p. 79 ss., A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna 2016, pp. 219-232 e 242-248, con ampia ricostruzione del dibattito in dottrina; nonché ancora A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Jovene, Napoli 2003, pp. 510-522.

<sup>41</sup> Cfr. S. SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, pp. 132-133.

<sup>42</sup> Cfr. in part. A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, in ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari 1982; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Treccani, Roma 1991; ora pure ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi* cit., p. 513 ss.

*funzione esclusivamente patrimoniale*, rispetto ai quali la verifica circa l'irreparabilità andrebbe condotta caso per caso, al fine di rilevare l'eventuale scarto eccessivo o non colmabile che si determinerebbe tra danno patito e danno risarcito<sup>43</sup>, vuoi per le specifiche condizioni patrimoniali della parte, vuoi per la pratica difficoltà di determinare l'ammontare del risarcimento per equivalente. La giurisprudenza costituzionale sembrerebbe spingersi a garantire una copertura costituzionale quanto meno alla tutela cautelare di diritti a contenuto patrimoniale e funzione non patrimoniale, mentre per i diritti puramente patrimoniali la predisposizione di forme di tutela cautelare sembra essere rimessa alla discrezionalità del legislatore, anche se non mancano spunti (benché non univoci<sup>44</sup>) per l'accoglimento di una prospettiva più ampia.

Se si guarda all'ambito amministrativistico, si può osservare come la nozione di irreparabilità del danno nella fase cautelare abbia conosciuto un'evoluzione strettamente connessa alle più importanti vicende relative alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. Vigente l'art. 21, ult. comma, l. n. 1034/1971 (nella versione anteriore alla riforma introdotta con l. n. 205/2000), la nozione di irreparabilità ai fini della concessione della sospensiva aveva portata piuttosto ampia, stante il noto principio dell'irrisarcibilità delle relative lesioni, resistito sino alla celebre sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999. Una volta riconosciuta la possibilità di ottenere una tutela per equivalente, l'irreparabilità si è ridimensionata, attestandosi progressivamente su posizioni più prossime a quelle civilistiche, che impongono comunque una valutazione caso per caso e una tendenziale preferenza per la tutela (cautelare) in forma specifica piuttosto che quella successiva risarcitoria<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. IV, Jovene, Napoli 1964, p. 251 ss.

<sup>44</sup> Cfr. R. CONTE, *Tutela d'urgenza* cit., p. 240 ss.

<sup>45</sup> Va peraltro osservato come non manchino recenti tendenze giurisprudenziali e legislative che tendono a svalutare ulteriormente l'irreparabilità del pregiudizio del ricorrente, specie quando si confronti con un interesse pubblico particolarmente qualificato. Sul fronte giurisprudenziale si inscrive in questa tendenza, ad esempio, la tesi della cd. "bilateralità del *periculum in mora*", in virtù della quale il giudice amministrativo in sede cautelare dovrebbe operare un bilanciamento degli interessi pubblici (o

2) dev'essere inoltre assicurata, a garanzia delle situazioni soggettive esposte ad un danno imminente ed irreparabile, una tutela cautelare di carattere *atipico*, capace cioè di neutralizzare tanto il pericolo *da infruttuosità* quanto quello *da tardività*<sup>46</sup>. Riprendendo il noto insegnamento di Piero Calamandrei, con l'espressione *pericolo da infruttuosità* si suole indicare l'eventualità che, nel tempo necessario per portare a termine il processo, la situazione di fatto venga sostanzialmente alterata o modificata in modo irreversibile, così da pregiudicare la successiva attuazione del *decisum*; con *pericolo da tardività*, invece, si individua l'eventualità che, in ragione della natura e della funzione del diritto *sub iudice*, la soddisfazione tardiva o differita dello stesso risulti inutile o scarsamente utile al titolare, tanto da provocargli un danno non integralmente rimediabile *ex post*. Questa dicotomia del danno si rispecchia nella possibilità di adottare misure cautelari di tipo *conservativo*, dirette appunto a cristallizzare la situazione di fatto per impedire il verificarsi di danni da infruttuosità; e misure di tipo *anticipatorio*, volte a

dei controinteressati) e di quelli del ricorrente, dando preminenza ai primi se la concessione della misura cautelare potrebbe produrre loro eccessivi pregiudizi, anche laddove il pregiudizio lamentato dal ricorrente sia grave e irreparabile ed assistito da *fumus boni iuris*. Sul fronte legislativo, tra i molti esempi, si possono citare l'art. 125, comma 2, c.p.a., in materia di contenzioso sulle infrastrutture strategiche, che recita: «In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»; oppure l'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 180 del 2015, in materia di risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi, il quale prevede che: «Nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi si presume fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico (...)». Sul tema più diffusamente (e per ulteriori riferimenti) cfr. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2017. Va tuttavia evidenziato che, proprio per l'attitudine a limitare la tutela cautelare delle situazioni soggettive minacciate da un pregiudizio irreparabile, tali *tendenze* si pongono in problematico conflitto con la giurisprudenza costituzionale richiamata e sollevano seri dubbi di legittimità.

<sup>46</sup> In tal senso, *ex pluribus*, Corte cost., sentenza n. 190 del 1985; Id. n. 179 del 2002.



produrre anticipatamente e in via provvisoria effetti in tutto o in parte analoghi a quelli della sentenza di accoglimento. Tradotto nel processo amministrativo, il principio statuito dalla Corte comporta diversamente la necessità di garantire misure che siano idonee non solo a tutelare gli interessi *oppositivi* (per i quali la tradizionale sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato può risultare garanzia sufficiente), ma pure gli interessi *pretensivi* (per i quali è necessaria la previsione di misure di carattere atipico).

3) le giurisdizioni di annullamento devono necessariamente contemplare il correlato potere cautelare di sospensiva dell'atto impugnato<sup>47</sup>.

4) pur caratterizzato da snellezza e celerità, il procedimento cautelare, come ogni procedimento giurisdizionale, deve necessariamente conformarsi ai *principi del giusto processo* di cui all'art. 111 Cost.<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 284 del 1974, n. 225 del 1975 (vedi *supra* parr. 3. e 4., nt. 33), n. 42 del 1991, nonché – da ultimo – n. 236 del 2010, con note di R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2010, p. 2905 ss.; E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, *ivi*, p. 2908 ss.; P. QUINTO, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte costituzionale: una singolare coincidenza*, in *Foro amm. (T.a.r.)*, n. 6, 2010, p. 2228 ss.

<sup>48</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., sentenza n. 253 del 1994, con note di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*, in *Giur. it.*, I, 1, p. 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss.; B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2005 ss.; *Id.*, sentenza n. 144 del 2008, con note di R. GIORDANO, *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2009, 2, p. 299 ss.; A.A. ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Corr. giur.*, 200, p. 1070 ss.; *Id.*, sentenza n. 197 del 1995, con note di G. GRASSO, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 51 ss.; C. CONSOLO, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 369 ss.; M.F. GHIRGA, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 922 ss.; *Id.* sentenza n. 281 del 2010, con nota di M. ANGELI, *Recupero di aiuti di Stato illegali e diritto di difesa: il silenzio della Consulta*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2010, p. 837 ss. In tal senso, in dottrina, cfr. spec. F.

5) la copertura costituzionale della tutela cautelare si estende quanto meno *fino alla pronuncia sul merito*<sup>49</sup>; recenti pronunce sembrano tuttavia acconsentire ad un'estensione ulteriore<sup>50</sup>.

6) le forme e i contenuti della tutela stessa possono essere differenziati rispetto a quelli del processo civile, non sussistendo un *princi-*

TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *Studi in onore di C. Punzi*, vol. III, Giappichelli, Torino 2008, p. 409 ss., in part. pp. 415-416; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Giappichelli, Torino 2015, p. 18 ss., spec. p. 21. Con specifico riferimento al processo cautelare uniforme del c.p.c., cfr. F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Studi in onore di C. Punzi*, vol. III, Giappichelli, Torino 2008, 265 ss., il quale segnala ancora taluni profili di dubbia legittimità nella disciplina (decreto *inaudita altera parte* – ovvero in carenza del contraddittorio ex art. 111 Cost., scarso garantismo del reclamo di cui all'art. 669-terdecies c.p.c. nei confronti del provvedimento del giudice monocratico il quale si svolge dinanzi al collegio, carenza del ricorso in Cassazione).

<sup>49</sup> Cfr., in part., Corte cost., sentenza n. 165 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, II, p. 1478 ss., con nota di M. ESPOSITO, *Tutela cautelare e processo tributario*, nella quale si osserva che – essendo la tutela cautelare finalizzata a evitare i pregiudizi che possono intervenire nel tempo occorrente per giungere all'accertamento del diritto dedotto in giudizio – appare consequenziale che «la garanzia costituzionale della tutela cautelare debba ritenersi imposta solo fino al momento in cui non intervenga, nel processo, una pronuncia di merito che accolga – con efficacia esecutiva – la domanda, rendendo superflua l'adozione di ulteriori misure cautelari, ovvero la respinga, negando in tal modo, con cognizione piena, la sussistenza del diritto e dunque il presupposto stesso della invocata tutela. Con la conseguenza che la previsione di mezzi di tutela cautelare nelle fasi di giudizio successive a siffatta pronuncia, in favore della parte soccombente nel merito, deve ritenersi rimessa alla discrezionalità del legislatore». Conformi, *ex pluribus*, Corte cost., ordinanze n. 119 del 2007 e n. 325 del 2001.

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 217 del 2010, con note di G. GLENDI, *Verso la costituzionalizzazione della tutela cautelare oltre il primo grado*, in *Corr. trib.*, 2010, p. 2401 ss.; F. RANDAZZO, *Poteri di sospensione del giudice di secondo grado in pendenza del ricorso in cassazione: un importante passo in avanti verso la pienezza della tutela cautelare*, in *Riv. giur. trib.*, 2010, p. 841 ss.; Id., sentenza n. 109 del 2012; da ultimo, Id., ordinanza n. 25 del 2014. Le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale (nonché dalla Corte di Cassazione; cfr., in tema, G. CORASANITI, *Ancora sul riconoscimento della tutela cautelare nei gradi successivi al primo: brevi note a margine di un intervento della Corte di Cassazione*, in *Dir. prat. trib.*, n. 4, 2012, p. 744 ss.; nonché A. GIOVANNINI, *L'interpretazione secundum constitutionem come strumento di riforma del processo tributario*, *ivi*, n. 3, 2013, p. 1057 ss.) hanno trovato riconoscimento nell'art. 62 *bis* d.lgs. n. 546/1992, introdotto dall'art. 9, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 156/2015, che permette ora la sospensione della sentenza impugnata per cassazione, subordinandola all'esistenza di un danno grave ed irreparabile, in analogia a quanto prevede l'art. 373 c.p.c.

*pio di necessaria uniformità dei processi*<sup>51</sup>; il legislatore ordinario rimane tuttavia legato all'osservanza dei *canoni di ragionevolezza e non arbitrarietà*<sup>52</sup>.

Accanto ai profili appena elencati, vi sono poi alcuni aspetti dei quali rimane controversa la riconducibilità nel novero dei caratteri costituzionalmente necessari della tutela cautelare: è il caso, ad esempio, del c.d. doppio grado cautelare<sup>53</sup> e della tutela *ante causam*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cfr., per il principio in generale, Corte cost., sentenza n. 346 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, II, p. 2619 ss., con nota di C. PUNZI, *Funzione, scopo e risultato della notificazione: incostituzionalità delle norme sulle notificazioni degli atti a mezzo del servizio postale*, con ampia nota redazionale (nn. 1-2), in cui si indica con esautività, la giurisprudenza costituzionale in forza della quale si esclude la necessaria uniformità delle diverse discipline processuali (non solo rispetto alla tutela cautelare). Cfr. anche Corte cost., sentenza n. 18 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, I, p. 128, con nota di E. FAZZALARI, *Prova testimoniale o dichiarazioni di terzi adottate dall'amministrazione?*, e Corte cost., sentenza n. 356 del 1999, ivi, 1999, II, p. 2715, con nota redazionale. Con riferimento specifico alla tutela cautelare, tra le altre, cfr. Corte cost., sentenze n. 179 del 2002, n. 8 del 1982, nonché n. 225 del 2017 (la quale è particolarmente rilevante per il riconoscimento espresso del potere di sospensiva della Corte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato e per la "messa a sistema" – pur stringata – della tutela cautelare nell'ambito dei giudizi costituzionali).

<sup>52</sup> Cfr., *ex pluribus*, Corte cost., nn. 18 e 165 del 2000, n. 179 del 2002, n. 281 del 2010, n. 212 del 2020.

<sup>53</sup> Apparentemente riconosciuto in alcune pronunce della Corte (cfr., in part., Corte cost., sentenza n. 8 del 1982, con riguardo al doppio grado cautelare nel processo amministrativo, che troverebbe fondamento nell'art. 125 Cost.; ma anche – implicitamente – sentenze nn. 253 del 1994 e 144 del 2008), è prevalentemente disconosciuto dalla dottrina (cfr., per tutti, F. SORRENTINO, *Il doppio grado nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Giuffrè, Milano 1996, p. 1385 ss., *passim*, il quale sottolinea come la stessa Corte, successivamente, abbia in effetti riconsiderato e ridimensionato le affermazioni piuttosto nette fatte nella citata sentenza n. 8 del 1982). Si pone, inoltre, in contraddizione con la piena copertura costituzionale del doppio grado cautelare la perdurante impossibilità di appellare le pronunce cautelari nel processo tributario, siano esse di rigetto o di accoglimento; cfr. *amplius* P. ACCORDINO, *Considerazioni in tema di non impugnabilità dell'ordinanza collegiale di sospensione cautelare nel processo tributario: una scelta viziata dalla asistematicità*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1, 2008, p. 31 ss.

<sup>54</sup> Dapprima disconosciuta da Corte cost. n. 179 del 2002, poi però acquisita anche nel processo amministrativo per l'influsso del diritto comunitario; v. più diffusamente *infra* par. 7.

La tutela cautelare così come riconosciuta dalla Corte si traduce naturalmente, in primo luogo, in direttiva per il legislatore, il quale è tenuto a predisporre forme di tutela cautelare idonee a neutralizzare il pregiudizio (derivante dalla durata del processo) che assuma i caratteri dell'irreparabilità e dell'imminenza. In secondo luogo, tale riconoscimento vale pure a vincolare il giudice comune, il quale è tenuto a preferire, tra le diverse interpretazioni delle norme processuali astrattamente possibili, quella che assicuri pienamente, in conformità con il dettato costituzionale, l'esercizio della tutela cautelare<sup>55</sup>. Ed è in particolare questa seconda direttiva, rivolta ai giudici, a venire in rilievo per il problema oggetto d'indagine.

L'obbligo di garantire una piena ed effettiva tutela giurisdizionale *sub specie* di tutela cautelare non trova tuttavia fondamento esclusivamente nella Carta costituzionale e nella giurisprudenza della Corte, ma è rafforzato ed arricchito dal concorso del diritto dell'Unione europea – in particolare di una nota giurisprudenza della Corte di Giustizia – e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

#### *7. Il fondamento della tutela cautelare nel diritto dell'Unione europea (parziale rinvio)*

Il contributo del diritto dell'Unione europea al riconoscimento e all'evoluzione della tutela cautelare dei diritti dei singoli si è sviluppato essenzialmente lungo due direttrici: una prima direttrice è rappresentata dall'intervento creativo della Corte di Giustizia, la quale, dappri-

<sup>55</sup> In tal senso, cfr. Corte cost., sentenze n. 197 del 1995, n. 249 del 1996, n. 421 del 1996, n. 336 del 1998, n. 276 del 2000, n. 199 del 2003 e n. 403 del 2007, con nota di T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra Giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*, in *Giur. it.*, n. 5, 2008, p. 1099 ss. (nella quale la Corte, in un importante *obiter dictum* – v. *Considerato in diritto*, § 3.1 –, afferma che: «La tutela cautelare, (...) in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (sentenza n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa (Corte di giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*)»).

ma, ha riconosciuto – nella celebre sentenza *Factortame*<sup>56</sup> – la necessità per il giudice nazionale di disporre di strumenti cautelari adeguati per la tutela dei diritti di matrice comunitaria; e successivamente – con le sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta*<sup>57</sup> – è arrivata a plasmare le stesse regole processuali della tutela d'urgenza, creando quella che è stata definita una vera e propria «tutela cautelare europea»<sup>58</sup>. Sul tema ci si soffermerà diffusamente *infra* nel Capitolo III, cui pertanto si rinvia.

Una seconda direttrice è invece costituita dalla «forza espansiva» manifestata dai modelli processuali comunitari rispetto alle norme procedurali degli Stati membri<sup>59</sup>: laddove le istituzioni dell'Unione hanno disciplinato i profili processuali di una materia di competenza comunitaria, tale disciplina ha rappresentato stimolo e riferimento imprescindibile per la riforma delle norme processuali interne anche con riguardo a settori non direttamente interessati dall'intervento dell'Unione europea; questa espansione del modello europeo è stata dapprima sollecitata dalla giurisprudenza, per poi essere completata ad opera dello stesso legislatore nazionale.

Un caso emblematico in questo senso è rappresentato dalla complessa vicenda della c.d. Direttiva ricorsi (Dir. 89/665/CEE, in materia di appalti pubblici)<sup>60</sup>, che ha portato all'introduzione della tutela *ante*

<sup>56</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e altri.*, causa 213/89, in *Racc.*, 1990, I-2433; v. *infra* Cap. III, par. 2 e 3.

<sup>57</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe* e *Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, in *Racc.*, 1991, I-415; Id., sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I-3761; v. *infra* diffusamente Cap. III rispettivamente par. 6 e par. 7.

<sup>58</sup> Cfr., su tutti, A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1155 ss.

<sup>59</sup> Sul tema, in generale, cfr. P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, IV, 2000, p. 717 ss.; anche G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 5 ss.

<sup>60</sup> La direttiva in questione coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiu-

*causam* nel processo amministrativo italiano e ha provocato la riforma dell'equivalente della nostra tutela cautelare in Spagna e in Francia<sup>61</sup>.

Ripercorrendo le tappe salienti della vicenda, si deve cominciare con l'osservare che – sino all'avvento del Codice del processo amministrativo – la questione della possibilità di configurare una tutela *ante causam* nel processo amministrativo (inizialmente non prevista) aveva rappresentato oggetto di ampio dibattito, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. In particolare, il TAR della Lombardia aveva fatto ricorso alla Corte costituzionale in più occasioni, lamentando la lesione degli artt. 3, 24 e 113 Cost.<sup>62</sup>: in un primo momento, subentrata la l. n. 205 del 2000 (recante “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa”), la Corte aveva ritenuto di dover procedere alla restituzione degli atti al giudice *a quo* in ragione dello *ius superveniens*<sup>63</sup>; in un secondo momento, il giudice costituzionale si era invece pronunciato (sentenza n. 179 del 2002<sup>64</sup>) per escludere che la mancata previsione di strumenti cautelari *ante causam* fosse motivo di illegittimità della disciplina processuale.

Evidentemente non persuaso dalle argomentazioni del giudice delle leggi, il TAR Lombardia, appena un anno dopo – sulla scorta di una

dicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori. Cfr., *ex pluribus*, in tema G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 825 ss.; M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 321 ss.

<sup>61</sup> Cfr., per una efficace ricostruzione della vicenda, R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 2010, p. 249 ss.; nonché, per maggiori dettagli, i diversi contributi di L. Querzola citati alle note seguenti.

<sup>62</sup> Cfr., per il primo ricorso, TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 19 giugno 1998, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 869 ss.; per il secondo, TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 15 febbraio 2001, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2002, I, p. 143 ss., con nota di E. DI PALMA, *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*.

<sup>63</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza n. 536 del 2000.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza n. 179 del 2002, con nota di L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascio ogni speranza i sostenitori della cautela amministrativa ante causam?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1431 ss.

significativa pronuncia della Corte di Giustizia<sup>65</sup> – aveva sollevato una questione pregiudiziale interpretativa dinanzi ai giudici di Lussemburgo, chiedendo se il sistema di giustizia cautelare amministrativo, alla luce della Direttiva ricorsi, «fosse compatibile con il tasso di effettività della tutela giurisdizionale che deve essere garantito da ogni giudice interno nel territorio dell'Unione».

Nelle more della pronuncia sul rinvio del giudice italiano, la Corte di Giustizia aveva pronunciato un'altra sentenza, in causa C-214/00<sup>66</sup>, che – nel decidere il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione nei confronti della Spagna – dettava già alcuni principi utili ai fini della risoluzione della questione sollevata dal TAR. Nel caso di specie, la Commissione lamentava, tra le altre cose, il fatto che la Spagna – proprio in rapporto all'attuazione degli obblighi derivanti dalla menzionata Direttiva ricorsi – non avesse predisposto un'adeguata ed effettiva tutela *ante causam*: in particolare, la legge spagnola (fatte salve alcune marginali eccezioni) non consentiva l'adozione di provvedimenti d'urgenza, svincolati dalla previa proposizione di un ricorso principale, contro le decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice. La Corte di Giustizia aveva effettivamente confermato che non poteva considerarsi «un sistema di tutela giurisdizionale provvisorio adeguato» quello che «impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio»<sup>67</sup>.

La successiva pronuncia sulla questione pregiudiziale sollevata in

<sup>65</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 19 settembre 1996, causa C-236/95, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Racc.* 1996, I-04459; annotata da A. SCOGNAMIGLIO, *Ancora un intervento della Corte di giustizia in tema di tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1997, p. 384 ss.

<sup>66</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Racc.* 2003, I-04667, annotata da L. QUERZOLA, *La Corte di giustizia come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 266 ss.; M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, p. 899 ss.; E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela "ante causam"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1287 ss.

<sup>67</sup> Corte giust., sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, cit., § 99.

rapporto alla disciplina italiana, in causa C-202/03<sup>68</sup>, non fece che rinviare agli argomenti di fondo delle precedenti pronunce rese contro Grecia e Spagna: anche per quanto riguarda il processo amministrativo italiano – in chiara antitesi con la pronuncia della Corte costituzionale menzionata – si rende necessaria la predisposizione di strumenti d'urgenza indipendenti rispetto all'instaurazione del relativo giudizio di merito.

Ed è a questo punto che si manifesta appieno la «forza espansiva» del modello di tutela cautelare comunitario: benché infatti la pronuncia della Corte di Giustizia sia stata resa in rapporto al limitato e circoscritto ambito degli appalti pubblici di rilevanza europea, sin da subito si pone il problema di estendere la tutela garantita ai singoli titolari di posizioni di matrice comunitaria anche ai titolari di posizioni sostanzialmente analoghe, ma che trovano la loro disciplina nel solo diritto nazionale. La diversa disciplina processuale – che naturalmente si traduceva in una disparità di strumenti di tutela giurisdizionale – è infatti avvertita da dottrina e giurisprudenza come un'irragionevole discriminazione tra situazioni eguali, che palesa profili di dubbia conformità al dettato costituzionale. Così, dapprima, la giurisprudenza più sensibile con singole pronunce e, poi, a distanza di alcuni anni, lo stesso legislatore ordinario con l'introduzione dell'art. 61 c.p.a. riscrivono la disciplina processuale interna sulla base del modello comunitario, estendendo la tutela cautelare *ante causam* ben oltre il ristretto ambito di pertinenza del diritto europeo<sup>69</sup>.

Per chiudere questa breve ricognizione dell'incidenza del diritto

<sup>68</sup> Cfr. Corte giust., ordinanza 29 aprile 2004, causa C-202/03, in *G.U. Unione europea*, serie 2004/C 118/56 del 30 aprile 2004, 31, con nota di L. QUERZOLA, *Colpo d'ariete della Corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, I, p. 353 ss.; R. LEONARDI, *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm.*, 2004, p. 1226 ss.; M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, in *Quad. Foro amm.*, 2005, p. 57 ss.

<sup>69</sup> Cfr. R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., p. 265 ss., con ampi riferimenti in nota.



dell'Unione europea sul riconoscimento e sull'evoluzione della tutela cautelare, è opportuno ricordare le disposizioni che, nella normativa di rango primario, sanciscono il *diritto ad un ricorso effettivo*, ossia l'art. 19, par. 1, TUE e l'art. 47 della Carta di Nizza<sup>70</sup>. In particolare, laddove quest'ultima norma afferma la necessità di assicurare ad «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati» la disponibilità di «un ricorso effettivo dinanzi a un giudice», che prenda in esame la causa «entro un termine ragionevole», si scorge chiaramente il depositato della giurisprudenza della Corte di Giustizia inaugurata con *Factortame* (v. *infra* Cap. III) e il riflesso delle garanzie approntate dagli artt. 6 e 13 Cedu (v. *infra* par. 8)<sup>71</sup>. La codificazione dei principi sanciti sul piano giurisprudenziale si presta, in questo senso, non solo a rendere «più visibile» e «riaffermare» la fondamentale necessità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, ma fornisce pure un ulteriore e sicuro riferimento normativo per lo sviluppo della tutela cautelare sia per il giudice europeo che per quello nazionale<sup>72</sup>.

L'evidenziata attitudine espansiva (o anche effetto di *spill over*) del diritto europeo in quest'ambito si mostrerà rilevante per l'indagine quando si valuterà, nel Cap. III, la soluzione processuale escogitata dalla Corte di Giustizia per un caso simile a quello che ci impegna, la quale potrebbe fungere da modello per la risoluzione dello stesso.

## 8. Il fondamento della tutela cautelare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo offre, a sua volta, ul-

<sup>70</sup> Sul tema, *ex pluribus*, cfr. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2018; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union*, Giappichelli, Torino 2018, p. 586 ss.

<sup>71</sup> Come emerge dalla lettura delle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *G.U.U.E.*, C 303/17, 14 dicembre 2007.

<sup>72</sup> Cfr. in tal senso N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss., *passim*.

teriori riferimenti per la configurazione della tutela cautelare quale strumento necessario ed imprescindibile per la tutela giurisdizionale dei diritti.

In primo luogo, viene naturalmente in rilievo il *diritto all'equo processo* di cui all'art. 6 Cedu, in particolare nella parte in cui si richiama la necessità di garantire al singolo la ragionevole durata del processo, in relazione alle «controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Ma la disposizione principale nel testo convenzionale è costituita dal successivo art. 13 Cedu, il quale – sancendo il *diritto ad un ricorso effettivo* – prevede espressamente che: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». È evidente come il significativo riferimento all'effettività si presti a offrire una copertura convenzionale alle forme e agli strumenti di tutela cautelare, la quale rappresenta (come si è visto nell'ordinamento costituzionale italiano) uno dei principali mezzi atti a garantire le ragioni del ricorrente a fronte dei pregiudizi che possano derivare a danno dei diritti sanciti dalla Convenzione dalla durata del processo.

In questa direzione si è effettivamente mossa la giurisprudenza della Corte Edu, la quale – pur nel contesto di un approccio spiccatamente casistico e, quindi, condizionato dalle specificità dei casi concreti esaminati – ha in più occasioni riconosciuto la necessità di forme propriamente o latamente cautelari di tutela giurisdizionale. Si pensi, ad esempio, al caso *Chahal c. Regno Unito*, nel quale – in rapporto alle garanzie procedurali di un soggetto detenuto in attesa di espulsione – la Corte afferma chiaramente che la nozione di rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 Cedu non richiede soltanto «un accertamento indipendente e rigoroso delle doglianze relative all'esistenza di fondate ragioni per temere un rischio reale di subire trattamenti contrari all'art. 3», ma anche «la possibilità di sospendere l'esecuzione della misura impugnata»<sup>73</sup>. Oppure ancora il caso *Çonka c. Belgio*, nel quale la Corte Edu ha condannato lo Stato convenuto dinanzi ad essa per la viola-

<sup>73</sup> Cfr. Corte Edu, sentenza 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, § 145.

zione dell'art. 13 Cedu in relazione all'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4 (*Divieto di espulsioni collettive di stranieri*), non essendo prevista sulla base delle norme processuali interne alcuna forma di sospensione *medio tempore* dell'atto impugnato<sup>74</sup>.

La Corte Edu è arrivata ad affermare, in rapporto a casi di potenziale violazione degli artt. 2 e 3 Cedu<sup>75</sup>, che il ricorso contro il provvedimento di espulsione debba avere necessariamente un effetto sospensivo automatico, precisando tuttavia successivamente che tale automatismo non deve ritenersi assoluto, ma strettamente connesso al rischio di maltrattamenti (art. 3 Cedu) o di danni irreversibili alla persona (art. 2 Cedu) che possano conseguire al rimpatrio<sup>76</sup>.

Conclusivamente, pertanto, si può affermare che la giurisprudenza di Strasburgo – pur con i limiti già evidenziati di un approccio frammentario e condizionato dalla concretezza del caso *sub iudice* – riconosce la necessità di tutele cautelari al fine ultimo di assicurare la garanzia del ricorso effettivo e dell'equo processo. Tale affermazione comporta un duplice ordine di conseguenze: da un lato, la mancata predisposizione di adeguate misure cautelari può arrivare ad integrare una violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., contrastando con i già richiamati parametri interposti convenzionali (artt. 6 e 13 Cedu)<sup>77</sup>;

<sup>74</sup> Cfr. Corte Edu, sentenza 5 febbraio 2002, *Çonka c. Belgio*, § 79 ss. Ma cfr. anche Corte Edu, sentenza 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, § 50.

<sup>75</sup> Cfr. Corte Edu, sentenza 26 aprile 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. Francia*, § 66; Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, §197 ss.; Corte Edu, Grande Camera, 13 dicembre 2012, *De Souza Ribeiro c. Francia*, §§ 81 ss.

<sup>76</sup> Cfr. Corte Edu, Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2016, *Kblajfia e altri c. Italia*, parr. 274-281; in questa pronuncia si esclude (sulla scorta di quanto già incidentalmente affermato in *De Souza Ribeiro c. Francia*) che l'effetto sospensivo automatico debba sussistere anche in rapporto a violazioni meno gravi, quali quelle connesse con il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu). Sul tema, anche per i riflessi della giurisprudenza della Corte Edu sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr. da ultimo D. STRAZZARI, *Access to Justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 3, 2018, in part. p. 180 ss. Sulle frizioni tra la disciplina italiana in materia e i principi costituzionali e convenzionali, tra gli altri, cfr. F. CORVAJA, *Lo straniero e i suoi giudici*, ivi, n. 2, 2020, pp. 161-163.

<sup>77</sup> E difatti, nei casi in cui i giudici sospettano la violazione degli artt. 24 e 113

dall'altro lato, si impone al giudice un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme processuali, volta ad assicurare la garanzia cautelare, peraltro in coerenza anche con l'analogia direttiva interpretativa derivante dagli artt. 3, 24 e 113 Cost.

\* \* \*

All'esito di questo *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale nazionale, con uno sguardo al diritto dell'Unione europea (ma v. anche *infra* Cap. III) e a quello convenzionale, si possono dunque riepilogare le coordinate di riferimento che valgono a fondare, sul piano del diritto costituzionale e sul piano sovranazionale, il carattere necessario degli strumenti di tutela cautelare (che – come si è più volte ribadito – rappresenta uno dei principi fondamentali in gioco nell'ambito della problematica d'indagine): da una parte, gli artt. 3, 24 e 113 Cost.; dall'altra, gli artt. 19 TUE e 47 della Carta di Nizza, nonché gli artt. 6 e 13 Cedu.

Tale complesso di disposizioni rappresenta – per come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea – l'orizzonte di riferimento entro il quale deve necessariamente articolarsi lo studio delle soluzioni proposte in giurisprudenza e dottrina in relazione alla tutela cautelare dei diritti connessa all'instaurazione del giudizio di legittimità in via incidentale che si affronta nei Capitoli II e IV.

Cost. per un'illegittima limitazione della tutela cautelare spesso sollevano la questione anche con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. in combinato con gli artt. 6 e 13 Cedu; v. ad esempio Corte cost., sentenza n. 212 del 2020.

## CAPITOLO II

### TUTELA CAUTELARE E QUESTIONI INCIDENTALI DI COSTITUZIONALITÀ: UN “ROMPICAPPO GIURIDICO”

SOMMARIO: 1. Premessa: il giudice cautelare come giudice *a quo* dotato di autonoma *potestas decidendi*. – 2. Il rigetto dell’istanza cautelare. – 3. Osservazioni critiche: a) Deteriore tutela dei diritti nella fase cautelare nei confronti della legge illegittima. - b) Violazione dell’obbligo di rimessione alla Corte delle questioni di costituzionalità non manifestamente infondate e rilevanti: la posizione deteriore del giudice cautelare rispetto alla norma incostituzionale. - c) Differente valutazione del punto di diritto del giudice della fase cautelare rispetto a quello del merito. - d) Impossibilità di sollevare la questione dopo il rigetto. - e) L’ipotesi di una distinzione tra situazioni soggettive pre-esistenti alla norma incostituzionale e situazioni frutto di attività creativa del giudice. – 4. La sospensione del procedimento cautelare e la rimessione della questione alla Corte costituzionale. – 5. Osservazioni critiche: a) Tendenziale inammissibilità della sospensione nei procedimenti cautelari e pregiudizio delle istanze di effettività della tutela giurisdizionale. - b) Potenziale irrilevanza (e prevedibile influenza) della questione per sopravvenuta insussistenza del *periculum in mora*. – 6. La disapplicazione incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale. – 7. Osservazioni critiche: a) “Rinvio al merito” della rimessione alla Corte costituzionale e violazione dell’incidentalità. - b) Esaurimento della *potestas iudicandi* e inammissibilità della questione (ovvero questione «prematura» rispetto al merito). – 8. Conclusioni provvisorie su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità.

#### 1. Premessa: il giudice cautelare come giudice *a quo* dotato di autonoma *potestas decidendi*

Prima di entrare nel merito dell’analisi dei vari orientamenti che giurisprudenza e dottrina italiane hanno espresso in relazione alla problematica in esame, pare opportuno guardare ad un ulteriore aspetto preliminare al nostro tema, ovvero quello della sussistenza di un’autonoma *potestas decidendi* (o anche *iudicandi*) in capo al giudice

del procedimento cautelare, che ne giustifica la qualificazione come giudice *a quo* ai sensi dell'art. 23 l. n. 87 del 1953.

Sebbene sia ormai data per pacifica, tale autonomia merita un breve approfondimento. Non solo perché costituisce ulteriore presupposto della problematica: se non fosse configurabile una *potestas decidendi* autonoma rispetto a quella del giudizio principale, il problema non si porrebbe nei termini descritti, ben potendo il giudice rimettere la questione di costituzionalità alla Corte nel corso del secondo processo. Ma anche perché il chiarimento delle ragioni che giustificano tale autonomia consente di meglio inquadrare molte delle questioni processuali che si porranno più innanzi.

In primo luogo, va rilevato come la *natura giurisdizionale dei giudizi cautelari* sia oramai riconosciuta tanto dalla dottrina processualcivilitica, quanto da quella amministrativistica. La *querelle* sorta attorno alla metà del secolo scorso sulla possibilità di qualificare il potere di sospensiva nel processo amministrativo come potere discrezionale «di merito amministrativo», come pure i dubbi emersi nella dottrina processualcivilitica coeva, sono stati da tempo superati<sup>1</sup>. La tutela cautelare è oggi considerata espressione di funzioni pienamente giurisdizionali, caratterizzate da una (tendenziale) provvisorietà del provvedimento d'urgenza e dalla strumentalità dello stesso nei confronti di altre forme di tutela giurisdizionale, ossia quelle di cognizione e di esecuzione.

La tesi di una possibile natura non giurisdizionale del procedimento cautelare è stata riproposta solo in tempi più recenti da Gustavo Zagrebelsky, ma nel contesto di una riflessione specificamente tesa a risolvere la problematica che ci impegna<sup>2</sup>. Muovendo dalla nozione di giudice ai sensi degli art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e art. 23 l. n. 87 del 1953, l'Autore ha sostenuto che – anche in ragione dell'approccio flessibile adottato sulla nozione di giudice ai fini del giudizio incidentale dalla Corte – sarebbe possibile riconoscere al giudice della cautela il *requisito soggettivo*, dato dalla posizione di terzietà, indipendenza, im-

<sup>1</sup> Su questi temi diffusamente (anche per ulteriori riferimenti) cfr. M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., p. 120 ss.

<sup>2</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 31 ss.

parzialità e dalle garanzie del contraddittorio, disconoscendo però quello *oggettivo*<sup>3</sup>. Suffragherebbe tale ipotesi l'assenza nel provvedimento cautelare dell'attitudine al giudicato<sup>4</sup>, cosa che verrebbe a privare il relativo organo giudicante della capacità di decidere in via definitiva (o *ultimale*, come è stato detto<sup>5</sup>) sull'interpretazione e applicazione delle norme rilevanti per il caso, e quindi – in ultima istanza – del requisito oggettivo<sup>6</sup>. In questo modo, sussisterebbe, dunque, «la possibilità di scindere le nozioni di giurisdizione e calibrarle rispetto ai fini»<sup>7</sup>, svincolando così il giudice dell'urgenza «[dal]l'obbligo di sollevare sempre e comunque la questione di legittimità costituzionale e di non disapplicare la legge»<sup>8</sup>.

Questa tesi tuttavia non può essere accolta.

Va infatti revocata in dubbio l'affermazione per cui l'assenza di un vero e proprio giudicato<sup>9</sup> – come avviene in ambito cautelare – farebbe venir meno il requisito oggettivo. In proposito basti osservare come la richiesta necessità del giudicato ha dimostrato di mal conciliarsi con la presenza di diversi settori dell'ordinamento a sicuro carattere giurisdizionale nel quale il giudicato non è affatto previsto<sup>10</sup>. La *definizione del giudizio* richiesta ex art. 23 l. n. 87 del 1953 dev'essere allora intesa

<sup>3</sup> Su tali requisiti cfr., per tutti, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 101 ss.

<sup>4</sup> G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., p. 41. Esprime riserve sul carattere essenziale del giudicato ai fini del requisito oggettivo A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 101.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cfr. sul punto anche A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*. *Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli 2012, spec. p. 68.

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., p. 40.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., p. 41.

<sup>9</sup> Sono qui tenute volutamente in disparte le varie (e controverse) ipotesi di configurazione di un “giudicato cautelare”; tra gli altri, per il processo civile, cfr. A. BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Giuffrè, Milano 2008; per quello amministrativo, cfr. E. GAETANI, *La nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2008, p. 3195 ss.

<sup>10</sup> A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 101.

come riferita alla specifica fase cautelare, senza riguardo all'eventuale attitudine della misura cautelare a formare giudicato.

Ribadito il carattere giurisdizionale del procedimento cautelare, va approfondita la questione dell'autonomia della *potestas decidendi* rispetto al giudizio principale.

Sul punto è bene ricordare, ancora una volta, come la tutela cautelare – quale che sia il plesso giurisdizionale di riferimento – si caratterizza per la peculiare finalità di garantire, attraverso un assetto provvisorio degli interessi in gioco, l'effettività della tutela giurisdizionale, secondo una logica di strumentalità idonea a farne una specifica forma di tutela giurisdizionale, autonoma e differente dalle altre. Nell'esercizio dell'autonomia e diversa funzione cautelare, il giudice è dunque chiamato ad applicare ed interpretare norme processuali (quelle del procedimento cautelare) e norme sostanziali (quest'ultime, in particolare, ai fini della valutazione del *fumus boni iuris*) per emettere una decisione – pur provvisoria quanto all'assetto degli interessi coinvolti – sul ricorso cautelare e *definire* così il relativo procedimento. Si configura pertanto, nell'ambito di tale giudizio, una *potestas decidendi* differente ed autonoma rispetto a quella del giudizio principale cui il procedimento cautelare è funzionalmente collegato.

Non rileva pertanto, ai fini della configurazione della detta autonomia, il collegamento più o meno stretto della fase cautelare con il giudizio principale realizzato di volta in volta dalle norme processuali. Giusto per fare un esempio, tra i molti possibili, si pensi al processo civile, nel quale sono contemplati tanto provvedimenti cautelari *ante causam* che possono “sopravvivere” a tempo indefinito a prescindere dall'instaurazione di un giudizio di merito (art. 669-*octies*, commi 6 e 8, c.p.c.), quanto misure cautelari (ad es. il sequestro conservativo, art. 671 c.p.c. e artt. 2905-2906 c.c.) che sono caducate e perdono efficacia a seguito della mancata instaurazione del merito o dell'estinzione dello stesso.

La descritta autonomia della *potestas decidendi* si presenta egualmente in entrambi i casi: tanto nel primo caso, nel quale può apparire più evidente, essendo del tutto eventuale l'instaurazione del giudizio principale; tanto nel secondo caso, perché il giudice chiamato a pronunciarsi sull'istanza di sequestro esercita un funzione giurisdizionale diversa – volta al mantenimento della garanzia patrimoniale – rispetto



a quella del giudizio di merito, diretto all'eventuale condanna del debitore inadempiente.

La Corte costituzionale ha d'altronde espressamente riconosciuto tale autonomia sin dagli anni Settanta (sent. n. 177 del 1973<sup>11</sup>), precisando che «Nel caso degli atti urgenti (...) il giudice di merito appare legittimato anche a sollevare questioni di costituzionalità, ma sempre che esse, riferendosi esclusivamente alle norme da applicare per il compimento degli stessi, in tale limitato ambito siano rilevanti»<sup>12</sup>. In coerenza con tale ricostruzione, sarà quindi il giudice della fase cautelare a dover sollevare questione di costituzionalità ogniqualvolta dubiti della legittimità: a) delle norme che fondano la propria giurisdizione; b) delle norme processuali applicabili al procedimento; c) delle norme sostanziali necessarie per valutare la consistenza del *fumus boni iuris*.

Precisato questo profilo si può procedere con l'esame delle soluzioni che, pur essendo tuttora praticate (con diverse fortune), non appaiono tuttavia soddisfacenti per la risoluzione della problematica d'indagine.

Si possono individuare in tal senso tre tesi: una prima che propende per il mero rigetto dell'istanza cautelare (parr. 2 ss.); una seconda che è favorevole alla mera sospensione del giudizio *a quo* con rimessione degli atti alla Corte costituzionale (parr. 4 ss.); una terza che predica la concessione del provvedimento previa disapplicazione della norma che si presume illegittima (parr. 6 ss.).

## 2. Il rigetto dell'istanza cautelare

Un primo orientamento identifica, quale soluzione più coerente

<sup>11</sup> *Considerato in diritto*, § 3. a): «non si può non ritenere che, avendo il Consiglio di Stato il potere di pronunciarsi sulla domanda di sospensione, gli spettasse di sollevare, siccome ha fatto, questioni di legittimità costituzionale in ordine a norme di legge rilevanti ai fini di quella pronuncia sotto il profilo del *fumus boni iuris* e per l'accertamento della ricorrenza in concreto dei gravi motivi».

<sup>12</sup> Così Corte cost., sent. n. 118 del 1976 (*Considerato in diritto*, § 2.), n. 186 del 1976. È ovviamente conforme a queste pronunce, più o meno implicitamente, tutta la giurisprudenza costituzionale che sarà citata nel prosieguo in rapporto alle singole questioni sollevate nell'ambito di procedimenti cautelari.

con l'ordinamento costituzionale, quella del radicale rigetto dell'istanza cautelare che si fonda sul presupposto dell'incostituzionalità della norma ordinaria applicabile. Questa tesi emerge in numerose pronunce<sup>13</sup>, a partire dagli anni Settanta fino ad oggi, e trova autorevoli riscontri, soprattutto presso la dottrina processualcivilistica<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., per la giurisprudenza civile, Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2616 ss., in part. pp. 2625-2629; Id. Pavia, ordinanza 14 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 640 ss.; Id. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1804 ss.; Id. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, p. 913 ss.; Pret. Torino, ordinanza 26 settembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2568 ss.; Trib. Macerata, ordinanza 9 giugno 1983, in *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 641 ss.; Id. Siracusa, ordinanza 12 ottobre 1983, *ivi*, 1983, p. 652 ss.; Pret. Roma, ordinanza 3 novembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 1, p. 289 ss., con nota di L. COZZOLINO, *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l'astensione referendaria* (limitatamente al solo provvedimento richiesto *ante causam*); Pret. Roma, ordinanza 17 gennaio 1989, in *Temi rom.*, 1989, p. 440 ss.; Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, in *Resp. civ.*, 1994, p. 310 ss., con nota di P. BELLONI, *Differimento della quiescenza per effetto del c.d. decreto Amato, disparità di trattamento tra lavoratori e provvedimenti d'urgenza*; Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 2072 ss., con nota di E. VULLO, *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*; Trib. Roma, ordinanza 4 marzo 2003, in *Lavoro nella P.A.*, 2003, p. 330 ss., con nota di G. LUDOVICO, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità nel regime transitorio di cessazione degli incarichi dirigenziali di livello generale*; Trib. Roma, ordinanza 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1579 ss.; Trib. Bologna Sez. lavoro, ordinanza 10 luglio 2013, in *biodiritto.org – Dossier Stamina*; Trib. Pavia, ordinanza 13 settembre 2013, *ivi*. Per la giurisprudenza amministrativa, assai più contenuta, cfr., ad esempio, TAR Lombardia, Brescia, ordinanza 21 giugno 1985, n. 279, in *TAR*, 1985, p. 2813 ss.

<sup>14</sup> Aderiscono alla tesi C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Torino 2014, p. 364; C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. proc. civ.*, 1985, p. 657 ss.; G. TARZIA, *Intervento*, in *La tutela d'urgenza, Atti del XV Convegno nazionale dell'Associazione italiani fra gli studiosi del processo civile, Bari 4-5 ottobre 1985*, Maggioli, Rimini 1986; A. VALLEBONA, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2757 ss.; G. VERDE, B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, vol. III, Jovene, Napoli 1998, p. 371; S. ZIINO, *Note sul procedimento per la cancellazione dei protesti e sui poteri cautelari del giudice ordinario dopo la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2238 ss. Dello stesso parere, ma con significativi distinguo, anche G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Cedam, Padova 1985; ID., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, vol. III, I, in L. MONTESANO, G. ARIETA (a cura di), *Trattato di diritto processuale civile*,

Uno dei primi casi in cui la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il tema di indagine è quello dei c.d. “autoriduttori” della bolletta telefonica: a seguito di un significativo aumento delle tariffe non giustificato da un incremento dei costi del servizio e in parte svincolato dagli “scatti” effettuati, diversi utenti avevano pagato la bolletta in misura inferiore al previsto, decurtandosi autonomamente il costo del servizio<sup>15</sup>. La Società Italiana per l’Esercizio Telefonico (SIP), a fronte dell’inadempimento contrattuale, aveva quindi provveduto al distacco di tali utenze. Ne era nato un contezioso particolarmente diffuso<sup>16</sup>, con gli utenti interessati che avevano adito il Pretore *ex art.* 700 c.p.c. chiedendo l’immediato ripristino del servizio sulla scorta dell’incostituzionalità della legge che disciplinava la determinazione dei canoni telefonici in relazione agli artt. artt. 3, 23, 41 e 43 Cost.

Tra le varie ordinanze rese in sede cautelare, si segnala in particolare, per gli argomenti spesi a sostegno del rigetto, quella del Pretore di Bergamo<sup>17</sup>. Questi sostiene che «la tutela cautelare *ex art.* 700 cod. proc. civ. può essere richiesta solo quando la lesione del diritto si manifesti attuale e certa, pur nei limiti di una sommaria delibazione, alla stregua della legge vigente. Nella fattispecie, per contro, il temuto pre-

Cedam, Padova 2005, p. 702 ss.; F. CARPI, *La tutela d’urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 696 ss.

<sup>15</sup> La pratica dell’autoriduzione, promossa dai gruppi della sinistra extraparlamentare e da una minoranza dei sindacati confederali, consisteva nel pagamento alla S.i.p. di quanto dovuto secondo il vecchio canone, accompagnando il relativo versamento con una raccomandata nella quale si esplicitava la volontà di non voler pagare altro fino alla conclusione della relativa vertenza sindacale. Tra le altre cose, si contestava specialmente l’introduzione di una soglia fissa di 200 scatti per trimestre che avrebbe inciso sulle classi meno abbienti. Si stima che circa 400.000 utenti abbiano preso parte alla protesta.

<sup>16</sup> Diverse pronunce si possono leggere ne *Foro it.*, 1975, I, p. 2616 ss. Sulla vicenda giudiziaria, ad es., cfr. F. CHIOMENTI, *Un Pretore per gli autoriduttori telefonici*, in *Riv. dir. comm.*, n. 7-8, 1977, 2, pp. 259-272.

<sup>17</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2616 ss., in part. pp. 2625-2629. Rispetto alla stessa questione, ma con esiti differenti, cfr. Pret. Bologna, ordinanza 2 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2616 ss., Pret. Sampierdarena, ordinanza 13 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, p. 2616 ss., Pret. Bologna, ordinanza 14 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, p. 2616 ss., Pret. Sampierdarena, ordinanza 27 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, p. 2615 ss.

giudizio del diritto, è riferito alla eventualità ipotetica che la Corte costituzionale, investita della questione, si pronunci per la illegittimità della norma»<sup>18</sup>. Pertanto, «il pretore non può intervenire in via d'urgenza ed emettere un provvedimento che ha la funzione di anticipare gli effetti della futura sentenza (perché allo stato attuale non può esserci lesione del diritto dato che la legge censurata di scarsa ortodossia costituzionale è ancora efficace ed operante)»<sup>19</sup>.

Emerge dunque l'argomento principale a sostegno della tesi, impiegato anche dalla giurisprudenza successiva: la norma di dubbia costituzionalità, ancora efficace ed in vigore, è d'ostacolo al riconoscimento di un diritto meritevole di tutela, al momento «inesistente» e configurabile tutt'al più come «futuro ed incerto». Il giudice della cautela deve svolgere una valutazione in punto di *fumus boni iuris* alla stregua del solo dato positivo, astenendosi dall'effettuare quella che sarebbe un'attività propriamente «creativa», in palese violazione del principio di legalità.

La tesi del rigetto trova, tuttavia, nella ricca giurisprudenza *ex art.* 700 c.p.c. degli anni Settanta, ulteriori argomenti.

Altra questione che ha visto più volte i giudici investiti in via d'urgenza, è quella riguardante il trattamento discriminatorio tra uomini e donne in tema di età pensionabile<sup>20</sup>. Sul punto, in senso negativo, si sono pronunciati tanto la Pretura di Pavia<sup>21</sup>, quanto quella di Milano<sup>22</sup>,

<sup>18</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, cit., p. 2626.

<sup>19</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, cit., p. 2626.

<sup>20</sup> Per soluzioni differenti (sul medesimo tema) da quelle qui di seguito esposte cfr. Pret. Milano, ordinanza 17 dicembre 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, p. 318 ss.; Pret. Napoli Barra, ordinanza 30 maggio 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 640 ss.; Pret. Voltri, ordinanza 1 settembre 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 639 ss.; Pret. Genova, ordinanza 18 novembre 1977, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1068 ss.

<sup>21</sup> Pret. Pavia, ordinanza 14 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 640 e in part. pp. 647-648.

<sup>22</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orient. giur. lav.*, 1978, p. 913 ss. In questo caso, la ricorrente, licenziata per raggiunti limiti d'età, aveva introdotto il giudizio di merito per ottenere la reintegrazione sul posto di lavoro fino al 60° anno d'età e sollevato a tal fine la questione di costituzionalità dell'art. 9 r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636 che prevedeva che il diritto alla pensione, di norma, maturasse per gli uomini al 60° anno d'età e per le donne al 55°. Il Pretore di Milano (nella persona di un magistrato diverso da quello dell'urgenza) aveva ritenuta la questione non manifestamente

entrambe rigettando l'istanza cautelare di immediata reintegrazione sul posto di lavoro.

Nel caso di specie, alcune lavoratrici avevano lamentato la presunta illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 11 l. n. 604 del 1966 e 9 r.d.l. n. 636 del 1939, il quale differenziava, in modo a loro parere discriminatorio, l'età di maturazione del diritto alla pensione: per gli uomini questa si raggiungeva al 60° anno d'età, per le donne al 55°.

Ma mentre il pretore pavese si limita ad asserire l'insussistenza del *fumus boni iuris*, quello milanese svolge osservazioni più interessanti ed approfondite: in primo luogo, richiama il principio del sindacato accentrato di costituzionalità che, a detta dello stesso pretore, «non subisce deroghe rispetto ai procedimenti cautelari»<sup>23</sup>; in secondo luogo, nota che «la decisione dei procedimenti cautelari richiede, come le decisioni sul merito, un giudizio di fatto e un giudizio in diritto. La valutazione in termini di probabilità può riguardare, dal punto di vista logico, solo il giudizio di fatto, mentre il giudizio in diritto è analogo a quello relativo alle decisioni di merito»; il giudice della cautela dovrebbe cioè «compiere una propria autonoma valutazione circa la (probabile o meno) sussistenza del diritto, e non valutare – in termini di previsione di un evento futuro – la probabilità che la domanda di merito venga accolta»<sup>24</sup>.

Il primo argomento può accostarsi a quello già indicato dal pretore di Bergamo, secondo il quale il giudice ordinario non può che sospendere il processo per la rimessione degli atti alla Corte costituzionale: appare evidente che il principio costituzionale del sindacato accentrato è sentito come inderogabile, anche a fronte delle esigenze cautelari. La seconda argomentazione, invece, si muove sul piano del diritto processuale civile e, in particolare, si incentra sulla tipologia di valutazione

infondata e conseguentemente aveva sollevato questione di costituzionalità sul punto con ordinanza (ordinanza 4-12 ottobre 1976, pubblicata in *G.U.* 16 marzo 1977), sospendendo il giudizio di merito. La ricorrente, a questo punto, aveva fatto ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, sostenendo che la dichiarazione incidentale di non manifesta infondatezza fosse sufficiente ad integrare il *fumus boni iuris* e che l'attesa del giudizio della Corte costituzionale potesse arrecare un danno tale da integrare il *periculum in mora*.

<sup>23</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, p. 914.

<sup>24</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, p. 915.

che il giudice della cautela è chiamato ad effettuare per verificare l'esistenza del requisito del *fumus boni iuris*. Secondo l'opinione della Pretura di Milano andrebbe distinta la valutazione del giudizio di fatto, da quella del giudizio di diritto: la prima si svolgerebbe necessariamente in termini di verosimiglianza, la seconda invece non sarebbe in nulla difforme dalla stessa valutazione compiuta dal giudice di merito. Ma su questo profilo, particolarmente interessante, conviene tornare oltre (v. par. 3. lett. c).

Un'ulteriore vicenda, che ha dato vita a diversi ricorsi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., risolti ancora una volta in modo variegato dalla giurisprudenza di merito<sup>25</sup>, è quella dei precari universitari (contrattisti ed assegnisti di ricerca), ai quali erano negate l'indennità integrativa speciale e le quote aggiunte di famiglia, percepite invece da altri dipendenti pubblici<sup>26</sup>.

Per il rigetto si è espresso il pretore di Firenze<sup>27</sup>, che riprende, se possibile in termini ancor più recisi, l'argomento esposto del pretore di Bergamo: «il *fumus* non esiste, perché non esiste, *expressis verbis*, il diritto. Potrà anche darsi» prosegue il giudice «che tal legge sia incostituzionale, ma l'indagine sul *fumus* va fatta alla stregua dell'ordinamento presente non già di quello futuribile. Il diritto di cui si chiede la tutela cautelare è un *prius* logico rispetto alla misura cautelare stessa; deve essere già presente nell'ordinamento, allo stato astratto, anche se la causa di merito cui il provvedimento cautelare strumentalmente connesso porterà ad una pronuncia giudiziale di natura costitutiva. Nella specie, il *fumus* non solo non esiste, ma esiste la prova del suo

<sup>25</sup> Cfr. Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2354 ss.; Pret. Bari, ordinanza 4 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1807 ss.; Pret. Bologna, ordinanza 24 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1805 ss.; Pret. Pisa, ordinanza 16 maggio 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 241 ss.

<sup>26</sup> Una disamina particolarmente attenta ed approfondita della questione è svolta da Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2354 ss. e in part. pp. 2362-2365. I ricorrenti, trattisti ed assegnisti universitari, pur svolgendo nei fatti un'attività lavorativa per l'Università analoga a quella di altri dipendenti della stessa non percepivano né l'indennità integrativa speciale né le quote aggiunte di famiglia. Di qui il prospettato contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost.

<sup>27</sup> Pret. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1804 ss.

contrario: addirittura il non diritto alle pretese avanzate dai ricorrenti»<sup>28</sup>.

Interessante, sebbene resti un *unicum* nel panorama giurisprudenziale in esame, è poi un'ordinanza della Pretura di Roma, che traccia una distinzione tra il provvedimento richiesto *ante causam* e quello in corso di causa. Nel primo caso l'unica soluzione sarebbe quella del rigetto: «la cautela di cui all'art. 700 c.p.c. o si concede o si nega: la sua sospensione, in attesa della definizione della pregiudiziale di costituzionalità, è atto processuale francamente abnorme, a carattere decisivo e, comunque, confliggente con le regole fondamentali del codice di rito». Quando, invece, il ricorso *ex art.* 700 c.p.c. fosse proposto congiuntamente alla domanda in via ordinaria, il giudice del merito ben potrebbe sospendere il giudizio rimettendo gli atti alla Corte costituzionale e, al tempo stesso, concedere il provvedimento d'urgenza, «ravvisando il *fumus boni iuris* proprio nella formulata prognosi di invalidazione costituzionale»<sup>29</sup>.

Accanto ad altre pronunce<sup>30</sup>, che nulla aggiungono di nuovo sul

<sup>28</sup> Pret. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, cit., p. 1804.

<sup>29</sup> Cfr. Pret. Roma, ordinanza 3 novembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 1, p. 289 ss., con nota di L. COZZOLINO, *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l'astensione referendaria*.

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Macerata, ordinanza 9 giugno 1983, in *Nuovo dir. agr.*, 1983, 641ss. e in part. 651; Trib. Siracusa, ordinanza 12 ottobre 1983, *ivi*, 1983, p. 652 ss. e in part. 654. I ricorrenti, in entrambi i casi, segnalano la presunta incostituzionalità della disciplina della conversione dei contratti associativi in affitto disposta dalla l. n. 203 del 1982. La suddetta normativa, concedendo al solo concessionario e non anche al concedente il diritto a convertire il rapporto associativo in affitto, determinerebbe una lesione dell'iniziativa economica *ex art.* 41 Cost., non giustificata da alcuna utilità sociale (sotto questo profilo sono sospetti di incostituzionalità gli artt. 25 e 26 l. n. 203 del 1982) e realizzerebbe una ingiustificata e irrazionale disparità di trattamento tra concedenti che hanno svolto attività lavorativa e investito capitali e i concedenti assenteisti (sotto quest'altro profilo è presunta l'illegittimità dell'art. 31), in quanto solo i primi sono soggetti alla conversione. Entrambi i tribunali hanno rigettato il ricorso *ex art.* 700 c.p.c.: secondo il giudice di Macerata «difettano sia il presupposto del *fumus boni iuris* in quanto le norme di cui si sospetta la illegittimità costituzionale sono tuttora vigenti e solo dalla loro disapplicazione nascerebbe il diritto del concedente ad ottenere gli invocati provvedimenti, sia l'altro presupposto dell'irreparabilità del danno, trattandosi di un pregiudizio economico integralmente indennizzabile»; secondo quello di Siracusa «non può il giudice *intervenire in via d'urgenza ad emettere un provve-*

piano degli argomenti a favore della tesi del rigetto, si collocano altre e più recenti ordinanze<sup>31</sup> che spiegano i motivi per cui, non solo vada

*dimento che ha la funzione di anticipare gli effetti della sentenza da emettersi in un futuro ed eventuale giudizio di merito ancora da instaurarsi, perché allo stato attuale non può esservi lesione del diritto dato che la legge censurata di scarsa ortodossia costituzionale è ancora efficace ed operante»; e neppure «può profilarsi la sussistenza del *fumus boni iuris* perché non esiste il relativo diritto sulla base della legge n. 203 del 1982 che, ancorché sospettata di dubbi di costituzionalità secondo la tesi del ricorrente, è tuttora in vigore ed operante con la conseguenza che l'indagine sul *fumus* va fatta alla stregua dell'ordinamento presente e non di quello futuro» (il corsivo evidenzia come il giudice di Siracusa riproduca integralmente una parte delle argomentazioni adottate dal Pretore di Bergamo: cfr. Pret. Bergamo, 26 ottobre 1975, cit., p. 2626). Precedentemente, cfr. Pret. Torino, ordinanza 26 settembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2568 ss.: in questo caso si contestava la legittimità costituzionale dell'iscrizione obbligatoria dei professori che esercitavano l'avvocatura alla Cassa forense. Il Pretore rigetta il ricorso per motivi prevalentemente legati alla mancanza dei presupposti del *fumus* e del *periculum in mora*, ma in motivazione emerge pure la tesi dell'inesistenza del diritto. Cfr. anche Pret. Roma, ordinanza 17 gennaio 1989, in *Tem. rom.*, 1989, p. 440 ss. In questo caso si lamentava la presunta incostituzionalità dell'art. 13, comma 4, l. n. 816 del 1985 per contrasto con gli artt. 3, 49 e 51 Cost. La norma prevedeva che i cittadini, chiamati a ricoprire cariche elettive, che risiedono fuori dal capoluogo del Comune ove ha sede il rispettivo ente, avessero diritto al rimborso per le sole spese di viaggio effettuate entro i limiti del territorio provinciale, per la partecipazione ad ognuna delle sedute dei rispettivi organi assembleari ed esecutivi, nonché per la presenza necessaria presso la sede degli uffici per lo svolgimento delle funzioni proprie o delegate. Si ripropongono i consueti argomenti: «la possibilità di emanare provvedimenti d'urgenza risulterebbe legata (...) alla previa attribuzione al soggetto istante (...) di una situazione giuridica sostanziale inesistente al momento della proposizione del ricorso ex art. 700 c.p.c.: l'attività di cautela (in direzione dell'assicurazione provvisoria degli effetti della futura decisione di merito) sarebbe così evidentemente subordinata, ai fini della stessa valutazione circa l'esistenza della situazione cautelanda, alla ricognizione ed anticipata decisione di incostituzionalità della disposizione normativa in esame nell'ambito del medesimo giudizio cautelare. Ciò comporterebbe, oltre ad un'attività sostitutiva da parte del giudice della cautela, il quale sarebbe costretto a compiere un giudizio riservato in via esclusiva alla Corte costituzionale (...), anche e soprattutto un'attività creativa ad opera del medesimo giudice, il quale introdurrebbe nell'orientamento, sia pure ai soli fini della tutela cautelare, nuove situazioni giuridiche sostanziali non previste, o addirittura escluse, dalla normativa vigente, con la conseguenza che l'assicurazione provvisoria degli effetti della futura decisione di merito avrebbe ad oggetto un diritto «non esistente» al momento della proposizione dell'istanza cautelare».*

<sup>31</sup> Accanto alle due ordinanze indicate nel testo, cfr. Trib. Roma, ordinanza 4



preferito il rigetto, ma vada pure esclusa la rimessione della questione alla Corte e la conseguente sospensione *ex art. 23*, comma 2, l. n. 87 del 1953.

È il caso di una pronuncia del pretore di Padova del 1993<sup>32</sup> il quale

marzo 2003, in *Lavoro nella P.A.*, 2003, p. 330 ss., con nota di G. LUDOVICO, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità nel regime transitorio di cessazione degli incarichi dirigenziali di livello generale*, *ivi*, pp. 339-354. Il ricorso era stato presentato da un dirigente generale il cui precedente incarico presso il Ministero della Sanità, una volta cessato (in forza dell'art. 3, comma 7, l. n. 145/2002), era stato sostituito da un incarico di studio presso lo stesso dicastero. Il ricorrente eccepiva l'illegittimità costituzionale della previsione di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali, prevista dalla norma suindicata per contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost., poiché la cessazione *ex lege* dell'incarico dirigenziale avviene senza alcuna valutazione in ordine agli effetti che la rimozione del dirigente determina sull'andamento della Pubblica Amministrazione e senza alcuna spiegazione circa i motivi della cessazione dall'incarico. Il Tribunale esclude tanto la disapplicazione che viola il principio del sindacato accentrato, quanto la sospensione, visto che «le esigenze di celerità e sommarietà che connotano il presente procedimento cautelare» sono contrastanti con «i tempi necessariamente lunghi che conseguono alla eventuale rimessione della questione alla Corte costituzionale ed alla sospensione del presente giudizio». Inoltre cfr. Trib. Roma, ordinanza 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1579 ss. I ricorrenti lamentavano l'illegittimità della normativa regionale (per contrasto con gli artt. 3, 4, 35 e 97 Cost.) che aveva consentito il trasferimento degli stessi dall'azienda ospedaliera San Camillo Forlanini, (dalla quale erano stati assunti a seguito di concorso, in qualità di dirigenti medici di primo livello) all'azienda regionale per l'emergenza sanitaria (Ares 118).

<sup>32</sup> Cfr. Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, in *Resp. civ.*, 1994, p. 310 ss., con nota di P. BELLONI, *Differimento della quiescenza per effetto del c.d. decreto Amato, disparità di trattamento tra lavoratori e provvedimenti d'urgenza*, *ivi*, pp. 311-315. Nel caso di specie, il ricorrente, che aveva maturato un'anzianità contributiva di oltre 38 anni, aveva presentato le proprie dimissioni per il collocamento in pensione. Enel, datore di lavoro del ricorrente, aveva reso noto allo stesso che, nell'attesa della riforma del sistema pensionistico, era stata sospesa per legge l'applicazione di tutte le disposizioni che prevedevano trattamenti pensionistici di anzianità a carico del regime generale obbligatorio. Tale sospensione non si estendeva però ai lavoratori per i quali fosse intervenuta l'estinzione del rapporto di lavoro ovvero fosse già iniziato il periodo di preavviso connesso alla risoluzione del rapporto. Il ricorrente, tuttavia, era escluso dalla sospensione giacché, in forza del contratto collettivo applicabile, la decorrenza del preavviso, diversamente da quella normale, iniziava al di fuori dei termini previsti dalla legge. Il ricorrente aveva così ritirato le dimissioni e fatto ricorso al giudice, adducendo diverse criticità della normativa applicabile. Tra gli altri, si indicava la presunta in-

osserva che la norma «esistente, che esclude il diritto, (...), non può essere disapplicata dal giudice della urgenza, che non potrebbe neppure sollevare la questione di legittimità costituzionale senza con questo implicitamente riconoscere l'infondatezza della domanda cautelare»<sup>33</sup>.

Il Tribunale di Alba<sup>34</sup> svolge le medesime considerazioni: è «ugualmente impercorribile (...) la strada di sospendere il giudizio in corso e trasmettere gli atti alla Consulta (...) per l'incompatibilità di una tale soluzione con l'esigenza di assicurare una tempestiva tutela prima che possa realizzarsi il pregiudizio minacciato»<sup>35</sup>. Anzi seguendo la via della sospensione, si «rischia di far cessare il presupposto stesso dell'accogliibilità della domanda cautelare, e dunque di rendere irrilevante per la decisione del giudizio *a quo* la questione di legittimità costituzionale»<sup>36</sup>.

Le tesi sostenute nelle ordinanze descritte, lungi dal rappresentare un indirizzo isolato, hanno trovato indiretta conferma anche in alcune pronunce (seppur risalenti) della Corte di Cassazione, che ha ritenuto *abnorme* il provvedimento con il quale *ex art. 700 c.p.c.* era stata di-

costituzionalità della norma interessata (art 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 384 del 1992) per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto determinava un differente ed irragionevole trattamento di pari situazioni in relazione al diverso eventuale decorso del termine di decorrenza del preavviso.

<sup>33</sup> Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, cit., 312.

<sup>34</sup> Cfr. Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 2072 ss., con nota di E. VULLO, *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*. Nel caso di specie, i ricorrenti, tutti medici ospedalieri, miravano ad ottenere un provvedimento inibitorio *ante causam*, nei confronti dell'Azienda Sanitaria Locale presso la quale prestavano servizio, al fine di sospendere provvisoriamente l'applicazione del d.lgs. n. 229 del 1999, nella parte in cui imponeva ai dirigenti medici ospedalieri di scegliere, entro un certo termine, se svolgere la propria attività professionale in regime di rapporto esclusivo con l'ospedale oppure se esercitare tale attività con la formula *extra moenia*. La richiesta cautelare si fondava sull'asserita illegittimità costituzionale della disciplina dettata dal menzionato d.lgs. in rapporto agli artt. 3, 4, 21, 36 e 41 Cost. in quanto sotto diversi aspetti irragionevole e discriminatoria (cfr. sul punto Trib. Alba, 31 dicembre 1999, cit., p. 2077).

<sup>35</sup> Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, cit., pp. 2077-2078.

<sup>36</sup> Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, cit., p. 2078.

sapplicata la norma vigente per garantire una tutela «in attesa del futuro ed eventuale riconoscimento dei diritti correlativi»<sup>37</sup>.

E pure in tempi recentissimi, l'opzione per il rigetto dell'istanza cautelare ha trovato diversi consensi, in particolare nella variegata giurisprudenza sul noto caso *Stamina*<sup>38</sup>: in questo frangente, tuttavia, oltre a far espresso riferimento alla giurisprudenza di Cassazione cui si è appena accennato, è stato necessario prendere posizione rispetto al differente orientamento che nel frattempo si era consolidato nel processo amministrativo e che ammetteva la concessione di provvedimenti interinali sulla scorta dell'incostituzionalità della legge<sup>39</sup>: il discrimine tra i due casi, che spingerebbe – secondo le pronunce in parola – per il rigetto dell'istanza cautelare nell'ambito della giurisdizione civile, sarebbe dato dal fatto che la misura cautelare concessa in sede amministrativa andrebbe ad incidere sul solo atto amministrativo, mentre nell'ipotesi di specie l'accoglimento dell'istanza cautelare avrebbe condotto a una vera e propria disapplicazione della legge<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> In tal senso, cfr. soprattutto Cass. civ., Sez. lav., sentenza 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1819 ss., con note di B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela d'urgenza*, *ivi*, I, 7-8, p. 1822 ss.; e A. VALLEBONA, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*, *ivi*, 11, I, p. 2757 ss.; nonché Cass., Sez. Un., sentenza 7 luglio 1988, n. 4476, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2938 ss., nella quale si afferma che «il giudice che disattende le norme di legge dettate per il rapporto di cui deve conoscere e lo regola, invece, sia pure provvisoriamente, in base ad una diversa disciplina (arbitrariamente desunta da altre disposizioni e ritenuta più consona agli interessi in gioco), rende una decisione *contra legem*, viziata da errore *in iudicando*».

<sup>38</sup> Trib. Bologna, Sez. lav., ordinanza 10 luglio 2013, in *biodiritto.org* – *Dossier Stamina*; Trib. Pavia, ordinanza 13 settembre 2013, *ivi*. Per una ricostruzione approfondita della vicenda *Stamina*, si rinvia necessariamente al relativo *Dossier* su *biodiritto.org*.

<sup>39</sup> Ci si riferisce in special modo a Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, p. 9 ss., con nota di R. ROMBOLI. Ma v. *amplius* par. 4.

<sup>40</sup> Trib. Bologna, Sez. lav., ordinanza 10 luglio 2013, *cit.*, nella quale si afferma che non «può essere condivisa la giurisprudenza del Consiglio di Stato, citata della difesa del reclamante, sia perché formatasi nell'ambito di una giurisdizione differente da quella del giudice ordinario, sia perché afferente alla *sospensione di provvedimenti amministrativi* emanati sulla base di normative sospettate di incostituzionalità e, cioè, ad una situazione del tutto diversa da quella in esame, nella quale il reclamante non chiede la sospensione di un provvedimento amministrativo in attesa dell'esito dell'in-

A chiusura di questo breve *excursus* della giurisprudenza favorevole al rigetto, si possono dunque distinguere, con estrema sintesi, gli argomenti impiegati:

a) il provvedimento cautelare (e segnatamente quello *ex art. 700 c.p.c.*) può essere concesso solo per la tutela di situazioni soggettive *certe ed attuali*: nel caso di un'istanza cautelare fondata sul presupposto dell'incostituzionalità della norma ordinaria, non vi sarebbe alcun diritto attualmente esistente, semmai una situazione soggettiva *futura ed incerta*, in quanto dipendente dalla pronuncia di una sentenza costitutiva della Corte costituzionale;

b) la legge sospetta di incostituzionalità rimane *efficace e in vigore* fino alla declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, e in quanto tale va rispettata dal giudice ordinario, che non la può disapplicare, pena la violazione del principio inderogabile del *sindacato accentrato di costituzionalità* e la conseguente *abnormità* del provvedimento concesso;

c) non è praticabile la sospensione del giudizio cautelare (ai sensi dell'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953) per l'incompatibilità con le esigenze di *celerità e brevità* proprie del giudizio stesso;

d) la valutazione del *fumus boni iuris* va compiuta in termini di probabilità esclusivamente rispetto al giudizio di fatto: il giudizio in punto di diritto (e quindi quello relativo alla norma, generale ed astratta, da applicare al caso di specie) va condotto in modo analogo a quello compiuto dal giudice del merito, in ragione del principio *iura novit curia*, escludendosi pertanto valutazioni in merito alla probabilità della dichiarazione di illegittimità di una norma;

e) non può comunque essere accolta nell'ambito del processo civile la giurisprudenza amministrativa favorevole alla concessione del provvedimento cautelare, perché la disapplicazione in quest'ultima ipotesi riguarderebbe l'atto amministrativo e non direttamente la legge sospetta di incostituzionalità.

cidente di costituzionalità della legge in base al quale l'atto era stato emesso, ma la *disapplicazione diretta di una legge* al fine di ottenere la tutela di un proprio diritto soggettivo» (corsivo di chi scrive).

### 3. Osservazioni critiche: a) Deteriore tutela dei diritti nella fase cautelare nei confronti della legge illegittima

La tesi dell'inesistenza della situazione giuridica soggettiva<sup>41</sup> dedotta nel giudizio cautelare (supra par. 2. *sub a*) fa senz'altro leva sulla concezione della legge incostituzionale in termini di annullabilità<sup>42</sup>, in

<sup>41</sup> La tesi dell'inesistenza della situazione cautelanda trova riscontri anche in dottrina; cfr. in part. G. Arieta, *Le tutele sommarie*, cit., 702-703, il quale sostiene che, qualora fosse riconosciuta una tutela in via d'urgenza alla situazione soggettiva, si tratterebbe di un diritto che nascerebbe solo per essere tutelato in via di cautela atipica.

<sup>42</sup> In passato il tema è stato assai dibattuto. Nel senso dell'annullabilità della legge incostituzionale si schiera la dottrina maggioritaria; cfr., tra gli altri, M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1957, p. 40 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Volume II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 1984, p. 389 ss.; A.A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1217 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano 1962, p. 972 ss.; A.M. SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 41 ss.; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1729 ss. Per la radicale nullità (tesi che escluderebbe *in toto* la possibilità di ritenere inesistente il diritto cautelando), in particolare, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 515 ss.; ID., *Conseguenza processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1035 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano 1967, 41 ss.; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Cedam, Padova 1950, p. 191 ss. Oltre alle tesi contrapposte della nullità e dell'annullabilità, sono state avanzate letture, per così dire, intermedie. Cfr., tra le altre, quella avanzata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 276 ss., il quale sostiene che la legge incostituzionale non sia obbligatoria, ma neppure debba necessariamente essere disattesa, essendo la disobbedienza esclusivamente ammessa. Secondo l'A. «la decisione di incostituzionalità non elimina un presunto dovere di obbedienza, ma fa cadere la possibilità che ciascuno aveva di prestare obbedienza alla legge ed impone a tutti di considerarla priva di efficacia». Oppure ancora C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, p. 298 ss.; ID., *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 831 ss.; ID., «Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzative?, in *Giur. cost.*, 1960, p. 329 ss. L'A. pone in risalto il carattere di esecutorietà che andrebbe riconosciuto alla legge incostituzionale: le norme illegittime prima

particolar modo, quando si richiama alla circostanza per cui la legge costituzionalmente illegittima sarebbe pienamente efficace e operativa fino alla sentenza di accoglimento della Corte, mentre il diritto vantato dall'istante nella fase cautelare sarebbe – nell'arco di tempo che precede la pronuncia costituzionale – un qualcosa di puramente ipotetico.

Non sembra tuttavia che tale argomento sia ragione sufficiente ad escludere in radice l'esistenza del diritto cautelando<sup>43</sup>.

Si è infatti giustamente osservato che non è certo una peculiarità del giudizio cautelare il fatto che una situazione di diritto si prospetti in termini di mera ipotesi che verrà confermata eventualmente solo all'esito del processo, ma è premessa comune a qualsiasi processo. Il che troverebbe conferma nella constatazione, ricorrente nella dottrina

della declaratoria della Corte non sarebbero né valide né obbligatorie, ma esecutorie. In tal senso, si impongono alla sola Pubblica Amministrazione, mentre i giudici (pur non potendo disapplicarle) sono tenuti a sospendere il processo e rimettere la relativa questione alla Corte. La sentenza che accoglie la questione è costitutiva nel senso di privare definitivamente la legge dell'esecutorietà, ma accerta una nullità già preesistente. Questa tesi ha trovato diversi consensi: cfr., ad es., E.T. LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Padova 1958, p. 540 ss.; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2239 ss.

<sup>43</sup> Cfr. in tal senso G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, pp. 136-138. L'A. prima si occupa, in modo specifico, della tesi della nullità: «pur immaginando che già esista, e debba soltanto essere dichiarata, la norma costituzionalmente legittima, e pur ricavando da questa prospettiva la conseguenza che tutti i giudici, idealmente, sarebbero abilitati a tale operazione, resta tuttavia da spiegare perché questa ipotesi, esclusa *in iure condito* per gli altri giudici dal dovere di investire la Corte costituzionale e di sospendere il giudizio, sarebbe, invece, non meramente ideale, ma pratica, per il giudice del provvedimento d'urgenza». Poi, in relazione ad entrambe le tesi afferma che «di per sé sole, non servirebbero comunque a fondare l'ipotesi di un diverso ordine di doveri del giudice del provvedimento d'urgenza rispetto a quello, proprio degli altri giudici, di sospendere il giudizio e di rimettere gli atti alla Corte». La tesi dell'inesistenza del diritto rimane comunque contraddittoria, anche prescindendo da quello che si dirà. Rimane un assunto innegabile che la pronuncia di accoglimento della Corte produca effetti *ex tunc*, quanto meno rispetto al processo *a quo*; il diritto che appariva inesistente verrebbe così ad esistere grazie alla sentenza della Corte, ma si troverebbe nella situazione di non poter essere tutelato (e ormai pregiudicato) per il precedente diniego della misura cautelare.

processualistica, per cui il diritto soggettivo dedotto in giudizio rileva come mera affermazione passibile di conferma, tanto nel giudizio di merito, quanto in quello cautelare<sup>44</sup>.

Ma l'argomento presta il fianco a ulteriori e più decisivi rilievi critici<sup>45</sup>.

In primo luogo, il rigetto dell'istanza cautelare comporta un'inaccettabile svalutazione del significato normativo del dettato costituzionale, dal momento che, attraverso l'applicazione della sola norma legislativa, la norma costituzionale viene radicalmente espunta dall'attività interpretativa del giudice, privandola così di quella valenza direttamente precettiva riconosciuta dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 1 del 1956. Come ha osservato giustamente Gustavo Zagrebelsky, tale soluzione pecca di un eccessivo formalismo: l'antinomia tra una norma ordinaria ed una costituzionale offre infatti all'interprete due dati normativi e non può certo essere risolta obliterando radicalmente il dato costituzionale<sup>46</sup>.

In secondo luogo, dando comunque applicazione ad una legge rispetto alla quale nutre un sospetto di illegittimità costituzionale<sup>47</sup>, il giudice che rigetta l'istanza cautelare finisce con il far prevalere, in via potenzialmente definitiva per il caso di specie, la norma ordinaria subordinata su quella costituzionale sovraordinata. Un vero paradosso, se si considera che ciò avviene quando la tutela giurisdizionale degli stessi diritti (frequentemente di rilievo costituzionale) dovrebbe mostrarsi più rapida ed efficace, anche in ragione della primaria considerazione che tali situazioni soggettive hanno nell'ordinamento costitu-

<sup>44</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 174-175; ID., *Diritto processuale cautelare*, Giappichelli, Torino 2015, p. 454 ss.

<sup>45</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, pp. 131-133; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 31 ss.

<sup>46</sup> G. ZAGREBELSKY, *ult. op. cit.*, p. 31.

<sup>47</sup> Diversi giudici sono ben consapevoli di applicare una legge probabilmente incostituzionale: tra gli altri cfr. Pret. Pavia, 14 marzo 1977, cit., che riconosce la non manifesta infondatezza della questione; Pret. Padova, 13 ottobre 1993, cit., nella quale si afferma espressamente che la norma giuridica esistente presenta «aspetti evidenti di illegittimità costituzionale».

zionale<sup>48</sup>. Si è detto efficacemente che «per una sorta di inspiegabile inversione, la norma ordinaria si manifesta nel suo (dis)valore più pervicace e resistente della stessa norma costituzionale, pur ad essa sovraordinata»<sup>49</sup>.

*b) Violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte delle questioni di costituzionalità non manifestamente infondate e rilevanti: la posizione deteriore del giudice cautelare rispetto alla norma incostituzionale*

La tesi del rigetto appare inoltre in evidente contrasto con il principio di sindacato accentrato di costituzionalità.

Il giudice che propenda per il rigetto, pur ritenendo la questione emersa non manifestamente infondata e soprattutto rilevante per la decisione del giudizio cautelare (tanto che l'impossibilità di dirimerla in via incidentale lo porta a preferire il rigetto *tout court* dell'istanza), si sottrae chiaramente all'obbligo di rimessione sancito dal combinato disposto degli art. 134 Cost., art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e art. 23 l. n. 87 del 1953. Egli non si limita tuttavia a violare l'obbligo di rinvio, ma si pone nella condizione – del tutto diversa e deteriore rispetto a quella di ogni altro giudice<sup>50</sup> – di dover dare applicazione alla legge che presume incostituzionale: un'ulteriore contraddizione della soluzione in esame, che arriva a determinare la violazione dello stesso principio di legalità rispetto al quale vorrebbe professare una rigorosa osservanza.

L'art. 101, comma 2, Cost., come insegnava già Virgilio Andrioli, va infatti letto in stretta relazione con l'obbligo imposto al giudice di rimettere *ex officio* alla Corte costituzionale le questioni di costituzionalità rilevanti e non manifestamente infondate: la soggezione del giudice alla legge, «lungi dal fargli obbligo di applicare la norma incosti-

<sup>48</sup> La critica si ritrova anche nella giurisprudenza più sensibile (quella che opta per la disapplicazione della norma illegittima): cfr, ad es., Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, in *Foro it.*, 1986, I, p. 815, con nota di P. LISA.

<sup>49</sup> G. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 133.

<sup>50</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale* cit., p. 177, il quale – nell'esaminare l'efficacia della legge incostituzionale prima della pronuncia di incostituzionalità – osserva che l'ordinamento impone ai giudici di non applicare e di non disapplicare la legge incostituzionale, arrestandosi di fronte ad essa per rimettere la questione alla Corte.



tuzionale (...) trasforma la sua funzione istituzionale di garanzia dell'ordinamento costituito mediante l'attuazione della legge nel potere-dovere di rimettere alla cognizione della Corte la questione d'incostituzionalità della norma»<sup>51</sup>.

L'introduzione del sindacato accentrato di costituzionalità con il conseguente obbligo per il giudice di sollevare la questione di costituzionalità non rappresenterebbe dunque «una *deminutio*, ma anzi un'esaltazione dell'indipendenza» della magistratura: la soggezione soltanto alla legge e il potere-dovere di non applicarla, quando fosse sospetta di incostituzionalità, sarebbero «*unum et idem*»<sup>52</sup>.

Il rigetto dell'istanza cautelare determina, insomma, tanto la violazione dell'obbligo di remessione alla Corte delle questioni non manifestamente infondate e rilevanti, quanto l'illegittima soggezione del giudice alla norma presunta incostituzionale.

*c) Differente valutazione del punto di diritto del giudice della fase cautelare rispetto a quello del merito*

Un altro argomento che ricorre nelle ordinanze di rigetto è, come s'è visto, quello della necessità per il giudice cautelare – pur nell'ambito di una cognizione per definizione sommaria – di condurre una valutazione in punto di diritto non dissimile da quella realizzata da giudice di merito.

Una posizione questa che appare conforme all'indirizzo maggioritario della dottrina, specialmente processualcivilistica, la quale esclude drasticamente che la *quaestio iuris* possa essere valutata in termini probabilistici<sup>53</sup>: la cognizione sommaria, tipica dei procedimenti cautelari, riguarderebbe esclusivamente gli elementi di fatto, mentre quelli

<sup>51</sup> *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 403.

<sup>52</sup> G. BORRÈ, *op. cit.*, p. 139.

<sup>53</sup> Cfr., in tal senso, S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, Giappichelli, Torino 2005, p. 173; A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 74, ora (ampliato e rivisto) anche ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti cit.*, p. 668; C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Giappichelli, Torino 1998, p. 19.

di diritto sarebbero esaminati, sotto un profilo qualitativo, con modalità del tutto analoghe a quelle del giudizio a cognizione piena in virtù del noto brocardo *iura novit curia*<sup>54</sup>.

La tesi testé esposta non appare tuttavia immune da critiche, anche prescindendo da quei precedenti giurisprudenziali, pur autorevoli, che sostengono la tesi diametralmente opposta e riconducono nell'ambito del *fumus boni iuris* anche gli elementi di diritto<sup>55</sup>.

La durata del processo ordinario, che rappresenta la causa dei pregiudizi che i rimedi cautelari sono chiamati a neutralizzare, non dipende sempre necessariamente dalla soluzione di complicate questioni di fatto; al contrario, la pratica quotidiana dei tribunali offre molteplici esempi di cause i cui contorni in punto di fatto sono ben definiti, mentre è proprio la questione in diritto a porre maggiori difficoltà al giudicante. A ciò si aggiunga che spesso le questioni in punto di diritto sono inestricabilmente intrecciate con quelle di fatto (tale aspetto è particolarmente evidente nel giudizio sull'atto amministrativo) e pertanto una distinzione fin troppo schematica tra elementi di fatto, affidati a una prognosi probabilistica, ed elementi di diritto, che vanno invece integralmente delineati, non è neppure compiutamente realizzabile.

Una valutazione in termini definitivi della questione di diritto nel procedimento cautelare non sembra insomma appartenere pienamente alla realtà della prassi giudiziaria: l'urgenza del provvedere finisce per ripercuotersi, oltre che sulla cognizione dei fatti, anche sulla *quaestio iuris* che non può certo essere sempre esaminata e meditata pienamente come nel giudizio di merito. Questo è quanto avviene soprattutto nella fase cautelare del processo amministrativo, nella quale spesso le questioni di fatto sono piuttosto chiare e sono invece proprio i profili in diritto a richiedere un'approfondita ed ampia disamina, incompatibile con i tempi brevissimi del procedimento.

<sup>54</sup> Si è detto, infatti (cfr. C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 19), che «risposte nette in tempi solleciti potranno essere date – e vengono in effetti offerte dai più bravi giudici d'urgenza, seppur in termini linguisticamente sfumati (...) – a tutte le questioni di diritto: si tratterà ovviamente di soluzioni ermeneutiche e così soggettivamente opinabili, ma che il decidente ben potrà proporre in termini di ferma convinzione e non già di valutazione nudamente probabilistica».

<sup>55</sup> Cfr., ad es., Cass., Sez. Un., sentenza 1° dicembre 1978, n. 5678, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2704 ss., con nota redazionale di C.M. BARONE.

Ma al di là della possibilità di contemplare un esame probabilistico degli aspetti di diritto della domanda cautelare, la tesi del rigetto, pretendendo dal giudice della fase cautelare una cognizione eguale a quella del giudice di merito, mostra comunque un'evidente contraddizione logica. Il giudice della fase cautelare, rigettando il ricorso, si pone infatti in una posizione radicalmente differente rispetto a quella di qualunque altro giudice: laddove a tutti gli altri giudici sarebbe consentito sospendere il procedimento e investire della questione di legittimità la Corte, il giudice cautelare che propenda per il rigetto della questione si pone nella condizione di non poter risolvere l'antinomia tra norma ordinaria e dettato costituzionale, pur avendola rilevata<sup>56</sup>.

La pretesa quindi di condurre una valutazione in punto di diritto eguale a quella del giudice di merito, che passa necessariamente dalla rimessione alla Corte e dalla soluzione della questione, è resa impossibile dalla stessa soluzione del rigetto di cui vorrebbe essere una valida giustificazione.

*d) Impossibilità di sollevare la questione dopo il rigetto*

Bisogna inoltre dar conto di un ulteriore profilo di criticità della tesi presa in esame. In alcuni casi il giudice, soprattutto in vista del successivo svolgimento del giudizio di merito, ha ritenuto di poter sollevare la questione di costituzionalità emersa nel corso della fase cautelare, una volta emanata l'ordinanza di diniego del provvedimento cautelare richiesto.

Le questioni così proposte alla Corte costituzionale sono inevitabilmente andate incontro alla pronuncia di inammissibilità dello stesso giudice costituzionale: una risalente e consolidata giurisprudenza è ormai ferma nel ritenere che il giudice *a quo* che si sia già pronunciato nel merito dell'istanza cautelare, vuoi rigettandola (come nel caso di specie) vuoi accogliendola (come si vedrà *infra*), si sia in tal modo spogliato della propria *potestas iudicandi* e non sia quindi abilitato ad adire la Corte<sup>57</sup>. Il procedimento per il quale il giudice è competente si

<sup>56</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza cit.*, p. 132.

<sup>57</sup> Cfr., sull'esaurimento della *potestas iudicandi* per lo specifico caso di rigetto dell'istanza cautelare, Corte cost., sentenza n. 498 del 1990, nonché ordinanza n. 82

esaurisce infatti con l'ordinanza cautelare e la questione risulta irrilevante per la decisione del giudizio, ormai altrimenti risolto. Il giudice che si pronuncia nel senso del rigetto dell'istanza si preclude pertanto in via definitiva la rimessione della questione alla Corte.

*e) L'ipotesi di una distinzione tra situazioni soggettive pre-esistenti alla norma incostituzionale e situazioni frutto di attività creativa del giudice*

Nell'ambito della dottrina che si mostra favorevole alla soluzione del rigetto, deve tuttavia distinguersi la più articolata posizione di quegli Autori che riconoscono, per talune specifiche situazioni soggettive la possibilità di accedere alla tutela cautelare<sup>58</sup>.

In particolare, secondo quest'orientamento, sarebbe possibile discriminare tra situazioni giuridiche che comportano un'attività "creativa" del giudice cautelare, che in ciò si sostituirebbe alla Corte costituzionale, e situazioni giuridiche già acquisite in capo all'istante, che tuttavia sono messe in pericolo dall'attuazione di una normativa successiva contrastante con la Costituzione oppure da comportamenti di terzi, giustificati da una norma presunta incostituzionale<sup>59</sup>.

del 2005. Si sono dati anche casi, nei quali – pur essendosi espresso il giudice *a quo* per il diniego della misura cautelare – la Corte ha comunque deciso nel merito la questione (ma per questi v. *infra* par. 7, *lett. b*).

<sup>58</sup> Cfr. G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 105-110; ID., *Le tutele sommarie*, cit., pp. 703-705; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela*, cit., pp. 696-698.

<sup>59</sup> Si espone nel testo la tesi di G. Arieta. F. Carpi distingue invece, in modo simile ma non del tutto sovrapponibile, tra il «diritto negato da una norma», da una parte, nel qual caso si è di fronte ad una situazione che non è tutelabile né in via d'urgenza né in via ordinaria; e, dall'altra, i casi in cui la tutela richiesta si fonda direttamente sulla norma costituzionale (che non trova né ostacolo né riconoscimento nella norma ordinaria), oppure su una norma ordinaria avverso cui si pone un comportamento altrui legittimato da altra norma in palese contrasto con la Costituzione, oppure ancora su un'interpretazione della norma ordinaria che può essere resa conforme al dettato costituzionale: in questi casi la tutela d'urgenza sarebbe ammissibile. In senso analogo a F. Carpi, sembrerebbe esprimersi anche M. LOSANA, *La tutela, in sede cautelare, dei diritti costituzionali disconosciuti da una legge ordinaria: la sottile (ma pur sempre praticabile) distinzione tra interpretazione conforme e disapplicazione della legge*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1993-1999, spec. p. 1994, il quale (riprendendo uno spunto di A. GIORGIS,

Nel primo caso, il giudice dovrebbe necessariamente dichiarare inammissibile l'istanza cautelare, poiché non sarebbe consentito creare incidentalmente un diritto al solo fine di tutelarlo in via cautelare. Nel secondo caso, invece, il giudice potrebbe concedere la cautela, dal momento che la situazione giuridica si è già costituita in capo all'istante ed è stata solo in un secondo momento messa in pericolo.

Questa distinzione tra situazioni giuridiche soggettive passibili di tutela non sembra, tuttavia, persuasiva<sup>60</sup>.

In entrambi i casi, la Corte va comunque a censurare l'esercizio illegittimo della funzione legislativa e non sembra che possa negarsi la tutela a diritti che trovano riconoscimento a livello costituzionale sulla scorta delle diverse modalità secondo le quali il legislatore ha emanato la disciplina di riferimento.

Si prenda, ad esempio, il caso di una sentenza additiva di prestazione, che vada a riconoscere in capo ad una platea di soggetti il diritto a servizi previdenziali dai quali il legislatore l'aveva irragionevolmente esclusa: si tratta chiaramente di un diritto rientrante nell'ambito delle situazioni soggettive che, secondo tale dottrina, comporterebbe un'attività creativa del giudice cautelare e pertanto non sarebbe tute-

*La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli 1999, pp. 154-155) distingue tra situazioni espressamente negate dalla legge incostituzionale, per le quali si verserebbe in un caso di *pregiudizialità costituzionale in senso tecnico*; e situazioni di *violazione implicita*, che si avrebbero quando un beneficio non è riconosciuto irragionevolmente ad alcuni soggetti, ma il giudice potrebbe porvi rimedio in via interpretativa senza ricorrere alla Corte. A parere di chi scrive, le situazioni soggettive che possono essere riconosciute in via interpretativa non rientrano comunque nel campo del problema, in quanto in tal caso la rimessione alla Corte costituzionale non solo non è necessaria, ma neppure opportuna in ragione dell'obbligo che sussiste in capo al giudice *a quo* di svolgere un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme che è chiamato ad applicare.

<sup>60</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, pp. 149-151; E.A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Giuffrè, Milano 1981, p. 413; M. Montanari, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 160 (nt. 20); G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari 1987, p. 670 (nt. 88); M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in P. COSTANZO (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1995, p. 105 ss., spec. p. 109 (nt. 13).

labile. All'opposto, se la prestazione fosse già stata riconosciuta da una legge precedente e poi negata da un atto legislativo successivo di dubbia legittimità (ad es. per eccesso di delega), la tutela sarebbe accordabile. Ma è chiaro come «in entrambe le ipotesi la situazione in cui si versa al momento della richiesta del provvedimento è di negazione del diritto che si vanta: nel primo caso si discrimina rispetto alla condizione di altri soggetti; nel secondo rispetto alla condizione di cui lo stesso soggetto godeva prima del sopraggiungere della normativa incostituzionale»<sup>61</sup>. Che tale negazione derivi dalla violazione del principio d'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. oppure dalla violazione di altra norma costituzionale non sembra rilevante: si è sempre di fronte ad una violazione del dettato costituzionale e a un ricorrente che si afferma titolare di una situazione soggettiva lesa.

#### 4. *La sospensione del procedimento cautelare e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale*

Un orientamento minoritario in dottrina<sup>62</sup>, ma largamente praticato dalla giurisprudenza civile ed amministrativa<sup>63</sup> ritiene che il giudice

<sup>61</sup> G. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 151. L'A. osserva acutamente che, peraltro, la tesi esposta presta il fianco ad un'ulteriore critica: la distinzione descritta postula necessariamente la natura costitutiva delle sentenze costituzionali; tuttavia, affermando la possibilità di disapplicare la norma illegittima sopravvenuta al diritto costituzionale già esistente, si finisce con il riconoscere alla norma illegittima un vizio riconducibile alla nullità, la quale implica sentenze di natura dichiarativa. Una chiara contraddizione che va ad inficiare le stesse basi teoriche della distinzione.

<sup>62</sup> Cfr. L. CHIEFFI, *Tutela cautelare e diritti di «rilievo costituzionale» (aspetti problematici)*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2577 ss.; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Jovene, Napoli 1977, pp. 256-257; E.A. DINI (e M. DINI), *I provvedimenti d'urgenza*, Giuffrè, Milano 1981, p. 405 ss.; E.A. DINI, *Questione di costituzionalità e art. 700 c.p.c.*, in *Nuovo Diritto*, 1980, p. 276; M. MONTANARI, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 151 ss.; S. ZIINO, *Note sul procedimento per la cancellazione dei protesti e sui poteri cautelari del giudice ordinario dopo la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2238 ss.

<sup>63</sup> Nella giurisprudenza civile, cfr. Pret. Trasacco, ordinanza 9 dicembre 1972, in *Arch. resp. civ.* 1973, p. 331 ss., con nota di E.A. DINI, *Questioni di costituzionalità in*

della cautela, a fronte di una questione di costituzionalità non manifestamente infondata e rilevante posta a fondamento di un'istanza cautelare, debba sospendere il giudizio *a quo* e investire della questione stessa la Corte costituzionale.

Per comprendere la tesi in analisi, può essere utile guardare a un'ordinanza del Pretore di Genova del 1990<sup>64</sup>, che offre una sorta di compendio degli argomenti impiegati nelle diverse pronunce<sup>65</sup>.

*sede di ricorso «ex» art. 700 cod. proc. civ., «inaudita altera parte»*; Pret. Milano, ordinanza 3 gennaio 1976, in *Foro it.*, 1976, I, p. 877 ss.; Pret. Roma, ordinanza 3 gennaio 1976, *ivi*, 1976, I, p. 877 ss.; Pret. Napoli, ordinanza 27 ottobre 1976, in V. SPARANO, L.F. DI NANNI, A.M. FRANCHINI (a cura di), *Provvedimenti di urgenza e tutela giurisdizionale in materia di lavoro*, Guida, Napoli 1978, p. 230 ss.; Pret. Milano, ordinanza 28 marzo 1977, in *G.U.*, n. 190 del 13 luglio 1977; Pret. Napoli Barra, ordinanza 30 maggio 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 640 ss., in part. 643-647; Pret. Milano, ordinanza 3 dicembre 1977, in *G.U.*, n. 121 del 3 maggio 1978; Pret. La Spezia, ordinanza 29 marzo 1978, in *Foro it.*, 1979, I, p. 285 ss. (solo nel caso in cui la questione non superi la soglia della non manifesta infondatezza); Pret. Roma, ordinanza 25 agosto 1980, in *G.U.*, n. 36 del 6 febbraio 1980; Pret. Milano, ordinanza 14 aprile 1978, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 332 ss.; Pret. Roma, ordinanza 16 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, p. 155 ss., con nota di G. FUBINI, *Sulla legittimità costituzionale della normativa sulle Comunità israelitiche*; Pret. Borgo San Lorenzo, ordinanza 28 maggio 1979, in *Giur. cost.*, 1979, II, p. 2031; Pret. Roma, ordinanza 24 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2311 ss., con nota di A. PIZZORUSSO, *Regime di cittadinanza e parità dei coniugi*; Pret. Lucca, ordinanza 17 ottobre 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 243 ss.; Trib. Voghera, ordinanza 21 giugno 1983, in *Nuovo dir. agr.*, 1984, II, p. 78 ss.; Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1990, p. 1111 ss. (in motivazione). Nella giurisprudenza amministrativa, tra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 24 ottobre 2000, n. 5426, in *Cons. St.*, 2000, I, p. 2387 ss.; *Id.*, sez. V, 13 marzo 2001, n. 1572, *ivi*, 2001, I, p. 829 ss.

<sup>64</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1990, p. 1111 ss.

<sup>65</sup> Si descrivono qui di seguito, brevemente, gli altri casi non riportati nel testo. In Pret. Trasacco, ordinanza 9 dicembre 1972, *cit.*, si affrontava la questione relativa alla costituzionalità del d.p.r. n. 180 del 1952 e delle correlative norme del Codice Postale nella parte in cui approvano e rendono esecutivi gli artt. 4, 7, 9, 21 e 22 della Concessione tra lo Stato e la RAI: tali norme apparivano in contrasto con l'art. 43 Cost. in quanto, da una parte, la pubblicità radiotelevisiva era stata riservata in monopolio, pur mancando il fine dell'utilità generale, la qualificazione di servizio pubblico essenziale o di fonte d'energia; dall'altra parte, perché si consente che il servizio sia gestito in monopolio, in concreto, da soggetti diversi dallo Stato, Enti pubblici, Comunità di lavoratori o utenti. In Pret. Roma, ordinanza 3 gennaio 1976, *cit.*, si trattava della partecipazione al Partito Radicale alla trasmissione televisiva «Tribuna Politica». In Pret. Napo-

Il caso riguardava la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge n. 53 del 1990, in relazione all'art. 51 Cost., il quale prescriveva per i gruppi politici non rappresentati in Parlamento un determinato numero di presentatori per poter partecipare alle elezioni amministrative<sup>66</sup>.

In primo luogo, il giudice richiama il principio del sindacato accentrato di costituzionalità, considerando che la violazione del dettato costituzionale «non può essere dichiarato da altri che dalla Corte costi-

li, ordinanza 27 ottobre 1976, cit., si trattava dell'*una tantum* sulle autovetture per la ricostruzione post-sisma in Friuli. In Pret. Milano, ordinanza 28 marzo 1977, cit., e Pret. Milano, ordinanza 3 dicembre 1977, cit., si tratta della già ricordata questione della differente età pensionabile tra lavoratori e lavoratrici, come pure in Pret. Napoli Barra, ordinanza 30 maggio 1977, cit. In Pret. Roma, ordinanza 16 maggio 1979, cit., la questione riguardava una serie di norme del r.d. n. 1731 del 1930: questa disciplina prevedeva l'iscrizione di diritto degli ebrei italiani alla Comunità di residenza, nonché contributi obbligatori degli iscritti a favore della Comunità di appartenenza e un contenzioso tributario interno; di questa normativa si lamentava l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 2, 3, 18, 23, 24, 53 e 102 Cost. In Pret. Roma, ordinanza 25 agosto 1980, cit., si affronta la questione delle assunzioni obbligatorie degli orfani dei caduti in guerra o per servizio o sul lavoro fino al superamento del 55° anno di età. In Pret. Roma, ordinanza 24 giugno 1980, cit., si discute della legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., dell'art. 10, comma 2, della legge n. 555 del 1912, che escludeva la possibilità per il soggetto di sesso maschile straniero, il quale contraggia matrimonio con una cittadina italiana, di acquisire la cittadinanza italiana. In Pret. Lucca, ordinanza 17 ottobre 1981, cit., si affronta la questione dell'iscrizione obbligatoria dei professori universitari, che esercitano la professione legale, alla Cassa forense. In Trib. Voghera, ordinanza 21 giugno 1983, cit., si ripropone la questione della conversione dei contratti associativi in affitto, la cui disciplina è ritenuta incostituzionale dai ricorrenti sotto diversi profili. Il giudice, in questo caso, opta per la sospensione, rilevando che il provvedimento richiesto *ex* art. 700 c.p.c. «è caratterizzato dall'accessorietà e dalla temporaneità, in quanto è diretto ad assicurare provvisoriamente gli effetti di una successiva decisione sul merito». Il giudizio di costituzionalità tuttavia «sovrasta il giudizio di merito, al quale è totalmente estraneo» e di conseguenza la previsione dell'esito del giudizio di costituzionalità non può essere ricompresa nel provvedimento d'urgenza, che in questo modo sarebbe privo del requisito dell'accessorietà.

<sup>66</sup> Tale normativa non consentiva ai gruppi politici non rappresentati in Parlamento di partecipare alle elezioni amministrative, se non dimostrando attraverso un dato numero di presentatori, di avere un seguito nell'elettorato, con il fine di garantire la serietà delle candidature e della competizione elettorale.



tuzionale e, fino a quando non sopraggiunga la dichiarazione, la legge ordinaria è pienamente operativa e spiega tutti i suoi effetti. In altre parole, il conflitto tra norma costituzionale e norma ordinaria è risolto a favore della norma subordinata fino a che non intervenga la pronuncia della Corte costituzionale, è risolto invece a favore della norma sovraordinata dopo tale pronuncia»<sup>67</sup>.

Detto altrimenti, la riserva in via esclusiva alla Corte costituzionale della cognizione in merito all'eventuale illegittimità costituzionale delle leggi, con il conseguente divieto per il giudice di disapplicare la legge che non sia stata ancora dichiarata illegittima, sono apparsi ai fautori di tale soluzione argomenti sufficienti per sostenere che la legge – prima della declaratoria di incostituzionalità – sia assistita da una sorta di presunzione di legittimità. Per di più, si è osservato a tal proposito che se neppure la Corte costituzionale, l'organo stesso cui è deputata la soluzione della questione, ha il potere di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato fino alla risoluzione della questione<sup>68</sup>, *a fortiori* ciò non può essere concesso al giudice ordinario in fase cautelare<sup>69</sup>.

Altro argomento impiegato dal pretore genovese, riprendendo il menzionato insegnamento della Corte di Cassazione, è quello di ritenere l'ordinanza cautelare, emessa a seguito della disapplicazione della legge, un provvedimento abnorme, viziato per eccesso di potere<sup>70</sup>. Peraltro il pretore, pur non mancando di esaminare il problema della le-

<sup>67</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1112.

<sup>68</sup> *Contra* però cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss. Sul punto v. *amplius* Cap. VI, par. 2.

<sup>69</sup> Cfr. E.A. DINI, *I provvedimenti*, cit., 409. *Contra* cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, p. 144 (nota 53).

<sup>70</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1112. Diverse pronunce della Corte di Cassazione si esprimono, a livello di *obiter dicta*, in questo senso. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. Un., 7 luglio 1988, n. 4476, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2938 ss., la quale afferma che «il giudice che disattende le norme di legge dettate per il rapporto di cui deve conoscere e lo regola, invece, sia pure provvisoriamente, in base ad una diversa disciplina (arbitrariamente desunta da altre disposizioni e ritenuta più consona agli interessi in gioco), rende una decisione *contra legem*, viziata da errore *in iudicando*»; Cass., Sez. lav., sentenza 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 1819 ss., con note di B. SASSANI e A. VALLEBONA, rispettivamente pp. 1822-1823 e pp. 2757-2758.

sione arrecata al principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>71</sup>, aggira il problema, riproponendo l'argomento, già visto nell'ambito della tesi favorevole al rigetto, dell'inesistenza del diritto cautelando<sup>72</sup>, tesi che anche in dottrina incontra un certo consenso. Al punto che c'è chi ha affermato che la problematica di cui si occupa questo studio sia, in realtà, «un vero e proprio pseudo-problema, frutto di una non sufficientemente meditata considerazione della situazione sostanziale su cui il giudice dell'urgenza è chiamato a provvedere»<sup>73</sup>.

Il pretore evidenzia inoltre come, con la concessione del provvedimento e senza sollevare la questione, si incorra in un ulteriore inconveniente: lasciando al giudice di merito l'incombenza di investire la Corte della questione di costituzionalità, deliberata in via provvisoria e ai soli fini della tutela cautelare dal giudice dell'urgenza, può verificarsi l'ipotesi che il giudice del merito, opinando diversamente rispetto a quello della cautela, ritenga manifestamente infondata la questione: «si avrà l'assurdo risultato di aver attuato non solo un diritto attualmente inesistente, ma che non ha neppure la speranza di venire ad esistenza»<sup>74</sup>.

Infine, guardandosi all'estensione dei poteri del giudice della cautela, sempre per negare spazio alla possibilità della disapplicazione della legge presunta illegittima, si afferma che «non si vede perché (...) il giudice del provvedimento interinale d'urgenza debba reputarsi investito di poteri maggiori e possa negare direttamente l'applicazione della legge, prevenendo il giudizio dell'unico organo al quale esso è affidato dall'ordinamento»<sup>75</sup>.

Gli argomenti impiegati, come è agevole notare, si sovrappongono

<sup>71</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1113: il giudice è consapevole che «potrebbe infatti avvenire che un diritto – fondato su norme costituzionali, ma disconosciuto dalle norme ordinarie – possa essere, come nel caso in esame, esercitato solo entro un dato termine, con la conseguenza che il suo riconoscimento (a seguito della pronuncia della Corte costituzionale), sopravvenuto a termine scaduto, risulti poi nel concreto del tutto vano».

<sup>72</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1113.

<sup>73</sup> M. MONTANARI, *op. cit.*, p. 155.

<sup>74</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1113.

<sup>75</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., p. 1113. Cfr. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, Cacucci, Bari 2012, p. 257.

pressoché integralmente a quelli che sostengono la tesi del rigetto. Differente è, invece, il peso dato ai principi costituzionali di sindacato accentrato, da una parte, e di effettività della tutela giurisdizionale, dall'altra. È infatti palese come in quest'orientamento la considerazione maggiore sia data al primo, mentre la valenza del secondo – per quanto non pochi giudici ed Autori avvertano l'inevitabile compressione della tutela determinata dalla sospensione – è generalmente sminuita.

Volendo sintetizzare gli argomenti dell'orientamento incline alla sospensione del procedimento cautelare con rimessione degli atti alla Corte, si possono distinguere quattro punti:

a) il principio di sindacato accentrato di costituzionalità non conosce deroga alcuna, neppure per i procedimenti cautelari, tanto più che la legge prima della sentenza della Corte è assistita da una presunzione di legittimità;

b) il giudice della cautela non ha poteri più ampi di quello di merito e non può, di conseguenza, disapplicare la norma sospetta di incostituzionalità;

c) la concessione della misura cautelare previa disapplicazione si concreta in un provvedimento abnorme, viziato per eccesso di potere;

d) l'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale non è sufficiente a giustificare una deroga alla riserva esclusiva della Corte costituzionale in ordine alla pronuncia dell'incostituzionalità delle leggi, tanto più che non vi è situazione soggettiva esistente che venga lesa nell'effettività della tutela<sup>76</sup>.

##### 5. Osservazioni critiche: a) *Tendenziale inammissibilità della sospensione nei procedimenti cautelari*

L'opzione per la mera sospensione del procedimento cautelare,

<sup>76</sup> Si tratta, sostanzialmente, della tesi dell'inesistenza del diritto cautelando già proposta dalla giurisprudenza favorevole al rigetto. Per la critica di quest'argomento si veda *supra* par. 3, *lett. a*); in particolare, le considerazioni svolte in nota valgono per il caso della sospensione, visto che l'eventuale pronuncia di incostituzionalità della Corte comporterebbe l'esistenza del diritto cautelando; il quale probabilmente sarebbe ormai irreparabilmente compromesso.

come si è accennato, trova consenso presso una dottrina largamente minoritaria; lo scarso successo di tale soluzione si spiega notando come la sospensione di un procedimento che trova la sua ragione essenziale nella celerità appare *ictu oculi* un'insanabile contraddizione logica. Contraddizione che è sentita chiaramente anche da parte della giurisprudenza, la quale in molte pronunce afferma con chiarezza che le soluzioni che si possono dare ad un'istanza cautelare sono due: o il rigetto, o l'accoglimento. Persino chi sostiene tale scelta è costretto ad ammetterne la «vistosa anomalia», il carattere di «vera e propria *contradictio in terminis* di un procedimento cautelare d'urgenza, quindi istituzionalmente destinato ad apprestare misure immediate di tutela, esposto all'eventualità di una *sospensione* dai tempi inevitabilmente lunghi come quella connessa all'instaurazione del giudizio incidentale di legittimità innanzi alla Corte costituzionale»<sup>77</sup>.

La dottrina processualciviltistica si è a lungo interrogata sulla compatibilità o meno dell'applicazione dell'istituto della sospensione ai procedimenti cautelari. In particolare, prima della sospensione per pregiudizialità costituzionale, era stata oggetto di amplissimo dibattito e di una ricca e contrastante giurisprudenza la questione della sospensione obbligatoria ed incondizionata che derivava dalla proposizione del regolamento di giurisdizione (ovviamente prima che la disciplina di legge venisse riformata nel 1990<sup>78</sup>, conferendo al giudice la possibilità di valutare la serietà dell'istanza e di conseguenza pronunciare o meno la sospensione).

Le considerazioni emerse dal dibattito sul tema, in relazione alla proponibilità del regolamento di giurisdizione in sede cautelare e ai poteri del giudice dell'urgenza durante la sospensione, possono fungere da utile elemento di confronto per verificare se, effettivamente, quella che appare una logica contraddizione (cioè quello del procedimento cautelare sospeso nell'attesa della pronuncia della Corte costituzionale) si traduca in una vera e propria incompatibilità giuridica della sospensione per pregiudizialità costituzionale con il procedimento cautelare.

<sup>77</sup> M. MONTANARI, *op. cit.*, p. 161.

<sup>78</sup> Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2011, pp. 120-123.

Per un'analisi accurata del dibattito e della giurisprudenza sul tema del regolamento di giurisdizione, non si può prescindere dall'opera di Franco Cipriani<sup>79</sup>. L'Autore riteneva che la proposizione del regolamento di giurisdizione con la conseguente (e necessaria) sospensione del procedimento fosse ammissibile solamente nell'ambito del processo di merito di primo grado (senza che vi sia stata ancora una decisione nel merito) ed invece inaccettabile nei procedimenti cautelari. Questa opinione si fondava in via principale sull'interpretazione del dato letterale dell'art. 41, comma 1, c.p.c. che prevedeva la proponibilità del regolamento «finché la causa non sia decisa in primo grado».

Ma le considerazioni più interessanti, ai fini della critica dell'orientamento in analisi, sono quelle che Cipriani compie sulla generale inammissibilità della sospensione in rapporto ai procedimenti cautelari: è «da escludere che la situazione nella quale versa il giudice cui è chiesto un provvedimento urgente non sia dissimile da quella nella quale viene a trovarsi qualsiasi giudice della ordinaria cognizione, di fronte ad un regolamento di giurisdizione, non potendosi dubitare che tra le due situazioni sussiste almeno questa differenza: mentre il giudice della ordinaria cognizione che sospende il processo ex art. 367, anche se rischia di rendere giustizia ancor più lentamente di quanto abitualmente non faccia, esercita un potere che gli spetta, il giudice che sospendesse ex art. 367 un processo urgente eserciterebbe un potere che non gli spetta e denegherebbe *tout court* giustizia, perché la tutela urgente o è immediata oppure non è»<sup>80</sup>. Il giudice della cautela non ha dunque il potere di sospendere il procedimento proprio invece del giudice del merito: altrimenti «il processo urgente non assolverebbe la funzione che il legislatore, in considerazione della particolare meritevolezza della situazione giuridica sostanziale tutelanda, gli ha assegnato, non esitando, nel prevederlo, a derogare al principio di razionalità

<sup>79</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Jovene, Napoli 1977; ID., *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione del processo di merito*, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1410 ss.

<sup>80</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento*, cit., p. 236. Bisogna notare come, in maggioranza, gli Autori che hanno sostenuto la possibilità di ammettere il regolamento talora hanno escluso l'ammissibilità della relativa sospensione, e talora, pur accogliendola, hanno anche ritenuto che il giudice dell'urgenza potesse ugualmente pronunciarsi sulla cautela. Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento*, cit., p. 238 ss.

del giudizio, che implica una cognizione piena ed esauriente, a comprimere il contraddittorio e ad attribuire ciò nonostante al provvedimento giurisdizionale efficacia esecutiva immediata»<sup>81</sup>. Le considerazioni di Cipriani godono, d'altro canto, di un ampio consenso in dottrina<sup>82</sup>.

Un'ulteriore indicazione nel senso di escludere la possibilità di una sospensione del procedimento cautelare viene inoltre dalla incontestabile *ammissibilità di provvedimenti cautelari nel corso del giudizio sospeso*. L'introduzione del procedimento cautelare uniforme ha infatti riconosciuto espressamente la possibilità di concedere provvedimenti cautelari nel corso del processo sospeso, disponendo ai sensi dell'art. 669-*quater*, comma 2, c.p.c. che la relativa istanza sia proposta al presidente il quale vi provvede ai sensi dell'art. 669-*ter*, ult. comma, c.p.c. (norma replicata anche per il caso di istruzione preventiva, art. 699 c.p.c.)<sup>83</sup>.

Secondo Cipriani, tuttavia, non sarebbe tanto l'esistenza di norme particolari che prevedono l'adozione di provvedimenti *stricto vel lato sensu* cautelari a consentire, in generale, l'ammissibilità di provvedimenti urgenti durante la sospensione, ma piuttosto il fatto che la tutela cautelare tenda, per sua natura, a neutralizzare il *periculum in mora*. Inoltre la sospensione del processo, come nota sempre acutamente Cipriani, con l'allungamento dei tempi processuali che comporta, non solo tendenzialmente va ad aggravare il *periculum in mora*, ma potrebbe addirittura essere la causa stessa del suo determinarsi<sup>84</sup>.

Insomma, sulla base di pur diverse ricostruzioni, si giunge sempre e comunque all'assunto per cui la sospensione non è strutturalmente

<sup>81</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento*, cit., p. 237.

<sup>82</sup> Cfr., tra gli altri, G. BORRÈ, *op. cit.*, p. 127 (nota 24) e p. 141 (nota 59); G. Campanile, *op. cit.*, p. 134 (nota 24); C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giappichelli, Torino 2014, p. 282, con ampia nota di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali (pp. 283-284); G. VACIRCA, «Licenziamento anticipato» della donna, questione di costituzionalità e provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ., in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 657 ss.

<sup>83</sup> Cfr. sempre F. CIPRIANI, voce *Sospensione del processo*. (*Diritto processuale civile*), in *Enc. giur.*, vol. XXX, p. 13.

<sup>84</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione cit.*, p. 1411.

ammissibile rispetto ai procedimenti d'urgenza e quand'anche fosse disposta rispetto al giudizio di merito, non precluderebbe la successiva adozione di provvedimenti urgenti<sup>85</sup>.

Tuttavia, sull'inammissibilità della sospensione per pregiudizialità costituzionale, le opinioni sono discordi: lo stesso Cipriani ammette che l'unico caso di sospensione del procedimento d'urgenza sarebbe quello determinato dall'investitura della Corte costituzionale per la risoluzione della questione di costituzionalità<sup>86</sup>: «il principio di legalità previsto dalla Costituzione, in uno con il principio, pure costituzionale, della natura incidentale del giudizio, riservato alla Corte costituzionale, sulla legittimità delle leggi, esige che il processo, quale che sia, si fermi in attesa che sia fugato il dubbio del giudice sulla legittimità costituzionale della disposizione normativa ch'egli ritiene rilevante per decidere la controversia»<sup>87</sup>.

Proprio le premesse poste da Cipriani – ovvero quelle per cui la sospensione è un istituto che, per la sua natura, contrasta con la tutela d'urgenza e pertanto, nella generalità dei casi, non è ammissibile nei procedimenti cautelari – rendono però difficile giustificare una deroga solo in virtù della specialità della sospensione di cui all'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953.

Come si è ricordato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.* è stato più volte riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte come uno strumento costituzionalmente essenziale e necessario. Quando si valuta la possibilità di sospendere il procedimento cautelare, non si può prescindere dalla considerazione che a fronte di principi di sicura rilevanza costituzionale, come quelli di legalità e di sindacato accentrato di costituzionalità, non si contrappongono «generiche affermazioni sull'effettività della tutela giurisdizionale»<sup>88</sup>, ma un principio di pari rango, il quale non può essere del tutto obliterato per assicurare l'osservanza dei primi due.

Per concludere dunque su questo punto, si può affermare che la sospensione è tendenzialmente inammissibile per i procedimenti ur-

<sup>85</sup> Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, p. 651 ss.

<sup>86</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento cit.*, p. 255 ss.

<sup>87</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento cit.*, p. 257.

<sup>88</sup> Così E.A. DINI, *I provvedimenti cit.*, p. 409.

genti e ciò dovrebbe valere anche con riguardo alla sospensione di cui all'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953, giacché l'osservanza del principio del controllo accentrato di legittimità costituzionale non può andare a sacrificare *in toto* la tutela cautelare, strumento essenziale della tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*<sup>89</sup>.

Certo si pone il problema (come si è visto, tutt'altro che semplice) di far convivere i due principi; ma rimane comunque, come imprescindibile punto di partenza, la strutturale incompatibilità dei procedimenti cautelari con la sospensione; incompatibilità che non è solo di carattere logico, ma pure giuridico.

*b) Potenziale irrilevanza (e prevedibile ininfluenza) della questione per insussistenza del periculum in mora*

Un'altra critica, altrettanto persuasiva, può essere mossa alla tesi della mera sospensione. Il giudice che sospenda *tout court* il procedimento cautelare per pregiudizialità costituzionale compie ad ogni modo una scelta erronea, sia nella prospettiva di una corretta applicazione delle regole sul processo cautelare sia nella prospettiva di una corretta instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale.

Erronea nell'ottica della corretta applicazione delle regole sul processo cautelare, perché il giudice che sospende il procedimento riconosce, seppur implicitamente, l'originaria insussistenza del requisito del *periculum in mora*, non essendo altrimenti tollerabile alcuna dilazione per la concessione della misura cautelare, se il danno fosse davvero imminente<sup>90</sup>. L'opzione corretta in tal caso sarebbe quella del ri-

<sup>89</sup> Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, p. 671, il quale afferma con chiarezza che «il carattere urgente del processo è incompatibile con un suo arresto sia pure dovuto alla necessità di accertare la legittimità costituzionale della legge».

<sup>90</sup> Cfr., in tal senso, G. BORRÈ, *op. cit.*, pp. 127 e 141. Con riferimento all'art. 700 c.p.c., vi è un sostanziale consenso in dottrina nel ritenere che il requisito dell'*imminenza* del danno vada inteso come pregiudizio attuale, prossimo a verificarsi (soprattutto in rapporto al tempo necessario per far valere in via ordinaria il diritto dedotto), dovendosi escludere perciò i *pericula* che appaiano lontani sotto il profilo cronologico. Cfr., tra gli altri, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna 2016, pp. 214-218; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel*



getto dell'istanza cautelare per la carenza del presupposto del *periculum* e non la sospensione del procedimento.

Laddove, invece, il *periculum* fosse in effetti presente – e qui si annida l'errore nell'ottica della corretta instaurazione del giudizio incidentale, è assai probabile che nel tempo trascorso nell'attesa della pronuncia della Corte costituzionale, il pregiudizio irreparabile soltanto temuto, contro il quale è appunto richiesto il provvedimento cautelare, si venga definitivamente a concretizzare, tanto da rendere del tutto inutile – e perciò impossibile per la sopravvenuta carenza del *periculum* stesso<sup>91</sup> – l'emanazione della misura cautelare<sup>92</sup>. Il giudice remittente si troverebbe pertanto a sollevare una questione la cui risoluzione – già al momento in cui viene sollevata – non avrà probabilmente alcuna influenza per la definizione del giudizio cautelare.

Alla luce di questa circostanza, alcuni Autori<sup>93</sup> hanno sostenuto che non potrebbe neppure escludersi che la Corte costituzionale, investita della questione dal giudice dell'urgenza, si pronunci per l'inammissibilità della stessa per difetto della rilevanza, dal momento

*processo civile*. (Artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.), Napoli 1955, p. 78, il quale afferma efficacemente che l'evento dannoso non dev'essere «di remota possibilità, ma incombente con vicina probabilità».

<sup>91</sup> Dottrina e giurisprudenza concordano nell'escludere la concessione della tutela nel caso di evento dannoso che si sia già compiutamente esaurito; cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 216. Diversa è l'eventualità che la misura cautelare sia richiesta per paralizzare l'aggravarsi o il reiterarsi del danno, nel qual caso l'istanza va senz'altro accolta; cfr. ancora A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *op. cit.*, p. 216 ss. Sul *periculum* nel processo amministrativo cfr. M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, Milano 2012, p. 109 ss.

<sup>92</sup> Quest'argomento ritorna spesso nella giurisprudenza che esclude la possibilità di sospendere il procedimento cautelare; cfr., ad esempio, Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, *cit.*, p. 312; Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, in *Foro it.*, 1986, I, p. 815, con nota di P. LISA; Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, I, p. 322.

<sup>93</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, pp. 142-143; G. BORRÈ, *op. cit.*, p. 141. In senso analogo anche C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 292-293. L'argomento della potenziale irrilevanza ricorre anche nella giurisprudenza di merito: cfr., ad es., Pret. Roma, ordinanza 8 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2067-2608; Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 2078; Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, I, p. 315 ss.

che l'eventuale sentenza di accoglimento non potrebbe spiegare alcun effetto nel procedimento *a quo* ai sensi dell'art. 23 l. n. 87 del 1953.

Tuttavia, è necessario osservare come la Corte, nei rarissimi precedenti che hanno riguardato il requisito della rilevanza in rapporto al *periculum in mora*, ha escluso la propria competenza a sindacarne la fondatezza, limitandosi piuttosto (e correttamente) a saggiare la plausibilità della motivazione offerta dal giudice *a quo* sul punto<sup>94</sup>. Quando la Corte si è espressa per l'inammissibilità<sup>95</sup>, lo ha fatto esclusivamente per l'insufficienza della motivazione del giudice *a quo* (del tutto assente o semplicemente "di stile"), senza però spingersi a svolgere un esame approfondito circa la sussistenza del requisito.

Sembra pertanto che la tesi avanzata di una possibile declaratoria di inammissibilità (nonostante le ben note oscillazioni della giurisprudenza costituzionale in punto di rilevanza<sup>96</sup>) non possa trovare adesione: la valutazione della Corte si arresta generalmente alla plausibilità dell'ordinanza di rimessione e non può arrivare al punto di verificare, nei fatti, la sussistenza del *periculum in mora* (verifica che compete al giudice *a quo*, il quale deve motivare in proposito) oppure la sua permanenza al momento della pronuncia (verifica che colliderebbe con il noto carattere di *istantaneità* del requisito della rilevanza).

A queste considerazioni va a sommarsi il noto *principio di autonomia del giudizio costituzionale* rispetto alle vicende del processo *a quo*, per cui anche nell'ipotesi in cui il pregiudizio temuto venga a realizzarsi compiutamente (con tutto ciò che comporta per l'esito del procedimento cautelare), trattandosi di *fatto sopravvenuto* rispetto al momen-

<sup>94</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 23 marzo 1995, n. 108, in *Giur. cost.*, 1995, I, p. 876 ss., con nota di P. BIANCHI, *La Corte ancora alla ricerca del suo contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*.

<sup>95</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 19 novembre 2008, n. 393, in *Giur. cost.*, 2008, VI, p. 4607 ss., con nota di P. PICIOCCHI, *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*; e Corte cost., sentenza 9 giugno 2010, n. 217, in *Giur. cost.*, 2010, III, p. 2495 ss.

<sup>96</sup> Sul punto, per tutti, si v. L. AZZENA, *La rilevanza: nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli 2012; e G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2017.

to della rimessione, non potrebbe spiegare alcun effetto rispetto alla decisione sulla relativa questione di legittimità<sup>97</sup>.

Un ulteriore argomento in senso contrario alla tesi esposta sembrerebbe venire infine dalla costante e copiosa giurisprudenza della Corte (che si vedrà più diffusamente *infra* par. 7) che ritiene rilevanti le questioni sollevate nel corso del procedimento cautelare quando il giudice non si sia ancora pronunciato. Ma in questo caso è diversa la prospettiva del giudice costituzionale, dal momento che la rilevanza non viene considerata, in questi casi, con specifico riguardo al *periculum in mora*, ma piuttosto con esclusivo riferimento all'esaurimento (o meno) della *potestas iudicandi*<sup>98</sup>.

Ad ogni modo, se la Corte costituzionale verosimilmente non si spingerà sino a dichiarare l'inammissibilità della questione per il venir meno del *periculum in mora*, ciò non esclude che l'opzione della mera sospensione del procedimento cautelare mostri criticità sotto il profilo del corretto funzionamento del controllo di costituzionalità in via incidentale.

Se infatti il *periculum in mora* prospettato dal richiedente si viene a concretizzare in via definitiva, la decisione della Corte costituzionale non potrà trovare applicazione alcuna rispetto al giudizio *a quo*, dal momento che il giudice (come si è detto) dovrà necessariamente rigettare l'istanza cautelare perché il fatto di pericolo si è già compiutamente concretizzato.

Ma è altrettanto vero che, specialmente nei casi in cui il *periculum in mora* si prospetta con ragionevole probabilità in termini piuttosto brevi<sup>99</sup> (come avviene il più delle volte), il giudice *a quo* decide consa-

<sup>97</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Jovene, Napoli 2019, p. 136 s.

<sup>98</sup> Nelle pronunce cui si fa riferimento, non sarebbe cioè considerato il profilo della potenziale ininfluenza della sentenza di accoglimento per il venir meno del *periculum in mora*, ma solamente il fatto che il giudice *a quo*, non essendosi ancora pronunciato, non si è privato della *potestas iudicandi*.

<sup>99</sup> Sull'accertamento del requisito del *periculum in mora*, la dottrina si divide tra posizioni più o meno rigorose in ordine al grado di probabilità necessario, escludendosi in ogni caso la mera ipoteticità dell'evento dannoso. Cfr. C. CONSOLO, *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 535 ss., il quale ritiene necessario un giudizio di verità e non di semplice verosimiglianza; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 2009, 598; S. RECCHIONI, *Diritto processuale*

pevolmente di investire la Corte di una questione la cui risoluzione non potrà spiegare alcun effetto rispetto al giudizio in cui è emersa. Si tratta di un caso di ininfluenza della decisione di costituzionalità rispetto tanto al giudizio *a quo*, quanto al rapporto dedotto in giudizio, che la Corte non può rilevare (in ragione dei caratteri del controllo sulla rilevanza cui si è accennato), ma che il giudice può e deve tenere in considerazione.

#### 6. *La disapplicazione incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale*

Un ampio seguito in giurisprudenza<sup>100</sup> e dottrina<sup>101</sup> trova invece la

*cautelare*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 469-507, con ampi riferimenti al dibattito dottrinale.

<sup>100</sup> Nella giurisprudenza civile, cfr. Pret. Bologna, ordinanze 2 e 14 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2616, rispettivamente in part. pp. 2633-2635 e pp. 2627-2629; Id. Sampierdarena, ordinanze 13 e 27 ottobre 1975, *ivi*, pp. 2615-2616, rispettivamente in part. pp. 2629-2633 e pp. 2623-2625; Pret. Milano, ordinanza 26 maggio 1975, in *Mass. giur. lav.* 1975, p. 534 ss.; Id. Milano, ordinanza 17 dicembre 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, p. 318 ss.; Id. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, *ivi*, 1977, I, p. 2354 ss.; Id. Voltri, 1 settembre 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 639 ss.; Id. Bari, ordinanza 4 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1807 ss.; Id. La Spezia, ordinanza 29 marzo 1978, *ivi*, 1979, I, p. 285 ss.; Pret. Pisa, 16 maggio 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 241 ss.; Cass., Sez. Un., 1 dicembre 1978, n. 5678, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2704 ss., con nota di A. BARONE; Pret. Roma, ordinanza 8 giugno 1981, *ivi*, 1981, I, p. 2064 ss.; Id. Milano, ordinanza 22 settembre 1981, *ivi*, 1981, I, p. 2568 ss.; Id. Napoli, ordinanza 30 settembre 1981, in *Dir. e giur.*, 1982, p. 414 ss.; Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, in *Foro it.*, 1986, I, p. 813, con nota di P. LISA (con riferimento alla concessione di un sequestro giudiziario); Id. Parma, ordinanza 11 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 151 ss., con nota di M. MONTANARI, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*; Pret. Roma, ordinanza 3 novembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 1, p. 289 ss., con nota di L. COZZOLINO, *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l'astensione referendaria* (in motivazione, limitatamente ai provvedimenti emessi pendente il giudizio di merito); App. Palermo, decreto 30 giugno 1992, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 2235 ss. con nota di S. ZIINO, *Note sul procedimento per la cancellazione dei protesti e sui poteri cautelari del giudice ordinario dopo la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale*; Trib. Torino, ordinanza 28 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1866 ss., con nota di F. PORCARI, *In tema di «quote-latte», tutela*

soluzione della disapplicazione, in via incidentale e ai fini dell'urgenza, della norma ordinaria ritenuta incostituzionale. Tale orientamento presenta, al di là della comune opzione per la concessione del provvedimento d'urgenza, diverse declinazioni relativamente ai presupposti, alla durata e ai caratteri del provvedimento, nonché alla rimessione o meno della questione *ex post* alla Corte.

Una pronuncia molto significativa è quella del Pretore di Pisa<sup>102</sup> sulla già menzionata questione dei precari dell'Università. Si eviden-

*d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità tra normativa interna e normativa comunitaria*; Trib. Roma, 3 febbraio 2003, in *Lavoro nelle P.A.*, con nota di B. VALENZISE, *Lo spoils system: prime controversie relative alla decadenza dall'incarico dirigenziale ex art. 3, comma 7, della legge 15 luglio, n. 145*; Id. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, 315 ss.; Trib. Monza, Sez. lav., ordinanza 13 maggio 2012 e Trib. Messina, ordinanza 13 settembre 2013, entrambe in *biodiritto.org* – *Dossier Stamina*. Nella giurisprudenza amministrativa, tra le altre, cfr. Cons. Stato, ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Cons. St.*, 1999, I, p. 2038 ss., nonché in *Foro it.*, 2000, III, p. 9 ss., con nota di R. ROMBOLI.

<sup>101</sup> In dottrina appoggiano la presente tesi, seppur con argomentazioni diverse e diversa convinzione, N. BALBI, voce «*Provvedimenti d'urgenza*», in *Digesto Civile*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 73 ss.; G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli, 1979, p. 139 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova 1996, p. 759 (nota 51); G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 124 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 1998, p. 242; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli 1999, p. 154 ss.; A. IANNIELLO, *La giurisprudenza del lavoro nell'impatto col nuovo art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. critica dir. lav.*, 1992, p. 593 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giuffrè, Milano 2000, p. 159 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 1999, pp. 682-683; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 356 ss. in part. 399; B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela in via d'urgenza*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1822 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 673; G. VACIRCA, «*Licenziamento anticipato*» della donna, *questione di costituzionalità e provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, II, p. 652 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, p. 419 ss., in part. p. 447 (seppur con notevoli perplessità); G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza cit.*, p. 27 ss. (nei termini descritti *supra* par. 1.).

<sup>102</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2354 ss.

ziano in particolare, anche per la chiarezza dell'esposizione, le osservazioni circa la consistenza del *fumus boni iuris*: «la valutazione del *fumus boni iuris* in altro non consiste che in una prognosi circa l'esito definitivo del giudizio di merito, la quale ingloba necessariamente anche l'esito degli eventuali giudizi incidentali di legittimità costituzionale che appaiano implicati nel giudizio di merito. Il giudice dell'urgenza viene a porsi in tal modo come anticipatore non solo del giudice del merito ma, necessariamente, attesa la struttura del giudizio di legittimità costituzionale, anche del giudice delle leggi, assicurando provvisoriamente gli effetti di una pronuncia di merito che presuppone una previa pronuncia della Corte costituzionale. La delibazione, insomma, in questo caso riguarda tanto il giudizio di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità (proprio del giudice di merito) quanto il giudizio sulla stessa questione (proprio della Corte costituzionale)»<sup>103</sup>.

La possibilità di disapplicare la legge in sede cautelare è dunque data, in primo luogo, da una diversa concezione del *fumus boni iuris*, declinato nel senso di ricomprendere una prognosi sul giudizio di costituzionalità.

Il pretore richiama poi la necessità di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale: «questa particolare incisività del provvedimento cautelare (...) è d'altro canto imposta dalla esigenza di far salva la tutela cautelare per tutte quelle situazioni soggettive di vantaggio che trovano la propria fonte in norme costituzionali per avventura violate dalla normativa ordinaria. Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe all'assurda conseguenza di escludere dalla tutela cautelare proprio quegli interessi i quali hanno protezione costituzionale tutte le volte in cui tali interessi siano lesi sulla base di un atto del legislatore ordinario, nonostante il sistema ne assicuri anche in tali casi la giustiziabilità dinanzi al giudice sia pure attraverso il meccanismo dell'incidente di legittimità costituzionale. L'effettività della tutela giurisdizionale dei di-

<sup>103</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, cit., p. 2367. Riproduce quest'argomento (essendo l'estensore, in entrambi casi, il giudice dott. Senese), così come quelli successivi, Pret. Pisa, 16 maggio 1978, cit.: anche questa ordinanza affronta la questione dei precari dell'università. Sulla questione, riprendendo ampiamente la decisione del Pretore di Pisa, cfr. Id. Bari, ordinanza 4 febbraio 1978, cit.

ritti di libertà, per non fare che un solo esempio, si troverebbe ad essere gravemente frustrata da una ricostruzione interpretativa che escludesse dalla delibazione del giudice dell'urgenza le questioni di costituzionalità implicate nel giudizio sulla probabile sussistenza del diritto vantato dal ricorrente»<sup>104</sup>.

Sullo stesso punto, affermazioni più nette ed articolate sono fatte dal Pretore di Genova<sup>105</sup>: «la L. 87/53 non contempla espressamente i procedimenti cautelari ai quali è da ritenere non applicabile la disciplina testé riassunta, dettata per il procedimento ordinario. La struttura del procedimento di remissione alla Corte costituzionale, delineato dall'art. 23 L. 87/53, con i lunghi tempi di trattazione che inevitabilmente comporta, appare incompatibile con l'urgenza che caratterizza la fase cautelare. In particolare appare incompatibile con detta urgenza la sospensione del processo avanti al giudice *a quo*. Come è noto i provvedimenti cautelari non possono prescindere dalle specifiche e determinate condizioni di tempo in cui sono richiesti. La tutela o giunge nell'immediato o altrimenti è del tutto inutile. L'istituto della sospensione comportando necessariamente la mancata tempestiva concessione della tutela interinale richiesta si risolve in definitiva nel rigetto della domanda, con la conseguenza pratica di applicare, almeno in fase cautelare, la norma sospetta di illegittimità costituzionale». Appare evidente l'influenza dell'elaborazione dottrinale sull'inammissibilità della sospensione per i procedimenti cautelari.

Ma lo stesso pretore non manca, poi di riprendere anche l'argomento della potenziale irrilevanza della questione: «i tempi necessariamente lunghi del procedimento disciplinato dalla L. 87/53, vanificando l'urgenza, farebbero venir meno il requisito del *periculum* con conseguente inevitabile pronuncia della Corte costituzionale di

<sup>104</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, cit., p. 2367.

<sup>105</sup> Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, p. 315 ss. L'ordinanza tratta del c.d. «contratto di soggiorno». Si contestava l'illegittimità della normativa sul tema (art. 33 della legge n. 189 del 2002 e art. 1 della legge n. 222 del 2002), per contrasto con gli artt. 3 e 35 Cost., nella parte in cui rimettono all'autonomia negoziale del datore di lavoro la scelta se presentare o meno la dichiarazione di emersione dei lavoratori extracomunitari irregolarmente occupati.

inammissibilità della questione per sopravvenuta irrilevanza in relazione al procedimento cautelare»<sup>106</sup>.

Sempre nel solco della tesi in esame si muove un decreto del Tribunale di Firenze<sup>107</sup>, che presenta la peculiarità di esplorare la possibilità di una disapplicazione della norma di dubbia legittimità in rapporto all'istituto del sequestro giudiziario. La parte motiva del provvedimento riprende argomenti che si sono già toccati nel corso dell'esame delle tesi del rigetto e della sospensione; un primo passo, assai significativo, valorizza il carattere precettivo del dettato costituzionale: «se inconcepibile sarebbe la concessione di una misura cautelare sulla base del puro *ius condendum* non altrettanto è da dirsi quando si impugni di incostituzionalità una norma vigente; ché qui non si tratta di un diritto *condendum* ma di un vizio inerente alla stessa norma positiva, onde è esso stesso alcun che di *conditum*. Inoltre, la norma costituzionale stessa appartiene al diritto vigente come fattore per la individuazione del cennato vizio e per la sua eliminazione; e infine la pronuncia della corte è di inapplicabilità della legge, non di abrogazione». Un secondo, invece, si concentra sull'inaccettabilità della sospensione che «significherebbe procrastinare l'emissione di un provvedimento per sua natura urgente, e negare di fatto la cautela proprio quando, trattandosi di interesse costituzionalmente tutelato, tale cautela appare più giustificata».

Un particolare risalto, anche nel dibattito scientifico, ha avuto l'ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>108</sup>, concernente la nota *querelle* della preselezione al concorso di uditore giudiziario: diversi candidati, a cui era stato precluso l'accesso alla prova scritta per aver compiuto anche un solo errore nel-

<sup>106</sup> Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, cit., p. 322.

<sup>107</sup> Cfr. Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, cit., nel quale la questione di costituzionalità investe l'art. 468 c.c. in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 42, commi 2 e 4.

<sup>108</sup> Cfr. Cons. Stato, ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Cons. St.*, 1999, I, p. 2038 ss., nonché in *Foro it.*, 2000, III, p. 9 ss., con nota di R. ROMBOLI; su tale pronuncia, più diffusamente, cfr. A. VUOLO, *Misure cautelari e sindacato diffuso sulla legge*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, Torino 2002, p. 545 ss., in part. pp. 546-550.



la prova preliminare, avevano chiesto al giudice amministrativo di essere ammessi in via cautelare allo svolgimento della prova, lamentando l'irragionevolezza del sistema di preselezione informatico. A fronte di una varietà di pronunce cautelari che avevano disapplicato incidentalmente la norma di dubbia costituzionalità, ammettendo i candidati ricorrenti alle prove scritte, la IV Sezione del Consiglio di Stato – dubitando della legittimità della prassi adottata dai giudici di primo grado (i quali peraltro soprassedevano dalla rimessione della questione alla Corte costituzionale) – aveva investito del problema l'Adunanza Plenaria. Quest'ultima aveva così affermato che «al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi (...) con il principio della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale»; aggiungendo che «in tale contesto, la concessione della misura cautelare (ammissione con riserva), non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare la tutela immediata e reale, ancorché interinale, degli interessi in gioco con il carattere accentrato del controllo di costituzionalità». Il Consiglio di Stato indica chiaramente la via della disapplicazione incidentale – al tempo stesso funzionale «ad evitare il danno grave e irreparabile del ricorrente, ed a scongiurare il rischio per l'amministrazione di una invalidazione totale dell'intera procedura concorsuale» – salvo poi escludere (sollevando non poche perplessità di ordine logico) l'occorrenza di una vera e propria disapplicazione.

Per concludere, è bene segnalare anche un'efficace ed autorevole critica delle tesi dell'inesistenza del diritto e della impossibilità di valutare anche il punto di diritto del *fumus* in termini probabilistici<sup>109</sup>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 5678 del 1978, considerano la tesi dell'inesistenza del diritto cautelando «una abile operazione riduttiva del dato normativo globale (...) risultando la disciplina del rapporto non dalla sola norma ordinaria, ma anche dal sovraordinato precetto costituzionale, alla cui stregua la esi-

<sup>109</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 1° dicembre 1978, n. 5678, cit.

stenza e la operatività giuridica della prima vanno in concreto misurate»<sup>110</sup>. Non sarebbe perciò corretto, facendo riferimento alla sola norma ordinaria, negare l'esistenza di una situazione giuridica da tutelare<sup>111</sup>. Osservazioni analoghe a quelle di Zagrebelsky, il quale notava la radicale semplificazione del dato normativo compiuto dalla giurisprudenza del rigetto.

La Corte non esclude poi la possibilità di ricomprendere nella valutazione probabilistica del *fumus boni iuris*, anche il giudizio in punto di diritto<sup>112</sup> e quindi consentire, come esplicitato dal Pretore di Pisa, un'anticipazione degli esiti del giudizio di legittimità costituzionale.

La giurisprudenza favorevole alla disapplicazione si muove dunque, essenzialmente su due fronti: da una parte, si accentua la necessità (disattesa nelle soluzioni precedentemente analizzate) di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso la cautela; dall'altro, si conduce una critica serrata di tutti i presupposti degli altri orientamenti, segnalandone lacune e contraddizioni.

I punti sulla base dei quali si argomenta la disapplicazione possono essere riassunti così nei seguenti termini:

a) Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale ha nella tutela cautelare uno strumento costituzionalmente necessario, non può essere sacrificato dalla sospensione del giudizio *a quo*.

b) La tesi dell'inesistenza del diritto è un'inaccettabile semplificazione del dato normativo che, nella realtà, è dato tanto dalla norma ordinaria, quanto da quella costituzionale.

c) Nella valutazione del *fumus boni iuris*, in ragione della strumentalità delle misure cautelari e della necessità di anticipare la decisione sul merito, è possibile comprendere una prognosi del giudizio di costituzionalità.

<sup>110</sup> Cass., Sez. Un., 1° dicembre 1978, n. 5678, cit., p. 2706.

<sup>111</sup> Bisogna tuttavia notare come la Cassazione, in questo caso, si faccia fautrice della tesi della nullità della legge incostituzionale e della natura dichiarativa della sentenza della Corte costituzionale e che questa opzione abbia un certo peso nell'argomentare contro l'inesistenza del diritto.

<sup>112</sup> Cass., Sez. Un., 1° dicembre 1978, n. 5678, cit., p. 2706.

7. Osservazioni critiche: a) "Rinvio al merito" della rimessione alla Corte costituzionale e violazione dell'incidentalità

Le pronunce che si inseriscono nel filone della disapplicazione presentano scelte diverse per quel che concerne il momento della rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Un discreto numero di giudici propende per procedere direttamente alla rimessione della questione, pur avendo già emesso il provvedimento d'urgenza<sup>113</sup>. Altri giudici ritengono, coerentemente con l'affermazione per cui la sospensione per pregiudiziale costituzionale sarebbe inammissibile nel procedimento cautelare, di dover lasciare al giudice del merito il compito di sollevare la questione di fronte alla Corte<sup>114</sup>.

La prima opzione è senz'altro da respingere: se ne vedranno i motivi nel prossimo paragrafo.

La seconda invece presenta alcune incognite: con riguardo al processo civile, una prima incertezza si palesava in modo più netto prima della riforma del 1990, quando ancora non era stata introdotta la competenza funzionale del giudice del merito sul giudizio cautelare. Allora era assai probabile che il giudice dell'urgenza e quello del merito fossero diversi, il che comportava la ragionevole possibilità che i due giudici si formassero convinzioni difformi sulla fondatezza della questione di legittimità. Poteva cioè accadere che il giudice dell'urgenza ritenesse non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale e concedesse il provvedimento cautelare, mentre il giudice del merito fosse di parere contrario e non sollevasse la relativa questione di fronte alla Corte. Insomma, si poteva verificare l'assurdo

<sup>113</sup> Cfr., ad esempio, Pret. Milano, ordinanza 17 dicembre 1976, cit.; Pret. Sampierdarena, ordinanze 13 e 27 ottobre 1975, cit.; Pret. Bologna, ordinanza 14 ottobre 1975, cit.

<sup>114</sup> Cfr., ad esempio, Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2367, nella quale si asserisce che «ovviamente, alla delibazione della questione di costituzionalità non deve seguire anche la rimessione della questione stessa alla corte, essendo tale compito riservato al giudice del merito, al cui controllo è sottoposta tutta la delibazione del giudice del procedimento cautelare»; Pret. Roma, ordinanza 8 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2068; Pret. Parma, 11 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 173.

per cui il giudice in fase cautelare disapplicasse la legge, senza che la relativa questione venisse poi effettivamente sottoposta alla Corte<sup>115</sup>.

Questa eventualità, come si diceva, è oggi senz'altro più remota, visto che la competenza *ante causam* per la tutela cautelare è attribuita al giudice che sarebbe competente per il merito (art. 669-ter c.p.c.), mentre quella in corso di giudizio è invece attribuita allo stesso giudice del merito (art. 669-quater c.p.c.).

Il problema non è tuttavia risolto del tutto per almeno due motivi:

a) In primo luogo, la menzionata coincidenza tra la competenza *ante causam* e quella per il merito incontra comunque delle limitazioni. L'art. 669-ter, comma 2, c.p.c., ad esempio, attribuisce al tribunale l'emanazione di provvedimenti cautelari quando sia competente per il merito il giudice di pace. Inoltre, non sembra che all'individuazione del foro competente per la cautela *ante causam* possa riconoscersi un effetto vincolante di carattere panprocessuale: al punto che in caso di fori concorrenti, l'attore potrebbe rivolgersi a un tribunale per la pronuncia cautelare e a un foro differente per quella di merito<sup>116</sup>. Laddove poi il giudizio di merito sia comunque incardinato dinanzi al medesimo tribunale che si è occupato della pronuncia cautelare, ciò non significa affatto che il magistrato persona fisica sia il medesimo che ha già affrontato la questione: la precedente designazione del giudice per la fase cautelare *ante causam* infatti non risulta vincolante per la nomina successiva del giudice competente per il merito<sup>117</sup>. Infine, in talune ipotesi, la cognizione del merito è attribuita al tribunale in funzione collegiale<sup>118</sup>. Pertanto non è affatto improbabile che, nei casi indicati, il

<sup>115</sup> Cfr., ad esempio, Pret. Genova, 9 aprile 1990, cit., p. 1113.

<sup>116</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Giappichelli, Torino 2015, p. 290 ss.

<sup>117</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *ult. op. cit.*, p. 296; C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano 1996, p. 585; A. SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 369.

<sup>118</sup> Sul punto, tuttavia, c'è maggior incertezza in dottrina, dal momento che alcuni Autori propendono per riconoscere che laddove competente per il merito sia il collegio (oppure la Corte d'Appello in primo grado) anche la competenza cautelare *ante causam* andrebbe riconosciuta al tribunale in funzione collegiale (o alla Corte d'Appello senza possibilità di designare il singolo giudice). Cfr. S. RECCHIONI, *ivi*, pp. 292-295.

giudice del merito o il collegio opinino diversamente rispetto al giudicante della fase *ante causam* e ritengano di non sollevare la questione di legittimità costituzionale, specialmente se si tiene conto della più ampia e approfondita cognizione dei fatti svolta nel processo di merito; la quale può condurre, ad esempio, a seguito di una più corretta riconsiderazione del rapporto dedotto in giudizio, a ritenere la questione di legittimità assunta a presupposto della concessione del provvedimento *ante causam* del tutto irrilevante. Il che significa tuttavia sottrarre al controllo della Corte costituzionale una questione che, nel procedimento cautelare, risultava rilevante e non manifestamente infondata, in chiara violazione del combinato disposto degli art. 134 Cost., art. 1 legge cost. n. 1 del 1948 e art. 23 legge n. 87 del 1953<sup>119</sup>.

b) In secondo luogo, deve tenersi presente che, per quanto concerne i provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio (art. 669-*octies*, commi 6 e 8, c.p.c.) pronunciati *ante causam*, la mancata instaurazione del processo di merito non ne comporta l'automatica caducazione<sup>120</sup>; con la conseguenza che tali provvedimenti, in assenza di un'apposita attività delle parti, possono sopravvivere *sine die*, pur non avendo efficacia di giudicato. In tali ipotesi, non solo si avrebbero misure cautelari i cui effetti, pur derivando dalla disapplicazione della legge, si potrebbero produrre indefinitamente nel tempo; ma si lascerebbe sostanzialmente alla valutazione opportunistica delle parti la de-

<sup>119</sup> Quando il giudice del merito decida di non sollevare la questione posta a fondamento della pronuncia cautelare, è verosimile che lo stesso provvedimento cautelare venga comunque caducato oppure che il giudice di merito ritenga possibile accedere alla soluzione prescelta dal giudice cautelare senza il coinvolgimento della Corte costituzionale (ad es. attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme interessate, ritenute invece incostituzionali dal precedente giudice della fase cautelare). Ciò può quindi riportare il rapporto dedotto in giudizio nell'ambito della legalità, ma non ripara certo il *vulnus* determinatosi per la mancata rimessione: nel primo caso, peraltro, la parte beneficiaria della misura cautelare può dolersi del mancato controllo da parte della Corte costituzionale, che ipoteticamente avrebbe potuto confermare la decisione cautelare del giudice *ante causam* e darvi stabilità; nel secondo caso, è il resistente a poter lamentare la mancata rimessione, che non consente il definitivo accertamento della Corte dell'infondatezza delle censure di legittimità.

<sup>120</sup> Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, Cacucci, Bari 2012, p. 273 ss.; anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza* cit., p. 53 ss., con ulteriori riferimenti alla dottrina processualcivile sul tema.

cisione circa la rimessione della questione alla Corte, che risulta naturalmente subordinata all'instaurazione del giudizio di merito.

Per ovviare a tali inconvenienti, non può neppure ipotizzarsi un obbligo per il giudice del merito di sollevare la questione “per conto” del precedente giudicante, dal momento che tale soluzione presumibilmente contrasterebbe con l'art. 101, comma 2, Cost. e la questione potrebbe essere carente dei requisiti della rilevanza e non manifesta infondatezza (tralasciando la circostanza che un obbligo siffatto finirebbe per appiattare la valutazione – e dunque la motivazione – della sussistenza dei requisiti, da parte del giudice di merito, su quella effettuata dal giudice cautelare).

La preferenza per la disapplicazione della norma sospetta di incostituzionalità e il rinvio al merito della rimessione alla Corte costituzionale della questione mostra dunque criticità non trascurabili.

Problemi di analogo tenore si pongono peraltro anche rispetto al giudizio amministrativo: non tanto perché vi possa essere una sopravvivenza dei provvedimenti adottati *ante causam* ai sensi dell'art. 61 c.p.a.<sup>121</sup>, quanto perché il collegio ben potrebbe opinare diversamente dal Presidente che li ha concessi (e questo vale anche nel caso di tutela cautelare monocratica *ex art. 56 c.p.a.*)<sup>122</sup>.

*b) Esaurimento della potestas iudicandi e inammissibilità della questione (ovvero questione «prematura» rispetto al merito)*

L'opzione per la mera concessione del provvedimento cautelare previa disapplicazione incidentale, pur garantendo indubbi vantaggi sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di rilievo costituzionale, è difficilmente armonizzabile con il principio di

<sup>121</sup> Per tali provvedimenti cautelari è infatti prevista l'automatica caducazione ove entro quindici giorni dalla loro emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso le misure concesse perdono effetto con il decorso di sessanta giorni dalla loro emissione. Dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa (art. 61, comma 5, c.p.a.).

<sup>122</sup> Si v. poi i casi in cui non vi è il “transito” dalla fase cautelare al merito ricordati da A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Jovene, Napoli 2019, pp. 111-112.

sindacato accentrato di costituzionalità. Questo non solo perché il giudice della cautela per concedere il provvedimento deve disattendere la norma ordinaria che ritenga illegittima, ma anche perché, una volta adottato tale provvedimento, gli è preclusa la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione.

Per una giurisprudenza costante e risalente della Corte costituzionale<sup>123</sup> il giudice della fase cautelare che giunga all'emissione della misura cautelare esaurisce con ciò la propria *potestas iudicandi* (v. *supra* par. 1.) e priva di rilevanza la questione di costituzionalità successivamente sollevata. Qualora, dunque, il giudice che abbia concesso il provvedimento cautelare dovesse investire comunque della questione di costituzionalità la Corte, la stessa questione verrebbe dichiarata inammissibile, vuoi per carenza di legittimazione del giudice *a quo* (in quanto il giudizio di fronte a lui sarebbe ormai esaurito), vuoi per irrilevanza della questione (la pronuncia arriverebbe infatti a provvedimento cautelare già emanato)<sup>124</sup>.

Il profilo della rilevanza è affrontato dalla Corte, in questi casi, in senso cronologico: la questione appare *tardiva* rispetto al procedimento cautelare, ormai concluso; *prematura* rispetto al giudizio di merito, ancora da instaurare (se mai verrà instaurato)<sup>125</sup>.

Non mancano, peraltro, sentenze della Corte che introducono una

<sup>123</sup> Cfr., nel senso della consumazione/esaurimento del potere cautelare (ovvero dell'esaurimento della *potestas iudicandi*), Corte cost., sentenza n. 186 del 1976, sentenza n. 74 del 1982, ordinanze nn. 183, 286 e 304 del 1983, ordinanza n. 8 del 1984, sentenza n. 230 del 1986, ordinanza n. 82 del 2005, ordinanza n. 176 del 2011. Cfr., nel senso dell'irrilevanza della questione, ordinanza n. 252 del 1985, ordinanza n. 68 del 1986, ordinanza n. 428 del 1987, ordinanza n. 142 del 1988, ordinanza n. 92 del 1990, sentenza n. 498 del 1990, ordinanza n. 112 del 1991, sentenza n. 451 del 1993. Con richiami ad entrambe le ragioni, cfr. Corte cost., ordinanza n. 183 del 1983, sentenza n. 398 del 1990, ordinanza n. 393 del 2008.

<sup>124</sup> È stato giustamente osservato da A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, p. 693 ss., spec. p. 696, che la Corte adotta talora l'una, talora l'altra ragione, «pur essendo non facile, come evidenziato in dottrina, una distinzione soddisfacente tra il difetto di legittimazione e quello generale di irrilevanza».

<sup>125</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza n. 451 del 1993.

parziale deroga a questa regola: è il caso, ad esempio, della sentenza del 23 dicembre 1993, n. 457<sup>126</sup>. In quest'occasione, in considerazione del fatto che il provvedimento d'urgenza era stato emesso quand'era già pendente il giudizio di merito davanti al medesimo giudice dell'urgenza, la Corte aveva escluso che sussistessero gli estremi per una pronuncia di inammissibilità. Come è stato notato da un commentatore della sentenza, la Corte sembra accontentarsi «che la conclusione della fase cautelare non implichi incertezza sulla sopravvivenza della controversia, assicurata dalla pendenza del giudizio di merito»<sup>127</sup>. Viene in questo modo superato il problema della diversità dei due giudizi (cautelare e di merito) e valorizzata la natura strumentale ed accessoria del giudizio cautelare: non importa che la questione sia stata sollevata dal giudice della cautela, purché la stessa incida senza alcun dubbio pure sul giudizio di merito. Il che pare garantito dal fatto che lo stesso giudizio sia già istaurato e penda innanzi allo stesso giudice che ha ritenuto di dover sollevare la questione di fronte alla Corte.

La pronuncia da ultimo menzionata rappresenta tuttavia un caso piuttosto isolato (fatta eccezione per la n. 200 del 2014, che si fonda però su argomentazioni in parte differenti; v. *infra* Cap. IV, par. 3, *lett. d*), che sembra maggiormente giustificato dalla volontà del giudice costituzionale di non dichiarare inammissibile una questione che sarebbe stata inevitabilmente riproposta e avrebbe comunque influenzato la decisione del giudizio di merito già pendente.

#### 8. Conclusioni provvisorie su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità

In esito alla illustrazione degli argomenti impiegati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, e alla loro disamina critica, si può tentare ora di trarre alcune conclusioni provvisorie sulle soluzioni proposte in rela-

<sup>126</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 23 dicembre 1993, n. 457, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3719, con nota di G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*. Cfr. anche Corte cost., ordinanza n. 108 del 1995 e ordinanza n. 102 del 2012.

<sup>127</sup> G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 454.



zione alla tutela cautelare dei diritti connessa all'instaurazione del giudizio di legittimità in via incidentale. Le ipotesi finora analizzate si palesano tutte insoddisfacenti per la soluzione del problema in una prospettiva costituzionale.

In primo luogo, risulta evidente come la tesi del rigetto sia decisamente inadeguata tanto a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, tanto ad assicurare il corretto funzionamento del sistema di controllo di legittimità costituzionale. Da un lato, il rigetto del provvedimento cautelare richiesto si risolve di fatto in un diniego di giustizia, che pregiudica in via potenzialmente definitiva la tutela di situazioni soggettive di rilievo costituzionale; dall'altro, la mancata remissione della questione alla Corte, pur quando non manifestamente infondata e rilevante, non consente al giudice costituzionale di vagliare la legittimità della disciplina interessata.

La tesi della sospensione invece disattende radicalmente l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale in sede cautelare, dal momento che la sospensione del procedimento cautelare si rivela un vero e proprio diniego di giustizia. Di contro, può apparire, in un primo momento, più rispettosa del principio di sindacato accentrato di costituzionalità in quanto, al ricorrere dei presupposti della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, il giudice investe, come previsto, la Corte in via incidentale. Tuttavia, trattasi di un'osservanza del dato normativo puramente formalistica, dal momento che l'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte non potrebbe spiegare alcun effetto rispetto al giudizio *a quo*, in ragione della sopravvenuta carenza del *periculum in mora* (o detto altrimenti, del definitivo realizzarsi del danno temuto).

Quanto all'ultima tesi – quella della mera disapplicazione – si può certo riconoscere che, sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, sia, finora, la più garantista, in quanto acconsente alla concessione della tutela cautelare richiesta dal ricorrente. Tuttavia, per quanto attiene al principio del sindacato accentrato di costituzionalità, emergono diversi punti critici: se si opta per la scelta di rimettere la questione di costituzionalità alla Corte dopo l'emissione del provvedimento d'urgenza, questa verrà dichiarata inammissibile; se invece si rinvia al merito l'incombenza di investire la Corte sul punto, da una parte, si elude l'obbligo, gravante su ogni giudice, di rimettere la que-

stione di illegittimità alla Corte al ricorrere dei relativi presupposti e, dall'altra, si può incorrere nell'eventualità che comunque la questione non venga sollevata (o perché ritenuta dal giudice del merito infondata o perché non viene instaurato il giudizio di merito).

L'evidente inadeguatezza degli orientamenti passati in rassegna impone pertanto di guardare ad altre soluzioni procedurali, quali sono quelli emergenti nel contesto europeo – che si esamina nel prossimo Capitolo III – oppure quella della cd. tutela *ad tempus*, coniata dapprima nel processo amministrativo e capace di affermarsi progressivamente anche nella giurisprudenza costituzionale – di cui si dirà nel Capito IV.

### CAPITOLO III

#### SUGGERZIONI DALL'EUROPA TUTELA CAUTELARE E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme nazionali: la sentenza *Factortame*. – 3. *Segue*: la sentenza *Factortame* tra piena effettività del diritto comunitario ed effettività della tutela giurisdizionale. – 4. Presupposti della tutela cautelare rispetto a norme nazionali. – 5. Sistema accentrato di controllo di validità degli atti dell'Unione europea e tutela cautelare. – 6. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme di diritto derivato dell'Unione europea: sentenza *Zuckerfabrik*. – 7. *Segue*: la concessione di provvedimenti positivi: sentenza *Atlanta*. – 8. La giurisprudenza successiva: sentenze *T. Port*, *Krüger*, *Emesa Sugar* e *ABNA*. – 9. Condizioni e portata della tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale avverso norme di diritto derivato: osservazioni critiche. – 10. La giurisprudenza *Zuckerfabrik/Atlanta*: i limiti di un modello.

##### 1. Premessa

Nel capitolo precedente si sono esaminati alcuni degli orientamenti emersi in risposta alla questione del rapporto tra tutela cautelare di diritti costituzionali e principio di sindacato accentrato di costituzionalità nell'ordinamento italiano. Prima di procedere all'esame dell'ultimo indirizzo giurisprudenziale, è parso opportuno guardare alle soluzioni procedurali elaborate, sul piano sovranazionale, dalla Corte di Giustizia in relazione ad una problematica per molti tratti analoga emersa nell'ambito del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Con le pronunce *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, la Corte europea ha infatti riconosciuto al giudice nazionale la possibilità non solo di sospendere in via d'urgenza l'esecuzione di atti nazionali adottati in applicazione di un regolamento ritenuto invalido, ma pure di adottare vere e proprie misure cautelari c.d. positive, purché la concessione di tali

provvedimenti sia successiva o contestuale al rinvio della relativa questione pregiudiziale alla Corte stessa. In questo modo, nell'ambito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, il procedimento cautelare risulta scandito in due distinte fasi: una prima fase contraddistinta dalla concessione del provvedimento cautelare e dal rinvio della relativa questione alla Corte; una seconda destinata alla conferma o alla revoca della misura già emessa sulla scorta della decisione del giudice europeo.

L'indagine della giurisprudenza europea menzionata e dei suoi ulteriori sviluppi condurrà all'individuazione di presupposti, contenuti e portata del potere cautelare riconosciuto in capo ai giudici nazionali in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al fine ultimo di valutare la potenziale *vocazione espansiva* di siffatta soluzione procedurale nell'ordinamento italiano anche rispetto a diritti di matrice non europea (e quindi il suo possibile impiego per risolvere la questione oggetto di indagine)<sup>1</sup>.

Prima di affrontare l'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia inaugurata dalle sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, è tuttavia necessario soffermarsi sugli antecedenti giurisprudenziali di questi due *leading cases*, non solo per comprendere pienamente le problematiche che hanno condotto alla soluzione adottata dalla Corte di Giustizia, ma pure per meglio cogliere il significato di queste pronunce nel più ampio contesto dei rapporti tra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo, nonché tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea.

Punto di partenza della riflessione non può che essere la considerazione per cui, pur disponendo di appositi poteri cautelari nell'am-

<sup>1</sup> In ciò riprendendo lo spunto offerto da R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo «ius commune»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 353 ss., spec. p. 366, il quale – nell'analizzare la giurisprudenza *Factortame/Zuckerfabrik* – si chiede «se il nuovo e comune sistema di tutela giurisdizionale alla cui creazione si assiste potrà restar circoscritto alle materie che trovano la loro disciplina al diritto comunitario ovvero se esso è destinato a conformare di sé l'intera nostra giustizia amministrativa», osservando che «con la enorme crescita dei settori retti dal diritto comunitario non è credibile che i rimedi veicolati dalle fonti europee rimangano circoscritti in una nicchia, né che un Paese già caratterizzato da una duplicazione di giurisdizioni possa conoscere un'aggiuntiva e trasversale moltiplicazione di sistemi di tutela applicati da ciascun giudice».

bito dei ricorsi c.d. diretti ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE, la Corte di Giustizia non può adottare alcun provvedimento cautelare in sede di rinvio pregiudiziale. Il rinvio pregiudiziale non comporta infatti il trasferimento, dinanzi alla Corte di Giustizia, della controversia, che rimane pendente presso il giudice nazionale, benché sospesa ai sensi dell'art. 23 St. Corte. Ne consegue l'impossibilità di applicare gli artt. 278 e 279 TFUE, che prevedono poteri cautelari in capo alla Corte esclusivamente nei «ricorsi» e negli «affari» che le sono «proposti»<sup>2</sup>.

Conseguenza principale di tale carenza di strumenti d'urgenza è che la tutela cautelare delle situazioni soggettive che trovano fondamento nel diritto dell'Unione europea, in tali circostanze, finisce per ricadere integralmente sui giudici nazionali dei singoli Stati membri. Ciò vale tanto nel caso in cui il ricorrente lamenti la violazione del diritto dell'Unione per opera di una legge nazionale, tanto nell'ipotesi in cui l'asserita antinomia intercorra invece tra diritto derivato dell'Unione e norme primarie dell'Unione europea.

## *2. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme nazionali: la sentenza Factortame*

In merito al conflitto tra norma nazionale e norma dell'Unione europea in sede “cautelare”, la Corte di Giustizia si è pronunciata nella celebre sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> In tal senso, espressamente, cfr. Corte giust., ordinanza 24 ottobre 2001, *Dory*, causa C-186/01 R, in *Racc.*, 2001, I-7823; pubblicata con nota redazionale anche in *Foro it.*, 2003, IV, pp. 148-149. In dottrina, cfr. M. BROMBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, OUP, Oxford 2010, p. 322 ss., in part. p. 329; nonché A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova 1996, p. 752.

<sup>3</sup> Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, causa 213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e altri.*, in *Racc.*, 1990, I-2433; con note di C. CONSOLO, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1123 ss.; ID., *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1991, p. 261 ss.; M. MUSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 1057 ss.; M. SICA, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a*

La vicenda giudiziaria trae origine dall'istituzione della Politica comune della pesca, disciplinata innanzitutto dal regolamento CE n. 2057/82 del 29 giugno 1982, il quale stabiliva, ai sensi dell'art. 10, che «le catture di pesci appartenenti ad una riserva o gruppo di riserve ittiche soggette a contingentamento, effettuate da pescherecci battenti bandiera di uno Stato membro o registrati in uno Stato membro, sono conteggiate sul contingente assegnato a detto Stato per la riserva o gruppo di riserve ittiche in questione, indipendentemente dal punto di sbarco».

Tale previsione aveva determinato l'insorgere di un fenomeno di c.d. *quota-hopping* da parte di pescherecci stranieri (prevalentemente spagnoli) i quali, immatricolandosi nel Regno Unito, si aggiudicavano il diritto di pescare parte della quota di pesce che spettava nominalmente ai britannici. Il Governo britannico era corso ai ripari emanando il *Merchant Shipping Act* del 1988, il quale introduceva un nuovo registro di immatricolazione dei pescherecci, prescrivendo anche nei confronti delle imbarcazioni già precedentemente registrate nuovi requisiti, palesemente svantaggiosi per gli interessi degli armatori stranieri<sup>4</sup>.

La società *Factortame* ed altre già attive nel settore ittico britannico, ma di proprietà spagnola, avevano contestato dinnanzi al giudice inglese la compatibilità delle previsioni del nuovo *Merchant Shipping Act* con quelle dei Trattati (artt. 7, 52, 58 e 221 Trattato CE), lamentando in particolare una discriminazione basata sulla nazionalità

*marginale di una recente sentenza della Corte di Giustizia della Cee, in Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1110 ss.; A.G. TOTH, in *Com. mar. law rev.*, 1990, p. 573 ss.; M. AKEHURST, *Parliamentary Sovereignty and the Supremacy of Community Law*, in *Brit. Year. Int. Law*, 60, 1, 1 January 1990, pp. 351-357; D. SIMON, A. BARAV, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Rev. mar. com. un. eur.*, 1990, p. 593 ss.; S. BOYRON, L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, in *RFDA*, 1994, p. 77 ss.; J.C. Bonichot, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, in *RFDA*, 1990, p. 192 ss.; N.P. GRAVELLS, *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, p. 180 ss.

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 14 del *Merchant Shipping Act*, per procedere all'immatricolazione delle imbarcazioni era necessario che almeno il 75% della proprietà e degli amministratori fosse britannica.

nell'ambito delle libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali<sup>5</sup>. Si chiedeva pertanto che fosse dichiarata l'inapplicabilità nei loro confronti della nuova disciplina e che fossero considerate ugualmente valide ed efficaci le immatricolazioni già concesse nella vigenza della precedente normativa. Inoltre, in previsione della necessità di investire la Corte di Giustizia della questione interpretativa circa la compatibilità della normativa inglese con il diritto comunitario, le società ricorrenti avevano pure insistito affinché fosse *provvisoriamente* ordinato all'Amministrazione britannica, in attesa della decisione definitiva, di considerare valide ed efficaci le immatricolazioni già concesse. Nell'impossibilità di registrare nuovamente le imbarcazioni alla luce delle nuove condizioni, le società paventavano infatti la potenziale cessazione della propria attività.

La *Divisional Court* della *Queen's Bench Division*, adita in primo grado, da una parte, aveva sospeso il procedimento, proponendo alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale interpretativa sulla compatibilità della nuova disciplina britannica; dall'altra, aveva ordinato la provvisoria sospensione dell'applicazione della disciplina nei confronti dei ricorrenti.

La *injunction* pronunciata dal giudice di primo grado era stata tuttavia prontamente revocata dalla *Court of Appeal* sulla scorta di due considerazioni: in primo luogo, in ossequio al classico principio di *common law* per il quale non possono essere pronunciate *interlocutory injunction* contro la Corona (ovvero nei confronti del Governo complessivamente inteso); in secondo luogo, in ragione della generale presunzione di validità che assiste gli atti del Parlamento inglese fino all'accertamento in via definitiva della loro asserita incompatibilità con il diritto comunitario<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Le società ricorrenti si erano avvalse di un'apposita procedura di *judicial control* che consentiva di impugnare la normativa prima dell'entrata in vigore della stessa. Va peraltro riferito che, pressoché contemporaneamente, la Commissione aveva avviato una procedura d'infrazione nei confronti del Regno Unito; nel corso del procedimento, la Corte di Giustizia aveva adottato provvedimenti provvisori con i quali aveva sospeso l'applicazione dei requisiti di nazionalità (cfr. Corte giust., ordinanza del Presidente della Corte, 10 ottobre 1989, causa C-246/89 R, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1989, p. 3125).

<sup>6</sup> Cfr. W. WADE, *Injunctive Relief against the Crown and Ministers*, in *Law Quart.*

La questione era quindi giunta finalmente innanzi alla *House of Lords*, la quale, pur non dubitando della piena conformità della decisione della *Court of Appeal* al diritto britannico, ne sospettava però l'incompatibilità con il diritto comunitario e aveva pertanto investito la Corte di Giustizia di un nuovo rinvio pregiudiziale, nel quale questa volta si chiedeva espressamente se il giudice nazionale fosse tenuto a pronunciare provvedimenti provvisori a tutela di diritti comunitari, anche nel caso in cui il diritto nazionale non avesse previsto tale facoltà.

La Corte di Giustizia ha risposto affermativamente: le norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta devono poter spiegare pienezza di effetti in misura uniforme, a partire dall'entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità. Pertanto, deve intendersi incompatibile con il diritto comunitario e dev'essere disapplicata qualsiasi previsione normativa o prassi interna che sia d'ostacolo al giudice nazionale nel disapplicare a sua volta, anche temporaneamente, le norme nazionali confliggenti con il diritto comunitario avente efficacia diretta.

Diversamente la piena efficacia del diritto comunitario risulterebbe ridotta «se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario», con la conseguenza che «in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori»<sup>7</sup>.

### 3. Segue: *La sentenza Factortame tra piena effettività del diritto comunitario ed effettività della tutela giurisdizionale*

La sentenza *Factortame* è stata generalmente salutata con grande

*Rev.*, 1991, p. 4 ss.; J. BELL, *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne*, in *RFDA*, 1990, p. 920 ss.

<sup>7</sup> Ulteriore conferma della soluzione indicata dalla Corte si avrebbe nello stesso art. 177 del Trattato, il cui effetto utile sarebbe compromesso (§ 22).



favore dalla dottrina, che vi ha distinto il riconoscimento del fondamento comunitario della tutela cautelare e la conferma della sussistenza, nell'ambito europeo, di un principio di necessaria effettività della tutela giurisdizionale dei diritti<sup>8</sup>.

D'altra parte, l'ampiezza dei poteri cautelari che la sentenza sembra attribuire al giudice nazionale supera di molto la lacunosa e frammentaria tutela che era allora assicurata ai singoli (specie nel contenzioso amministrativo) da molti ordinamenti nazionali<sup>9</sup>. La stessa giurisprudenza amministrativa italiana ha più volte fatto riferimento a tale pronuncia per giustificare interpretazioni estensive dello strumento della sospensiva *ex art. 21 l. n. 1034 del 1971*.

Tuttavia, a ben vedere, le conclusioni cui la Corte di Giustizia giunge nella sentenza in parola non rappresentano altro che la coerente applicazione dei principi già dettati nella celebre sentenza *Simmenthal*<sup>10</sup>, cui il giudice comunitario fa peraltro esplicitamente riferimento.

<sup>8</sup> Cfr., ad es., C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1991, p. 261 ss. In tal senso successivamente cfr. A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1159, il quale sostiene che la sentenza *Factortame* rappresenta la prima importante applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, pur riconoscendo «un'applicazione non esplicita e non univoca di questo principio, dal momento che la Corte evoca a fondamento della sua decisione anche altri principi e soprattutto quello del primato del diritto comunitario». Oppure ancora H. LABAYE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *RFDA*, 1992, p. 619 ss., spec. 625, il quale afferma che la sentenza costituisce «l'un des «grands arrêts» du droit communautaire».

<sup>9</sup> E la pronuncia non ha mancato di produrre effetti dirompenti proprio nel sistema anglosassone, nel quale un potere cautelare di tale portata nei confronti della Corona fino ad allora era stato tradizionalmente negato. Cfr. S. BOYRON, L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, in *RFDA*, 1994, p. 70 ss., spec. p. 77 ss.

<sup>10</sup> Corte giust., sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, 629. Ricchissima la dottrina a commento; cfr., tra gli altri, A. BARAV, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Cab. dr. eur.*, 1978, p. 265 ss.; ID., *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 321 ss.; P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*,

All'apice della *querelle* tra concezione monistica e dualistica dell'ordinamento comunitario, la Corte di Giustizia aveva sostenuto che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto (...) non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

Con la conseguenza che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza *ex officio* qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Principi quelli enunciati nella *Simmenthal* che, calati nello specifico ambito dei procedimenti cautelari, non possono che portare alla disapplicazione delle norme che ostacolano la tutela d'urgenza di diritti di matrice comunitaria.

La decisione *Factortame* dunque – come d'altronde è stato puntualmente sottolineato in dottrina – si fonda, in primo luogo, sull'esigenza di garantire la *primauté* del diritto comunitario e la sua

1978, I, p. 641 ss.; S.M. CARBONE, F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, ivi, p. 654 ss.; L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, ivi, p. 669 ss.; G. SPERDUTI, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e della Corte di giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare*, ivi, p. 791 ss.; R. MONACO, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 287 ss.; A. MIGLIAZZA, *Il giudizio di legittimità costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 328 ss.; F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scam. int.*, 1978 p. 289 ss.; si rinvia per ulteriori contributi al ricco volume, edito da Franco Angeli, P. BARILE [et al.], *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, a cura del Centro nazionale di difesa sociale, Milano 1978.

immediata ed uniforme applicazione; e solo in secondo luogo, in via mediata, arriva a salvaguardare la piena effettività della protezione giurisdizionale dei diritti di matrice comunitaria<sup>11</sup>.

Di ben altro e più ampio respiro erano state le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, il quale aveva sì segnalato l'esigenza di assicurare la pienezza degli effetti in modo uniforme delle norme comunitarie a partire dell'entrata in vigore, come pure aveva posto in risalto il ruolo del giudice nazionale nella tutela dei diritti di matrice comunitaria. Ma aveva anche dedicato grande attenzione alla descrizione dello stretto rapporto strumentale che lega la tutela cautelare e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, facendo ampi riferimenti ai classici della dottrina italiana (Chiovenda e Calamandrei su tutti<sup>12</sup>) e tedesca (Hellwig<sup>13</sup>); ed era giunto persino a tracciare un parallelismo tra le situazioni soggettive di rilievo costituzionale esposte al pericolo di un pregiudizio imminente per opera di una legge sospetta d'incostituzionalità e le situazioni di matrice comunitaria che temessero un pregiudizio imminente ed irreparabile a causa di una normativa nazionale incompatibile con i principi comunitari, indicando tutta quella giurisprudenza che si era pronunciata – nel panorama italiano,

<sup>11</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare cit.*, p. 1126, il quale osserva che «nella prospettiva comunitaria, l'accento cade piuttosto sul *prius* della norma comunitaria su quelle nazionali incompatibili – e così sul primato della legislazione comunitaria e sulla uniformità e costanza della sua applicazione in tutta la comunità – che sul *posterius* della pienezza temporale del godimento dei diritti e delle altre posizioni giuridiche soggettive ascrivibili in capo ai cittadini e agli enti per effetto della vigenza delle stesse norme comunitarie». In senso analogo, H. LABAYE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers cit.*, p. 625 ss.; N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss., spec. 1198, il quale osserva che «nell'affrontare i problemi interpretativi rinviati dal giudice inglese, essa [la Corte di Giustizia] assume come parametro di valutazione il principio di prevalenza e di effettività del diritto comunitario piuttosto che il principio di effettività della tutela giurisdizionale». Diversamente A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo cit.*, p. 1155 ss., spec. p. 1159.

<sup>12</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 1933, n. 12; ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1906, p. 137; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova 1936.

<sup>13</sup> Cfr. K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Deichert, Leipzig 1913, vol. II, p. 22 ss.

come in quello tedesco – nel senso di assicurare una tutela in via d’urgenza a tali diritti<sup>14</sup>.

L’ampiezza di tale prospettiva non trova tuttavia riscontro nel ragionamento della Corte, che pure, si è detto, avrebbe potuto rinvenire nella sua stessa giurisprudenza più di qualche spunto in tal senso<sup>15</sup>.

Il fatto che il perno argomentativo sul quale è incentrata la sentenza *Factortame* sia il primato del diritto comunitario non sminuisce certamente la portata storica della pronuncia, i cui effetti nel senso di una maggior garanzia dei diritti dei singoli di matrice comunitaria nei diversi ordinamenti nazionali sono stati senz’altro considerevoli. E d’altro canto, anche a voler fondare la motivazione sul principio di effettività delle situazioni soggettive di matrice comunitaria, l’esito del giudizio sarebbe stato ugualmente nel senso di disapplicare la norma interna per concedere i provvedimenti cautelari necessari<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> § 24 delle *Conclusioni dell’Avvocato generale Giuseppe Tesauro* presentate il 17 maggio 1990.

<sup>15</sup> Cfr., in tal senso, J.C. BONICHOT, *Les pouvoirs d’injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l’ordre juridique communautaire*, in *RFDA*, 1990, 916 ss. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive di matrice comunitaria aveva infatti già ricevuto più di un riconoscimento: cfr., in part., Corte giust., sentenza 15 maggio 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, causa C-222/84, in *Racc.*, 1986, 1651; Id., sentenza 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens e altri*, in *Racc.*, 1987, 4097. Precedentemente anche Corte giust., sentenza 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-14/83 in *Racc.*, 1984, 1891; Id., sentenza 9 luglio 1985, *Piercarlo Bozzetti c. Invernizzi SpA e Ministro del tesoro*, causa C-179/85, in *Racc.*, 1985, 2301.

<sup>16</sup> Cfr. H. LABAYE, *L’effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *RFDA*, 1992, p. 619 ss., spec. pp. 625-626. È giusto il caso di precisare che si ritiene di aderire alla posizione di quella dottrina che non solo giudica come autonomi e distinti i principi di effettività del diritto dell’Unione europea e di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti che nelle fonti europee trovano fondamento, ma che sottolinea pure come gli stessi principi possano operare in modo disarmonico e addirittura contrastante. Se nel caso *Factortame* – nel quale il contrasto intercorre tra diritto europeo e nazionale – i due principi sembrano “andare nella stessa direzione”, si vedrà nel prosieguo della trattazione come lo stesso non possa dirsi per i casi in cui vi sia un conflitto tra norme del diritto dell’Unione (v. *infra* §§ 6-7, spec. 9). Cfr., in tal senso, soprattutto

Tuttavia il ruolo primario giocato in questa pronuncia dal principio della supremazia del diritto comunitario è sintomatico di un atteggiamento che caratterizza tutta la giurisprudenza comunitaria in tema di tutela cautelare, al di là di più o meno apertamente dichiarate finalità di effettiva protezione dei diritti. Atteggiamento che, tenuto nella dovuta considerazione, permette di meglio cogliere le evoluzioni della giurisprudenza comunitaria sull'altro versante della tutela di diritti comunitari, ovvero quello in cui non sia in questione il conflitto tra una norma di diritto nazionale e una di matrice comunitaria, ma l'antinomia tra il diritto primario e norme derivate (v. *infra* §§ 6. ss.).

#### 4. Presupposti della tutela cautelare rispetto a norme nazionali

Prima di procedere all'esame della giurisprudenza sul tema, è però necessario soffermarsi ancora sulla tutela cautelare dei diritti comunitari a fronte di norme interne incompatibili e, più in particolare, sulle condizioni che i giudici sono tenuti ad osservare nell'assicurare i provvedimenti provvisori necessari.

Peraltro, la questione era già stato oggetto di una specifica questione pregiudiziale interpretativa della *House of Lords*, il cui esame era tuttavia subordinato alla risoluzione del primo quesito (quello concernente l'obbligo per il giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari) in senso negativo e, pertanto, la Corte non si era espressa sul punto.

Il chiarimento giunge con la sentenza *Unibet* del 13 marzo 2007<sup>17</sup>.

to le documentate e chiare affermazioni di E. CHITI, *Il ricorso per annullamento e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, p. 1170 ss., in part. 1175 ss.; *amplius* ID., *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, *ivi*, 1996, p. 336 ss. Per una rassegna delle varie tesi avanzate nella dottrina italiana sul rapporto tra principio di effettività del diritto dell'Unione e principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti cfr. A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci, Bari 2015, p. 29 ss., spec. pp. 32-36.

<sup>17</sup> Corte giust., sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, in *Racc.*, 2007, I-2271, con note di M.D. POLI, *Sindacato concreto di conformità e integrazione multi-direzionale*, *Dir. pubbl.*

La Corte, interrogata sul tema da un giudice svedese, afferma che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le condizioni per la concessione di provvedimenti provvisori»: l'individuazione dei criteri e delle regole processuali in forza dei quali garantire la necessaria tutela d'urgenza è dunque lasciata al diritto processuale nazionale, in ossequio al *principio di autonomia processuale degli Stati membri*.

Principio che dev'essere temperato, tuttavia, con altri due principi di matrice comunitaria, ovvero quello di *equivalenza* e quello di *effetto utile* delle norme comunitarie (o altrimenti detto di *effettività*): il primo comporta che le modalità e le procedure nazionali concernenti situazioni comunitarie non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni a tutela di diritti fondati su norme nazionali; il secondo, che tali norme non siano tali da rendere praticamente impossibile l'esercizio di diritti di matrice europea che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare.

Parte della dottrina ha criticato tale opzione, evidenziando i possibili rischi che può comportare in ordine all'uniforme applicazione del diritto comunitario (soprattutto in ragione di una certa tendenza «protezionistica» che possono palesare taluni sistemi giurisdizionali)<sup>18</sup>. Preoccupazioni ridimensionate da altra parte della dottrina, che ha sottolineato come l'autonomia in materia degli Stati membri incontri limiti stringenti in virtù dei principi menzionati e, in particolare, risulti condizionata dalla necessità di garantire in ogni caso l'effetto utile delle norme comunitarie implicate.

La mancata «comunitarizzazione» dei presupposti per la conces-

*comp. eur.*, 2007, III, p. 1487 ss., spec. pp. 1492-1494; A. ARNULL, in *Comm. mar. law rev.*, 2007, p. 1763 ss.; G. BO, *La pronuncia della Corte di giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1065 ss.

<sup>18</sup> Cfr., tra gli altri, A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 3 ss., spec. p. 10; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communauté Européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, in G. COHEN-JONATHAN (a cura di), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, J.F. Flauss, Brussels 2005, p. 123 ss.

sione dei provvedimenti cautelari del giudice nazionale in caso d'incompatibilità tra norma comunitaria e nazionale rimane comunque un aspetto significativo, soprattutto se lo si considera in rapporto alla disciplina dei poteri cautelari del giudice nazionale nella diversa ipotesi di conflitto tra norme comunitarie. Ma su questo profilo si tornerà più avanti.

##### *5. Sistema accentrato di controllo di validità degli atti dell'Unione europea e tutela cautelare*

La questione della tutela cautelare di diritti di matrice comunitaria pregiudicati da norme nazionali di cui si è detto finora non è tuttavia, a ben vedere, perfettamente sovrapponibile al problema in esame dei diritti di rilievo costituzionale pregiudicati da norme ordinarie. Mentre in quest'ultimo frangente la tutela del diritto appariva necessariamente legata alla previa rimozione della legge sospetta di illegittimità, in conformità al principio del sindacato accentrato di costituzionalità, non altrettanto può dirsi nei rapporti tra norma comunitaria direttamente applicabile e norma nazionale incompatibile<sup>19</sup>.

La risoluzione dell'antinomia, in quest'ultima ipotesi, è infatti compito primario del giudice nazionale, il quale tutte le volte in cui rilevi l'incompatibilità della norma interna con quella comunitaria è tenuto alla disapplicazione della stessa, secondo un modello di controllo diffuso che il giudice comunitario riafferma costantemente sin dalla sentenza *Simmenthal*.

Un caso limite, in tale prospettiva, può venire in considerazione quando il giudice si rivolga alla Corte di giustizia perché questa si pronunci sull'interpretazione della norma comunitaria, in modo tale da chiarire un dubbio di compatibilità tra la normativa interna e quella comunitaria (analogamente a quanto avvenuto, ad esempio, con riferimento al rinvio operato dal giudice di primo grado nel caso *Factortame*). In questo frangente, il rinvio pregiudiziale di interpretazione sembrerebbe tradursi, in un certo senso, nella verifica della conformità dell'atto interno al diritto comunitario e il giudice nazionale potrebbe

<sup>19</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, p. 750 ss.

essere portato ad attendere la pronuncia chiarificatrice della Corte di Giustizia, prima della disapplicazione della norma nazionale e della concessione di provvedimenti cautelari.

Ma è bene sottolineare come, nel caso *Factortame*, la possibilità di pronunciare provvedimenti provvisori da parte del giudice inglese nelle more della decisione della Corte era apparsa dubbia soprattutto perché il sistema inglese impediva, in tali ipotesi, la pronuncia di una *interlocutory injunction* nei confronti della Corona.

Niente escludeva invece che i giudici nazionali – quanto meno negli ordinamenti che già contemplavano simili poteri cautelari nei confronti della Pubblica Amministrazione – potessero già concedere provvedimenti cautelari, disapplicando incidentalmente le norme nazionali di cui sospettassero l'incompatibilità con diritto comunitario; e in effetti, al di fuori del sistema britannico, v'erano stati diversi casi in cui i giudici nazionali, in pendenza del rinvio pregiudiziale di interpretazione, avevano pronunciato provvedimenti cautelari a tutela delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria<sup>20</sup>.

Assai differente è invece l'ipotesi in cui, come si accennava in apertura, l'antinomia intercorra tra norme di diritto derivato e norme primarie dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia, attraverso una singolare rilettura dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 CE), è infatti giunta a configurare un sistema accentrato di controllo circa la validità delle norme di diritto dell'Unione europea, che può apparire d'ostacolo alla disapplicazione incidentale di norme di diritto derivato ritenute invalide.

<sup>20</sup> Ne dà conto lo stesso Avvocato generale G. Tesauro nelle Conclusioni presentate il 17 maggio 1990 (cfr. I-2455, nota 6), nelle quali menziona alcuni casi nei quali il giudice nazionale ha concesso senza esitazioni la misura cautelare in corrispondenza del rinvio pregiudiziale alla Corte: si è, ad esempio, ordinato di soprassedere ad un'espulsione dai Paesi Bassi (sentenza 17 aprile 1986, *Stato olandese c. Ann Florence Reed*, causa C-59/85, in *Racc.*, 1986, 1283); si è mantenuto provvisoriamente un rapporto di lavoro con l'Università (sentenza 30 maggio 1989, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, causa C-33/88, in *Racc.*, 1989, 1591); o ancora si è ordinato il rilascio di un permesso di soggiorno (sentenza 5 febbraio 1991, *Danielle Roux c. Stato belga*, causa C-363/89, in *Racc.*, 1991, I-273).



Per comprendere appieno la vicenda, è necessario prendere le mosse dalla lettera dell'art. 267 TFUE (già art. 234 CE e art. 177 CEE), che non sembra tracciare distinzione alcuna tra questioni interpretative e questioni di validità nel prevedere l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e la facoltà per gli altri. Detto altrimenti, come ai giudici d'istanza inferiore sarebbe consentito di optare per l'interpretazione del diritto comunitario che più li persuade, senza la necessità di investire per la risoluzione del dubbio interpretativo eventualmente insorto la Corte di Giustizia, così allo stesso modo sarebbe nella facoltà degli stessi giudici risolvere autonomamente l'eventuale antinomia tra norme dell'Unione Europea, scegliendo l'una o l'altra delle opzioni senza dover richiedere una pronuncia della Corte<sup>21</sup>.

L'assenza di discriminine tra questioni interpretative e di validità nel testo dell'art. 267 TFUE avrebbe pertanto consentito al giudice nazionale di disapplicare incidentalmente la norma di diritto derivato che ritenesse invalida; e in conformità con tale assunto, diversi giudici degli ordinamenti nazionali avevano adottato tale indirizzo.

Non sono mancate posizioni fortemente critiche rispetto a tale lettura, tese soprattutto a segnalare il pericolo che si formassero orientamenti eccessivamente variegati nei diversi ordinamenti nazionali<sup>22</sup>; ma parte della dottrina aveva pure messo in luce come l'interpretazione letterale della disposizione fosse in linea con il ruolo di giudici del diritto comunitario riconosciuto dai Trattati agli stessi giudizi nazionali, specialmente per come era stato valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia inaugurata dalla sentenza *Simmenthal*<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, p. 170 ss., il quale richiama in particolare le posizioni di I.M. BRAGUGLIA, *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del trattato Cee*, in *Dir. com. scam. int.*, 1978, p. 667 ss., e J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Court de Justice des Communautés européennes*, in *RTDeur*, 1976, p. 648 ss., spec. p. 660 ss. Così anche U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2072.

<sup>22</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, p. 170 (nt. 133).

<sup>23</sup> Cfr. I.M. BRAGUGLIA, *op. cit.*, p. 672;

La Corte di Giustizia, tuttavia, interrogata sul punto dal *Finanzgericht* di Amburgo, con la sentenza *Foto-Frost* del 22 ottobre 1987<sup>24</sup>, ha offerto tutt'altra interpretazione della disposizione.

Il giudice tributario tedesco (che decideva in primo grado), dubitando della validità della norma comunitaria applicabile al caso di specie, aveva investito la Corte della questione interpretativa circa la sussistenza di una facoltà, per il giudice non di ultima istanza, di risolvere in via autonoma l'asserita antinomia tra norme di diritto comunitario. In subordine a tale quesito, aveva inoltre chiesto alla Corte – per il caso in cui la risposta alla prima questione fosse stata negativa – di pronunciarsi sulla validità della disposizione comunitaria implicata; oppure – per il caso di risposta affermativa – di indicare, tra le due interpretazioni della norma comunitaria suggerite, quella più corretta per la risoluzione incidentale della detta antinomia.

La Corte ha sostenuto di essere competente in via esclusiva a conoscere dell'invalidità delle norme di diritto comunitario derivato che si pongono in contrasto con norme di diritto primario: nell'ipotesi in cui il giudice non di ultima istanza dubiti dell'invalidità della norma di diritto derivato, questi non può procedere autonomamente alla disapplicazione *incidenter tantum* di tale norma, ma deve necessariamente investire la Corte di Giustizia della relativa questione pregiudiziale di validità.

Non è tuttavia una limitazione questa che la Corte trae dalla lettera dell'art. 177 CEE (oggi 267 TFUE), la quale distingue appunto solo in ordine al grado di giurisdizione nazionale. E difatti si osserva in motivazione che, «attribuendo ai giudici nazionali, avverso le cui decisioni

<sup>24</sup> Corte giust., sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, in *Racc.*, 1987, p. 4199; annotata da A. GLAESNER, *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *EuR*, 1990, p. 143 ss.; L. GOFFIN, *De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires*, in *Cab. droit eur.*, 1990, p. 211 ss.; G. BEBR, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty*, in *Comm. mar. law rev.*, 1988, p. 667 ss.; A. ARNULL, *National Courts and the Validity of Community Acts*, in *Eur. law rev.*, 1988, pp. 125-131. Cfr. sul tema inoltre A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, p. 170 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Giuffrè, Milano 1997, p. 153 ss.

possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, la facoltà di porre alla Corte questioni pregiudiziali d'interpretazione o d'accertamento di validità, l'art. 177 non ha risolto il problema del potere di detti giudici di dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie»<sup>25</sup>.

I giudici nazionali non di ultima istanza possono dunque «esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d'invalidità addotti dalle parti, respingerli concludendo per la piena validità dell'atto»<sup>26</sup>. E proprio in tale frangente, il rinvio alla Corte si presenterebbe come facoltativo.

Nell'ipotesi inversa, in cui gli stessi dovessero essere propensi per l'invalidità dell'atto comunitario non potrebbero pronunciarsi sulla validità di un atto comunitario di diritto derivato; diversamente si favorirebbe l'insorgere di divergenze tra i diversi Stati membri, che potrebbero arrivare a «compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto», obiettivi che lo stesso rinvio pregiudiziale è invece teso ad assicurare<sup>27</sup>.

Tale decisione si imporrebbe, inoltre, in ragione di un'esigenza di necessaria coerenza del sistema di tutela giurisdizionale comunitario: in quest'ottica, il rinvio pregiudiziale di validità, costituendo uno strumento del controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni comunitarie, andrebbe ricondotto in capo alla Corte di Giustizia, cui è attribuita in via esclusiva pure la competenza ad annullare gli atti delle istituzioni nell'ambito del ricorso per annullamento ai sensi degli art. 173<sup>28</sup>.

D'altro canto, il giudice comunitario sarebbe quello «più indicato a pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari», sia per la facoltà per le istituzioni comunitarie di intervenire in giudizio per difendere la validità degli atti *de quibus* sia per la possibilità riconosciuta alla Corte di

<sup>25</sup> § 13.

<sup>26</sup> § 14.

<sup>27</sup> § 15.

<sup>28</sup> § 16.

chiedere – alle istituzioni comunitarie che non sono parti in causa – tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo<sup>29</sup>.

Lasciando in disparte le numerose critiche mosse alla lettura dell'art. 177 CEE offerta dalla Corte<sup>30</sup>, è fondamentale per la nostra indagine sottolineare come proprio tale pronuncia – che ha dato vita ad un indirizzo più volte riconfermato<sup>31</sup> – valga ad accostare la tutela cautelare di diritti sanciti dal diritto primario e ipoteticamente pregiudicati da norme derivate, alla tutela cautelare di diritti di rilievo costituzionale posti in pericolo da norme di legge ordinaria: in entrambi i casi, il sistema di controllo di legittimità delle norme di rango inferiore si configura come accentrato, riconoscendo rispettivamente alla sola Corte di Giustizia e alla sola Corte costituzionale la competenza a pronunciarsi sull'eventuale invalidità delle norme di grado inferiore.

L'attribuzione del sindacato sulla validità delle norme di diritto comunitario in via esclusiva alla Corte di Giustizia, laddove inteso con eccessivo rigore, potrebbe tuttavia determinare l'insorgere di gravi pregiudizi a danno delle situazioni soggettive sancite dal diritto primario che appaiano lese da norme di diritto derivato; nell'attesa della decisione della Corte di Giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale di validità dal giudice nazionale, questi sarebbe infatti, in via puramente teorica, tenuto a dare piena applicazione alla norma di dubbia validità. Ma già nella sentenza *Foto-Frost*, la Corte aveva lasciato aperto uno spiraglio nel senso di un'applicazione meno rigorosa del proprio mo-

<sup>29</sup> § 18.

<sup>30</sup> Cfr., tra gli altri, J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice* cit., spec. p. 660 ss., il quale evidenzia come non sia affatto dimostrato che la disapplicazione diffusa della norma invalida possa comportare una minaccia maggiore per il primato del diritto comunitario rispetto alla sua interpretazione, la quale potrebbe ugualmente, in certe ipotesi, condurre a una disapplicazione *de facto* della norma comunitaria. A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 3 ss., spec. p. 13 ss., osserva invece che l'interpretazione offerta dalla Corte, oltre a stravolgere la lettera dell'art. 234, rischia di aumentare il contenzioso e allungare i tempi processuali. Cfr. pure le considerazioni particolarmente critiche di A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris 1991, p. 1 ss.

<sup>31</sup> Cfr., in tal senso, R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2647 ss., p. 2647 (nota 3).

nopolio, sostenendo che nei procedimenti sommari il principio affermato potesse «subire temperamenti, date certe condizioni»<sup>32</sup>.

6. *La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme di diritto derivato dell'Unione europea: sentenza Zuckerfabrik*

Tale *obiter dictum* trova una più compiuta enunciazione nella successiva sentenza *Zuckerfabrik* del 21 febbraio 1991<sup>33</sup>.

Nel caso di specie, il *Finanzgericht* di Amburgo, dubitando della validità di un regolamento comunitario, aveva sollevato in via pregiudiziale due distinti quesiti innanzi alla Corte di Giustizia: con il primo quesito, si chiedeva se l'art. 189, comma 2, Trattato CEE<sup>34</sup> andasse interpretato nel senso di consentire al giudice, nonostante la portata generale dei regolamenti, di sospendere provvisoriamente in via cautelare fino alla definizione del giudizio un atto amministrativo che trovi fondamento in un regolamento; con il secondo, in caso di soluzione affermativa al primo quesito, si domandava quali fossero i presupposti o le disposizioni comunitarie di riferimento per la concessione di un tale provvedimento cautelare, ovvero se si dovesse guardare al diritto nazionale.

La controversia che si svolgeva dinanzi al giudice tributario tedesco vedeva contrapposte la società *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, attiva nell'industria saccarifera, e l'*Hauptzollamt* (Ufficio doganale

<sup>32</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/87, *Foto-Frost*, cit., § 19. Cfr., sul punto, A. ADINOLFI, *op. cit.*, 174.

<sup>33</sup> Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzeboe e Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, in *Racc.*, 1991, I-415; con note di W. DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz. Hat er seine Kompetenzen überschritten?*, in *BB*, 1991, pp. 1015-1018; A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 3 ss.; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pp. 131-138; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 253 ss.

<sup>34</sup> Il quale prevede che: «Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». Oggi art. 288, comma 2, TFUE (ex art. 249, comma 2, TCE).

principale). L'Ufficio doganale aveva intimato alla società il pagamento di un contributo speciale di assorbimento, istituito con il Regolamento CEE n. 1941/1987 al fine di consentire alla Comunità di rientrare dalle perdite sofferte nel corso della campagna di commercializzazione dello zucchero 1986-87. La *Zuckerfabrik* aveva contestato la validità del regolamento, chiedendo conseguentemente la sospensione cautelare dell'atto amministrativo con il quale le si ingiungeva il pagamento del contributo.

La Corte di Giustizia, nel rispondere alla prima questione pregiudiziale posta dal *Finanzgericht*, osserva innanzitutto che la portata generale del regolamento non può comportare una riduzione della tutela giurisdizionale riconosciuta dall'ordinamento comunitario ai singoli. In genere deve infatti essere assicurata la possibilità di contestare l'eventuale invalidità degli atti di diritto derivato dinnanzi al giudice nazionale, che a sua volta è tenuto ad investire della relativa questione pregiudiziale il giudice comunitario. Tale garanzia verrebbe compromessa se, nelle more della decisione della Corte, cui è devoluta in via esclusiva la cognizione circa l'invalidità del diritto comunitario, non fosse possibile paralizzare provvisoriamente gli effetti del regolamento rispetto ai ricorrenti<sup>35</sup>.

Riprendendo quindi il parallelismo tracciato nella sentenza *Foto-Frost* tra rinvio pregiudiziale di validità e ricorso d'annullamento, la Corte stabilisce che al giudice nazionale debba essere consentito ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale che si basi su un regolamento comunitario di cui si contesta la validità. Tale potere sospensivo rappresenterebbe difatti, in ragione di un principio di coerenza del sistema già evidenziato nella pregressa giurisprudenza, il corrispettivo dell'analogo potere di sospensione di cui dispone la Corte di Giustizia in sede di ricorso d'annullamento<sup>36</sup>.

L'argomento della necessaria coerenza tra il sistema di tutela annullatoria e pregiudiziale, impiegato nella precedente pronuncia per riservare alla sola Corte la competenza a dichiarare l'invalidità del diritto derivato, opera in questo caso in direzione diametralmente oppo-

<sup>35</sup> Cfr. §§ 16-17.

<sup>36</sup> Cfr. §§ 18-20.

sta e vale a radicare in capo al giudice nazionale il potere cautelare di sospensione.

Si è osservato come la Corte sia incappata in una palese contraddizione, dal momento che, in conformità con l'avocazione della competenza in merito alla validità, avrebbe dovuto coerentemente attribuirsi in via esclusiva pure il potere cautelare sospensivo<sup>37</sup>.

In via generale si può sostenere che la contraddizione si muova, tuttavia, nel senso di una maggiore garanzia degli interessi dei singoli. La Corte, richiamandosi alla propria giurisprudenza *Factortame*, afferma perentoriamente che «la tutela cautelare garantita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo»<sup>38</sup>.

La pronuncia del provvedimento cautelare è però condizionata dalla Corte alla sussistenza di elementi di fatto e di diritto che inducano il giudice nazionale «a convincersi dell'esistenza di *gravi dubbi* sulla validità del regolamento comunitario», poiché «solo la possibilità di un'invalidazione, riservata alla Corte, può infatti giustificare la concessione della sospensione»<sup>39</sup>.

Il giudice è inoltre tenuto a operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia concernente l'atto comunitario del quale sia controversa la validità; in tal modo, la misura sospensiva assume un carattere di *provisorietà*, essendo i suoi effetti limitati al tempo strettamente necessario alla Corte per pronunciarsi sulla questione pregiudiziale<sup>40</sup>.

Tuttavia, sempre rispondendo alla questione sui presupposti, il giudice comunitario osserva come l'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario potrebbe essere frustrata nel caso in cui si lasciasse ai singoli ordinamenti nazionali l'individuazione degli ulteriori presupposti per la concessione della sospensione in parola<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, pp. 188-189.

<sup>38</sup> Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, cit., § 20.

<sup>39</sup> § 23.

<sup>40</sup> Cfr. § 24.

<sup>41</sup> Cfr. §§ 25-26.

La Corte sembra, a questo punto, spingersi oltre l'affermazione introduttiva circa la necessità di una tutela cautelare uniforme tanto nei confronti del diritto nazionale, tanto di quello comunitario derivato, per ricostruire una vera e propria «tutela cautelare europea»<sup>42</sup>: si afferma infatti che, trovando il potere sospensivo dei giudici nazionali un puntuale riscontro nell'analoga competenza della Corte in sede di ricorso d'annullamento, le condizioni sulle quali si fonda tale potere devono necessariamente essere le stesse previste per i provvedimenti cautelari concessi dalla Corte di Giustizia<sup>43</sup>.

Si precisa così che provvedimenti di sospensione, in conformità con la costante giurisprudenza della Corte, possono essere adottati solo quando siano *urgenti*, ovvero quando l'adozione degli stessi si mostri necessaria per evitare un *pregiudizio grave e irreparabile* che potrebbe concretizzarsi in un momento precedente alla decisione sul merito da parte della Corte stessa. In rapporto al pregiudizio irreparabile, il giudice comunitario lascia al giudice nazionale una certa discrezionalità nella valutazione delle circostanze del caso specifico, pur ricordando che generalmente non è considerato dal primo come irreparabile il danno meramente pecuniario<sup>44</sup>.

La Corte ritiene che il giudice nazionale, chiamato a garantire la piena efficacia del diritto comunitario, debba tenere «pienamente conto dell'interesse della Comunità» in sede di pronuncia sulla sospensiva: il che si traduce, da un lato, nella necessità che l'atto comunitario controverso per tramite della sospensione non venga «privato di ogni pratica efficacia»; dall'altro, nella valutazione dell'opportunità di far fronte all'eventuale rischio finanziario della Comunità imponendo al ricorrente «la prestazione di sufficienti garanzie, quali la costituzione di una cauzione o di un sequestro a scopo conservativo»<sup>45</sup>.

Sotto tale profilo è evidente come la Corte, nel tracciare i profili della tutela cautelare nei confronti del diritto comunitario derivato, venga ad introdurre, quale terzo presupposto della concessione del

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1155 ss.

<sup>43</sup> Cfr. § 27.

<sup>44</sup> Cfr. §§ 28-29.

<sup>45</sup> Cfr. §§ 30-32.



provvedimento, il requisito del *bilanciamento degli interessi*, già delineato in via pretoria nella giurisprudenza comunitaria rispetto agli artt. 278 e 279 TFUE (già artt. 242 e 243 CE)<sup>46</sup>.

Un elemento la cui valutazione da parte del giudice nazionale si impone in virtù (anche) della necessità di conformare il relativo potere cautelare sul modello di quello della Corte di Giustizia, ma che importa conseguenze rilevanti per l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, soprattutto per come tale necessario bilanciamento è condotto nell'ambito della giurisprudenza comunitaria. Ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti, dal momento che la Corte di Giustizia avrà altre occasioni per precisare le proprie affermazioni.

#### 7. Segue: *La concessione di provvedimenti positivi: sentenza Atlanta*

A distanza di pochi anni, ancora un giudice tedesco – questa volta il *Verwaltungsgericht* di Francoforte – si rivolge alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale chiedendo, in primo luogo, se un giudice nazionale, che nutrendo gravi dubbi di validità di un regolamento comunitario abbia sottoposto la relativa questione pregiudiziale alla Corte, possa nelle more della pronuncia comunitaria disporre con provvedimento d'urgenza una provvisoria modifica o disciplina dei rapporti giuridici e delle situazioni di diritto controverse; in secondo luogo, quali siano eventualmente i presupposti per l'emissione di un siffatto provvedimento cautelare e se del caso si debba distinguere «tra provvedimenti provvisori diretti a garantire situazioni di diritto già esistenti e provvedimenti provvisori volti a costituire nuove situazioni di diritto».

La controversia pendente dinanzi al giudice amministrativo tedesco vedeva la società *Atlanta Fruchthandsgesellschaft mbH* ed altre diciassette del gruppo *Atlanta* contrapposte al *Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (Ufficio federale dell'alimentazione e della silvicoltura). Le società ricorrenti, contestando la validità del regolamento CEE n. 404/1993, che avrebbe limitato illegittimamente le loro possi-

<sup>46</sup> In tal senso anche R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2647 ss., in part. 2651.

bilità di importazione di banane di paesi terzi, avevano chiesto la concessione provvisoria di ulteriori certificati d'importazione.

La Corte con la sentenza *Atlanta* del 9 novembre 1995<sup>47</sup>, nel rispondere affermativamente alla prima questione pregiudiziale, ripercorre diffusamente le argomentazioni già adoperate nella sentenza *Zuckerfabrik*, indicando ancora una volta la necessità di un sistema di tutela uniforme e coerente, come pure il parallelismo tra ricorso d'annullamento e rinvio pregiudiziale di validità. In altre parole, gli stessi argomenti che hanno portato al riconoscimento della facoltà per il giudice nazionale di sospendere l'esecuzione dei provvedimenti applicativi di un atto comunitario di cui si sospetti l'invalidità devono condurre, in questo caso, al riconoscimento del potere del giudice di emettere provvedimenti c.d. positivi, che costituiscono il corrispettivo dell'analogo potere sussistente in capo alla Corte di Giustizia<sup>48</sup>.

Tanto più che la possibilità di disporre di un siffatto potere non comporta, secondo il giudice comunitario, ripercussioni più rilevanti sul diritto comunitario rispetto alla semplice sospensione, come invece avevano argomentato i governi spagnolo e italiano.

Per quanto invece concerne i presupposti per la concessione di tali provvedimenti, oggetto della seconda questione pregiudiziale, il giudice comunitario ha l'opportunità di specificare ulteriormente quanto già stabilito nella sentenza *Zuckerfabrik* e rendere più stringenti i requisiti già delineati.

Si prendono le mosse dal presupposto della sussistenza di gravi dubbi di validità: al giudice non è sufficiente indicare l'occorrenza di

<sup>47</sup> Corte giust., Sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altre c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I-3761; con nota di G. BEBR, in *Comm. mar. law rev.*, 1996, p. 795 ss.; E. CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, p. 336 ss.; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 991 ss.; R. CARANTA, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2554 ss.; R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente)*, in *RTDeur*, 1996, p. 77 ss.

<sup>48</sup> Cfr. §§ 24-30.

dubbi, ancorché gravi, ma questi deve indicare «i motivi per i quali esso ritiene che la Corte sarà indotta a dichiarare l'invalidità» dell'atto comunitario<sup>49</sup>. E nel delineare tali motivi, si avverte pure che il giudice dovrà tener conto «dell'ampiezza del potere discrezionale che, alla luce della giurisprudenza della Corte, deve essere riconosciuto alle istituzioni comunitarie a seconda dei settori interessati»<sup>50</sup>.

Ulteriori puntualizzazioni riguardano poi la necessità, affermata nella pronuncia *Zuckerfabrik*, di non privare l'atto comunitario controverso «di ogni effetto utile». Il giudice nazionale deve tener conto, sotto questo profilo, da una parte, del possibile «effetto cumulativo che sarebbe provocato ai danni dell'atto comunitario, nel caso in cui una pluralità di giudici emanassero anch'essi provvedimenti urgenti per motivi analoghi»<sup>51</sup>; dall'altra, della «specificità della situazione del richiedente che lo differenzia dagli altri operatori economici interessati»<sup>52</sup>.

Il significato di tali condizioni, che ad una prima lettura può apparire sfuggente, si chiarisce tuttavia nei paragrafi seguenti.

Il ragionamento della Corte si apre con una premessa di carattere generale, nella quale si afferma che il giudice nazionale deve conformarsi alla giurisprudenza comunitaria in virtù dell'art. 5 del Trattato. Laddove l'atto comunitario controverso sia già stato oggetto di un ricorso d'annullamento o di un rinvio pregiudiziale di validità senza che né la Corte né eventualmente il Tribunale di primo grado abbiano evidenziato profili di invalidità, non è naturalmente consentito al giudice nazionale pronunciare provvedimenti urgenti, fatto salvo il caso in cui si abbia riguardo a profili d'invalidità che non siano già stati oggetto d'esame da parte dei giudici comunitari<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> § 36.

<sup>50</sup> § 37.

<sup>51</sup> § 44.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> È giusto il caso di evidenziare come il regolamento (Regolamento (CEE) del Consiglio 13 febbraio 1993, n. 404) in questione fosse già stato oggetto di due ricorsi per annullamento (coordinati alla richiesta di misure cautelari), promossi sia dalla Germania che dalla stessa *Atlanta*, entrambi senza successo (cfr., per quanto riguarda i procedimenti cautelari, Corte giust., ordinanza 29 giugno 1993, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio delle Comunità europee*, causa C-280/93 R., in *Racc.*, 1993, I-

Venendo dunque al primo presupposto, quello relativo all'effetto cumulativo, è necessario guardare al successivo § 47. Qui si afferma che, nell'ambito del ricorso d'annullamento, «gli Stati membri (...) sono responsabili degli interessi, segnatamente economici e sociali, considerati come generali a livello nazionale e, in questa qualità, sono legittimati ad agire in giudizio per assicurarne la difesa». Conseguentemente, sono gli Stati stessi a poter «far valere danni che colpiscano un intero settore della loro economia, soprattutto qualora il provvedimento comunitario impugnato sia atto a causare ripercussioni negative sul livello dell'occupazione e sul costo della vita».

Quando pertanto l'asserita invalidità dell'atto comunitario vada ad incidere su una moltitudine di soggetti in misura pressoché analoga, la tutela dei relativi interessi deve prioritariamente essere perseguita nell'ambito del ricorso d'annullamento, nel quale i singoli Stati membri si devono fare carico delle doglianze diffuse a livello nazionale e rappresentarle dinnanzi alla Corte. E in tale contesto potrà semmai essere concessa, per opera della Corte di Giustizia, la connessa tutela in via d'urgenza.

In sostanza, solamente laddove la concessione del provvedimento cautelare scaturisca da un'istanza che rappresenta un'eccezione oppure un caso tra pochi altri e sia pertanto inidonea ad incidere in misura significativa sulla portata applicativa dell'atto, allora il giudice nazionale può concedere il provvedimento cautelare.

Quando invece la richiesta di misure cautelari sia il sintomo di un fenomeno più diffuso di contestazione della validità dell'atto, in misura tale che la somma delle eventuali sospensioni e dei provvedimenti positivi non riguardi più sporadiche ipotesi applicative, ma possa incidere considerevolmente sull'effettiva applicazione dello stesso, allora la misura dev'essere negata<sup>54</sup>.

03667; Id., ordinanza 6 luglio 1993, *Atlanta c. Consiglio e Commissione*, causa C-286/93, non pubblicata). L'istanza cautelare della Germania era stata ritenuta carente sotto il profilo del *periculum in mora*, mentre il ricorso della società era stato dichiarato inammissibile (con consequenziale rigetto dell'istanza cautelare).

<sup>54</sup> Cfr. P. OLIVER, *Interim Measures: Some Recent Developments*, in *Comm. mar. law rev.*, 1992, p. 7 ss., spec. p. 21 ss., il quale osserva acutamente come la ragione dell'introduzione di requisiti così stringenti sia, in realtà, da ricondurre ad una vicenda che ha portato alla condanna della Germania per violazione dell'obbligo di leale coo-

Si è giustamente detto in proposito che tale presupposto seppur comprensibile, appare comunque ampiamente teorico, dal momento che risulta assai difficile immaginare come possa il giudice nazionale prefigurarsi un tale “effetto domino”<sup>55</sup>.

Il secondo presupposto della «specificità della situazione del richiedente che lo differenzia dagli altri operatori economici interessati», illustrato nei §§ 48-50, consiste nella facoltà per il giudice nazionale di svolgere una diversa valutazione rispetto a quella già compiuta dalla Corte nell'ambito di un ricorso d'annullamento, solo nella misura in cui il ricorrente riesca a dimostrare l'estraneità della sua situazione di fatto e diritto rispetto a quella già decisa dalla Corte.

Si intende, insomma, evitare che dinnanzi al giudice nazionale vengano rimesse in discussione questioni di validità del diritto comunitario (nonché la sussistenza delle condizioni per la concessione di misure urgenti) che siano state già decise in senso negativo dal giudice comunitario.

In definitiva, la sentenza *Atlanta* si caratterizza, da una parte, per la previsione della possibilità di concedere provvedimenti c.d. positivi, dall'altra, per l'aggravio dei presupposti richiesti per la pronuncia di provvedimenti cautelari in caso di contrasto tra norme comunitarie.

perazione ai sensi dell'art. 5 del Trattato; si tratta della questione decisa da Corte giust., sentenza 10 luglio 1990, C-217/88, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1990, I-2879. Nel caso di specie, il reg. CE n. 148/85, emanato in materia di mercato comune vitivinicolo, aveva previsto che per la campagna vinicola 1984/1985 venisse distillato uno quantitativo di vino da tavola di 1'200'000 hl. La Germania avrebbe dovuto distillare 68'322 ettolitri di vino da tavola e, pertanto, le autorità tedesche avevano adottato 614 avvisi di assoggettamento alla distillazione obbligatoria. I produttori vinicoli interessati, lamentando che le norme comunitarie in materia comportavano una ingiustificata discriminazione tra produttori, avevano presentato ricorso in opposizione. Il ricorso proposto contro un atto amministrativo comporta, ai sensi del § 80 *VwGO*, l'automatica sospensione dell'esecuzione del provvedimento, a meno che l'amministrazione non ne ordini l'immediata esecuzione (che può essere a sua volta impugnata dinanzi al giudice amministrativo). In questo frangente però, a fronte di 506 opposizioni, l'amministrazione tedesca aveva reputato di non ordinare l'immediata esecuzione, determinando così la distillazione di soli 9'140 hl. L'effettività e l'immediata applicazione delle previsioni comunitarie ne erano uscite chiaramente e irrimediabilmente compromesse.

<sup>55</sup> Cfr., ad es., G. BEBR, *ult. op. cit.*, pp. 802-803.

Una tendenza questa che rende più gravose le condizioni per l'accesso alla tutela cautelare e che si registra pure nella giurisprudenza successiva.

8. *La giurisprudenza successiva: sentenze T. Port, Krüger, Emesa Sugar e ABNA*

La tendenza ad aggravare le condizioni per la concessione della tutela cautelare trova un considerevole sviluppo nella giurisprudenza successiva.

La prima pronuncia che viene in rilievo è la sentenza *T. Port* del 26 novembre 1996<sup>56</sup>. Nel caso di specie, il *Verwaltungsgericht* dell'Assia aveva chiesto alla Corte di Giustizia se fosse consentito al giudice nazionale di emanare provvedimenti cautelari a provvisoria tutela di diritti accordati da un regolamento comunitario fintantoché non intervenga un apposito atto della Commissione che la stessa è tenuta ad adottare in virtù del richiamato regolamento<sup>57</sup>.

La società *T. Port GmbH & Co. KG*, attiva anch'essa nell'importazione di banane di paesi terzi, sosteneva di aver ottenuto licenze d'importazione inadeguate alle proprie esigenze commerciali, dal momento che le stesse erano state commisurate ad annate nelle quali la società, per svariati motivi, aveva importato quantità di banane insolitamente ridotte. La concessione insufficiente di licenze d'importazione esponeva tuttavia la società al rischio di fallimento e conseguentemente la stessa richiedeva in via d'urgenza l'emissione di nuove licenze supplementari, segnalando che l'apertura di nuovi contingenti supplementari si sarebbe imposta alla stessa Commissione ai sensi del Reg.

<sup>56</sup> Corte giust., sentenza 26 novembre 1996, causa C-68/95, *T. Port GmbH & Co. KG contro Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, in *Racc.*, 1996, I-6065; con note di D. BELLANTUONO, *Il mercato comune delle banane ovvero l'Europa di "repubbliche di banane à la carte"*, in *Foro it.*, 1997, IV, p. 248 ss.; C. OHLER, W. WEIB, *Einstweiliger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten und Gemeinschaftsrecht*, in *NJW*, 1997, pp. 2221-2222; C. KOENIG, C. ZEISS, in *JZ*, 1997, pp. 461-463.

<sup>57</sup> L'atto comunitario in questione è il Regolamento (CEE) del Consiglio 13 febbraio 1993, n. 404, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana.

CEE n. 404/1993, proprio in virtù del caso estremo in cui versava la *T. Port*<sup>58</sup>.

Dopo una rassegna delle posizioni assunte nella giurisprudenza pregressa, la Corte esclude la possibilità per il giudice nazionale di concedere provvedimenti provvisori nell'attesa dell'intervento, apparentemente vincolato, della Commissione. La situazione specifica sarebbe infatti ben diversa da quella in cui si contesta l'invalidità di un regolamento e in cui i diritti controversi trovino il loro fondamento nell'ordinamento comunitario; i diritti dedotti in giudizio dipendono infatti da un atto non ancora adottato della Commissione, cui è demandato l'accertamento circa la relativa esistenza e portata. Per di più, il rinvio pregiudiziale non consente ai giudici nazionali di proporre alla Corte un ricorso per carenza nei confronti di un'istituzione comunitaria e pertanto non può parimenti essere concesso al giudice nazionale di emettere alcun provvedimento cautelare che sia riconnesso a una tale azione.

In tali ipotesi, la tutela giurisdizionale dei singoli (anche cautelare) può essere pertanto assicurata esclusivamente dai giudici comunitari, cui eventualmente lo Stato membro d'appartenenza può ricorrere su sollecitazione dei singoli stessi. Questi ultimi, d'altro canto, potrebbero rivolgersi direttamente alla Commissione e agire successivamente contro la stessa qualora si rifiutasse di intervenire o emanasse un atto diverso da quello richiesto o ritenuto necessario dagli interessati.

Un'ulteriore pronuncia rilevante per il tema in esame è quella resa nel caso *Krüger* del 17 luglio 1997<sup>59</sup>. Tra le altre questioni proposte dal

<sup>58</sup> Secondo la prospettazione della società attrice, il combinato disposto degli artt. 16, n. 3, 27 e 30 del Regolamento avrebbe vincolato la Commissione a concedere alla stessa licenze d'importazione supplementari, in quanto l'art. 16, n. 3 faceva riferimento alla possibilità per la Commissione stessa – «in caso di necessità, segnatamente al fine di tener conto dell'incidenza di circostanze eccezionali sulla produzione o sull'importazione» – di rivedere il bilancio di previsione della produzione e del consumo della Comunità, nonché delle importazioni ed esportazioni (secondo la procedura di cui ai detti artt. 27 e 30).

<sup>59</sup> Corte giust., sentenza 17 luglio 1997, causa C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Racc.*, 1997, I-04517; con note di G.B. GOLETTI, *I procedimenti sommari nazionali e comunitari e la validità degli atti comunitari*, in *Foro amm.*, 1998, p. 308 ss.; U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2072 ss.

*Finanzgericht* di Amburgo, si chiedeva se la sospensione dell'esecuzione di un atto comunitario eventualmente concessa dal giudice nazionale potesse essere soggetta alle impugnazioni previste dal diritto nazionale per le misure cautelari.

La Corte risponde in modo affermativo, evidenziando come l'eventuale impugnazione di tale misura non incida negativamente sull'uniformità del diritto comunitario, che si pone a fondamento dell'obbligo, per il giudice nazionale che conceda provvedimenti cautelari, di operare il rinvio pregiudiziale di validità concernente la relativa normativa comunitaria. Nel caso in cui il gravame proposto nei confronti del provvedimento già concesso portasse alla riforma o all'annullamento dello stesso, il rinvio pregiudiziale diverrebbe infatti privo d'oggetto e il diritto comunitario tornerebbe ad avere piena applicazione. D'altro canto, la norma che contempla l'impugnazione del provvedimento cautelare non impedisce al giudice che statuisce sulla questione in ultima istanza di procedere al rinvio qualora nutra dubbi sull'interpretazione o la validità del diritto comunitario.

La Corte inoltre, sollecitata dal giudice tedesco, torna nuovamente sui presupposti per la sospensione dell'esecuzione dell'atto comunitario; in proposito, sottolinea come, al fine di tenere nella dovuta considerazione l'interesse della Comunità, il giudice debba consentire all'istituzione europea da cui l'atto promana, di esprimere preventivamente la propria posizione sul merito della questione. Spetta poi al giudice individuare le norme processuali nazionali che più si attagliano alla necessità di acquisire informazioni utili sull'atto comunitario.

L'*excursus* sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di provvedimenti cautelari dei giudici nazionali concessi sulla scorta dell'invalidità del diritto comunitario derivato, si conclude con due ulteriori sentenze. La prima pronuncia, *Emesa Sugar* dell'8 febbraio 2000<sup>60</sup>, vede la Corte pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto

<sup>60</sup> Corte giust., sentenza 8 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, in *Racc.*, 2000, I-00675; con note di G. DI PLINIO, *La Corte abbatte l'Olandese Volante, legittima il "ridimensionamento" della disciplina del cumulo di origine ACP/PTOM, blocca l'aggiramento dell'OCM zucchero ed estende la tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale anche nei confronti di autorità non comunitarie*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2000, II, p. 753 ss.; P. OLIVER, in *Comm. mar. law rev.*, 2002, pp. 349-351.



dal Presidente dell'*Arrondissementsrechtbank* dell'Aia, il quale, tra le altre articolate questioni, aveva domandato se fosse consentito al giudice nazionale di emettere provvedimenti provvisori, sulla scorta della giurisprudenza inaugurata dall'*arrêt Zuckerfabrik*, anche in rapporto ad atti emanati da un organismo esecutivo (nel caso di specie, l'Associazione dei paesi e territori d'oltremare – PTOM), che pur non rientrando tra le istituzioni comunitarie, fosse dal diritto comunitario riconosciuto.

La Corte risolve in modo positivo e sintetico il quesito, ribadendo i consueti requisiti per la concessione dei provvedimenti cautelari (gravi riserve in ordine alla validità, urgenza e pericolo di un danno grave e irreparabile, dovuta considerazione dell'interesse della Comunità) e osservando che la circostanza che il destinatario degli ipotizzati provvedimenti cautelari sia un'autorità di un paese o territorio d'oltremare non vale a modificare le condizioni per la concessione della tutela d'urgenza.

Infine, è opportuno menzionare la sentenza *ABNA* del 6 dicembre 2005<sup>61</sup>. La pronuncia è interessante, oltre che per l'esercizio dei poteri cautelari da parte dei giudici nazionali di cui dà conto, per la questione proposta dal *Rechtbank's-Gravenhage*, il quale chiede se, sulla scorta dei medesimi presupposti indicati per i giudici nazionali, pure le autorità amministrative nazionali siano abilitate a sospendere l'esecuzione di norme di diritto comunitario per il tempo necessario affinché la Corte si esprima sulla questione. Si tratterebbe sostanzialmente di una sorta di sospensione in autotutela, che la Corte ritiene tuttavia incompatibile con la giurisprudenza tracciata dalle pronunce *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, soprattutto in considerazione dell'impossibilità per le amministrazioni interessate di garantire le condizioni richieste per la conces-

<sup>61</sup> Corte giust., sentenza 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *The Queen, su richiesta di ABNA Ltd e altri c. Secretary of State for Health e Food Standards Agency* (C-453/03), *Fratelli Martini & C. Spa e Cargill Srl c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e altri* (C-11/04), *Ferrari Mangimi Srl e Associazione nazionale tra i produttori di alimenti zootecnici (Assalzo) c. Ministero delle Politiche, Agricole e Forestali e altri* (C-12/04) e *Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie (Nevedi) c. Productschap Diervoeder* (C-194/04), in *Racc.*, 2005, I-10423, con nota di R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2647 ss.

sione dei provvedimenti provvisori. Tale conclusione deve ritenersi valida a maggior ragione, se si considera che le autorità amministrative non sono in genere idonee a garantire lo stesso grado di indipendenza e imparzialità riconosciuto ai giudici nazionali e non beneficiano del contraddittorio caratteristico dei procedimenti giurisdizionali, che consente di meglio ponderare gli interessi contrapposti<sup>62</sup>.

9. *Condizioni e portata della tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale avverso norme di diritto derivato: osservazioni critiche*

L'individuazione delle condizioni e della portata della tutela cautelare che i giudici nazionali sono tenuti a garantire in caso di conflitto tra norme di diritto dell'Unione europea è stata condotta dalla Corte di Giustizia lungo due direttrici espressamente dichiarate: la prima è quella della necessità di assicurare la *coerenza del sistema di tutela giurisdizionale*, richiedendo che la tutela garantita dai giudici nazionali (che non può «variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato»), sia equivalente alla tutela cautelare garantita dalla Corte di Giustizia nei procedimenti di sua competenza (questa volta in virtù del parallelismo tra ricorso d'annullamento e rinvio pregiudiziale di validità)<sup>63</sup>; la seconda è invece quella classica dell'esigenza di garantire la *primauté* del diritto dell'Unione e la sua piena ed uniforme applicazione<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Cfr., tuttavia, le osservazioni particolarmente critiche sul punto di R. GIORDANO, *ult. op. cit.*, pp. 2655-2657.

<sup>63</sup> In tal senso cfr. Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, §§ 20 e 27 ss.; Id., sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, cit., §§ 22, 24, 27-28; Id., sentenza 26 novembre 1996, causa C-68/95, *T. Port*, cit., §§ 49, 51; Id., sentenza 8 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar*, cit., § 70-73; Id., sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, cit., § 79.

<sup>64</sup> Così Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, causa 213/89, *Factortame*, cit., §§ 18 ss., spec. 19, 20, 21; Id., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, §§ 23 ss., spec. 25, 26, 30, 31; Id., sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, cit., §§ 32 ss., spec. 42-43; Id., sentenza 17 luglio 1997, causa C-334/95, *Krüger*, cit., §§ 51-52; Id., sentenza 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *ABNA*, cit., § 104.

L'insistenza della Corte sulla necessità di un sistema di tutela cautelare coerente, accompagnata da riferimenti più o meno espressi all'esigenza di garantire la pienezza delle posizioni soggettive di matrice comunitaria, ha spinto parte della dottrina a parlare di creazione di una «tutela cautelare europea» e a preconizzare la progressiva evoluzione dei diversi e frammentari sistemi di tutela verso uno *jus commune* in materia cautelare<sup>65</sup>.

Non si può certo negare che la giurisprudenza menzionata sia valsa – soprattutto in tempi nei quali le misure cautelari nel processo amministrativo si limitavano alla sola sospensiva – ad orientare e sostenere la creazione pretoria di nuove e più articolate forme di tutela, finalizzate alla piena garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Tuttavia, un'attenta analisi delle condizioni e della portata dei poteri cautelari riconosciuti ai giudici nazionali dalla giurisprudenza *Zuckerfabrik* e *Atlanta* mette in luce come, al di là della dichiarata necessità di coerenza del sistema, il ruolo cruciale nella conformazione della tutela cautelare sia stato giocato ancora una volta dal primato del diritto dell'Unione e dall'esigenza di assicurarne la piena e uniforme applicazione.

Ma se nel caso *Factortame*, nel quale era in questione l'incompatibilità tra diritto nazionale e diritto comunitario, tale argomento era valso comunque a fondare l'ampliamento degli strumenti di tutela dei singoli – a beneficio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti – per la differente ipotesi in cui l'antinomia corra tra diritto primario e derivato dell'Unione, la necessità di garantire il primato del diritto dell'Unione opera non solo nel senso di una tutela deteriore dei singoli, ma pure a danno di quel principio di coerenza del sistema di tutela giurisdizionale che era stato più volte invocato dalla Corte<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Cfr., in part., R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo «ius commune»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 353 ss.; A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1160 ss.; ma anche al di fuori del contesto italiano: cfr., ad esempio, R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, in *RTDeur*, 1996, p. 77 ss., che parla di uno «statut des mesures provisoires».

<sup>66</sup> Cfr. in tal senso spec. R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2647 ss. Posizioni fortemente cri-

Per giustificare tale assunto critico è opportuno riprendere presupposti e portata dei poteri cautelari di cui i giudici nazionali dispongono in caso di contrasto tra norme di diritto dell'Unione, per confrontarli, in primo luogo, con quelli degli stessi giudici nazionali in caso di conflitto tra norme comunitarie e nazionali; e in secondo luogo, con quelli della Corte di Giustizia.

Come si è visto, la Corte di Giustizia ha riconosciuto al giudice nazionale la facoltà di adottare misure cautelari che possono consistere tanto nella *sospensione dell'esecuzione* dell'atto di dubbia validità, tanto nella concessione di *provvedimenti* c.d. *positivi*. La tipologia dei poteri cautelari ricalcherebbe perfettamente, nelle intenzioni della Corte, quella dei rimedi cautelari di cui essa stessa dispone, ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE, nei giudizi di sua competenza.

La tutela assicurata dal giudice nazionale non può spingersi, tuttavia, fino alla pronuncia di provvedimenti cautelari riconnessi a giudizi di esclusiva competenza della Corte di Giustizia (quali ad es. un ricorso in carenza).

Sotto questo profilo la coerenza del sistema predicata dalla Corte mostra già qualche segno di cedimento<sup>67</sup>. Inoltre risulta ugualmente incisa la piena effettività del diritto del singolo, dal momento che l'accesso diretto al giudice dell'Unione europea è soggetto a requisiti particolarmente stringenti, che rischiano di frustrare le esigenze di tutela urgente<sup>68</sup>.

Guardando anche solo al primo requisito per la concessione del provvedimento cautelare (*fumus boni iuris*), ovvero la sussistenza di *gravi dubbi* in ordine alla validità della norma di diritto derivato europeo, si avverte immediatamente la distanza rispetto alla tutela cautelare

tiche rispetto alla conformazione del potere del giudice dell'urgenza sono state assunte anche da O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, in G. COHEN-JONATHAN (a cura di), *Measures conservatoires et droits fondamentaux*, Flauss J.F., Brussels 2005, spec. p. 110; W. DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, cit., p. 1015 ss.

<sup>67</sup> Critico in tal senso, A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, vol. II, Giuffrè, Milano 1998, p. 48 (nt. 254).

<sup>68</sup> In tema cfr. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Cedam, Padova 2004, p. 33 ss.; D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, Kluwer, The Hague 2006, p. 113 ss.

che il giudice è tenuto a garantire rispetto a norme nazionali incompatibili.

Si tratta infatti di un *fumus* generalmente più intenso di quello necessario per pronunciare provvedimenti cautelari in caso di incompatibilità del diritto nazionale, dato che le regole processuali della maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali – cui la sentenza *Unibet* rinvia per l'individuazione delle condizioni per la concessione della tutela cautelare – considerano sufficiente la mera apparenza del diritto o, tutt'al più, la probabilità di successo del ricorrente nel giudizio di merito.

Ma pure rispetto al *fumus* richiesto nei giudizi dinanzi alla Corte di Giustizia, quello imposto al giudice nazionale nel caso di specie appare più rigoroso<sup>69</sup>: benché la giurisprudenza europea sul punto non sia affatto lineare, in più occasioni la Corte ha ritenuto sufficiente un semplice *fumus non mali iuris*, anche in considerazione della lettera del regolamento della Corte che discorre in proposito di «argomenti di fatto e di diritto che giustificano *prima facie* l'adozione del provvedimento»<sup>70</sup>.

L'ulteriore prescrizione della puntuale indicazione da parte dei giudici nazionali dei motivi in forza dei quali si ritiene che la Corte dichiarerà l'invalidità della norma controversa si traduce in un onere di motivazione assai gravoso, che sembrerebbe presupporre un accertamento circa gli elementi di fatto e di diritto della causa e quindi tra-

<sup>69</sup> Cfr. R. MEHDI, *op. cit.*, 95; R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 2652-2653; C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, pp. 153-156 e p. 176 ss., la quale osserva che il *fumus* risulta aggravato – oltretutto per l'ovvio timore della Corte di Giustizia di possibili abusi del potere cautelare – anche in ragione del fatto che la Corte richiede generalmente un livello di *fumus* più alto quanto minore è il danno derivante al richiedente; dal momento che il danno viene individuato all'esito della ponderazione degli interessi in gioco (tra i quali è ricompresa l'efficacia del diritto comunitario), è inevitabile che il *fumus* richiesto per una misura cautelare che incide sull'efficacia del diritto comunitario sia maggiore (cfr. *amplius*, per la ricostruzione della giurisprudenza comunitaria sul punto, C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, 157 ss.).

<sup>70</sup> Cfr., sul *fumus boni iuris* richiesto dalla Corte di Giustizia per la pronuncia di provvedimenti cautelari nei ricorsi diretti, C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 149 ss.; D. Sinaiotis, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, cit., p. 17 ss.; più risalente G. BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Comm. mar. law rev.*, 1985, p. 203 ss., in part. p. 209 ss.;

scendere i limiti della cognizione sommaria entro cui il giudicante si muove nella fase cautelare<sup>71</sup>.

Sotto il profilo del *periculum in mora*, la Corte – sempre per l'esigenza di coerenza con la tutela cautelare garantita nei giudizi di sua competenza – ha ritenuto necessario che il danno paventato dal richiedente assurga agli estremi della *gravità* e dell'*irreparabilità*. Si tratta di due elementi che per essere correttamente intesi vanno letti alla luce della giurisprudenza europea, visti i pochi riferimenti dati nelle pronunce esaminate.

Per quanto riguarda il concetto di *gravità*, non sempre lo stesso assume una chiara autonomia rispetto a quello dell'*irreparabilità*; tuttavia, si è talora teso a distinguere i due concetti, arrivando a non concedere rimedi cautelari a tutela di danni che, pur irreparabili, non apparissero particolarmente consistenti per le concrete condizioni del richiedente<sup>72</sup>.

Circa la nozione di *irreparabilità* invece, la Corte ha affermato che in genere non deve considerarsi tale un danno di natura meramente pecuniaria, ma anche che al giudice nazionale è lasciata una certa discrezionalità in ragione del caso concreto; appare inevitabile che, sotto questo profilo, il giudice faccia riferimento alla nozione di *irreparabilità* del danno elaborata nel rispettivo ordinamento nazionale. Tuttavia, nonostante un certo spazio lasciato all'autonomia procedurale degli Stati membri, il *periculum in mora* risulta più stringente rispetto a quello richiesto per la pronuncia di provvedimenti cautelari avverso norme nazionali incompatibili: in molti Stati membri le condizioni per il rilascio di provvedimenti cautelari sono infatti ben più favorevoli, non essendo sempre richiesto il carattere dell'*irreparabilità*<sup>73</sup>.

Ma la disarmonia del sistema si mostra ancor più marcata se si guarda la terza delle condizioni prescritte dal giudice europeo, ovvero il *bilanciamento degli interessi*, che implica una ponderazione delle ra-

<sup>71</sup> Critico R. MEHDI, *op. cit.*, p. 94, il quale sottolinea che, prescrivendo al giudice nazionale della cautela una tale precisione nell'indicazione dei motivi, lo stesso finirà immancabilmente per pre-giudicare il merito della causa.

<sup>72</sup> Cfr., per un'attenta e approfondita analisi del requisito del *periculum in mora* (anche rispetto alla sovrapposizione con l'*urgenza*), C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 177 ss. (per il danno *grave*, p. 198 ss.; per danno *irreparabile*, p. 200 ss.).

<sup>73</sup> Cfr. R. GIORDANO, *ivi*, p. 2652.

gioni dell'istante e quelle contrapposte dei terzi e dell'Unione europea (in particolare, delle istituzioni europee), sulla falsariga dell'analogo presupposto ricostruito in via pretoria dalla Corte di Giustizia ai fini della pronuncia dei provvedimenti ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE<sup>74</sup>.

Innanzitutto il giudice deve fare in modo che, con il proprio provvedimento, l'atto comunitario controverso non venga privato «di ogni effetto utile»; il che significa, in primo luogo, tener conto del possibile «effetto cumulativo che sarebbe provocato ai danni dell'atto comunitario, nel caso in cui una pluralità di giudici emanassero anch'essi provvedimenti urgenti per motivi analoghi»<sup>75</sup>.

In ipotesi di un diffuso contenzioso sulla validità di un atto dell'Unione, la Corte nega la possibilità al giudice nazionale di assicurare la tutela cautelare, privilegiando piuttosto il ricorso diretto d'annullamento, nell'ambito del quale gli Stati membri possono farsi portatori degli interessi economici e sociali lesi dall'atto ritenuto invalido.

L'opzione della Corte appare evidentemente giustificata dalla preoccupazione di evitare che la valutazione circa la concessione di provvedimenti cautelari che possono incidere in misura considerevole sull'uniforme applicazione del diritto comunitario sia lasciata ai giudici nazionali, i quali – soprattutto in settori particolarmente sensibili, quali quelli del lavoro e del consumo – potrebbero essere portati a privilegiare l'interesse del ricorrente rispetto a quello della Comunità. Ma così facendo la Corte torna a concentrare nelle proprie mani quella competenza a pronunciare provvedimenti cautelari incidenti sul diritto

<sup>74</sup> Cfr., tra i molti contributi in tema di bilanciamento degli interessi del giudice comunitario, C. MORVIDUCCI, *ult. op. cit.*, p. 216 ss.; ID., *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 705 ss., in part. 724; B. PASTOR, E. VAN GRINDERACHTER, *Le procédure en référé*, in *RTDeur*, 1989, p. 561 ss., spec. p. 610; G. BORCHARDT, *op. cit.*, p. 221 ss.

<sup>75</sup> Esprime perplessità in proposito A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale cit.*, p. 182 ss., la quale, dapprima, osserva che tali requisiti, se intesi in modo rigoroso, appaiono suscettibili di limitare sensibilmente il potere di apprezzamento del giudice; in secondo luogo, evidenzia le difficoltà applicative di tali presupposti: «è da chiedersi, infatti, come potrebbe ragionevolmente un giudice nazionale prevedere l'orientamento (anche futuro) di altri giudici dello Stato di appartenenza o di altri Stati membri diversi».

comunitario derivato che aveva conferito al giudice nazionale in virtù della significativa apertura della sentenza *Zuckerfabrik*.

Sostanzialmente la Corte afferma che, per casi eccezionali o sporadici, che non condizionano l'effettività del diritto europeo, la tutela può essere lasciata ai giudici nazionali; quando invece la validità dell'atto sia diffusamente in contestazione, allora l'unica strada per la tutela è il ricorso d'annullamento, nel quale peraltro la Corte mostra tradizionalmente una maggiore considerazione degli interessi delle istituzioni comunitarie.

La lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale sotto tale aspetto risulta patente e la tutela dei singoli nettamente subordinata all'esigenza di garantire la piena effettività del diritto comunitario, quando anche fosse sospetto di invalidità; non possono certo considerarsi egualmente effettive una tutela che può essere richiesta tempestivamente al giudice nazionale su ricorso del diretto interessato e quella del tutto ipotetica rimessa all'azione dei rispettivi Stati membri che, quando anche fosse garantita dalla Corte di Giustizia, potrebbe comunque giungere troppo tardi.

In conclusione, il "sistema di tutela cautelare europeo", nonostante la dichiarata necessità di coerenza, risulta tutt'altro che armonioso<sup>76</sup>. I poteri cautelari del giudice nazionale risultano infatti particolarmente estesi e penetranti nell'ipotesi in cui sia in questione l'incompatibilità del diritto nazionale con quello dell'Unione europea, ovvero quando il provvedimento cautelare incide esclusivamente sull'applicazione della norma interna. Viceversa, laddove sia in questione un'antinomia tra norma di diritto primario e norma di diritto derivato, i poteri del giudice nazionale si ritraggono considerevolmente e risultano circondati di molteplici cautele: la preoccupazione per la piena ed uniforme applicazione del diritto derivato dell'Unione spinge la Corte di Giustizia fino al punto, per certi versi paradossale, di garantire la pienezza degli effetti anche di norme delle quali la validità sia in discussione.

Lungi dall'essere una mera questione di coerenza del sistema, tale discrepanza tra i poteri di cui gode il giudice nazionale costituisce an-

<sup>76</sup> Cfr., per una critica alla dichiarata coerenza del sistema di tutela cautelare tracciato dalle sentenze *Factortame*, *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, E. CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, p. 336 ss.



zitutto un problema per l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli che, per il caso in cui sia controversa la validità di un atto dell'Unione, risulta ridimensionata e lacunosa.

#### 10. *La giurisprudenza Zuckerfabrik/Atlanta: i limiti di un modello*

Le osservazioni svolte finora non possono che condurre ad una necessaria riconsiderazione della possibilità di trasporre al nostro caso il sistema di tutela cautelare elaborato nella giurisprudenza *Zuckerfabrik* e *Atlanta*. La soluzione elaborata dalla Corte di Giustizia risulta infatti particolarmente attenta a garantire la piena efficacia ed uniforme applicazione al diritto dell'Unione europea, se del caso anche in danno alla pienezza della tutela giurisdizionale dei singoli.

Ad incidere particolarmente sull'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti – nel caso di contrasto tra norme di diritto europea – è la previsione, accanto ai requisiti del *fumus* e del *periculum in mora*, di un terzo requisito, ovvero il bilanciamento degli interessi in gioco, tutto squilibrato in favore «dell'interesse della Comunità» (*rectius* dell'Unione europea)<sup>77</sup>.

Una tale posizione di privilegio, garantita alla norma di diritto derivato e alle istituzioni dell'Unione, non trova né potrebbe trovare spazio nell'ordinamento italiano, nel quale la necessità di garantire la piena efficacia di un atto normativo o di un provvedimento amministrativo di dubbia legittimità non può certo impedire la concessione di un provvedimento cautelare laddove ricorrano gli estremi del *fumus* e del *periculum in mora*.

Ben diverso è infatti il concetto di valutazione comparativa del danno di cui si è discusso *supra* nell'ambito del sistema italiano (v. Cap. II, par. 5, *lett. b*)) che consiste nella necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti pregiudizi che possono derivare

<sup>77</sup> Cfr., in merito alla chiara preferenza accordata dalla Corte agli interessi della Comunità (e delle istituzioni) rispetto a quelli dei singoli, L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 317 ss., spec. p. 325 ss. (con opportuni riferimenti giurisprudenziali); emblematica la descrizione della prassi applicativa offerta da C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., p. 224 ss.

dall'accoglimento dell'istanza, affinché la concessione della tutela cautelare – sulla base di una cognizione ancora imperfetta – non determini la radicale e irreparabile compressione degli interessi resistenti; valutazione che dovrebbe essere realizzata tuttavia senza accordare in via prioritaria ed astratta la preferenza ad un interesse specifico, pubblico o privato che sia<sup>78</sup>.

Nella tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale la Corte di Giustizia sembra invece trasporre l'attitudine – già manifestata nella giurisprudenza cautelare nei giudizi di sua competenza – a favorire gli interessi delle istituzioni dell'Unione e, in genere, la piena efficacia della norma di diritto europeo, anche quando la stessa norma sia potenzialmente invalida.

Bisogna peraltro ammettere che le considerazioni sin qui svolte, tese a indicare i profili di criticità della tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali per come l'ha configurata la Corte di Giustizia, non tengono conto dell'effettiva interpretazione e applicazione che i giudici nazionali, generalmente ben più sensibili alle istanze di effettività della tutela giurisdizionale, hanno dato alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea. Se si considera anche una certa enfasi che la dottrina ha posto nel tracciare un collegamento tra le decisioni *Zuckerfabrik* ed *Atlanta* e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non appare inverosimile che gli stringenti criteri imposti dalla Corte di Giustizia siano reinterpretati nei fatti più liberamente dai giudici nazionali.

Se tuttavia ci si attiene alla ricostruzione della Corte di Giustizia, le evidenti carenze palesate rispetto al profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale inducono a sostenere che, a parte il riferimento alla possibilità di concedere un provvedimento cautelare in pendenza della decisione sulla validità della norma controversa, la soluzione elaborata a partire dalle pronunce *Zuckerfabrik* e *Atlanta* non può rappresentare un modello a cui guardare per l'analogia questione italiana.

Rispetto ai tempi in cui la Corte di Giustizia pronunciava le prime sentenze in materia, i rimedi cautelari nell'ordinamento italiano hanno conosciuto un'evoluzione notevolissima nel senso di una sempre più piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive, spesso anche grazie al contributo offerto dalla stessa giurisprudenza europea: basti pensare

<sup>78</sup> Ma per alcune peculiari eccezioni, cfr. *supra* Cap. I, par. 6, nt. 45.

all'ampliamento della tutela nel processo amministrativo nel senso dell'atipicità, oppure all'introduzione della tutela *ante causam*.

Ma mentre il sistema italiano si è evoluto, la tutela cautelare di matrice europea (quanto meno con riferimento al nostro caso) è rimasta ancorata ai presupposti dettati nelle sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta*. Al punto che i meccanismi di tutela cautelare previsti nell'ordinamento italiano, pur perfettibili, appaiono senz'altro più elaborati ed efficaci nel garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Non sembra, pertanto, che si possa riproporre sul piano interno una situazione di palese e irragionevole disparità di trattamento processuale tra i diritti di matrice europea e situazioni soggettive di matrice interna, come invece era avvenuto nel caso della tutela *ante causam* nel processo amministrativo.

Nello specifico, se si guarda alla tutela cautelare *ad tempus* come al modello che si sta affermando nella prassi quale soluzione della questione oggetto d'indagine (di cui si dirà nel successivo Capitolo), appare evidente che è semmai la tutela cautelare europea rispetto alle norme di diritto derivato ad essere deficitaria e (forse) a presentare alcuni profili di dubbia costituzionalità.

In definitiva, la giurisprudenza *Zuckerfabrik* e *Atlanta* può rappresentare, nell'affrontare la questione della tutela cautelare di diritti di rilievo costituzionale pregiudicati da norme ordinarie, tutt'al più uno spunto ricostruttivo a sostegno dell'articolazione bifasica del procedimento cautelare, ma non può essere certo eretta a modello di risoluzione della problematica, in conseguenza proprio della insufficiente garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.



## CAPITOLO IV

### LA TUTELA CAUTELARE *AD TEMPUS*

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare *ad tempus*: un'articolazione bifasica del giudizio cautelare per assicurare la rilevanza della questione. – 2. Casi emblematici nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. Questioni aperte: a) Una possibile giustificazione teorica: la disapplicazione *ad tempus* come conseguenza necessaria dell'incidentalità del giudizio. - b) Presupposti: il *fumus boni iuris* come non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale? - c) Profili processuali: l'appello cautelare in pendenza della questione di legittimità costituzionale. - d) *Segue*: un possibile *revirement* nel processo amministrativo? La sentenza n. 200 del 2014. - e) Provvisorietà giuridica del provvedimento *ad tempus* e potenziale irreversibilità degli effetti: influenza sul giudizio costituzionale. - f) La controversa rilevanza della questione sollevata: rilevanza attenuata o irrilevanza? – 4. Conclusioni su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità.

#### 1. *La tutela cautelare ad tempus: un'articolazione bifasica del giudizio cautelare per assicurare la rilevanza della questione*

Una volta esaminate le soluzioni “insoddisfacenti” che si sono contese il campo sin dagli anni Settanta (Cap. II) e analizzata la prospettiva offerta dalla Corte di Giustizia in relazione all'analogo problema processuale della tutela cautelare connessa ad una pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* (Cap. III), conviene ora guardare all'ultimo orientamento giurisprudenziale emerso nella prassi.

Secondo questa posizione, la soluzione più conforme al dettato costituzionale sarebbe quella di concedere il provvedimento cautelare richiesto in via del tutto provvisoria (ovvero “*ad tempus*”) e di sollevare contestualmente la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte, subordinando all'esito del giudizio di legittimità in via incidentale la successiva conferma o revoca del provvedimento concesso. Il procedimento cautelare così prefigurato viene ad articolarsi in due fasi: la prima del tutto provvisoria, strettamente funzionale alla rimessione

della questione alla Corte e alla tutela interinale del diritto cautelando; la seconda, per così dire definitiva, volta a conformare la pronuncia cautelare alla decisione della Corte costituzionale<sup>1</sup>.

La possibilità di scindere in due fasi il procedimento cautelare trova origine nella giurisprudenza amministrativa, che nella vigenza dell'art. 21, ult. comma, l. n. 1034 del 1971, aveva elaborato in via pretoria una ricca tipologia di provvedimenti cautelari, sia per supplire agli evidenti limiti della sospensione sotto il profilo dell'effettività della

<sup>1</sup> Cfr., *ex pluribus* nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 9 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, III, 122 ss.; TAR Lombardia, Sez. Brescia, ordinanza 6 novembre 1991, n. 581, *ivi*, 1992, III, 317 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 24 febbraio 1998, n. 179, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Sanità pubblica*, nn. 475-478; Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 734 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 10 ottobre 1995, n. 1395, in *Corriere Giur.*, 1995, II, 1279 ss.; TAR Sicilia, sede Catania, Sez. I, ordinanza 16 novembre 1999, n. 2532, in *Foro it.*, 2000, III, 453 ss., con nota di S. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*; TAR Campania, Sez. I, ordinanza 30 ottobre 2014, n. 1801, in *Foro it.*, 2015, III, 86 ss. Cfr., nella giustizia civile, Trib. Taranto, ordinanza 24 settembre 2013, in G.U. n. 20 del 7 maggio 2013; Trib. Napoli, ordinanza 22 luglio 2015, n. 323, in *Foro it.*, Merito ed extra, 2016.27; Id., decreto 2 luglio 2015, *ivi*, 2015.392. Ma si v., per un quadro complessivo, l'Appendice n. 1. Generalmente si richiama, a sostegno di questa ricostruzione, anche (e soprattutto) Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, 9, con nota di R. ROMBOLI. In realtà, non sembra che il richiamo sia pertinente: se non ci si limita alla lettura della massima (nella quale si parla di «tutela immediata e reale, ancorché interinale»), ma si passa alla motivazione della pronuncia, ci si avvede che la rimessione alla Corte della questione di costituzionalità è attribuita al giudice del merito e non a quello dell'urgenza (a p. 840 si può leggere: «nella presente fase cautelare, al fine di conciliare il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi ove ne ricorrano i presupposti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale»). Il che rappresenta un elemento che non può essere tralasciato, dato che riporta la pronuncia nell'ambito dell'orientamento favorevole alla mera disapplicazione di cui *supra* Cap. II. In dottrina appoggiano apertamente la soluzione in esame, tra gli altri, M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in P. COSTANZO (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1995, p. 105 ss., spec. p. 120 ss.; S. PAJNO, *op. cit.*, p. 453 ss.

tutela (in particolare, rispetto agli interessi pretensivi) sia per integrare la scarsa disciplina processuale<sup>2</sup>. Tra queste sospensive atipiche, si annoverano le c.d. ordinanze *soprassessorie*<sup>3</sup>, con le quali il giudice amministrativo concede in via meramente interinale la sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo al fine di svolgere le attività istruttorie (o ulteriori attività processuali) che appaiano necessarie alla pronuncia della misura cautelare.

Lo schema bifasico, dapprima praticato a fini istruttori, è stato dunque ripreso e adattato al caso della pregiudiziale di costituzionalità, allo scopo di conciliare la necessità della tutela cautelare e il controllo accentratore della Corte costituzionale. Per una chiara e consapevole enunciazione della tesi in analisi, può essere utile riprendere due ordinanze della IV Sezione del Consiglio di Stato del 1995, la n. 1395<sup>4</sup> e la n. 1532<sup>5</sup>.

In entrambe le occasioni, con ampie ed articolate motivazioni, si introduce la distinzione tra *provvedimenti meramente interinali* e *provvedimenti cautelari definitivi*. Questa distinzione consente, nella prima ordinanza, la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte, senza pregiudicare l'utilità della tutela cautelare stessa; nella seconda, consente invece l'integrazione del contraddittorio cautelare. Si riportano le motivazioni della seconda pronuncia (per quanto sia la prima che verte sul problema che più qui interessa) perché appaiono particolarmente efficaci e pregnanti.

In primo luogo, il giudice amministrativo considera giustamente che l'integrazione del contraddittorio (e analogamente la proposizione della questione di costituzionalità) «può interferire con la natura cautelare del procedimento e pregiudicarne la pratica funzionalità. Può

<sup>2</sup> Sul tema, per tutti, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996.

<sup>3</sup> In tema cfr., ad es., F. FIGORILLI, *Le ordinanze c.d. soprassessorie in tema di sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 487 ss.

<sup>4</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 10 ottobre 1995, n. 1395, in *Corriere Giur.*, 1995, II, p. 1279 ss. Quest'ordinanza e la seguente sono commentate da F. FRANCA-RIO, *Processo amministrativo e definitività dei provvedimenti cautelari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 744 ss.

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 734.

accadere, infatti, che, ferma la soglia di contraddittorio necessaria per l'ammissibilità del ricorso, in considerazione dell'assoluta urgenza o dell'elevato numero di controinteressati da intimare, il tempo occorrente per l'integrale instaurazione del contraddittorio potrebbe pregiudicare l'effettività della tutela cautelare»<sup>6</sup>.

Per risolvere il problema, il Consiglio di Stato ricorre perciò ad «una norma di diritto vivente, di cui anche la Corte costituzionale ha preso atto in numerose pronunce (*ex plurimis*, v. sent. n. 444 del 1990), secondo cui il giudice della cautela, qualora i tempi del relativo procedimento si dilatino in conseguenza del promovimento da parte del giudice di un incidente di costituzionalità, di una fase istruttoria o quant'altro, può disporre nelle more del procedimento, al fine di mantenere la *res adhuc integra* e senza consumare la propria *potestas decidendi*, la sospensione interinale *ad tempus* del provvedimento impugnato, salva la pronuncia «definitiva» sulla domanda cautelare, se così si può dire di provvedimenti per natura provvisori»<sup>7</sup>.

Il Consiglio di Stato conclude, affermando che «nei casi di impossibilità di definizione immediata della lite cautelare il procedimento può scindersi in due fasi: una prima, di sospensione interinale; una seconda, successiva al compimento delle opportune attività processuali, di decisione definitiva sulla domanda cautelare»<sup>8</sup>. Si tratterebbe di «una tecnica processuale articolata, nella logica del *periculum in mora*, su una strumentalità di secondo grado, analoga a quella della misura cautelare rispetto alla decisione di merito, ma interna al procedimento cautelare: quella della misura interinale allo stato degli atti rispetto alla misura cautelare definitiva»<sup>9</sup>.

Come emerge dalle parole del Consiglio di Stato, l'orientamento in parola è stato effettivamente accolto dalla Corte costituzionale, quanto meno a partire dalla menzionata sentenza n. 444 del 1990, e risulta ribadito con continuità fino a pronunce recentissime (v. *infra* par. 2).

Le riforme del processo amministrativo intervenute nel corso degli

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., p. 743.

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., pp. 743-744.

<sup>8</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., p. 744.

<sup>9</sup> *Ibidem*.



anni<sup>10</sup> – che hanno in larga misura trasferito sul piano della legislazione ordinaria, indirizzi già ampiamente praticati della giurisprudenza – non hanno affatto scalfito la prassi delle ordinanze cautelari *ad tempus*, che anzi è andata via via progressivamente soppiantando l'altra soluzione che aveva precedentemente trovato spazio, ovvero quella della disapplicazione con rinvio al merito della rimessione alla Corte costituzionale<sup>11</sup>.

Se tuttavia nel processo amministrativo, anche in virtù della creatività che da sempre contraddistingue la giurisprudenza cautelare, la scansione bifasica del procedimento d'urgenza ha trovato ampia applicazione, più lenta e difficile si è mostrata la diffusione di tale soluzione nella giustizia civile<sup>12</sup>. Il ritardo con il quale la giurisprudenza civile ha riconosciuto la praticabilità dell'indirizzo descritto è certamente riconducibile a due fattori: da una parte, l'articolata disciplina del procedimento cautelare dettata dal codice sin dal 1990 che, diversamente dalle laconiche disposizioni amministrative, lascia ben poco spazio alla creatività pretoria; dall'altra, la maggiore difficoltà che il giudice civile incontra nel disapplicare in via diretta la disposizione avente forza di legge, operazione questa che appare concettualmente assai più ostica rispetto alla sospensione di meri provvedimenti amministrativi (seppure l'invalidità di questi sia derivata dalla legge incostituzionale).

In anni recentissimi, tuttavia, grazie anche ad alcune pronunce che hanno avuto forte risonanza e alla costante giurisprudenza della Corte

<sup>10</sup> Si fa riferimento alla l. n. 205/2000 e al Codice del processo amministrativo, che hanno inciso considerevolmente sulla disciplina del procedimento cautelare amministrativo.

<sup>11</sup> Basti ricordare in proposito la celebre pronuncia del Consiglio di Stato nel caso del concorso per uditore giudiziario; cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, p. 9, con nota di R. ROMBOLI.

<sup>12</sup> Lo si è potuto rilevare qualche anno fa in occasione di una pronuncia resa dal Tribunale di Taranto, ordinanza 24 settembre 2013, in G.U. n. 20 del 7 maggio 2013; sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Misura cautelare ad tempus nella tutela di diritti di rilievo costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2014, p. 915 ss., spec. p. 918. In senso parzialmente analogo, cfr. R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2014, VI, p. 4678 ss. Nel momento in cui si scrive, tuttavia, la ritrosia verso l'impiego di questa soluzione da parte dei giudici civili appare in via di superamento; v. pronunce alla nota seguente, nonché *infra* par. 2.

costituzionale, sembra che l'orientamento della tutela *ad tempus* abbia conquistato anche il processo civile<sup>13</sup> (anche *infra* par. 2.).

A sostegno dell'estensione in parola, in dottrina si è peraltro sottolineato come la soluzione della scansione bifasica del procedimento già accolta nel processo amministrativo<sup>14</sup>, non sia affatto estranea a quello civile, che già conosce, nell'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c., la possibilità di concedere la misura *inaudita altera parte* in via del tutto interinale, per poi confermarla o meno a contraddittorio instaurato<sup>15</sup>.

È peraltro argomento assai ricorrente che la possibilità di concedere in via meramente provvisoria la misura cautelare, al fine di consentire il controllo di legittimità di una disposizione, trovi un importante riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>16</sup>. Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze *Zuckerfabrik e Atlanta* – già esaminate nel precedente capitolo – con le quali la corte di Lussemburgo ha riconosciuto ai giudizi nazionali che nutrano dubbi circa la validità di norme di diritto derivato la possibilità di concedere provvedimenti cautelari fintantoché la Corte stessa non si sia pronunciata nel merito del rinvio pregiudiziale. A tal fine i giudici nazionali,

<sup>13</sup> Cfr. le sentenze sul caso “De Magistris-De Luca”, Corte cost., sentenze nn. 236 del 2015 e 276 del 2016, nonché più recentemente la sentenza n. 186 del 2020 sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo.

<sup>14</sup> Ora non solo in via pretoria, ma pure nell'art. 56 c.p.a.

<sup>15</sup> Cfr. A. RONCO, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2739 ss., spec. p. 2743; S. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, p. 453 ss., spec. pp. 458-459. *Contra* in parte L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una (parziale) soluzione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, p. 91 ss., spec. p. 92, la quale chiama in causa un “principio di rigidità delle regole processuali”; non sembra, tuttavia, che nel caso di specie le norme del procedimento cautelare (civile o amministrativo che sia) non possano prestarsi a una lettura costituzionalmente orientata nel senso (conforme alla *ratio* propria delle norme sulla tutela cautelare) di articolare il procedimento su due livelli per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

<sup>16</sup> Cfr., tra i molti, R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. appal.*, 2002, p. 234; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 146; V. ROMANO, *Giudizio cautelare e incidente di legittimità costituzionale*, in *Rass. avv. st.*, n. 1, 2014, p. 204 ss., in part. 207. In giurisprudenza, cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 28 novembre 2011, n. 6277, in *Rass. avv. st.*, n. 1, 2012, p. 209, spec. p. 212.

con modalità del tutto analoghe a quelle adottate dal giudice italiano, potrebbero concedere le misure cautelari in via provvisoria, rinviando contestualmente alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale di validità, e ritornare poi, dopo la pronuncia di questa, a confermare o revocare le misure concesse (v. più diffusamente *supra* Cap. III). Non si è mancato infine di evidenziare come la soluzione si inserisca armoniosamente nel quadro del giusto processo delineato dagli artt. 6 e 13 CEDU, nella misura in cui assicura la celerità della risposta giurisdizionale e l'effettività del ricorso<sup>17</sup>.

La soluzione in parola sembrerebbe pertanto quella che meglio si presta, nel contesto italiano, a contemperare i due principi confliggenti in materia, quello dell'effettività della tutela cautelare e quello del sindacato accentrato di costituzionalità.

## 2. Casi emblematici nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Una volta descritti funzionamento e pregi della soluzione della tutela cautelare *ad tempus* sotto il profilo teorico, appare opportuno a questo punto verificarne concretamente l'impiego e, soprattutto, saggiarne il rilievo nell'ambito del sistema di controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale. Nell'impossibilità di esaminare diffusamente tutti i casi<sup>18</sup> in cui, a partire dal 1990, il giudizio incidentale di costituzionalità è stato introdotto a partire dalla contestuale concessione di una tutela cautelare *ad tempus*, si è optato per una selezione di pronunce particolarmente significative, sia per l'importanza della questione sottoposta all'attenzione della Corte sia per la chiara e consapevole "messa in opera" dell'espedito processuale descritto.

Conviene partire proprio dalla prima pronuncia con la quale la Corte costituzionale ha inaugurato il filone della giurisprudenza favorevole alla tutela cautelare *ad tempus*, la sentenza n. 444 del 1990<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 28 novembre 2011, n. 6277, cit., p. 211.

<sup>18</sup> Cfr. *infra* Appendice n. 1.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 12 ottobre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2647 ss.

Nel caso di specie, il TAR Sicilia - Sezione staccata di Catania, con quattro ordinanze di rimessione dal contenuto pressoché identico, aveva impugnato dinanzi alla Corte l'art. 15, comma 3, l. n. 477 del 1973 (recante "Delega al Governo per l'emanazione di norme sullo stato giuridico del personale direttivo, ispettivo, docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria e artistica dello Stato"), del quale dubitava la conformità agli artt. 3 e 38 Cost. In particolare, il remittente censurava la disposizione controversa in quanto escludeva dalla possibilità di fruire del mantenimento in servizio oltre il 65° anno di età al fine di conseguire il diritto alla pensione, i soggetti, docenti e non docenti, che fossero stati assunti dopo il 1° ottobre 1974.

Tale disciplina era apparsa al giudice remittente, da una parte, discriminatoria in quanto, in palese violazione dell'art. 3 Cost., introduceva una diversità di trattamento tra dipendenti pubblici che esplicano identiche funzioni; e, dall'altra, irrazionale perché l'esigenza di raggiungere un numero di anni di lavoro sufficiente per ottenere il minimo della pensione è nell'interesse di tutti i lavoratori, a prescindere dal momento dell'assunzione.

La norma censurata avrebbe comportato, inoltre, la violazione dell'art. 38 della Costituzione, nella misura in cui non consentiva il conseguimento del diritto sociale alla pensione minima a quei lavoratori, che, entrati in servizio successivamente al 1° ottobre 1974, ad età inoltrata, non fossero riusciti in base alla normativa generale a completare, sia pure per pochi anni o mesi, il periodo di lavoro minimo richiesto per ottenere il trattamento di quiescenza.

Sulla scorta di tali dubbi in ordine alla legittimità costituzionale, il giudice amministrativo (in tre delle quattro ordinanze considerate) aveva ritenuto di poter sospendere temporaneamente l'esecuzione dei provvedimenti con i quali il provveditorato agli studi aveva collocato a riposo i ricorrenti, limitandone gli effetti «sino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale».

A fronte dell'eccezione di inammissibilità per irrilevanza sollevata dall'Avvocatura dello Stato sulla scorta della giurisprudenza pregressa della Corte, il giudice costituzionale rileva che il caso di specie si distingue da quelli di mera e semplice pronuncia sull'istanza cautelare,

che comporterebbe l'inevitabile esaurimento della *potestas iudicandi* del giudice *a quo*: «accertata la rilevanza (e la non manifesta infondatezza) della questione di costituzionalità ai fini della decisione sulla sospensione, il TAR, contemporaneamente alla emissione dell'ordinanza di rimessione a questa Corte, ha disposto, con separato provvedimento, la sospensione degli atti impugnati in via provvisoria e temporanea fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità: tale pronuncia non ha determinato, per la sua natura meramente tecnica ed interinale, l'esaurimento del potere cautelare del giudice amministrativo, con la conseguenza che la proposta questione deve ritenersi tuttora fornita del requisito della rilevanza»<sup>20</sup>.

La questione viene poi accolta nel merito: senza la concessione della sospensione cautelare, i ricorrenti sarebbero stati oramai collocati a riposo e non avrebbero potuto beneficiare degli effetti della pronuncia costituzionale e accedere al mantenimento in servizio per il tempo necessario a maturare il diritto al trattamento pensionistico.

Dopo questa prima sentenza, nel corso degli anni '90, l'orientamento descritto ha trovato alcune sporadiche conferme, a riprova del fatto che la suddetta soluzione non aveva ancora fatto presa presso i giudici comuni<sup>21</sup>: molte questioni sollevate nell'ambito del procedimento cautelare, infatti, andavano ancora incontro a una prevedibile pronuncia di inammissibilità della Corte, perché proposte solo dopo che il giudice si era ormai pronunciato "definitivamente" sul merito cautelare, esaurendo così la propria *potestas iudicandi*<sup>22</sup>.

Ma a partire dagli anni 2000, la tutela *ad tempus* diviene chiaramente la strada maestra per l'accesso alla Corte nella fase cautelare,

<sup>20</sup> Corte cost., n. 444 del 1990, *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 24 del 1995, n. 359 del 1995, n. 183 del 1997 e n. 330 del 1999.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza 20 dicembre 1993, n. 451, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3694 ss., con nota di G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, *ivi*, p. 452 ss. Nel caso di specie, il TAR Veneto aveva sollevato la questione di costituzionalità della normativa rilevante contestualmente alla concessione, senza riserve, della sospensione del provvedimento impugnato dal ricorrente. Cfr. pure Corte cost., ordinanza n. 398 del 1990 (rimessione dopo concessione provvedimento *ex art.* 700 c.p.c.) e sentenza n. 498 del 1990 (rinvio contestuale a rigetto dell'istanza cautelare).

con un visibile e progressivo incremento di questioni portate dinanzi al giudice costituzionale secondo tale modello.

È il caso, ad esempio, della sentenza n. 4 del 2000<sup>23</sup>, giunta all'esito di un processo incidentale instaurato del TAR Sicilia – Sezione staccata di Catania, vero e proprio apripista in materia. Oggetto del giudizio era costituito in quest'occasione da un complesso di norme della l.r. n. 33 del 1997 e successive modificazioni, in materia di protezione, tutela e incremento della fauna selvatica nonché di regolamentazione del prelievo venatorio. I ricorrenti (alcune associazioni ambientaliste) sostenevano l'incompatibilità della detta disciplina sia con lo Statuto regionale sia con l'art. 10 Cost., nella misura in cui non era stato sostanzialmente recepito dal legislatore regionale alcuna delle prescrizioni indicate dalla l. n. 157 del 1992 e stabilite in funzione dell'adempimento degli obblighi di tutela della fauna assunti sul piano internazionale. In particolare, la Regione non aveva realizzato la pianificazione faunistico-venatoria e neppure aveva neppure istituito quegli organismi tecnici di attuazione dalla predetta normativa. La legge regionale si limitava infatti ad autorizzare l'Assessore regionale ad applicare il calendario e le modalità venatorie dell'anno precedente, con relativo ampliamento dell'arco temporale della stagione faunistica, apportando i necessari aggiornamenti, «nelle more dell'adozione del piano regionale faunistico-venatorio» e «prescindendo dal parere del comitato regionale faunistico venatorio». Contestualmente alla rimessione delle questioni di costituzionalità alla Corte, il giudice amministrativo aveva disposto la sospensione «sino alla prima Camera di consiglio utile dopo la restituzione degli atti del presente giudizio» del decreto dell'Assessore regionale per l'agricoltura e le foreste, con il quale si era provveduto a regolamentare l'esercizio del prelievo venatorio nella Regione Sicilia per la stagione 1997-1998.

Le questioni di legittimità così sollevate sono state in parte accolte, in parte dichiarate inammissibili; tuttavia, quel che rileva è il fatto che la Corte non ritiene, neppure in questo frangente, che la rilevanza della questione sia venuta meno, in virtù del fatto che il giudice *a quo* «contemporaneamente all'ordinanza di rimessione, [ha] disposto, con

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 12 gennaio 2000, n. 4, in *Giur. cost.*, 2000, p. 14 ss., con ampia nota redazionale.

separato provvedimento, la sospensiva stessa, in via provvisoria e temporanea, sino alla ripresa del giudizio cautelare»<sup>24</sup>.

Successivamente, dopo una serie di pronunce nelle quali la questione viene affrontata solo incidentalmente, giusto al fine di rigettare le eccezioni di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato, la Corte, nell'ordinanza n. 25 del 2006<sup>25</sup>, tenta di strutturare e argomentare più diffusamente la propria posizione sul punto.

Si sostiene, innanzitutto, che «il giudice (...) ben può sollevare questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando non provveda sulla domanda cautelare, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva, per le ragioni addotte a suo fondamento, nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice (...) fruisce: con la conseguenza che la questione di legittimità costituzionale è inammissibile»<sup>26</sup>. Si versa perciò nelle ipotesi di inammissibilità descritte «oltre che, ovviamente, se la misura è espressamente negata (ordinanza n. 82 del 2005) – quando essa sia concessa sulla base di ragioni, quanto al *fumus boni juris*, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa (sentenza n. 451 del 1993)»<sup>27</sup>.

Di contro – e qui si introduce la più attenta teorizzazione della tutela *ad tempus* – «la *potestas judicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 444 del 1990; n. 367 del 1991; nn. 24, 30 e 359 del 1995; n. 183 del 1997; n. 4 del 2000)»<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 4 del 2000, *Considerato in diritto*, § 2.1. È giusto il caso di evidenziare come la questione sollevata nel 1997 sia decisa nel 2000 e il decreto riguardi la stagione venatoria 1997-1998.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 27 gennaio 2006, n. 25, in *Giur. cost.*, 2006, p. 192 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., ord. n. 25 del 2006, *Terzo considerato*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Corte cost., ord. n. 25 del 2006, *Quarto considerato*.

Infine, si precisa «che la sospensione ex art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), investe, conseguentemente, la fase cautelare del giudizio amministrativo, dipendendo dall'esito del giudizio di legittimità costituzionale la sorte dell'ordinanza cautelare emessa (come testualmente recita, nel caso di specie, l'ordinanza di sospensione dell'efficacia del provvedimento) “nelle more” del relativo giudizio»<sup>29</sup>.

La chiara enunciazione della posizione della Corte riscuote evidenti risultati sul piano della giurisprudenza di merito, con una tangibile riduzione delle questioni proposte una volta esaurita la *potestas iudicandi* e l'adozione della soluzione della tutela cautelare *ad tempus* anche nell'ambito del processo civile.

È il caso quest'ultimo della sentenza n. 306 del 2008<sup>30</sup>, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione degli stranieri extracomunitari dal novero dei beneficiari dell'indennità di accompagnamento, nei casi in cui non risultino in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Il caso concreto portato all'attenzione del giudice *a quo*, il Tribunale di Brescia, Sezione lavoro, presentava evidenti caratteri d'urgenza: la ricorrente, cittadina albanese, coniugata con due figlie minori e presente nel territorio nazionale da più di sei anni, a seguito di un incidente stradale, versava in stato di coma vegetativo. Per tale ragione, era stata presentata domanda per il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento che però era stata rigettata dall'amministrazione perché, pur essendo stato riconosciuto il possesso dei prescritti requisiti sanitari alla ricorrente, si era rilevata la mancanza della titolarità della carta di soggiorno (della quale l'istante non poteva ottenere il richiesto rilascio per l'ovvia mancanza del requisito reddituale, considerato lo stato di salute in cui versava), documento che la legge censurata richiedeva per l'attribuzione della provvidenza in oggetto.

<sup>29</sup> Corte cost., ord. n. 25 del 2006, *Quinto considerato*.

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3324 ss., con note di A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, p. 3338 ss.; B. MARZIALE, *Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1357 ss.



Il giudice civile, adito *ex art.* 700 c.p.c., dopo aver accertato in via istruttoria il possesso da parte della ricorrente dei prescritti requisiti sanitari e l'onerosità del suo ricovero presso una struttura sanitaria (la cui retta era a carico della famiglia), aveva allora accolto l'istanza cautelare e, con il medesimo provvedimento, sollevato la questione di legittimità costituzionale (accolta integralmente dalla Corte).

Un'ulteriore conferma della praticabilità del meccanismo anche nell'ambito del processo civile proviene dalla pronuncia sul caso *Stamina*, n. 274 del 2014<sup>31</sup>, concernente la legittimità costituzionale dell'art. 2, d.l. n. 24 del 2013, (recante "Disposizioni urgenti in materia sanitaria"), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. n. 57 del 2013, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost. Com'è noto, la norma censurata consentiva alle strutture pubbliche di completare i trattamenti a base di cellule staminali mesenchimali (c.d. metodo *Stamina*) su singoli pazienti, nei soli casi in cui i medesimi trattamenti fossero già stati avviati anteriormente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 24 del 2013. Il che comportava il divieto per le strutture sanitarie pubbliche di dare inizio al trattamento *Stamina* con riferimento a pazienti che ne avessero fatto richiesta solo dopo l'entrata in vigore del citato decreto legge.

Il dubbio di legittimità si appuntava dunque sulla presunta incompatibilità della normativa in questione con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., sia sotto il profilo della violazione del dovere di solidarietà e del diritto alla salute (nel suo contenuto minimo ed essenziale) sia sotto quello della non giustificabile disparità di trattamento, che si sarebbe prodotta in danno dei soggetti ai quali fosse *ex lege* precluso il trattamento con cellule staminali, non in base alle loro condizioni di salute, ma unicamente in ragione del limite temporale fissato dalla legge.

La giurisprudenza di merito sul tema era stata tanto ricca (oltre

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giur. cost.*, 2014, VI, p. 4670 ss., con note di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*, ivi, p. 4678 ss.; G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2015, p. 157 ss.; C. NARDOCCI, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, ivi, p. 160 ss.; G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2015.

200 pronunce cautelari)<sup>32</sup> quanto variegata nelle soluzioni adottate, non solo sotto il profilo del merito, ma soprattutto in ordine alla disciplina procedurale. Tuttavia, tra i giudici confrontatisi con la controversa legittimità costituzionale della norma, l'unico a sollevare la questione di legittimità costituzionale era stato quello del Tribunale di Taranto, Sezione lavoro<sup>33</sup>.

Il giudicante, provvedendo su un ricorso cautelare *ante causam* proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., aveva ordinato all'Azienda ospedaliera "Spedali civili di Brescia" di somministrare al ricorrente (affetto da sclerosi laterale amiotrofica) la cura richiesta secondo il metodo *Stamina*, limitando gli effetti del proprio provvedimento – dichiaratamente «*ad tempus*» – «sino all'esito della decisione da parte della Corte costituzionale» sulla questione contestualmente sollevata.

La Corte, pur rigettando nel merito la questione proposta, conferma tuttavia ancora una volta la bontà dell'espedito processuale adottato, affermando che «nel disporre la sospensione della procedura cautelare, differendo al suo esito ogni pronunzia sulle spese, e nel condizionare la conservazione dell'efficacia della concessa misura di urgenza "sino all'esito della decisione (...) della questione di costituzionalità", il Tribunale rimettente ha, con ciò, comunque presupposto la prosecuzione innanzi a sé dello stesso giudizio cautelare, al fine di pervenire alla conferma o meno del provvedimento adottato, in dipendenza dell'esito – di fondatezza o non – della questione medesima. E tanto basta per ritenere superata in senso affermativo la verifica di sussistenza della sua legittimazione a sollevare, nella fattispecie considerata, l'incidente di costituzionalità»<sup>34</sup>.

A chiudere questo breve *excursus* tra i giudizi incidentali di costituzionalità introdotti secondo il modello di procedimento cautelare bifasico, si collocano idealmente le due decisioni sul caso "*De Magi-*

<sup>32</sup> Cfr., in tal senso, A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3249 ss., spec. p. 3252.

<sup>33</sup> Cfr. Trib. Taranto, ordinanza 24 settembre 2013, in *biodiritto.org* – *Dossier Stamina*: <<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>>, con nota di G. MENEGUS, *Misura cautelare ad tempus nella tutela di diritti di rilievo costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2014, p. 915 ss.

<sup>34</sup> Corte cost., sent. n. 274 del 2014, *Considerato in diritto*, § 4.

stris - De Luca” (nn. 236/2015<sup>35</sup> e 276/2016<sup>36</sup>), concernenti la sospensione di diritto ai sensi del d.lgs. n. 235/2012, c.d. legge Severino: in entrambe le pronunce, sollevate rispettivamente dal TAR Campania e dal Tribunale civile di Napoli, i giudici *a quibus* avevano dichiaratamente sospeso il decreto di sospensione prefettizio emanato contro De Magistris e De Luca, condizionandone la conferma e gli effetti alla successiva pronuncia della Corte. In questi casi, l’Avvocatura dello Stato, per la prima volta, non solleva la consueta eccezione di inammissibilità per esaurimento della *potestas iudicandi*, implicitamente riconoscendo il consolidato indirizzo adottato dalla Corte sul punto. E

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 19 novembre 2015, n. 236, in *Giur. cost.*, VI, p. 2179 ss.; ricchissima la dottrina in merito: cfr., nota di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2016, I, p. 412 ss.; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della “legge Severino”: nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2016, 30 gennaio 2016; C. MARCHESI, *Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, ivi; L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2016; F.S. MARINI, *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2016; F. BAILO, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, n. 1, 2016, p. 206 ss.; V. PUPO, *La “legge Severino” al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzinatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *q*, n. 2, 2016, p. 361 ss.; M. GAMBARDELLA, *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. ‘legge Severino’*, in *Giur. Pen.*, n. 5, 2016, p. 1884 ss.; P. TORRETTA, *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, n. 3, 2016, p. 258 ss.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016, n. 276, in *Giur. cost.*, VI, 2353 ss., con note di P. TORRETTA, «Legge Severino»: la Corte conferma la sua legittimità costituzionale, in *Quad. cost.*, n. 1, 2017, p. 129 ss.; F. BAILO, *Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, n. 2, 2017, p. 449 ss.; S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2107; G. RIVISECCHI, *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2016, p. 2385 ss.; nonché si consenta di rinviare a G. MENEGUS, *La sospensione di diritto ex “legge Severino” supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. n. 276/2016*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017.

d'altra parte, la Corte stessa non ritiene di dover spendere ulteriori parole sulla validità del meccanismo della tutela cautelare *ad tempus*.

A ulteriore e definitiva conferma di una soluzione che oramai risulta acquisita al sistema di controllo di legittimità costituzionale in via incidentale, si può ricordare come il giudizio che ha condotto alla notissima sentenza n. 186 del 2020<sup>37</sup>, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo introdotto dal d.l. n. 113 del 2018, fosse stato introdotto seguendo lo schema descritto. I giudici di Ancona e Salerno avevano infatti provvisoriamente acconsentito all'iscrizione degli attori richiedenti asilo in via cautelare, subordinando la conferma della decisione all'esito della pronuncia della Corte.

### 3. *Questioni aperte*

Nonostante l'ampio seguito in giurisprudenza, l'indirizzo descritto non risulta comunque immune da critiche e perplessità in dottrina. Nei paragrafi seguenti, si avrà modo non solo di dar conto delle differenti posizioni contrarie alla piena praticabilità di tale soluzione, soffermandosi, in particolar modo, sul profilo della rilevanza della questione di costituzionalità sollevata contestualmente alla pronuncia *ad tempus*; ma pure di esaminare gli ulteriori profili di maggiore incertezza della disciplina che – rimasti pressoché non investigati dalla dottrina – necessitano di un maggiore approfondimento.

*a) Una possibile giustificazione teorica: la disapplicazione ad tempus come conseguenza necessaria dell'incidentalità del giudizio*

Una prima critica mossa frequentemente alla soluzione in esame è

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 186 del 2020, con note di S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2020; C. MORSELLI, *La Consulta boccia l'art. 13 d.l. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) sul veto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo ma lo scrutinio ablativo risulta monopolizzato dal parametro dell'art. 3 C. (in un cono d'ombra l'art. 10, co. 3, C.)*, ivi; A. RAUTI, "Il diario degli errori". *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2020, p. 830 ss.

quella per cui la concessione del provvedimento, seppur *tecnica e interinale*<sup>38</sup>, andrebbe comunque a risolversi nella disapplicazione della legge incostituzionale. Disapplicazione che, per quanto provvisoria, appare ad ogni modo incompatibile con il sistema accentrato di costituzionalità, il quale non consente ad alcun giudice di disapplicare la legge, pur sospetta di illegittimità, prima della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale.

Questo aspetto ha indotto molti Autori a riconoscere nella concessione della misura cautelare *ad tempus* un fattore di *diffusione* del giudizio costituzionale<sup>39</sup>: il giudice *a quo* non si limita alla sommaria delibazione della non manifesta infondatezza, ma si spinge a compiere una vera e propria decisione circa la legittimità della disposizione indubbiata, seppur incidentale, con consequenziale disapplicazione della legge.

Si è anche ritenuto di distinguere tra diffusione *necessaria* e diffusione *forte*<sup>40</sup>: la prima è quella tipica della tutela *ad tempus*, contestuale alla rimessione della questione alla Corte costituzionale e strettamente funzionale alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale; la seconda, invece, è quella adottata indipendentemente dalla rimessione alla Corte, che viene rinviata al successivo processo di merito. Solo la prima (secondo tale opinione) sarebbe ammissibile, in quanto circoscritta nel tempo e strumentale alla garanzia delle situazioni soggettive coinvolte. Non si nega, però, che si tratti pur sempre di disapplicazione e di una deroga (se non di una violazione) del sindacato accentrato di costituzionalità.

A parere di chi scrive, tuttavia, sembra che la questione possa essere ricostruita in modo alternativo a quello finora proposto dalla dottri-

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 444 del 1990, *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>39</sup> Cfr., tra gli altri, L. AZZENA, *Valorizzazione degli elementi di diffusione del sistema di giustizia costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, Torino 2002, pp. 391-395; A. VUOLO, *Misure cautelari e sindacato diffuso sulla legge*, *ivi*, 545 ss., *passim*; N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Giappichelli, Torino 2008, p. 244 ss.

<sup>40</sup> Cfr. N. PIGNATELLI, *op. ult. cit.*, p. 248.

na che si è occupata del tema. In proposito, può essere colto uno spunto di Giandomenico Falcon<sup>41</sup>, il quale tende a valorizzare la connessione tra sospensione del processo per pregiudizialità costituzionale e tutela cautelare; una prospettiva che verrà ripresa, di lì a pochi anni, da Mario Esposito in una nota a sentenza<sup>42</sup>.

Per comprendere appieno la prospettiva adottata dai due Autori, è però opportuno interrogarsi, in primo luogo, sul significato e sulla funzione della sospensione per pregiudizialità costituzionale prevista ai sensi dell'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953<sup>43</sup>.

Un primo elementare rilievo consiste nell'osservare che la sospen-

<sup>41</sup> Cfr. G. FALCON, *Intervento*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 157 ss., spec. pp. 158-159.

<sup>42</sup> Cfr. M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1833 ss., spec. pp. 1851-1852.

<sup>43</sup> La riflessione dottrinale sul tema (nonché, più ampiamente, sull'intera disciplina di tale figura di sospensione) è sorprendentemente scarna. L'istituto, infatti, è stato per lo più trattato in via incidentale nel corso di indagini dedicate alla questione della rilevanza, ovvero per discorrere dell'*autonomia del processo costituzionale* rispetto alle vicende del giudizio *a quo*. La disciplina è stata poi frequentemente ricostruita operando un'indebita sovrapposizione tra la sospensione per pregiudizialità costituzionale e quella *necessaria ex art. 295 c.p.c.*, lasciando così un certo margine alla giurisprudenza, anche del Consiglio di Stato e della Cassazione, per sviluppare prassi del tutto inaccettabili per il significato, il ruolo e l'importanza della sospensione in parola. Basti pensare, ad es., alla pratica ancora diffusissima di sospendere il processo in pendenza di una questione di legittimità costituzionale sollevata da altro giudice (contro la quale ha giustamente condotto una critica serrata A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, p. 145 ss.; più recentemente sul punto cfr. N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2021, p. 127; in giurisprudenza si v. Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 15 ottobre 2014, n. 28, che acconsente alla cd. *sospensione impropria* – senza remissione – purché le parti abbiano rinunciato a costituirsi nel giudizio costituzionale); oppure a quella altrettanto diffusa e altrettanto discutibile di far decorrere il termine per la riassunzione del processo sospeso dalla pubblicazione della pronuncia in Gazzetta Ufficiale e non dalla comunicazione da parte dell'Autorità giudiziaria (cui gli atti vengono restituiti dalla Corte) alle parti (cfr. M. ANDREIS, *Pregiudizialità costituzionale e (mera) sospensione*, in *Urb. app.*, n. 1, 2015, p. 47 ss., spec. p. 51 ss.). Non è ovviamente possibile in questa sede tentare una ricostruzione più approfondita e organica dell'istituto, operazione che travalica lo stesso scopo dell'indagine. Si vuole suggerire però un peculiare sviluppo delle finalità della sospensione stessa che, a quanto risulta, sono state indagate dai soli Autori indicati nel testo.

sione *ex art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953* non rappresenta altro che il *riflesso, giuridicamente necessario, della rilevanza* della questione di costituzionalità<sup>44</sup>: il processo *a quo* non può proseguire oltre fintantoché la questione non sia decisa, perché altrimenti la risoluzione della stessa da parte della Corte costituzionale sarebbe incapace di incidere sulla definizione dello stesso processo *a quo*.

Accanto a questo primo assunto, si è pure comunemente sostenuto che la sospensione del processo *a quo* valga, da una parte, a dispensare il giudice dall'osservanza (e conseguente applicazione) di una legge che sospetta incostituzionale; e dall'altra, ad impedire l'applicazione della legge che si presume illegittima fino alla decisione della Corte costituzionale, quanto meno con riferimento al rapporto giuridico dedotto in giudizio (ovvero *inter partes*).

Quest'ultima osservazione – che risulta particolarmente significativa per il prosieguo del discorso – non è stata, tuttavia, adeguatamente approfondita e sviluppata dalla dottrina, fatta eccezione appunto per i contributi di Giandomenico Falcon e Mario Esposito.

Particolarmente efficaci appaiono le riflessioni del primo, che si riprendono qui per la chiarezza con la quale la questione è tratteggiata: «il problema che si può porre è: la questione di legittimità costituzionale sospende l'applicazione della legge solo come regola del giudizio, cioè come norma processuale (nel senso che il giudice non giudica fino a quando la questione non è decisa), o si può pensare che la questione di legittimità costituzionale sospende l'applicazione della legge, tendenzialmente, anche in quanto regola di comportamento tra le parti? In altre parole: è solo che il giudice non può, provvisoriamente, giudicare, o più in generale possiamo dire che la legge, una volta che tra quelle parti è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, si trova per esse in una situazione di semiparalisi, in attesa del giudizio?»<sup>45</sup>.

Generalmente, osserva ancora l'Autore, applicazione del giudice e applicazione tra le parti vengono a coincidere, dipendendo la seconda esclusivamente dal processo principale sospeso. Ma si danno anche ca-

<sup>44</sup> Cfr. A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit., p. 137 ss.

<sup>45</sup> G. FALCON, *Intervento*, cit., p. 158.

si in cui una delle parti si trovi in una posizione tale da poter dare applicazione da sé alla legge sospetta di incostituzionalità<sup>46</sup>. Basti pensare al caso in cui parte in giudizio sia una Pubblica Amministrazione che abbia già adottato un provvedimento conforme alla disciplina di dubbia costituzionalità.

In tale contesto, la mera sospensione prevista dall'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953 – sempre se la si ritiene diretta a sospendere l'applicazione della legge tra le parti, anche al di fuori del processo – finisce per essere inefficace e del tutto inadeguata alla finalità perseguita.

Tale ipotesi di inadeguatezza della sola sospensione processuale ad impedire l'applicazione della legge sospetta di incostituzionalità tra le parti si verifica esattamente nel procedimento cautelare nell'ambito del quale sia sollevata una questione di legittimità: la parte che richiede il provvedimento d'urgenza, infatti, non può attendere l'esito del giudizio di legittimità costituzionale, dal momento che nelle more dello stesso il suo diritto potrebbe essere irrimediabilmente compromesso tramite la compiuta esecuzione del provvedimento amministrativo o la diretta applicazione della legge sospetta di incostituzionalità.

La possibilità del giudice *a quo* di emettere provvedimenti cautelari contestualmente alla proposizione della questione di costituzionalità si caratterizzerebbe, pertanto, non come un'autonoma disapplicazione della legge, seppur incidentale, ma come una differente e più pervasiva declinazione della sospensiva prevista all'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953.

In tal senso si esprime Mario Esposito, il quale sostiene che «la sospensione del processo, invero, appare essere un congegno tecnico per assicurare che la legge posta in dubbio di incostituzionalità non spieghi effetti sulla *res iudicanda* frattanto che il giudice delle leggi non abbia giudicato. Essa, pertanto, risponde alla fondamentale finalità cautelare di evitare nelle more del giudizio di costituzionalità non solo, ovviamente, il giudice remittente, che ha prospettato o condiviso il sospetto di incostituzionalità, porti paradossalmente ad esecuzione la legge di cui dubita, ma anche che lo facciano le parti – a maggior ragione la parte dotata di poteri autoritativi – col rischio che, quella tra

<sup>46</sup> G. FALCON, *op. cit.*, pp. 158-159.



loro a cui vantaggio tornasse l'eventuale sentenza di accoglimento, subisca pregiudizio nel tempo occorrente a risolvere la questione di costituzionalità davanti alla Corte»<sup>47</sup>.

Questo modo di intendere la sospensione per pregiudizialità costituzionale come istituto avente finalità (quanto meno latamente) cautelari implica naturalmente la logica e giuridica contiguità tra la sospensione del processo (il quale è applicazione della legge) e la pronuncia di sospensiva dell'esecuzione dell'atto amministrativo (il quale è sempre applicazione della legge).

Si potrebbe obiettare che è invece più arduo ricomprendere nell'alveo di tale interpretazione pure i provvedimenti anticipatori, che non si concretano in una mera sospensione, ma arrivano a disciplinare provvisoriamente – in modo alternativo alla legge, ma conforme a Costituzione – il rapporto dedotto in giudizio. Tuttavia, non sembra che possa escludersi neppure tale esercizio del potere cautelare del giudice (civile o amministrativo) nella misura in cui si limiti ad evitare la compiuta applicazione della legge indubbiata prima della pronuncia della Corte. Anche in questo frangente, viene esclusivamente garantita la finalità latamente cautelare perseguita dalla sospensione del processo *ex art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953*: comunemente la mera sospensione è insufficiente a tutelare gli interessi pretensivi e i diritti che comportano non una mera astensione, ma un comportamento attivo della controparte; quando questi ultimi sono esposti ad un pregiudizio imminente ed irreparabile appare inadeguata di per sé sola ad impedire l'applicazione definitiva della legge sospetta di incostituzionalità.

In conclusione, la possibilità di pronunciare provvedimenti cautelari in via meramente interinale può dunque essere intesa non come una disapplicazione vera e propria della legge, oppure come un momento di diffusione del giudizio di costituzionalità, ma piuttosto come un'attività necessariamente connessa alla rimessione della questione di legittimità, al fine di garantire la piena funzionalità della sospensione *ex art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953*<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, cit., p. 1852.

<sup>48</sup> La prospettiva descritta è da ultimo accolta anche da N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discen-*

b) *Presupposti: il fumus boni iuris come non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale?*

Alcune perplessità in dottrina hanno pure riguardato il grado di approfondimento della cognizione del giudice cautelare in merito alla sospetta illegittimità costituzionale della legge applicabile.

Taluni Autori suggeriscono di distinguere tra il caso in cui il giudice si sia formato un particolare convincimento circa l'illegittimità della legge e i casi in cui, invece, il giudicante nutra solamente dei meri dubbi in proposito: nel primo caso, si dovrebbe optare per la concessione della misura cautelare e la contestuale rimessione alla Corte, nel secondo per la sola rimessione. Nel primo frangente sarebbero infatti integrati tanto il *fumus* (inteso come probabilità di accoglimento della questione e conseguente successo nel merito del ricorrente) quanto la non manifesta infondatezza; mentre nel secondo caso risulterebbe integrata la sola non manifesta infondatezza (intesa nel senso classico di "mero dubbio")<sup>49</sup>.

Ma se il *fumus boni iuris* viene fatto coincidere, secondo alcuni Autori, con la valutazione in punto di legittimità il giudice non potrebbe limitarsi ad una delibazione superficiale, in termini di mera non manifesta infondatezza o di semplice dubbio circa il vizio della legge, ma dovrebbe spingersi ad effettuare una più intesa disamina del dato normativo, per giungere a ritenere probabile la declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte.

Altri Autori hanno invece evidenziato che, aderendo a siffatta tesi, il giudice travalicherebbe i limiti posti dall'ordinamento in punto di valutazione di costituzionalità, sconfinando così nelle competenze della Corte: il giudicante della fase cautelare dovrebbe pertanto limitarsi al rilievo della non manifesta infondatezza e concedere sulla scorta di questa il provvedimento richiesto. Così, tuttavia, soprattutto se si tiene conto del fatto che la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità è in genere ricondotta al *mero dubbio* in ordine alla le-

dente, in *Federalismi.it*, n. 6, 2021, p. 123 ss.

<sup>49</sup> Cfr. A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale (nota a Corte cost. sent. n. 200 del 2014)*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2014, p. 16.

gittimità della disposizione controversa, si finisce per consentire al giudice la concessione di provvedimenti, intrinsecamente pericolosi e potenzialmente irreversibili, sulla base di un semplice dubbio. Profilo che può apparire controvertibile, specialmente in un'ottica di piena garanzia della tutela giurisdizionale.

La Corte costituzionale, d'altra parte, sembra oramai orientata nel senso di sovrapporre le due nozioni: la tutela *ad tempus* va concessa al ricorrere della non manifesta infondatezza della questione<sup>50</sup>.

Le preoccupazioni in ordine alla scarsa consistenza del *fumus* richiesto, che potrebbe portare alla concessione di provvedimenti cautelari sulla base di questioni di costituzionalità non sufficientemente ponderate o addirittura manifestamente infondate, possono tuttavia essere ridimensionate se solo si considera l'onere motivazionale che grava sul giudice *a quo* e che è andato progressivamente intensificandosi con l'evolversi della giurisprudenza costituzionale. In particolare, l'obbligo di motivare sull'impossibilità di offrire un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione controversa sembra un elemento significativo nel senso di escludere che il mero dubbio sia sufficiente a giustificare la concessione di misure cautelari *ad tempus*, richiedendosi in effetti la convinzione del giudice circa l'incostituzionalità della norma. Se poi viene calata nello specifico ambito del processo amministrativo, la motivazione necessariamente articolata che il giudice deve redigere per sollevare la questione dinanzi alla Corte può rappresentare un notevole progresso rispetto alle motivazioni di stile (per non dire inesistenti) consegnateci quotidianamente dalla prassi dei giudici amministrativi.

Si tratta certo di una convinzione, quella che muove il giudice *a quo*, che può essere smentita dalla Corte, ma che pare possa valere a riconsiderare le posizioni di chi si è espresso in chiave particolarmente critica in merito.

<sup>50</sup> Esprime perplessità sulla coincidenza dei due requisiti A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 112.

c) *Profili processuali: l'appello cautelare in pendenza della questione di legittimità costituzionale*

Un aspetto particolarmente controverso della soluzione in esame è quello dell'ammissibilità dell'appello delle ordinanze cautelari *ad tempus*, questione rispetto alla quale anche la giurisprudenza appare incerta<sup>51</sup>.

Gli argomenti che militano in favore dell'appellabilità di questa tipologia di provvedimenti cautelari sono diversi: in primo luogo, va senz'altro ricordata la radicale incompatibilità logico-giuridica della sospensione del procedimento cautelare (v. *supra* Cap. II, par. 5, lett. a): non vi può essere sospensione del procedimento cautelare senza negare la stessa ragione giustificativa della tutela cautelare, cioè l'urgenza del provvedere. In quest'ottica, l'eventuale rimessione della questione alla Corte non varrebbe a determinare la connessa sospensione del procedimento *a quo* e pertanto rimarrebbe aperta la strada dell'appello per la parte resistente.

Va inoltre ricordata la significativa giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto come principio di carattere costituzionale il c.d. *doppio grado cautelare*, quanto meno nell'ambito del processo amministrativo, nonché – per quanto riguarda la giustizia civile – la necessaria *reclamabilità* della misura cautelare<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, per l'esclusione dell'appellabilità, Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 20 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, III, p. 85; Id., Sez. V, 27 settembre 1996, n. 1175, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce Giustizia amministrativa, n. 117. *Contra* Cons. giust. amm. reg. sic., ordinanza 16 dicembre 1999, n. 1056, in *Foro it.*, 2000, III, p. 451 ss. Sul tema, cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Pregiudizialità costituzionale e doppio grado di giudizio nel processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 33 ss.; R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* cit., p. 345 ss.; S. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, 453 ss.; da ultimo, N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, cit., pp. 127-128.

<sup>52</sup> Corte cost., sentenza 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.*, 1982, p. 41 ss.; con note di S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 43 ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 311 ss.; M. ROSSI, *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, p. 1234 ss. Richiama quest'argomento A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase*

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza costituzionale in materia di reclamo ha pure posto in luce l'esigenza di assicurare la *parità delle armi* nel procedimento cautelare come necessario corollario del principio del giusto processo. Il che vale a dire che non devono esservi irragionevoli disparità tra le parti in giudizio anche e soprattutto in ordine all'esperibilità degli strumenti impugnatori. Viene qui in rilievo specialmente la nota sentenza n. 253 del 1994<sup>53</sup> che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di reclamare il provvedimento di diniego dell'istanza cautelare (ma l'ammetteva per quello di accoglimento).

La Corte in tale frangente ha avuto modo di sottolineare, in primo luogo, come la funzione strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale spiegata dalle misure cautelari, tanto anticipatorie quanto conservative, «giustifica l'introduzione di una uniforme disciplina che assicuri i requisiti propri (e minimi) imposti al modello processuale dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli artt. 3 e 24 della Costituzione, in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e, per quanto qui interessa, di posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti».

In secondo luogo, ha evidenziato che tra il rimedio del reclamo e quello della riproposizione dell'istanza cautelare non vi è un rapporto di equivalenza in termini di garanzia<sup>54</sup>, posto che sul reclamo di cui all'art. 669-*terdecies* è chiamato a decidere un giudice diverso da quello che ha pronunciato il provvedimento impugnato, mentre la riproposizione dell'istanza ai sensi dell'art. 669-*septies* si rivolge al medesimo giudice che ha già respinto la richiesta di misura cautelare, cui vanno

*cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, p. 693 ss., in part. p. 699.

<sup>53</sup> Corte cost., sentenza 20 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2033 ss., con note di G. ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, *ivi*, p. 2041 ss.; C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*, in *Giur. it.*, I, 1, p. 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss.; B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2005 ss.

<sup>54</sup> L'Avvocatura dello Stato aveva infatti difeso la disposizione sottolineando come fosse possibile riproporre l'istanza cautelare.

ad aggiungersi i limiti di ammissibilità che pur sempre l'articolo 669-*septies* c.p.c. pone alla riproposizione dell'istanza, così escludendo che lo stesso giudice possa comunque pronunciarsi nuovamente su una domanda riproposta negli identici termini e in costanza della medesima situazione di fatto, al fine di eliminare un proprio eventuale precedente errore. Pertanto, la disciplina dettata dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. era da considerarsi irragionevolmente discriminatoria.

Tornando ora alla questione in esame, risulta evidente che la stessa discriminazione si verificherebbe anche nel caso in cui si ritenesse non appellabile la misura cautelare *ad tempus*, seppure in prospettiva rovesciata: qualora l'istanza cautelare del ricorrente venisse negata, lo stesso potrebbe ricorrere in appello e ottenere dal giudice di seconde cure la misura richiesta (come peraltro è avvenuto più volte). Nell'ipotesi opposta, in cui la misura venisse concessa, a ritenere inappellabile la misura, si verrebbe a discriminare il resistente.

Questi argomenti, seppur apprezzabili, non sembrano tuttavia risolutivi: in favore dell'inappellabilità di questo tipo di provvedimenti cautelari militano una serie di argomenti che altrettanto persuasivi. Non si fa tanto riferimento al risalente e oramai superato orientamento del Consiglio di Stato, propenso a respingere l'appello di tutte le ordinanze c.d. *soprassessorie*, sulla scorta dell'assunto per cui le stesse, facendo le veci di meri atti istruttori, non avrebbero avuto alcun contenuto decisorio<sup>55</sup>.

Si intende piuttosto evidenziare come il provvedimento cautelare eventualmente concesso secondo lo schema della tutela cautelare *ad tempus* sia in realtà intimamente collegato con la rimessione della questione di costituzionalità<sup>56</sup>. Se è vero, come si è cercato di argomentare *supra*, che in questo caso la tutela cautelare approntata dal giudice contestualmente all'investitura della Corte rappresenta la piena assicurazione delle finalità perseguite dalla sospensione *ex art. 23*, comma 2,

<sup>55</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 30 settembre 1988, n. 653, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 487, con nota di F. FIGORILLI, *Le ordinanze c.d. soprassessorie in tema di sospensiva*.

<sup>56</sup> Cfr. anche, seppur con argomenti in parte diversi da quelli adottati nel testo, S. PAJNO, *op. cit.*, pp. 459-460.

l. n. 87 del 1953, allora non dovrebbe ammettersi l'appellabilità della misura cautelare in questione<sup>57</sup>.

Contrariamente si potrebbe avere l'applicazione della legge indubbiata che la concessione della misura cautelare ha inteso evitare, nonché la futura influenza concreta della decisione della Corte costituzionale (venendosi a concretizzare definitivamente il danno temuto). Ciò non significa certo che la questione sollevata con l'ordinanza *ad tempus* poi annullata divenga irrilevante, dal momento che il principio di autonomia del processo costituzionale e la natura istantanea del giudizio sulla rilevanza (nonché la valutazione superficiale che la Corte conduce sulla motivazione del giudice *a quo* in merito) escludono tale conclusione<sup>58</sup>.

Ma è altresì evidente che, sebbene la questione rimanga rilevante, il meccanismo di controllo di costituzionalità viene così in parte aggirato ed eluso, nella misura in cui si consente sostanzialmente di rivedere la sospensione del processo *a quo*, che alla rimessione della questione e alla conclusione del giudizio di costituzionalità è indissolubilmente legata<sup>59</sup>.

Una soluzione più sottile (e per certi versi intermedia tra le due alternative secche dell'appellabilità e dell'inappellabilità) potrebbe essere quella di consentire l'appello del provvedimento cautelare *ad tempus* con riferimento al solo profilo del *periculum in mora*, che non andrebbe ad interferire con la questione di legittimità. Se infatti il giudice d'appello ritiene insussistente il *periculum* e revoca la misura cautelare concessa, è perché non vi è il rischio che la disciplina di dubbia costituzionalità possa produrre danni irreparabili nell'attesa della pro-

<sup>57</sup> Non sembra che possa assumere rilievo, sotto questo profilo, il fatto che il provvedimento cautelare sia adottato con la medesima ordinanza che dispone la rimessione alla Corte e la sospensione del processo o con ordinanza separata.

<sup>58</sup> L'ipotesi si è esattamente verificata in più occasioni, nella quali la Corte ha sempre ritenuto sussistente la rilevanza (senza esprimersi sulla ammissibilità di un appello verso il provvedimento cautelare emesso contestualmente alla rimessione della questione di costituzionalità); cfr. Corte cost., sentenze n. 367 del 1991 e n. 227 del 2003.

<sup>59</sup> Tutt'altro caso è quello in cui il giudice remittente si limiti a sospendere il giudizio e a sollevare la questione di costituzionalità senza concedere la misura cautelare richiesta; in questo caso l'appello appare sempre ammissibile *in parte qua*.

nuncia della Corte costituzionale. Non viene pertanto alterata la logica descritta *supra* della tutela *ad tempus* come strumento che garantisce la non applicazione della norma incostituzionale al procedimento *a quo* (che in questo caso è il procedimento cautelare, benché articolato nelle due fasi descritte). Qualora si consentisse al contrario, nell'appello cautelare, di riconsiderare anche la non manifesta infondatezza si avrebbe una chiara deviazione rispetto al modello descritto, consentendosi al giudice dell'impugnazione cautelare di riconsiderare la questione già sollevata. In questo senso, pare si possa richiamare la decisione del Consiglio di Stato nella vicenda De Magistris<sup>60</sup>, che rigetta l'appello contro la decisione *ad tempus* del Tribunale di Napoli sostenendo che «la delibazione del primo giudice di non manifesta infondatezza (...) non può formare oggetto di riedizione in sede di appello – salvi i casi di assoluta abnormità e di evidente irrilevanza ai fini del decidere – restando riservata al giudice a quo che, nel suo apprezzamento di merito, ha ad essa condizionato l'esito del giudizio cautelare».

*d) Segue: un possibile revirement nel processo amministrativo? La sentenza n. 200 del 2014*

Una più recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 200 del 2014<sup>61</sup> (annotata da uno degli Autori che più si è dedicato al tema della tutela cautelare)<sup>62</sup>, è sembrata prefigurare un cambio di rotta, quanto meno nel processo amministrativo. Nel caso di specie, il giudice remittente aveva sollevato la questione dopo aver già pronunciato la mi-

<sup>60</sup> Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 20 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, III, 85. Si era ritenuto di concludere (problematicamente) in tal senso già in G. MENEGUS, *Giudizio di costituzionalità pendente e translatio iudicii*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, p. 15, nt. 42; ora cfr. anche N. PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, cit., p. 128, il quale ritiene tuttavia che si tratti di «una fattuale auto-alimitazione, non prevista da alcuna norma processuale».

<sup>61</sup> Corte cost., sentenza 16 luglio 2014, n. 200, in *Giur. cost.*, 2014, 3233 ss., con nota di A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*.

<sup>62</sup> Cfr. A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale (nota a Corte cost. sent. n. 200 del 2014)*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2014.



sura cautelare; la Corte però fa salva la questione (altrimenti destinata ad essere dichiarata inammissibile) facendo leva sul nuovo art. 55, comma 11, c.p.a., il quale dispone che il giudice che concede la tutela cautelare debba fissare obbligatoriamente l'udienza per la discussione del merito<sup>63</sup>.

La norma in parola è stata dettata dal legislatore principalmente per contrastare la consuetudine a lungo invalsa per cui il TAR (in genere piuttosto generosamente) concedeva la sospensione e poi l'efficacia di questa si protraeva indefinitamente, generando il più delle volte situazioni di fatto difficilmente reversibili.

Sulla scorta della novità legislativa la Corte ha ricavato una più stretta connessione tra fase cautelare e giudizio di merito, per cui non si avrebbero più due distinti frammenti di giudizio autonomi, ma un unico giudizio. Per cui la questione che fosse eventualmente sollevata dopo la concessione del provvedimento e senza riserve non dovrebbe ritenersi perciò irrilevante.

Si tratta chiaramente di uno scostamento significativo rispetto alla soluzione della tutela *ad tempus*, che trova il suo aggancio in una risalente pronuncia del giudice costituzionale, ripresa recentemente da autorevole dottrina<sup>64</sup>. Si fa riferimento alla sentenza n. 457 del 1993: in quel caso, la Corte aveva rigettato l'eccezione di inammissibilità della difesa erariale affermando che il processo era già pendente nel merito dinanzi allo stesso giudice che si era pronunciato sulla fase cautelare e pertanto non v'era irrilevanza della questione.

Tuttavia, più di un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale (che al momento manca di ulteriori e più recenti pronunce), le due sentenze menzionate sembrano l'ulteriore conferma del carattere volatile e ondivago della rilevanza, rimessa sempre e comunque in ultima istanza alla valutazione (quasi) discrezionale della Corte costituzionale.

<sup>63</sup> Più precisamente la norma dispone che «l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito. In caso di mancata fissazione dell'udienza, il Consiglio di Stato, se conferma in appello la misura cautelare, dispone che il tribunale amministrativo regionale provveda alla fissazione della stessa con priorità. A tal fine l'ordinanza è trasmessa a cura della segreteria al primo giudice».

<sup>64</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. appal.*, n. 2, 2002, p. 236.

Nei casi *de quibus* – così distanti nel tempo e così diversi nel contesto processuale in cui trovano origine – l'impressione è che il giudice costituzionale non abbia tanto voluto smentire il proprio orientamento consolidato, quanto piuttosto far salva la rilevanza di questioni relativamente alle quali non aveva molto senso negarla, dal momento che la pronuncia del giudice costituzionale avrebbe continuato ad avere incidenza nell'ambito del giudizio di merito. La rilevanza si configura pertanto per un giudizio diverso da quello in cui è sorto, ma questa non sembra ragione sufficiente per una radicale pronuncia di inammissibilità, la quale sarebbe stata per di più del tutto anti-economica, se solo si considera che verosimilmente gli stessi giudici che hanno sollevato la questione nella fase cautelare, l'avrebbero risolta nel merito, con un inutile dispendio di attività processuali e il considerevole allungamento dei tempi. Più che un *revirement*, si tratta allora di soluzioni disegnate per affrontare le peculiarità del singolo caso, che non sembrano capaci di pregiudicare l'orientamento maggioritario.

*e) Provvisorietà giuridica del provvedimento ad tempus e potenziale irreversibilità degli effetti: ininfluenza sul giudizio costituzionale*

Altro aspetto che è stato messo in luce dalla dottrina è la circostanza che il provvedimento cautelare *ad tempus* potrebbe, da una parte, soddisfare integralmente il diritto in gioco, oppure, dall'altra, produrre effetti irreversibili nelle more del giudizio costituzionale<sup>65</sup>: secondo questa prospettiva, non solo in questi casi la decisione della Corte sarebbe ininfluenza rispetto al giudizio *a quo*, ma verrebbe in tal modo ad essere posta in dubbio, ancora una volta, la stessa rilevanza della questione (almeno se la si vuole intendere in un'ottica particolarmente rigorosa). La decisione cautelare del giudice finirebbe infatti con l'esaurire integralmente il giudizio dinanzi al giudice *a quo* e l'even-

<sup>65</sup> Cfr. L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità* cit., pp. 102-103; M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, cit., p. 105 ss., spec. pp. 122-123. Anche V. COCOZZA, *La questione di legittimità in sede cautelare. Una recente vicenda ripropone un problema da risolvere*, in *Forum Quad. cost.*, n. 6, 2015, p. 2.

tuale conferma o revoca della misura già concessa perderebbero di significato.

La questione è emersa chiaramente in una recente pronuncia della Corte, la n. 83 del 2013<sup>66</sup>, relativa alla nota vicenda della permanenza in servizio dei professori universitari per un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 503 del 1992. L'art. 25 l. n. 240/2012 aveva sancito l'inapplicabilità della norma menzionata al solo personale docente universitario, lasciando immutata la possibilità del trattenimento per tutte le altre categorie di dipendenti della pubblica amministrazione.

Il ricorrente nel giudizio *a quo*, che aveva visto la propria istanza di trattenimento in servizio respinta dal Rettore sulla scorta della riforma indicata, aveva impugnato l'atto di collocamento a riposo dinanzi al TAR del Lazio, chiedendone la contestuale sospensione. In primo grado, l'istanza era stata rigettata, ma il Consiglio di Stato aveva accolto in appello le richieste del professore ricorrente, sollevando dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 25 l. n. 240 del 2012.

Nel frangente, il Consiglio ha sottolineato che, al fine di conciliare il carattere accentratore del sindacato di costituzionalità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.; artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), era opportuno concedere una misura cautelare "interinale" – limitata nel tempo fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale – ordinando all'Amministrazione di pronunciarsi nuovamente sull'istanza di trattenimento in servizio presentata dal ricorrente, alla luce del quadro normativo esistente anteriormente all'entrata in vigore del citato art. 25 della legge n. 240 del 2010 e, in particolare, dei criteri

<sup>66</sup> Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 83, con note di M. DELLA MORTE, *Permanenza in servizio dei docenti universitari e ricambio generazionale: la posizione della Corte*, in *Forum Quad. cost.*, n. 7, 2013, 5 luglio 2013; F. PATERNITI, *La Corte costituzionale completa di fatto il percorso di prosecuzione dell'istituto del collocamento fuori ruolo dei professori universitari*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2013, 31 luglio 2013. P. DE ANGELIS, *Collocamento a riposo dei docenti di materie cliniche: commento a Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 83*, in *Forum Quad. cost.*, n. 7, 2014, 9 luglio 2014.

fissati dall'art. 72, comma 7, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133).

L'Avvocatura dello Stato ha eccepito, nel caso di specie, l'assoluta irrilevanza della questione, evidenziando come l'articolazione bifasica del procedimento cautelare, pur accolta dalla Corte, non sarebbe stata praticabile. Il ricorrente chiedeva infatti il trattenimento in servizio per un biennio, una misura che, una volta concessa, sarebbe andata verosimilmente a soddisfare integralmente il ricorrente, dal momento che la procedura tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale si sarebbe verosimilmente conclusa solo dopo l'esaurimento del periodo di trattenimento. Secondo l'Avvocatura di Stato, il ricorrente avrebbe ottenuto così, *de facto* e al di fuori da un vaglio nel merito della questione, il "bene della vita" cui aspirava, con una chiara distorsione della fisiologica dialettica processuale.

Più in generale, nei casi in cui l'istante (come quello in esame) miri ad ottenere un'utilità sostanziale di natura temporanea, l'adozione della teoria della scomposizione bifasica del giudizio cautelare conduce alla conseguenza dell'attribuzione della stessa «fuori dall'incardimento del giudizio di merito con grave pregiudizio alle *chances* difensive di controparte». Tuttavia, la Corte liquida con pochi ma efficaci appunti la tesi della difesa erariale al punto 4.1. del *Considerato in diritto*: «La tesi della difesa erariale (...) secondo cui i rimettenti avrebbero trascurato di considerare le peculiarità del caso di specie, non può essere condivisa. Invero, essa si risolve nella denuncia di un asserito (ed eventuale) inconveniente di mero fatto che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, non rileva ai fini del controllo di legittimità costituzionale (*ex plurimis*: sentenze n. 117 del 2012, n. 303 del 2011 e n. 329 del 2009)».

A parere di chi scrive, la posizione della Corte non può che essere condivisa: il fatto che la concessione del provvedimento cautelare si possa risolvere nell'integrale soddisfazione dell'interesse del ricorrente non è certo influente ai fini del giudizio di costituzionalità della norma.

In primo luogo, non è affatto accertabile a priori e con certezza il tempo necessario alla pronuncia del giudice costituzionale, dato che la Corte, essendo pienamente padrona del proprio ruolo, può decidere le questioni che le sono sottoposte in tempi brevissimi laddove lo ritenga opportuno (e fatti salvi i pur contenuti termini processuali previsti).

La possibilità che si producano effetti irreversibili in conseguenza della concessione di un provvedimento cautelare è poi circostanza nient'affatto estranea alla logica degli stessi strumenti cautelari: come insegna infatti la migliore dottrina, la provvisorietà dei rimedi cautelari è provvisorietà giuridica e non necessariamente fattuale. La possibilità cioè che taluni effetti del provvedimento cautelare, vuoi per ragioni fattuali o di diritto, non siano rimovibili o ripristinabili rientra nella logica della tutela cautelare, ovvero di una tutela approntata dall'ordinamento per far sì che chi, almeno in via di ragionevole probabilità, appare titolare di un diritto, non subisca un danno irreparabile nel corso del giudizio attraverso il quale aspira a trovar tutela per tale diritto. Se la tutela comporta la produzione di modificazioni fattuali o giuridiche non reversibili questo non può certo impedire la concessione del provvedimento. Semmai, la necessaria concessione della tutela d'urgenza andrà circondata di maggiori cautele, le quali possono essere, ad esempio, una ridotta sommarietà della cognizione o la valutazione comparativa del danno prodotto in capo alla controparte.

In particolare per quanto riguarda la valutazione comparativa da ultimo indicata, può essere utile riprendere quanto suggerito da Proto Pisani in tema di concessione dei provvedimenti d'urgenza con effetti irreparabili<sup>67</sup>. L'Autore sostiene che il giudice debba propendere per la concessione del provvedimento in tutti quei casi in cui a fronte di un diritto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale del ricorrente vi sia un diritto della controparte a carattere esclusivamente o prevalentemente patrimoniale, ovvero quando, pur essendo entrambi i diritti di egual carattere, il danno che conseguirebbe al ricorrente appaia maggiore rispetto a quello (ugualmente irreparabile) della controparte. Rimane, ad ogni modo, la necessità per il giudice della cautela di modellare il provvedimento in modo da incidere il meno possibile pure sulla sfera del resistente, limitando al minimo l'eventuale o probabile irreversibilità del danno. D'altronde, tale valutazione comparativa dei pregiudizi non è affatto sconosciuta in giurisprudenza, ma anzi diffusamente praticata in via complementare soprattutto nei casi di difficile soluzione.

<sup>67</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Jovene, Napoli 2003, pp. 519-520.

Un simile approccio pragmatico può essere agevolmente trasposto e adattato al nostro caso, in modo tale da ridurre l'incidenza del provvedimento cautelare sulle ragioni del resistente. Non sembra insomma che la praticabilità della soluzione in esame possa essere impedita dall'eventualità che gli effetti della misura cautelare siano irremovibili.

*f) La controversa rilevanza della questione sollevata: rilevanza attenuata o irrilevanza?*

Un ulteriore profilo critico della soluzione qui esaminata sarebbe, secondo la dottrina prevalente, la sostanziale incompatibilità della stessa con il requisito della rilevanza rigorosamente inteso<sup>68</sup>.

La questione di costituzionalità per essere pienamente rilevante per il giudizio *a quo* dovrebbe porsi in una relazione di pregiudizialità rispetto alla definizione del procedimento, nel senso che la risoluzione della questione da parte della Corte costituzionale dovrebbe essere un *prius* sotto il profilo logico e cronologico rispetto alla decisione del giudice *a quo*.

Nel caso della soluzione in esame, invece, il giudice solleva la questione contestualmente alla pronuncia del provvedimento cautelare, sovvertendo questa articolazione logico-cronologica, dal momento che l'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte verrebbe esclusivamente a confermare (o smentire) effetti che si sono già prodotti integralmente già prima dell'attivazione del giudizio di costituzionalità, in virtù della pronuncia del giudice *a quo*, che seppur interinale, dovrebbe porsi comunque a valle della decisione della Corte e non a monte<sup>69</sup>.

Si è parlato in proposito di rilevanza *attenuata* o di nozione *elastica* della rilevanza, proprio per descrivere la non perfetta corrispondenza

<sup>68</sup> Cfr., in part., A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3, 2016, 30 settembre 2016, 3 ss. (anche in *Consulta Online*, n. 3, 2016, p. 351 ss.); L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino 2016, p. 91 ss., spec. p. 100 ss.

<sup>69</sup> Cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 3.

tra il meccanismo di creazione pretoria e il dettato dell'art. 23 l. n. 87 del 1953<sup>70</sup>.

Si è pure osservato che non si potrebbe neppure far salva la rilevanza della questione, «riportandosi non già alla pronunzia interinale bensì a quella definitiva dell'autorità remittente. Così ragionando, infatti, si finisce con l'ammettere che la rilevanza non c'è ancora al momento in cui la questione di costituzionalità è portata alla cognizione della Corte, mentre verrebbe ad esistenza (o, comunque, risulterebbe avvalorata) solo dopo il verdetto di quest'ultima»<sup>71</sup>.

Le critiche appaiono tuttavia solo parzialmente condivisibili, soprattutto se si tengono in considerazione, da una parte, le osservazioni appena svolte in merito alla funzione della sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953; e dall'altra, il fatto che la soluzione in esame è quella che più si conforma ad una concezione particolarmente rigorosa di rilevanza, intesa come *necessaria influenza* sul giudizio *a quo*<sup>72</sup>. Come si è visto (v. *supra* Cap. II, par. 4. lett. b), la semplice rimessione della questione, non accompagnata dalla pronuncia di alcun provvedimento cautelare, comporta nella maggior parte delle ipotesi l'impossibilità per l'eventuale sentenza di accoglimento di influire sul giudizio *a quo*, dal momento che il pressoché certo concretizzarsi del *periculum* temuto, condurrebbe al rigetto dell'istanza cautelare per il venir meno di uno dei presupposti per la concessione del provvedimento, a prescindere da qualsivoglia influenza (sia pratica che giuridica) della decisione della Corte sul caso di specie (che potrebbe avere un rilievo tutt'al più per la definizione delle spese).

<sup>70</sup> Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 106; L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, cit., p. 100.

<sup>71</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>72</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, Torino 2002, p. 145 ss., spec. p. 172 ss. Cfr., più in generale sulle differenti concezioni di rilevanza, anche L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli 2012; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 150 ss.

La soluzione della tutela cautelare *ad tempus*, riconsiderata nella differente prospettiva di una piena attuazione della sospensione *ex art. 23*, comma 2, l. n. 87 del 1953, risulta un valido strumento processuale attraverso il quale garantire all'eventuale pronuncia di accoglimento un'effettiva influenza sul procedimento cautelare *a quo*.

La soluzione alternativa (come ammesso da chi ha articolato una critica stringente alla prassi esaminata)<sup>73</sup>, sarebbe quella di prevedere sul piano legislativo la possibilità di una radicale disapplicazione da parte del giudice *a quo*, consentendo poi allo stesso di investire comunque la Corte, al di fuori delle strettoie del giudizio incidentale<sup>74</sup>.

Si tratta senz'altro di una tesi suggestiva, che chiama in causa la scarsa attenzione che il Legislatore presta alle molteplici problematiche connesse al giudizio costituzionale, ma che – proprio in quanto soluzione *de iure condendo* – non appare capace di apprestare una soluzione efficace (e vicina nel tempo) all'annosa questione in esame, che proprio in tempi vicini si è riproposta con drammaticità nella copiosa (e discordante) giurisprudenza sul caso *Stamina*.

D'altro canto, non sembra privo di rilievo il fatto che sul punto si sia formato un indirizzo consolidato della Corte costituzionale, alla quale in ultima istanza è consegnata la definizione del requisito della rilevanza. Oramai da circa trent'anni, con specifico riferimento alle questioni sollevate nell'ambito dei procedimenti cautelari, il giudice costituzionale ha ricostruito nel modo descritto la rilevanza nella fase cautelare, distinguendo i casi in cui la questione è sollevata contestualmente alla pronuncia dei provvedimenti cautelari (nel qual caso la stessa sarebbe rilevante), da quelli in cui la questione è sollevata dopo il rilascio o il diniego della misura oppure senza subordinare la conferma del provvedimento concesso alla declaratoria di illegittimità della Corte (nel qual caso sarebbe inammissibile per irrilevanza o carenza di *potestas iudicandi*). Salvo poche eccezioni, riconducibili per lo più alle peculiarità proprie del singolo caso sottoposto all'attenzione del

<sup>73</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>74</sup> In questo caso, tuttavia, non si porrebbe neppure più la questione della rilevanza della questione così proposta, perché la soluzione verrebbe a introdurre una nuova e diversa modalità di instaurazione del giudizio di costituzionalità, svincolata dalle strettoie imposte dal giudizio incidentale.



giudice costituzionale, tale indirizzo in punto di rilevanza non mostra segni di cedimento né è dato ritrovare nella giurisprudenza costituzionale segnali di un cambio di rotta imminente. Il che sembra sufficiente, in ultima istanza, a ridimensionare le critiche mosse alla soluzione in esame sotto tale profilo.

#### 4. Conclusioni su tutela cautelare e controllo incidentale di costituzionalità

La soluzione della tutela cautelare *ad tempus* si è dimostrata, all'esito dell'analisi condotta nei Capitoli II, III e IV, quella che meglio di tutte è capace di contemperare i due principi costituzionali in conflitto, quello dell'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3, 24 e 113 Cost.) e quello del sindacato accentrato di costituzionalità (art. 134 Cost., art. 1 legge cost. n. 1 del 1948 e art. 23 legge n. 87 del 1953).

D'altra parte, questa soluzione procedurale è quella cui ha aderito la stessa Corte costituzionale, con una giurisprudenza inaugurata con la sentenza n. 444 del 1990 e che può oramai dirsi consolidata. Taluni nodi applicativi (si pensi, ad esempio, all'appello del provvedimento cautelare o alla garanzia delle ragioni del resistente), che pure si è tentato di sciogliere, non possono valere a revocare in dubbio la validità della soluzione ed è comunque verosimile che saranno oggetto di particolare attenzione (e definitivamente risolti) nei futuri sviluppi della prassi. Sotto il profilo dommatico, invece, si è ritenuto di rinvenire nell'ipotesi avanzata da Giandomenico Falcon e ripresa da Mario Esposito una risposta convincente alle critiche mosse da parte della dottrina in punto di conformità della soluzione al modello vigente di giustizia costituzionale, in special modo per quanto attiene alla rilevanza della questione e al rispetto dell'incidentalità. Ritenere – come fanno gli Autori citati – che la concessione meramente interinale della legge ritenuta incostituzionale non comporti la disapplicazione della legge indubbiata o una diffusione del sindacato, ma piuttosto costituisca una “automatica” conseguenza della sospensione del processo *a quo* connessa alla remissione della questione di costituzionalità (art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953) consente infatti di ricondurre la prassi

descritta entro i confini teorici del nostro modello di sindacato costituzionale.

Si chiude idealmente, in questo modo, la prima parte del lavoro di ricerca, nella quale si è indagato il tema del rapporto tra tutela cautelare e giustizia costituzionale concentrandosi sul giudizio di legittimità in via incidentale e sul ruolo che, in quest'ambito, è svolto dai giudici comuni. Nella seconda parte, si procede invece con l'esame dei poteri cautelari esercitati dallo stesso giudice costituzionale, che – pur partecipando delle medesime istanze di effettività dell'attività giurisdizionale che hanno caratterizzato la prima parte del lavoro – prospettano nuove e diverse problematiche. L'indagine di questi poteri, condotta con specifico riferimento a ciascun giudizio di competenza della Corte, è introdotta e preceduta dall'esame, in prospettiva comparatistica, della più significativa esperienza di *tutela cautelare costituzionale* presente nel panorama giuridico europeo, rappresentata dal potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

PARTE II

LA TUTELA CAUTELARE  
NEI GIUDIZI COSTITUZIONALI



## CAPITOLO V

### LA TUTELA CAUTELARE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE TEDESCA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le disposizioni rilevanti in tema di poteri cautelari del *Bundesverfassungsgericht*. – 3. Significato costituzionale e funzione del § 32 *BVerfGG*. – 4. Accessorietà del § 32 *BVerfGG* e giudizi di competenza del *BVerfG*. – 5. Iniziativa per la pronuncia di un provvedimento cautelare. – 6. Requisiti di ammissibilità: contenuto del provvedimento e *Vorwegnahmeverbot*. – 6.1. *Segue*: L'interesse ad agire. – 6.2. Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale. – 7. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare. – 7.1. La nozione di controversia (*Streitfall*). – 7.2. L'urgenza del provvedere. – 7.3. I motivi del provvedere. – 7.3.1. Il bene comune nella giurisprudenza costituzionale. – 7.3.2. La gravità del pregiudizio temuto. – 8. Modelli e tecniche decisionali del *BVerfG*. – 8.1. *Folgenabwägungsmodell* e *Vorwegnahmeverbot*. – 8.2. La prognosi dell'esito del giudizio principale. – 8.3. La critica della dottrina tedesca al modello decisionale del *BVerfG*. – 9. Contenuto ed effetti della decisione.

#### 1. Premessa

Come anticipato, il capitolo che apre la parte del lavoro sulla *tutela cautelare costituzionale* è dedicato allo studio del potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale costituzionale federale, d'ora in avanti *BVerfG*): il sistema tedesco di tutela cautelare costituzionale è apparso infatti non solo il più autorevole termine di paragone per lo studio dei poteri costituzionali della Corte costituzionale italiana<sup>1</sup>, ma

<sup>1</sup> In ciò si è ripreso il metodo comparatistico adottato in A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss.; nonché ID., *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, Tesi di dottorato discussa il 16 dicembre 2004 nel corso di *Dottorato in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* dell'Università di Pisa, pubblicata in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) - Sezione Paper, 28 giugno 2004; ora in ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma

pure il miglior banco di prova per verificare l'ipotesi, avanzata in dottrina, di configurare un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale italiana anche in relazione al giudizio in via incidentale (su cui v. *infra* Capp. VI-VII).

Poteri di natura cautelare del giudice costituzionale sono contemplati in diversi ordinamenti continentali<sup>2</sup>: si pensi, ad esempio, al Belgio, la cui *Cour Constitutionnelle* in ipotesi di ricorso in annullamento può – su istanza del ricorrente – disporre la sospensione dell'atto impugnato, qualora sussistano i presupposti dei seri motivi e del pregiudizio grave difficilmente riparabile<sup>3</sup>. Ancora più articolati sono i poteri del *Tribunal Constitucional* spagnolo, il quale dispone dello strumento della sospensiva, tra l'altro, nell'ambito dei giudizi tra Stato e Comuni-

2012, pp. 63-320. Ma si v. anche P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008, p. 11 ss.

<sup>2</sup> Qualche indicazione sui poteri cautelari dei giudici costituzionali in altri Paesi europei può essere tratta da P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli 2006, p. 679 ss., spec. p. 751 ss., con brevi cenni a Belgio, Austria e Spagna (che non prevedono però poteri cautelari del giudice costituzionale nei giudizi in via incidentale); nonché nei due voll. di J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, con riferimenti in part. alla possibile sospensione nell'ambito del *recurso de amparo constitucional* (R. ROMBOLI, R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, ivi, Vol. II, p. 363) e alla sospensiva nel ricorso per annullamento nella giustizia costituzionale belga (N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, ivi, vol. II, p. 411 ss., spec. pp. 426-427). Ormai piuttosto risalenti le indicazioni in A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze 1966, pp. 192-194. Non si sono presi in considerazione il sistema anglosassone e quelli extra-europei (in particolar modo, quello statunitense) per la significativa divergenza dei relativi sistemi di giustizia costituzionale.

<sup>3</sup> Cfr. art. 20, commi 1 e 2, l. spec. 6 gennaio 1989; sul tema brevemente N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, cit., spec. pp. 426-427; M. VERDUSSEN, *L'accesso alla Corte costituzionale del Belgio attraverso il ricorso per annullamento*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*. Atti del Convegno di Pisa 19-20 settembre 2008, Giappichelli, Torino 2012, p. 197 ss., in part. pp. 206-207.

tà autonome<sup>4</sup> e di misure particolarmente incisive nell'ambito del *recurso de amparo constitucional*<sup>5</sup>.

Generalmente si tratta, tuttavia, di disposizioni che trovano applicazione solo con riferimento ad alcuni dei procedimenti per i quali è individuata la competenza del giudice costituzionale e sono per lo più esclusi con riguardo al controllo di costituzionalità in via incidentale (significativo in tal senso è, ad esempio, l'art. 163 della *Constitución española*, il quale esclude la produzione di effetti sospensivi in rapporto alla rimessione della questione di legittimità da parte dei giudici<sup>6</sup>).

Tra i sistemi di giustizia costituzionali più vicini al nostro è pertanto solo quello tedesco a prevedere sul piano legislativo un organico e articolato potere cautelare in capo al giudice costituzionale, il quale può farne uso in tutti i giudizi di sua competenza (v. *infra* par. 3.). Inoltre, la giurisprudenza costituzionale in materia, diversamente da quella italiana, è particolarmente significativa sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo del rilievo e dell'importanza delle questioni affrontate in sede cautelare. Ne consegue inevitabilmente che

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La impugnación de las disposiciones y resoluciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional. Estudio del artículo 161.2 de la Constitución*, Instituto Vasco de Administraciones Públicas. IVAP, Bilbao 2005. La sospensione in parola si configura peraltro – per ragioni che non si possono qui ricostruire – in modo molto singolare (e discusso nella dottrina costituzionale spagnola) in virtù dell'attuazione legislativa dell'art. 161.2 CE data dall'art. 30 della *Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOCT)*. Quando il Governo ricorre avverso norme di disposizioni (anche legislative) e risoluzioni delle Comunità autonome invocando l'art. 161.2 CE si ha infatti una *suspensión automática* delle disposizioni impugnate, che il Tribunale costituzionale è chiamato a confermare o meno entro cinque mesi. Al contrario le Comunità autonome non dispongono di analogo potere, fatta salva la possibilità di richiedere la sospensione di provvedimenti statali di natura non legislativa ai sensi dell'art. 64.3 LOCT, allegando il pericolo di pregiudizi di impossibile o difficile riparazione, la cui sussistenza è valutata liberamente dal Tribunale costituzionale.

<sup>5</sup> In relazione al *recurso de amparo*, cfr. in part. U. ADAMO, *L'amparo costituzionale in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, n. 3, 2015, p. 666 ss., spec. p. 705 ss.

<sup>6</sup> Cfr. D. PERRONE, *La sospensione cautelare nel giudizio costituzionale spagnolo: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011.

l'attenzione e la riflessione della dottrina tedesca sul tema risulta di gran lunga tra le più interessanti nel panorama europeo.

L'esposizione tenterà di offrire un quadro d'insieme di tale potere, individuandone i tratti salienti, senza tuttavia scendere eccessivamente nel dettaglio, dal momento che uno studio approfondito del § 32 *BVerfGG* trascende chiaramente le finalità del presente lavoro<sup>7</sup>.

## 2. Le disposizioni rilevanti in tema di poteri cautelari del Bundesverfassungsgericht

La disposizione principale cui è necessario far riferimento per lo studio del potere cautelare del *BVerfG* è – come si è accennato – il § 32 *BVerfGG*, la cui formulazione va ricondotta in parte alla giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar (della quale rappresenta la coerente prosecuzione)<sup>8</sup>, in parte alla tutela cautelare di matrice processualcivilistica e, più precisamente, al § 940 *ZPO* (*Zivilprozessordnung* – Codice di procedura civile; del quale rappresenta invece il chiaro adattamento ad esigenze di carattere pubblicistico)<sup>9</sup>.

La versione odierna del § 32 *BVerfGG*, frutto anche di interventi successivi alla formulazione originaria<sup>10</sup>, è la seguente:

<sup>7</sup> Per un ampio e approfondito studio del tema in lingua italiana, cfr. le opere di Anna Gragnani di cui in *supra* nt. 1.

<sup>8</sup> Così D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, C.H. Beck, München 1971, pp. 29-30; R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, pp. 542-543; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2005, pp. 530-531, Rn. 1; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, in C. BURKICZAK, F.-W. DOLLINGER, F. SCHORKOPF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg 2015, pp. 498-499. Per una breve ricostruzione dell'elaborazione, in via giudiziale, del potere cautelare dello *Staatsgerichtshof*, cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., p. 172 ss.

<sup>9</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, C.H. Beck, München 2015, p. 318.

<sup>10</sup> La disposizione odierna è il frutto di due riforme, con le quali si è introdotto il comma 7 (1970) e si è prolungata l'efficacia del provvedimento cautelare da tre a sei



(1) In caso di controversia, il *Bundesverfassungsgericht* può, tramite un provvedimento cautelare, regolare in via provvisoria una situazione, se ciò è urgentemente necessario per scongiurare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo riguardante il bene comune.

(2) Il provvedimento cautelare può essere emanato senza udienza. In caso di particolare urgenza, il *Bundesverfassungsgericht* può prescindere dal concedere l'opportunità di prendere posizione alle parti del giudizio principale così come ai soggetti legittimati ad intervenire o a presentare osservazioni.

(3) Se il provvedimento cautelare è emanato o negato con ordinanza, può essere proposta opposizione. Ciò non vale per il ricorrente in caso di *Verfassungsbeschwerde*. Sull'opposizione il *Bundesverfassungsgericht* decide a seguito di udienza. Questa deve aver luogo entro due settimane dalla proposizione dei motivi di opposizione.

(4) L'opposizione contro il provvedimento cautelare non ha efficacia sospensiva. Il *Bundesverfassungsgericht* può sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare.

(5) Il *Bundesverfassungsgericht* può rendere nota la decisione sul provvedimento cautelare o sull'opposizione priva di motivazione. In questo caso la motivazione deve essere comunicata separatamente alle parti.

(6) Il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi. Esso può essere rinnovato con una maggioranza di due terzi dei voti.

(7) Se una Sezione del *Bundesverfassungsgericht* non raggiunge il numero legale, il provvedimento cautelare può essere rilasciato in caso di particolare urgenza se sono presenti almeno tre giudici e l'ordinanza sia adottata all'unanimità. Esso perde efficacia dopo un mese. Se è confermato dalla Sezione, il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi dalla sua emanazione<sup>11</sup>.

mesi (1985). Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., p. 178.

<sup>11</sup> Versione originale in tedesco:

(1) *Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.*

(2) *Die einstweilige Anordnung kann ohne mündliche Verhandlung ergeben. Bei*

Accanto al § 32 *BVerfGG*, vi sono ulteriori norme che integrano la disciplina ivi dettata o ne predispongono una speciale per ipotesi peculiari. In primo luogo, il § 93d, comma 2, *BVerfGG* dispone che, fino a quando la competente Sezione (*Senat*) del *BVerfG*<sup>12</sup> non si sia espressa sull'ammissione di alla decisione una *Verfassungsbeschwerde* (ricorso costituzionale individuale)<sup>13</sup>, la singola Camera (*Kammer*) può ema-

*besonderer Dringlichkeit kann das Bundesverfassungsgericht davon absehen, den am Verfahren zur Hauptsache Beteiligten, zum Beitritt Berechtigten oder Äußerungsberechtigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.*

(3) *Wird die einstweilige Anordnung durch Beschluß erlassen oder abgelehnt, so kann Widerspruch erhoben werden. Das gilt nicht für den Beschwerdeführer im Verfahren der Verfassungsbeschwerde. Über den Widerspruch entscheidet das Bundesverfassungsgericht nach mündlicher Verhandlung. Diese muß binnen zwei Wochen nach dem Eingang der Begründung des Widerspruchs stattfinden.*

(4) *Der Widerspruch gegen die einstweilige Anordnung hat keine aufschiebende Wirkung. Das Bundesverfassungsgericht kann die Vollziehung der einstweiligen Anordnung aussetzen.*

(5) *Das Bundesverfassungsgericht kann die Entscheidung über die einstweilige Anordnung oder über den Widerspruch ohne Begründung bekanntgeben. In diesem Fall ist die Begründung den Beteiligten gesondert zu übermitteln.*

(6) *Die einstweilige Anordnung tritt nach sechs Monaten außer Kraft. Sie kann mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen wiederholt werden.*

(7) *Ist ein Senat nicht beschlußfähig, so kann die einstweilige Anordnung bei besonderer Dringlichkeit erlassen werden, wenn mindestens drei Richter anwesend sind und der Beschluß einstimmig gefaßt wird. Sie tritt nach einem Monat außer Kraft. Wird sie durch den Senat bestätigt, so tritt sie sechs Monate nach ihrem Erlaß außer Kraft.*

<sup>12</sup> Il *BVerfG* è suddiviso in due Sezioni (*Senat*), composta ciascuna da otto giudici costituzionali. Le Sezioni si ripartiscono tra loro le *Verfassungsbeschwerde* e i giudizi sulle norme, mentre i restanti procedimenti sono competenza della sola II Sezione. Le singole Sezioni a loro volta si dividono in Camere (*Kammer*), collegi composti da tre giudici. Sull'organizzazione del *BVerfG*, cfr. F. PALERMO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova 2009, pp. 151-152.

<sup>13</sup> Per un'agile descrizione dell'istituto della *Verfassungsbeschwerde* in lingua italiana, cfr. P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, trad. it. di A. D'Atena, Giuffrè, Milano 2000. In particolare, sull'ammissione alla decisione del ricorso (§ 93 *BVerfGG*), cfr. ID., *ivi*, p. 59 ss. Cfr. anche F. SAIITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2002, p. 43 ss.

nare tutte le decisioni concernenti il procedimento di *Verfassungsbeschwerde*, ma non può, tuttavia, emanare ordinanze cautelari che comportino la sospensione totale o parziale di un atto legislativo, per le quali è competente in via esclusiva la sola Sezione (che rimane competente pure per l'eventuale opposizione).

Disposizioni speciali sono invece le seguenti:

a) art. 61, comma 2, *GG* (*Grundgesetz – Legge fondamentale*), unitamente al § 53 *BVerfGG*, che consentono la sospensione cautelare dall'esercizio delle funzioni di Presidente federale a seguito della messa in stato d'accusa (art. 61 *GG*);

b) § 58 *BVerfGG* (che rinvia al § 53 *BVerfGG*), che prevede la sospensione cautelare dall'esercizio delle funzioni di giudice costituzionale a seguito della promozione di un giudizio d'accusa (art. 98, comma 2, *GG*);

c) § 105 *BVerfGG*, che prevede un'analogia sospensiva in caso di procedimento di collocamento a riposo o di rimozione di un giudice costituzionale;

d) § 16 *WahlPrG* (*Wahlprüfungsgesetz – Legge di verifica delle elezioni*), che contempla la possibilità per il *BVerfG* di emettere provvedimenti cautelari nell'ambito del procedimento di accertamento della perdita dello *status* di deputato del *Bundestag*.

Si ritiene, ad ogni modo, che la previsione del § 32 *BVerfG* possa operare in via sussidiaria anche nei casi speciali elencati, laddove ovviamente ne ricorrano i presupposti<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. sempre A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., 179. Cfr., tuttavia, *BVerfG* (II *Kammer* del II *Senat*), 13 settembre 2005 - 2 BvQ 31/05, in *NJW*, 2005, 2982; oggetto del giudizio era una *Verfassungsbeschwerde* presentata da una cittadina contro la decisione dell'ufficio elettorale federale di rendere noti i risultati delle elezioni del *Bundestag* la sera stessa del voto, il 18 settembre. La ricorrente lamentava il fatto che gli elettori della circoscrizione *Dresden I* – che votavano diversamente dagli altri cittadini, ovvero il 2 ottobre, in ragione della morte di una candidata – potessero fare un uso tattico del proprio voto. La *Kammer* competente rigettava il ricorso sulla base del fatto che le censure in materia elettorale debbono essere fatte valere per tramite dei rimedi previsti dalla legge elettorale.

### 3. Significato costituzionale e funzione del § 32 BVerfGG

Nelle trattazioni riguardanti il § 32 *BVerfGG*, la dottrina distingue generalmente due funzioni primarie realizzate dal *BVerfG* mediante l'esercizio del potere cautelare nel processo costituzionale<sup>15</sup>.

In primo luogo, attraverso il provvedimento cautelare è garantita l'effettività della giurisdizione costituzionale: si parla, in proposito, di una funzione c.d. *assicurativa del processo* (*prozessuale Sicherungsfunktion*)<sup>16</sup>, oppure – con uno sguardo rivolto alla sentenza finale – anche di *Offenhaltefunktion*<sup>17</sup>. Il provvedimento cautelare mira infatti ad impedire che nelle more del giudizio si verifichino *fatti compiuti* (*vollendete Tatsachen*)<sup>18</sup>, consentendo così di “mantenere aperta” (appunto *offen halten*) la possibilità che la sentenza emessa al termine del giudizio principale (cui il procedimento ai sensi del § 32 *BVerfGG* è strumentalmente connesso) sia pienamente eseguita ed applicata. In quest'ottica, il *BVerfG* ha avuto modo, in più occasioni, di ribadire come il proprio potere di cautela sia da considerare costituzionalmente necessario<sup>19</sup>.

Accanto a questa funzione, che si potrebbe dire “classica” della misura cautelare costituzionale, se ne colloca una seconda, definita

<sup>15</sup> Cfr., *ex pluribus*, J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 531 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2015, p. 324 ss.; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, C.H. Beck, München 2015, p. 314 ss.; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, p. 695 ss., spec. p. 699 ss.; K. GRAßHOF, § 32, in T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. KLEIN, G. ULSAMER, F. BETHGE (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München 2013, p. 4 ss.

<sup>16</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *ivi*, p. 314, Rn. 4; K. GRAßHOF, *op. cit.*, pp. 4-13; J. BERKEMANN, *op. cit.*, p. 532, Rn. 11-12.

<sup>17</sup> Cfr. F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 699.

<sup>18</sup> Cfr., ad es., BVerfG, 18 giugno 1973 - 2 BvQ 1/73, in *BVerfGE* 35, 257 (262); Id., 7 aprile 1976 - 2 BvH 1/75, *ivi*, 42, 103 (119); Id., 23 aprile 2002 - 1 BvR 1412/97, 1 BvQ 14/02, *ivi*, 105, 235 (238).

<sup>19</sup> Cfr., ad es., BVerfG, 10 dicembre 1953 - 2 BvQ 1/53, 2 BvQ 2/5, in *BVerfGE* 3, 52 (55); Id., 24 febbraio 1954 - 2 BvQ 1/54, *ivi*, 3, 267 (285); Id., 13 novembre 1957 - 1 BvR 78/56, *ivi*, 7, 175 (179); Id., 10 maggio 1960 - 2 BvQ 1/60, *ivi*, 11, 102 (104); Id., 27 luglio 1964 - 2 BvR 230/64, *ivi*, 18, 151 (153).

come *funzione satisfattiva interinale* (*interimistische Befridigungsfunktion*)<sup>20</sup>: il provvedimento cautelare non si limita infatti ad assicurare l'effettività della decisione finale del *BVerfG*, ma disciplina pure in via definitiva la situazione di fatto e diritto creatasi nel lasso di tempo che intercorre tra la pronuncia cautelare e quella definitiva. Si è osservato che l'incedere inarrestabile del tempo porta con sé la produzione di situazioni fattuali e giuridiche irreparabili, che non possono essere rimosse o ripristinate in un momento successivo; rispetto a tali situazioni, la decisione cautelare del *BVerfG* finisce pertanto con il rappresentare la disciplina definitiva (benché poi la decisione cautelare possa essere naturalmente rivista e disattesa dalla pronuncia nel merito)<sup>21</sup>.

Individuate le funzioni del provvedimento cautelare di cui al § 32 *BVerfGG*, si pone la questione del suo significato costituzionale.

In via principale, stante la sua funzione di garanzia dell'effettività della giurisdizione costituzionale, il provvedimento cautelare in questione è stato interpretato come uno strumento per garantire, in un'ottica più ampia, la *legalità costituzionale dell'ordinamento* ed è stato dunque ricondotto nell'ambito dell'art. 20, comma 3, *GG*; norma che vincola il potere legislativo al rispetto dell'ordine costituzionale e i poteri esecutivo e giudiziario alla legge e al diritto<sup>22</sup>.

Oltre a questo significato primario, il provvedimento cautelare di cui al § 32 *BVerfGG* può svolgere anche un ruolo di garanzia dei diritti individuali, specie nell'ambito di quei giudizi (ad es. nella *Verfassungsbeschwerde*) che sono funzionali ad assicurare la tutela giurisdizionale

<sup>20</sup> Cfr., in part., F. SCHOCH, R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in E. KLEIN (a cura di), *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg 1995, p. 265 ss., spec. p. 279; F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 700; anche C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, p. 325; H. LECHNER, R. ZUCK, *op. cit.*, p. 314, Rn. 5; J. BERKEMANN, *op. cit.*, p. 532 ss., Rn. 13-15, il quale osserva che il *BVerfG* con il proprio provvedimento cautelare può andare a conservare lo *status quo* determinatosi o modificarlo in via provvisoria fino al merito, attribuendo in tal modo dei benefici alle parti; in tal senso si parla di funzione satisfattiva "temporanea".

<sup>21</sup> Così F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 700.

<sup>22</sup> Cfr., ad es., K. GRAßHOF, *op. cit.*, p. 12, Rn. 6, la quale ricollega la necessaria effettività della giurisdizione costituzionale al generale principio del *Rechtsstaat* e, in ultima istanza, al ruolo di "custode della Costituzione" ricoperto dal *BVerfG*.

dei diritti di rilievo costituzionale<sup>23</sup>. In più occasioni, tale prospettiva è stata messa chiaramente in luce dallo stesso *BVerfG*<sup>24</sup>.

Tuttavia, ciò non pare sufficiente a ricondurre pienamente la disciplina di cui al § 32 *BVerfGG* nell'alveo dell'art. 19, comma 4, *GG*, la disposizione che nella *Grundgesetz* tedesca riconosce il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro gli atti dei pubblici poteri<sup>25</sup>. Particolarmente significativa in questo senso è una notissima (e assai discussa) sentenza del 1996<sup>26</sup>, con la quale il giudice costituzionale tedesco si è pronunciato su una *Verfassungsbeschwerde* in materia di asilo politico.

Una riforma costituzionale aveva introdotto con l'art. 16a, comma 4, *GG*, una considerevole limitazione della tutela cautelare dei richiedenti asilo, qualora la relativa richiesta di protezione fosse stata rigettata in quanto manifestamente infondata. La norma prevedeva che il giudice potesse accordare la sospensione dell'allontanamento coattivo dal Paese nella sola ipotesi in cui il ricorso contro il diniego fosse assistito da «seri dubbi» in ordine alla legittimità dello stesso<sup>27</sup>. L'indi-

<sup>23</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *op. cit.*, p. 533, Rn. 14-15.

<sup>24</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 13 novembre 1951 - 1 BvR 213/51, in *BVerfGE* 1, 74 (75); Id., 14 maggio 1957 - 1 BvR 193/57, *ivi*, 6, 443 (445); Id., 23 luglio 1957 - 1 BvR 193/57, *ivi*, 7, 86 (87); Id., 23 luglio 1958 - 1 BvR 633/57, *ivi*, 8, 102 (103); Id., 18 dicembre 1962 - 1 BvR 665/62, *ivi*, 15, 223 (235); Id., 14 luglio 1964 - 1 BvR 352/64, *ivi*, 18, 146 (147); Id., 13 marzo 1973 - 1 BvR 536/72, *ivi*, 34, 341 (343); Id., 7 luglio 1975 - 1 BvR 186/75, *ivi*, 40, 179 (181); Id., 31 ottobre 1984 - 1 BvR 1245/84, 1 BvR 1254/84, *ivi*, 68, 233 (236); Id., 3 gennaio 1986 - 1 BvQ 12/85, *ivi*, 71, 350 (353); Id., 28 agosto 1987 - 1 BvR 1048/87, *ivi*, 76, 253 (256); Id., 14 ottobre 1987 - 1 BvR 1244/87, *ivi*, 77, 121 (125); Id., 11 dicembre 1990 - 1 BvR 1170/90, 1 BvR 1174/90, 1 BvR 1175/90, *ivi*, 83, 162 (170); Id., 20 aprile 1993 - 2 BvQ 14/93, *ivi*, 88, 185; Id., 29 aprile 1994 - 1 BvR 661/94, *ivi*, 90, 277 (284).

<sup>25</sup> In senso negativo, cfr. spec. K. GRAßHOF, *op. cit.*, p. 10, Rn. 2 ss., la quale ritiene che l'art. 19, comma 4, *GG* possa semmai venire in considerazione esclusivamente in rapporto a *Verfassungsbeschwerden* promossi contro provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Tale posizione sarebbe avvalorata dal fatto che il *BVerfG* (cfr., in part., *BVerfGE* 24, 35 (50); 45, 297 (334)) non ritiene che gli atti legislativi ricadano nell'ambito degli atti dei poteri pubblici di cui all'art. 19, comma 4, *GG*. *Contra* F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 702.

<sup>26</sup> *BVerfG*, sentenza 14 maggio 1996 - 2 BvR 1516/93, in *BVerfGE* 94, 166 (211), nonché in *NVwZ*, 1996, p. 678 ss.

<sup>27</sup> Cfr., per una ricostruzione del caso, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte*

cazione del legislatore costituzionale era stata recepita dal legislatore ordinario nel § 18a *AsylVfG* (*Asylverfahrensgesetz* – Legge sul procedimento in materia di asilo) che disciplinava lo specifico caso dei richiedenti asilo giunti sul territorio tedesco via aereo. Era questo il caso del ricorrente, che aveva visto rigettata la propria istanza cautelare in quanto non assistita da seri dubbi sulla legittimità del rigetto emesso dall'ufficio federale per i rifugiati politici. Lo stesso si era dunque appellato al *BVerfG*, chiedendo la pronuncia di un provvedimento cautelare *ex* § 32 *BVerfGG* che andasse sostanzialmente a supplire la carenza di tutela presso il giudice comune<sup>28</sup>.

Il *BVerfG* esclude, in primo luogo, che possa essere fatto un simile impiego della *Verfassungsbeschwerde*, dal momento che l'istituto non si qualifica certo come un ricorso supplementare giustapposto a quelli previsti dinanzi ai giudici comuni, ma piuttosto come uno strumento straordinario di revisione funzionale alla garanzia di diritti costituzionalmente garantiti. Osserva poi, in secondo luogo, che proprio la specificità della *Verfassungsbeschwerde* comporta l'impossibilità di ricondurre nella sfera dell'art. 19, comma 4, *GG*, che sancisce la pienezza della tutela giurisdizionale, anche l'eventuale istanza proposta ai sensi del § 32 *BVerfGG*: «Diversamente dalla tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni soggetta all'art. 19, comma 4, *GG*, il procedimento cautelare *ex* § 32 *BVerfGG* non è preordinato ad offrire una tutela preventiva il più possibile priva di lacune nei confronti del verificarsi di effetti anche definitivi dell'esecuzione immediata di provvedimenti dei pubblici poteri, pertanto lo strumento del provvedimento cautelare – non solo in relazione alla decisione sulla provvisoria sospensione della legge – deve essere applicato con estrema cautela e con l'impiego di un criterio rigoroso»<sup>29</sup>.

La decisione in parola ha suscitato la redazione di una *dissentig*

*costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 219 ss.; in merito alla riforma costituzionale in parola cfr. G. MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Giuffrè, Milano 1994, con ampi riferimenti alla dottrina tedesca sul tema.

<sup>28</sup> In una precedente pronuncia (*BVerfG*, 16 luglio 1993, in *BVerfGE* 89, 98), il *BVerfG* aveva invero concesso la protezione cautelare sulla scorta del bilanciamento delle conseguenze derivanti dall'adozione del provvedimento cautelare. Su tale tecnica decisoria v. *infra* par. 7.1.

<sup>29</sup> *BVerfG*, sentenza 14 maggio 1996, cit., in *NVwZ*, 1996, 686.

*opinion (abweichende Meinung)* da parte dei giudici Limbach, Böckenförde e Sommer<sup>30</sup>, nonché svariate critiche in dottrina<sup>31</sup>. Rimane significativo, ad ogni modo, il fatto che lo stesso *BVerfG*, pur avendo ammesso in più occasioni la possibilità che il § 32 *BVerfGG* si presti a garantire la tutela giurisdizionale dei singoli, ne escluda la generale riconducibilità all'art. 19, comma 4, *GG*<sup>32</sup>.

#### 4. Accessorietà del § 32 *BVerfGG* e giudizi di competenza del *BVerfG*

Il procedimento per il rilascio di un provvedimento cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG* si caratterizza per la sua *accessorietà* ad un giudizio principale di competenza del *BVerfG*: non è pertanto possibile ricorrere allo strumento cautelare in esame al di fuori delle ipotesi di accesso al giudice costituzionale già previste per legge<sup>33</sup>. Perciò il provvedimento in parola può essere potenzialmente adottato in tutti i giudizi di competenza del *BVerfG*, come di seguito descritto:

a) *Organstreitverfahren (conflitto tra organi dello Stato)* ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 1) *GG* in combinato disposto con il § 67, I periodo *BVerfGG*<sup>34</sup>;

<sup>30</sup> *BVerfG*, sentenza 14 maggio 1996, cit., in *BVerfGE* 89, 98. I giudici sostengono che il *BVerfG* avrebbe rinunciato, nel caso di specie, ad esercitare la sua funzione di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>31</sup> Cfr. F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 702; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 533, Rn. 15, il quale parla di un'eccessiva enfasi posta dai giudici costituzionali sui profili oggettivi della *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>32</sup> Posizione che ha ricevuto nuove e più recenti conferme; cfr. *BVerfG*, 20 settembre 2010 – 1 BvQ 34/10, in *BeckRS*, 2010, 53148; Id., 24 marzo 2014 – 1BvQ 9/14, in *NVwZ*, 2014, pp. 882-883; Id., 18 dicembre 2014 – 2 BvR 1978/13, in *NJW*, 2015, p. 465 ss.

<sup>33</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 325 ss. Il procedimento *ex* § 32 *BVerfGG* è pertanto comunemente definito come un sub-procedimento (*Nebenverfahren*) del giudizio principale.

<sup>34</sup> Cfr., ad es., la pronuncia cautelare nel conflitto tra *Bundestag* e Governo federale in merito alla partecipazione della Germania alla missione *Unosom II* in Somalia: *BVerfG*, sentenza 23 giugno 1993 - 2 BvQ 17/93, in *BVerfGE* 89, 38; oppure ancora *BVerfG*, 2 dicembre 2002 - 2 BvE 3/02, in *BVerfGE* 106, 253 (260), nel conflitto organico tra i gruppi della *CDU* e *CSU*, da una parte, e il *Bundestag*, dall'altra, in merito



b) *abstrakte Normenkontrollverfahren* (giudizio di costituzionalità astratto) ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 2) GG in combinato disposto con il § 76 BVerfGG<sup>35</sup>;

c) *Bund-Länder-Streitverfahren* (conflitto tra Federazione e Länder) ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 3) GG in combinato disposto con i §§ 68-70 BVerfGG<sup>36</sup>;

d) *Verfassungsbeschwerde* (ricorso individuale diretto) ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 4a) GG in combinato disposto con i §§ 90 ss. BVerfGG. La competenza in questo frangente è indirettamente riconosciuta anche nel § 32, comma 3, II periodo BVerfGG<sup>37</sup>;

d) *Kommunalverfassungsbeschwerde* (ricorso costituzionale a tutela dell'autonomia locale) ai sensi dell'art. 93, comma 1, n. 4b) GG in combinato disposto con il § 91 BVerfGG<sup>38</sup>;

e) *konkrete Normenkontrollverfahren* (giudizio di costituzionalità concreto) ai sensi dell'art. 100, comma 1 GG in combinato disposto con i §§ 80 ss. BVerfGG (ma v. più diffusamente *infra* Sez. II);

alla composizione della commissione di mediazione (*Vermittlungsausschuss*) tra *Bundestag* e *Bundesrat*. Per un'accurata ricostruzione dei due casi, cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, rispettivamente pp. 140-142 e pp. 144-145; su quest'ultimo caso v. anche in ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 204-205. Di recente, un'importante decisione cautelare su un *Organklage* è stata resa in merito alla Legge di Ratifica della Decisione sulle Risorse Proprie (*Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz - ERatG*); v. BVerfG, 15 aprile 2021 - 2 BvR 547/21, in *NVwZ* 2021, p. 865 ss.; sul punto cfr. A. DE PRETIS, *Gli strumenti europei di finanziamento all'esame di Karlsruhe*, in *Diritti comparati*, <[www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)>, 6 maggio 2021.

<sup>35</sup> Cfr. la decisione sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della riforma delle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani: BVerfG, 22 maggio 2001 - 2 BvQ 48/00, in *BVerfGE* 104, 23 (31); così come il diniego sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge diretta ad eliminare la discriminazione delle convivenze omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz*): BVerfG, 18 luglio 2001 - 1 BvQ 23/01, in *BVerfGE* 104, 51 con *dissentig opinion* 61 ss.

<sup>36</sup> Cfr. BVerfG, 11 aprile 1989 - 2 BvG 1/89, in *BVerfGE* 80, 74, in materia di attuazione di direttive europee sulle frequenze radiotelevisive.

<sup>37</sup> Cfr., ad es., BVerfG, 17 febbraio 2009 - 2 BvC 4/04, in *BVerfGE* 122, 314, relativamente all'accoglimento parziale di un'istanza proposta contro la legge bavarese sulle riunioni (*Bayerische Versammlungsgesetz - BayVersG*).

<sup>38</sup> Cfr. BVerfG, sentenza 10 luglio 1990 - 2 BvR 470/90, 2 BvR 650/90, 2 BvR 707/90, in *BVerfGE* 82, 310; come pure Id. 3 maggio 1994, in *BVerfGE* 91, 70, entrambe concernenti la sospensione cautelare di riorganizzazioni comunali.

f) *Parteiverbotsverfahren* (giudizio per il divieto dei partiti incostituzionali) ai sensi dell'art. 21, comma 2 GG in combinato disposto con i §§ 43 ss. *BVerfGG*<sup>39</sup>.

##### 5. Iniziativa per la pronuncia di un provvedimento cautelare

Il rilascio di un provvedimento cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG* avviene di norma su iniziativa di parte. Sebbene la legge nulla dica sul punto, si ritiene che ad essere legittimati a proporre la relativa istanza siano, in virtù della natura accessoria del procedimento cautelare, le parti del procedimento principale, ovvero ricorrente, resistente e intervenienti<sup>40</sup>.

I soggetti ammessi a presentare osservazioni, invece, non potendo costituirsi in giudizio, non possono parimenti presentare alcuna istanza *ex* § 32 *BVerfGG*<sup>41</sup>. Tale esclusione acquista una particolare rilevanza rispetto ai giudizi di costituzionalità concreti, dal momento che le parti del processo *a quo* non sono parti nel giudizio costituzionale, ma sono solo ammesse a presentare osservazioni, e per tale ragione non possono proporre alcuna istanza cautelare (§ 82, comma 3, *BVerfGG*).

È discussa la possibilità di proporre l'istanza cautelare prima dell'introduzione del giudizio principale. La dottrina maggioritaria (che trova conferme anche nella giurisprudenza costituzionale) si esprime favorevolmente, richiedendo tuttavia che la prossima instaurazione del giudizio costituzionale si profili come verosimile e, soprat-

<sup>39</sup> Cfr., in part., BVerfG, 15 luglio 1952 - 1 BvB 1/51, in *BVerfGE* 1, 349, con la quale il BVerfG, nel procedimento contro la SRP (*Sozialistische Reichspartei*), ha vietato allo stesso partito di svolgere attività di propaganda dopo l'udienza di discussione; ma cfr. pure l'ordinanza cautelare nel *Parteiverbotsverfahren* contro l'NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), BVerfG, 15 giugno 2001, in *BVerfGE* 104, 41.

<sup>40</sup> Cfr. K. GRAßHOF, § 32, cit., pp. 25-26, Rn. 44; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 516, Rn. 50; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 328 ss.

<sup>41</sup> Cfr. BVerfG, 2 novembre 1960 - 2 BvQ 9/60, in *BVerfGE* 11, 339 (342); Id., 21 gennaio 1976 - 2 BvL 10/75, *ivi* 41, 243 (245); Id., 7 marzo 1989 - 2 BvQ 2/89, *ivi* 79, 379 (383). Concorde la dottrina; cfr. E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2001, p. 496; K. GRAßHOF, § 32, cit., pp. 25-26; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 328.

tutto, sia ammissibile (in particolar modo per quanto concerne i termini decadenziali previsti per la proposizione degli specifici giudizi).

Assai più controversa è l'eventualità che il *BVerfG* possa esercitare *ex officio* il potere cautelare *ex* § 32 *BVerfGG*<sup>42</sup>. Si è osservato, infatti, che il compito del giudice costituzionale «non è quello di prendere il timone d'ufficio, come una sorta di “governo d'emergenza” in ipotesi di crisi degli altri poteri dello Stato, ma piuttosto esclusivamente quello di dirimere le controversie tra gli organi costituzionali e tra i singoli cittadini e i pubblici poteri»<sup>43</sup>. D'altra parte, le disposizioni sul processo costituzionale sono molto puntuali nell'individuare i casi in cui può venir meno il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e tra questi non rientra quello del potere cautelare<sup>44</sup>.

A favore, invece, si è sostenuto che l'opportunità di rilasciare un provvedimento cautelare d'ufficio non può essere esclusa in radice e lo stesso *BVerfG* ha in effetti avuto modo di affermare in più occasioni come il proprio intervento d'ufficio debba ritenersi senz'altro ammissibile<sup>45</sup>. Potrebbe infatti rivelarsi necessaria un'iniziativa d'ufficio, ad

<sup>42</sup> Oltre a W. Grunsky (v. nota succ.), esprimono perplessità sulla possibilità di configurare un esercizio *ex officio* del potere cautelare C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, C.H. Beck, München 1991, pp. 244-245; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 329, Rn. 819, i quali osservano che, invece, il procedimento principale richiede sempre un ricorso di parte. Per quanto riguarda i procedimenti improntati al contraddittorio tra le parti e funzionali alla tutela dei diritti individuali (ad es. *Verfassungsbeschwerdeverfahren*), non vi sarebbe alcuna necessità per il *BVerfG* di intervenire d'ufficio, ben potendo attivarsi le parti in tal senso. Diverso è il caso di carattere spiccatamente oggettivo (come l'*abstrakte Normenkontrollverfahren*) o del *Parteiverbotsverfahren*. Contra W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin-Frankfurt am Main 1952, p. 120, il quale fa leva soprattutto sui lavori preparatori del § 32 *BVerfGG* (cfr. *amplius* A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., pp. 198-199); R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, C.H. Beck, München 2017, Rn. 1125 (nt. 5), il quale valorizza anche gli profili oggettivi della *Verfassungsbeschwerde* e richiama un caso in cui il *BVerfG* ha prolungato *ex officio* la sospensione di una legge già concessa, dopo aver realizzato di non poter decidere il caso nei tempi previsti (*BVerfG*, 19 luglio 2000 - 1 BvR 539/96, in *BVerfGE* 102, 197).

<sup>43</sup> W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss., spec. p. 218.

<sup>44</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, pp. 74-75, con ampi riferimenti in nota.

<sup>45</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 15 maggio 1952 - 1 BvQ 6/52, in *BVerfGE* 1, 281 (282);

esempio, nell'ambito del *konkrete Normenkontrollverfahren*, considerato che le parti del giudizio *a quo* non sono ammesse a proporre l'istanza *ex § 32 BVerfGG*<sup>46</sup>. Oppure ancora in quelle ipotesi in cui il giudice costituzionale abbia rigettato l'istanza di parte, ritenendo di poter decidere tempestivamente nel merito, ma poi non sia possibile rispettare i tempi previsti<sup>47</sup>. Un esercizio *ex officio* del potere cautelare andrebbe infine ritenuto ammissibile quando il *BVerfG* debba salvaguardare il proprio ruolo nell'ordinamento costituzionale; un caso di questo tipo si sarebbe concretamente realizzato nel *Parteiverbotsverfahren* contro la *SRP (Sozialistische Reichspartei)*, nell'ambito del quale il giudice costituzionale ha fatto divieto cautelare di propaganda al partito in questione, che mirava a gettare discredito sul *BVerfG* e sul suo operato<sup>48</sup>.

Ad ogni modo, la dottrina maggioritaria ritiene che nei casi di esercizio d'ufficio debba comunque essere già pendente un processo principale<sup>49</sup>; e in questo senso sembra andare pure il *BVerfG*, nei rarissimi casi in cui si è effettivamente pronunciato *motu proprio*<sup>50</sup>.

Id., 7 aprile 1976 - 2 BvH 1/75, ivi 42, 103 (119); Id., 7 dicembre 1977 - 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77, ivi 46, 337 (338), Id., 14 maggio 1996 - 2 BvR 1516/93, ivi 94, 166 (223); Id., 3 dicembre 2002 - 2 BvE 3/02, ivi 106, 253 (265); Id., 22 marzo 2005 - 1 BvR 2357/04, 1 BvQ 2/05, ivi 112, 284 (298); Id., 6 ottobre 2015 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 1582/15, ivi 140, 211 (224).

<sup>46</sup> Così J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 540, Rn. 67; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 517, Rn. 54. *Contra* però C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, pp. 329-330, Rn. 820; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, p. 719.

<sup>47</sup> Cfr. *BVerfG*, 13 novembre 1951 - 1 BvR 213/51, in *BVerfGE* 1, 74 (75), relativa a una *Verfassungsbeschwerde* contro un ordine di estradizione; cfr. K. GRAßHOF, *op. cit.*, p. 21 (nt. 33).

<sup>48</sup> Cfr., la già menzionata, *BVerfG*, 15 luglio 1952 - 1 BvB 1/51, in *BVerfGE* 1, 349.

<sup>49</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, p. 329, Rn. 819; così anche J. BERKEMANN, *ult. op. cit.*, p. 540, Rn. 65-66; R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, p. 542 ss., spec. p. 543; E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., pp. 494-495.

<sup>50</sup> Cfr. *BVerfG*, 13 novembre 1951 - 1 BvR 213/51, in *BVerfGE* 1, 74 (75); Id., 15 luglio 1952 - 1 BvB 1/51, ivi, 1, 349; Id., 19 luglio 2000 - 1 BvR 539/96, ivi, 102, 197; Id., 7 dicembre 1977 - 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77, ivi, 46, 337

#### 6. *Requisiti di ammissibilità: contenuto del provvedimento e Vorwegnahmeverbot*

Si è detto, in apertura dell'esame della tutela cautelare costituzionale tedesca, che scopo principale della previsione di cui al § 32 *BVerfGG* è rappresentato dalla *Sicherungsfunktion*, l'esigenza di assicurare l'effettività della pronuncia definitiva del *BVerfG*. Il provvedimento cautelare richiesto deve pertanto mirare a tal scopo e a ciò essenzialmente limitarsi.

I confini del contenuto ammissibile del provvedimento sono pertanto da individuarsi guardando al contenuto della decisione nel giudizio principale al quale l'istanza cautelare è coordinata<sup>51</sup>: a seconda che gli effetti che si intendono perseguire rientrino tra quelli che è possibile conseguire nel merito, l'istanza sarà ammissibile o meno. Detto altrimenti, non è consentito al ricorrente perseguire uno scopo diverso e maggiore rispetto a quello raggiungibile nel merito.

Tale assunto comporta l'insorgere di qualche dubbio in ordine alla possibilità per il giudice costituzionale di inibire l'esecuzione di un atto in tutti quei casi in cui, nel giudizio di merito, lo stesso giudice si limiti ad accertare una violazione del dettato costituzionale da parte del resistente ai danni del ricorrente, come si verifica nell'ambito dei conflitti tra organi dello Stato o tra Federazione e *Länder*. In tali ipotesi, il dispositivo della decisione sul merito è diretto solamente alla dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della misura impugnata e non alla sua eliminazione: sono le parti e gli organi, nei confronti dei quali la decisione produce effetti vincolanti, a dover eliminare in ultima istanza l'incostituzionalità che fosse loro eventualmente addebitata e a dover conseguentemente ripristinare una situazione conforme alla *Grundgesetz*. D'altra parte tuttavia, si è osservato come non sia in realtà da escludersi l'adozione di un'ordinanza quando altrimenti si po-

(338); quest'ultima pronuncia cautelare riguarda la riforma della legge sul servizio militare e civile del 13 luglio 1977, la quale prevedeva (tra le altre cose) la possibilità di accedere al servizio sostitutivo tramite una dichiarazione di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza (c.d. *Postkartenregelung*). Per un'approfondita disamina del caso, cfr. A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 69 ss.

<sup>51</sup> Cfr. cfr. J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 536.

trebbe determinare una situazione di incostituzionalità irreversibile (v. infatti *infra* par. 8.).

Un contenuto tipico del provvedimento cautelare costituzionale è rappresentato dalla sospensione dell'esecuzione di una disposizione di legge, di un atto amministrativo o di un provvedimento giurisdizionale. Tuttavia, ciò non significa che la pronuncia del *BVerfG*, pur rimanendo nel perimetro delimitato dall'oggetto del processo principale, non possa assumere i contenuti che di volta in volta appaiano più opportuni a perseguire i fini cautelari del § 32 *BVerfGG*, con un'ampiezza di soluzioni essenzialmente analoga a quella che conosce il potere cautelare del giudice comune (v. *infra* sempre par. 8.).

Per quanto, infine, attiene ai soggetti che possono essere interessati dagli effetti della pronuncia cautelare, non vengono in considerazione le sole parti in giudizio ma pure – sempre con riguardo al merito – tutti quei soggetti che, sotto un profilo fattuale, possono influenzare la situazione *sub iudice* o essere interessati dalla decisione cautelare. Caso emblematico è quello della *Verfassungsbeschwerde*: la pronuncia cautelare del *BVerfG*, nel caso in cui concerna un atto legislativo, non potrà certo essere limitata ai soli ricorrenti, ma dovrà avere portata *erga omnes*.

Una prescrizione particolarmente significativa in ordine al contenuto che può avere il provvedimento cautelare è il c.d. *Vorwegnahmeverbot*, ovvero il *divieto di anticipazione del merito* della causa (v. *infra* par. 7.1)<sup>52</sup>. Tale divieto comporta l'inammissibilità di tutte quelle istanze volte ad ottenere un provvedimento che anticipi integralmente gli effetti della decisione finale del *BVerfG*. Ciò vale in particolar modo quando tra il contenuto dell'istanza cautelare e quello della richiesta nel merito vi sia una perfetta coincidenza, ovvero quando il provvedimento cautelare che si mira ad ottenere presenti già quella portata ampiamente soddisfattiva degli interessi dell'istante di regola riservata alla decisione sul merito.

<sup>52</sup> Particolarmente critico rispetto alla tendenza del *BVerfG* di ricomprendere il *Vorwegnahmeverbot* tra i requisiti di ammissibilità dell'istanza cautelare è F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, p. 703 (nt. 60), il quale ritiene che, qualora anche si ammetta l'impiego di tale *dogma*, lo si deve pur sempre riportare alla sola regolazione del contenuto del provvedimento.

Il divieto incontra tuttavia un'eccezione in quei rari casi, nei quali tanto il diniego quanto l'accoglimento dell'istanza finirebbero, per la peculiarità delle circostanze del caso, col definire anche il merito del giudizio principale<sup>53</sup>. In queste situazioni, nelle quali non v'è alcuna possibilità di "mantenere aperta" la decisione finale del *BVerfG*, il divieto di anticipazione del merito non trova applicazione<sup>54</sup>.

### 6.1. Segue: *L'interesse ad agire*

Viene generalmente ricondotto nell'ambito dei requisiti di ammissibilità dell'istanza cautelare anche l'*interesse ad agire* del soggetto (*Rechtsschutzbedürfnis*), requisito in forza del quale – secondo le categorie del diritto processuale civile – si esige che in capo all'istante sussista un'*effettiva necessità* di ricorrere allo strumento cautelare ex § 32 *BVerfGG*<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. K. GRAßHOF, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>54</sup> Cfr. *BVerfG*, 17 novembre 1972 - 2 BvR 820/72, in *BVerfGE* 34, 160 (163); Id., 30 maggio 1984 - 2 BvR 617/84, *ivi*, 67, 149 (151); entrambe relative alla trasmissione di *spot* elettorali; *contra* però Id., 4 luglio 1962 - 2 BvR 347/62, *ivi*, 14, 192 (193), nella quale la domanda è dichiarata inammissibile in ragione del *Vorwegnahmeverbot*. Sempre nel senso dell'anticipazione, cfr. anche Id., 16 ottobre 1977 - 1 BvQ 5/77, *ivi*, 46, 160 (163), concernente il famoso caso del rapimento di Hanns-Martin Schleyer da parte del gruppo terroristico *Rote Armee Fraktion*, che aspirava ad uno "scambio di prigionieri" con il Governo (alcuni terroristi RAF erano infatti detenuti). Il *BVerfG* rigetta le richieste cautelari di sospensione del divieto provvisorio di contatti tra difensori e terroristi detenuti, anticipando il bilanciamento tra il diritto di difesa di questi e l'obbligo statale di protezione della vita umana (del politico rapito). Cfr. *amplius* sempre A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, p. 217 (ma cfr. anche l'istanza cautelare dei familiari di Schleyer, volta alla liberazione dei prigionieri, pp. 126-127).

<sup>55</sup> Così J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 549, che discorre di «ultimo controllo preliminare»; K. GRAßHOF, § 32, cit., pp. 28-29, la quale ritiene, tuttavia, che le ipotesi di sovrapposizione con l'urgenza del provvedere debbano essere affrontate nell'ambito dei presupposti del provvedimento; nello stesso senso dell'A., anche A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 50. Cfr. anche R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, p. 42 ss., spec. p. 543; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, C.H. Beck, München 2015, p. 182 ss., il quale riporta però l'interesse ad agire nell'ambito del merito; H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in C. STARK (a cura di),

È opportuno segnalare sin da subito come tale requisito di ammissibilità finisce frequentemente per sovrapporsi con il presupposto sostanziale dell'*urgenza del provvedere* (v. *infra* par. 7.2.), per l'ovvia ragione che, in mancanza di urgenza, non è ravvisabile neppure la necessità di ricorrere in via cautelare al *BVerfG*<sup>56</sup>. Una netta separazione tra i due concetti nella giurisprudenza costituzionale tedesca è, d'altra parte, resa ancor più difficoltosa dal fatto che lo stesso *BVerfG*, senza individuare in positivo i caratteri distintivi dell'interesse ad agire, vi fa riferimento solo in negativo quando ne rileva la carenza in vista del rigetto di un'istanza cautelare<sup>57</sup>.

La ricostruzione del requisito dell'interesse ad agire, che qui si propone, tenta tuttavia di mantenere separati l'interesse ad agire dall'urgenza del provvedere. A tale scopo è stato necessario far riferimento a tutti quei casi in cui la giurisprudenza del *BVerfG*, come si è detto, ha escluso la sussistenza del requisito in esame.

Si ha pertanto carenza dell'interesse ad agire, nei casi in cui:

a) quand'anche fosse concesso il provvedimento cautelare richiesto, lo stesso ricorrente non avrebbe alcuna *chance* di successo nel giudizio principale (ad es. quando l'oggetto del ricorso non possa essere portato ad esecuzione per circostanze fattuali)<sup>58</sup>;

b) il ricorso ai sensi del § 32 *BVerfGG* appaia prematuro, in quanto l'atto contro il quale è proposto non è ancora stato emanato (o l'efficacia del provvedimento cautelare stesso cesserebbe prima dell'entrata in vigore dell'atto stesso)<sup>59</sup>;

*Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 2, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, p. 182 ss.

<sup>56</sup> Si è sottolineato, peraltro, che il *BVerfG* ricorre assai raramente a tale requisito per dichiarare inammissibile l'istanza cautelare, preferendo di norma fondare la propria pronuncia sui presupposti individuati legislativamente; in tal senso, cfr. H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 182.

<sup>57</sup> Cfr. N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, GCA, Herdecke 1999, p. 169.

<sup>58</sup> Cfr. *BVerfG*, 19 dicembre 1967 - 2 BvQ 1/67, in *BVerfGE* 23, 33 (40); Id., 19 dicembre 1967 - 2 BvQ 2/67, ivi, 23, 42 (48).

<sup>59</sup> In un solo caso il *BVerfG* ha concesso un provvedimento cautelare in via del tutto preventiva: cfr. *BVerfG (Kammer)*, 11 marzo 1999, in *NJW*, 1999, 2174-2175. Il caso è del tutto eccezionale, dal momento che riguarda la sospensione preventiva della



c) il ricorso sia stato proposto tardivamente, nel senso che le conseguenze pregiudizievoli paventate si sono oramai compiutamente realizzate<sup>60</sup>;

d) il ricorrente possa provvedere in via autonoma alla tutela richiesta adottando “in prima persona” le misure opportune<sup>61</sup>;

e) il ricorrente riproponga la medesima istanza già rigettata dal *BVerfG*, senza che siano intervenute nel frattempo modificazioni della situazione fattuale o giuridica<sup>62</sup>.

Il *BVerfG* si pronuncia in tali frangenti assai succintamente, dichiarando che l’istanza è “infondata”, ormai “esaurita” oppure “superflua”.

## 6.2. Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale

Un ulteriore requisito particolarmente significativo – che viene frequentemente accostato ai profili di ammissibilità dell’istanza<sup>63</sup>, ma che presenta tuttavia elementi di interferenza anche con l’urgenza del provvedere<sup>64</sup> – è quello della sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale<sup>65</sup>.

futura (ed eventuale) esecuzione di una pronuncia del *Oberlandesgerichts* di *Celle* (immediatamente esecutiva) che avrebbe potuto comportare il trasferimento di due bambini presso la madre in Francia, provvedimento al quale si era opposto il padre.

<sup>60</sup> Cfr. *BVerfG*, 19 dicembre 1967 - 2 BvQ 2/67, in *BVerfGE* 23, 42 (48), relativamente a rimborsi elettorali già corrisposti.

<sup>61</sup> In particolare, si fa l’esempio in dottrina del *Bundeszwang* (art. 37 GG), strumento attraverso il quale la Federazione può disporre unilateralmente gli interventi necessari per far sì che un *Land* si conformi agli obblighi derivanti dalla *Grundgesetz* o da una legge federale. Cfr. ad es. H.-U. ERICHSEN, *op. cit.*, p. 183. *Contra* però *BVerfG*, 27 maggio 1958 - 2 BvQ 1/58, in *BVerfGE* 7, 367, nella quale il giudice costituzionale sostiene che è rimessa alla discrezionalità del Governo federale la scelta tra il *Bundeszwang* e il giudizio ai sensi dell’art. 93, comma 1, n. 3) GG. In proposito cfr. A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 22 ss.

<sup>62</sup> Cfr. *BVerfG*, 18 novembre 1954 - 1 BvR 550/52, in *BVerfGE* 4, 110 (113); Id., 18 giugno 1973 - 2 BvQ 1/73, *ivi*, 35, 257 (260 ss.); Id., 10.05.1994 - 1 BvR 1534/92, *ivi*, 91, 83 (91).

<sup>63</sup> Cfr., ad es., J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 550.

<sup>64</sup> L’interferenza si spiega con il fatto che, se sono ancora disponibili i rimedi giurisdizionali presso i giudici comuni, non si ha urgenza di ricorrere al *BVerfG*.

<sup>65</sup> Cfr., in merito a tale requisito, E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht*, cit.,

La giurisprudenza del *BVerfG* riconosce quale principio generale in materia cautelare quello per cui deve essere rigettata un'istanza cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG* nel caso in cui il ricorrente possa conseguire un'adeguata tutela cautelare presso i giudici comuni. In tal senso, si ritiene che sussista un vero e proprio obbligo in capo all'istante di ricorrere in via preventiva alla giurisdizione comune.

Tale requisito è declinato in modo peculiare con riferimento alla *Verfassungsbeschwerde*, per la quale è richiesto ai sensi del § 90, comma 2, I periodo, *BVerfGG* il necessario esaurimento dei rimedi giurisdizionali disponibili (*Erschöpfung des Rechtswegs*). Vi sono tuttavia delle eccezioni a tale principio a norma del § 90, comma 2, II periodo, *BVerfGG*, il quale dispone espressamente che nei casi in cui il ricorso abbia rilevanza generale oppure quando il previo ricorso al giudice comune esporrebbe il ricorrente a un pregiudizio grave e inevitabile, si può prescindere dal menzionato esaurimento. Tali condizioni sono però soggette a un vaglio particolarmente rigoroso, specie quando sussista il rischio per il *BVerfG* di travalicare nella competenza di altre giurisdizioni oppure quando – anche per ragioni di ordine pratico – sia opportuno che i giudici comuni conducano una cognizione preventiva degli elementi di fatto e diritto.

La giurisprudenza del *BVerfG* ha ulteriormente specificato, tuttavia, che non è necessario il previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali anche qualora sia evidente la lacuna di strumenti di tutela in relazione alla specifica situazione che si intende far valere, così come sono tenute in considerazione le ipotesi in cui la disponibilità dello strumento di tutela o le prospettive di accoglimento di un'istanza riproposta siano alquanto dubbie.

La sussidiarietà, al di fuori dello specifico caso della *Verfassungsbeschwerde*, assume poi un particolare rilievo con riferimento ai giudizi di costituzionalità concreti; ma questo profilo sarà naturalmente ripreso *infra* (v. Cap. VII).

### 7. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare

Venendo dunque ai presupposti sostanziali per l'adozione del provvedimento cautelare, è necessario guardare alla lettera del § 32 *BVerfGG*, che appare piuttosto chiara nell'indicare tre elementi distinti, ovvero: 1) la sussistenza di una *controversia (Streitfall)*; 2) l'*urgenza* del provvedere; 3) i *motivi* del provvedere, consistenti nella necessità di scongiurare gravi pregiudizi, impedire un'imminente violenza o un altro importante motivo riguardante il bene comune (*zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl*). Oltre quanto si è già detto in merito alla difficoltà di tracciare in modo chiaro i confini tra l'*urgenza*, da una parte, e l'interesse ad agire e la sussidiarietà, dall'altra, è necessario evidenziare come pure i motivi del provvedere non siano stati compiutamente definiti dal *BVerfG*, in quanto – benché sul punto sia riconoscibile una certa evoluzione giurisprudenziale – l'individuazione degli stessi resta rimessa a valutazioni legate, in misura preponderante, alle peculiarità del singolo caso.

#### 7.1. La nozione di *controversia (Streitfall)*

Il provvedimento cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG* può essere emanato esclusivamente in caso di *controversia (Streitfall)*<sup>66</sup>. La giurisprudenza del *BVerfG* accoglie, tuttavia, una nozione piuttosto ampia del termine, tale da ricomprendere non solo i processi nel quale vi sia una vera e propria controversia tra parti, ma tutti i giudizi di competenza del *BVerfG* (v. infatti *supra* par. 3.). Non si esclude, inoltre, che l'istanza cautelare al giudice costituzionale possa essere proposta quand'anche il giudizio principale non sia ancora pendente; opinione questa che viene generalmente argomentata sulla base del fatto che, nel corso dell'*iter* di approvazione del § 32 *BVerfGG*, il pre-requisito

<sup>66</sup> Cfr., in tal senso, K. GRABHOF, *op. cit.*, p. 33. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., p. 183, ritiene che non sia necessaria «la pendenza di una vera e propria controversia, essendo talora sufficiente, come nel caso del controllo astratto di costituzionalità ex art. 93, primo comma, n. 2 GG, una semplice «diversità di opinioni» o un «dubbio» sulla costituzionalità»; conseguentemente traduce *Streitfall* come *in caso di disputa*.

della litispendenza indicato nel disegno di legge governativo del *BVerfGG* è stato cassato dal legislatore<sup>67</sup>. Nei rarissimi casi in cui il *BVerfG* ritiene di intervenire *ex officio*, l'opinione maggioritaria (e ampiamente condivisibile) esige che il giudizio sia già pendente in virtù di un ricorso di parte (v. *supra* § 4.).

### 7.2. L'urgenza del provvedere

Si è già detto di come il presupposto sostanziale dell'urgenza sia concettualmente prossimo, ma distinto, sia all'interesse ad agire che alla sussidiarietà.

Nel tentativo di tenere distinti tali elementi, spesso confusi e sovrapposti, si può tuttavia ritenere che sussista l'urgenza di provvedere ai sensi del § 32 *BVerfGG*, quando l'intervento del *BVerfG* appaia improcrastinabile: circostanza che si dimostra «attraverso la prognosi delle conseguenze giuridiche e fattuali che si verificherebbero, qualora la misura cautelare non fosse emanata, e la constatazione che questi sviluppi possano essere efficacemente contrastati» solo con la pronuncia cautelare del *BVerfG*<sup>68</sup>.

Guardando alla casistica giurisprudenziale, si può sostenere che deve escludersi la sussistenza dell'urgenza quando:

a) il resistente pronunci una dichiarazione giurata con la quale si impegna a non alterare lo *status quo* fino alla pronuncia del *BVerfG*, oppure le parti stringano tra loro un accordo di moratoria (avente contenuto analogo alla dichiarazione giurata)<sup>69</sup>;

<sup>67</sup> Cfr. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 246-247.

<sup>68</sup> A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., p. 183, la quale riprende la limpida definizione di K. GRAßHOF, § 32, cit., p. 33.

<sup>69</sup> Cfr., ad esempio, *BVerfG*, sentenza 12 ottobre 1993 - 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, in *BVerfGE* 89, 155 (164); l'istanza cautelare richiesta (coordinata a una *Verfassungsbeschwerde*) mirava ad impedire che la Germania si vincolasse al Trattato di Maastricht; il *Bundespräsident* aveva dichiarato, una volta venuto a conoscenza del ricorso, che non avrebbe sottoscritto lo strumento di ratifica prima della decisione nel merito del *BVerfG*. Sembra considerare tale possibilità anche nel caso *BVerfG*, 22 dicembre 1993 - 2 BvR 2031/92, in *BVerfGE* 89, 344 (346); in motivazione, infatti, si dà conto dell'impegno della *Staatsanwaltschaft* (pubblica accusa) a posticipare l'esecuzione della pena irrogata in rapporto alla fattispecie di reato *sub iudice*. Sul tema degli accordi di moratoria, cfr. A. GRAGNANI, *ult. op.* cit., pp. 188-189.

b) il *BVerfG* ritenga, sulla scorta del calendario dei lavori, di poter addivenire in tempo utile alla pronuncia nel merito<sup>70</sup> (con la precisazione che, nell'ipotesi in cui la prognosi compiuta dal giudice costituzionale si rivelasse erronea, lo stesso giudice potrebbe emanare *ex officio* il provvedimento negato in prima istanza).

### 7.3. I motivi del provvedere

Ultimo presupposto sostanziale ai fini della concessione del provvedimento di cui al § 32 *BVerfGG* sono i motivi del provvedere, che consistono nella «necessità di scongiurare gravi pregiudizi, impedire un'imminente violenza o un altro importante motivo riguardante il bene comune».

Se a una prima lettura (ma si tratta di un'inconveniente legato soprattutto alla traduzione italiana) si può ricavare l'impressione di tre distinti motivi che giustificano il rilascio del provvedimento cautelare ex § 32 *BVerfGG*, la pratica del *BVerfG* si è invece orientata per un'interpretazione onnicomprensiva che tende a ricondurre in ultima istanza tutti gli elementi elencati dalla disposizione al «bene comune»<sup>71</sup>.

D'altro canto, non risulta che sia mai stato chiamata in causa «un'imminente violenza» e anche la previsione di carattere residuale di «un altro importante motivo» non sembra aver acquisito una valenza autonoma rispetto ai «gravi pregiudizi (...) riguardanti il bene comune»<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Cfr., ad esempio, *BVerfG*, 17 dicembre 1960 - 2 BvQ 4/60, 2 BvQ 6/60, 2 BvQ 7/60, 2 BvQ 10/60, 2 BvQ 11/60, in *BVerfGE* 12, 36; Id., 27 maggio 1958 - 2 BvQ 1/58, ivi, 7, 367; Id., 24 giugno 1963 - 2 BvQ 1/63, ivi, 16, 220 (226); Id., 17 novembre 1972 - 2 BvR 820/72, ivi, 34, 160 (163); Id., 13 aprile 1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, ivi, 64, 67 (69 ss.); Id., 31 marzo 1992 - 1 BvR 720/90, ivi, 86, 46 (49); Id., 22 maggio 2001 - 2 BvQ 48/00104, ivi, 23 (28).

<sup>71</sup> Cfr. in tal senso, ad es., E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., p. 501. Tuttavia, non sono mancati tentativi da parte della dottrina di "isolare" i *gravi pregiudizi* rispetto agli altri elementi della frase e farne un presupposto autonomo, in modo tale da assicurare una tutela cautelare costituzionale anche ai diritti dei singoli (v. *infra* par. 7.3.1.).

<sup>72</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., pp. 189-190.

### 7.3.1. *Il bene comune nella giurisprudenza costituzionale*

Risulta particolarmente complesso ricostruire in termini generali il concetto di *bene comune*, dal momento che la traduzione sul piano concreto di tale presupposto è sostanzialmente rimessa alla giurisprudenza costituzionale, che di volta in volta – spesso influenzata dalle peculiarità del singolo caso – riempie di significato l'espressione. Ad esempio – riprendendo un'emblematica rassegna offerta dagli insigni costituzionalisti Benda e Klein<sup>73</sup> – sono stati riconosciuti come *gravi pregiudizi al bene comune* i “danni permanenti all'economia nazionale”<sup>74</sup>, gli ostacoli significativi all'impiego per un gruppo specifico<sup>75</sup>, le conseguenze dell'annullamento di una fusione comunale<sup>76</sup>, lo svolgimento di elezioni comunali senza un sicuro fondamento legale<sup>77</sup>, la perdita della fiducia degli altri Stati rispetto ad un'alleanza con la Germania<sup>78</sup>, ma anche la possibile lesione di principi costituzionali fondamentali, come per esempio la minaccia della perdita di legittimazione democratica attraverso un'erronea determinazione dell'elettorato<sup>79</sup>. Una catalogazione della variegata casistica sul tema e una sua sistematizzazione sfuggono allo scopo dell'indagine e pertanto non si può che rinviare ad altre e più approfondite trattazioni per una compiuta disamina della materia<sup>80</sup>.

Un aspetto di particolare interesse nella giurisprudenza sul tema su cui conviene – seppur rapidamente – soffermarsi è rappresentato, tuttavia, dal difficile rapporto tra tutela dei diritti individuali e tutela del *bene comune*<sup>81</sup>. Secondo un'interpretazione piuttosto risalente, an-

<sup>73</sup> E. BENDA, E. KLEIN, *op. cit.*, p. 501.

<sup>74</sup> Cfr. BVerfG, 8 ottobre 1956 - 1 BvR 190/56, in *BVerfGE* 6, 1 (4).

<sup>75</sup> Cfr. BVerfG, 5 maggio 1992 - 2 BvH 1/92, in *BVerfGE* 86, 65 (70).

<sup>76</sup> Cfr. BVerfG, 10 luglio 1990 - 2 BvR 470/90, 2 BvR 650/90, 2 BvR 707/90, in *BVerfGE* 82, 310 (313 ss.).

<sup>77</sup> Cfr. BVerfG, 3 maggio 1994 - 2 BvR 2760/93, 2 BvR 741/94, 2 BvR 707/94, 2 BvQ 3/94, in *BVerfGE* 91, 70 (80).

<sup>78</sup> Cfr. BVerfG, 8 aprile 1993 - 2 BvE 5/93 e 2 BvQ 11/93, in *BVerfGE* 88, 173 (182) – AWACS.

<sup>79</sup> Cfr. BVerfG, 12 ottobre 1989 - 2 BvF 2/89, in *BVerfGE* 81, 53 (55).

<sup>80</sup> Cfr. soprattutto l'ampia e documentata rassegna di A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 61 ss.

<sup>81</sup> Cfr. sul tema A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*

drebbe esclusa la possibilità di offrire una tutela cautelare di carattere costituzionale nei confronti di quei provvedimenti che si limitino ad incidere su posizioni individuali, dal momento che tale lesione non riguarderebbe il bene comune. Un tentativo di superare questa lettura riduttiva della disposizione si è realizzato ravvisando nei «gravi pregiudizi» un presupposto indipendente rispetto a «un altro importante motivo riguardante il bene comune», in modo tale da riportare i provvedimenti *ex* § 32 *BVerfGG* concessi per la tutela dei singoli nell'alveo dei *gravi pregiudizi*<sup>82</sup>.

Tale ultima prospettiva non è stata tuttavia riconosciuta dal *BVerfG*, il quale esige in ogni caso la sussistenza del pregiudizio al bene comune, a prescindere dal tipo di giudizio e dalle conseguenze anche individuali lamentate. L'interpretazione offerta dal *BVerfG* non è tale però da escludere in radice la tutela dei diritti individuali, al contrario: si opera difatti una distinzione tra le ipotesi in cui oggetto del ricorso sia un atto legislativo e il caso in cui invece l'atto abbia un destinatario specifico o una serie di destinatari determinati.

Nel primo caso, il presupposto si ritiene integrato in via pressoché automatica (o quanto meno viene semplificata la relativa dimostrazione) dal momento che il ricorrente – quand'anche avesse adito il *BVerfG* con una *Verfassungsbeschwerde* – è considerato comunque una sorta di “rappresentante” di tutti i soggetti incisi nelle rispettive posizioni giuridiche in via generale ed astratta dalla legge. Nel secondo caso, invece, seppur con non poche incertezze, si ritiene di considerare integrato il pregiudizio al bene comune solo quando siano in gioco diritti di rilievo costituzionale minacciati di un pregiudizio irreparabile<sup>83</sup>. E ciò appare giustificato anche in virtù del complessivo disegno costituzionale, orientato al rispetto e alla protezione della dignità dell'uomo (art. 1 *GG*)<sup>84</sup>.

cit., p. 192 ss.

<sup>82</sup> Cfr. E.-W. FUß, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsrechtlichen Verfahren*, in *DÖV*, 1959, p. 201 ss., spec. p. 205.

<sup>83</sup> Cfr., in senso analogo, C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 251.

<sup>84</sup> Cfr., in tal senso, A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, pp. 193-194. La dottrina tedesca è pressoché unanime nel riconoscere la riconducibilità dei diritti dei singoli nell'ambito del bene comune; cfr., *ex pluribus*, E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 502.

### 7.3.2. La gravità del pregiudizio temuto

Anche in rapporto alla gravità del pregiudizio che giustifica il rila- scio del provvedimento del *BVerfG* valgono le considerazioni già svolte per la nozione di bene comune: la giurisprudenza appare anche qui molto legata al singolo caso e una ricostruzione delle molteplici ipotesi non può essere in questa sede compiutamente realizzata.

È tuttavia opportuno segnalare come la gravità del danno non corrisponda all'irreparabilità dello stesso: può essere infatti concessa tutela anche per danni riparabili, ma gravi, sebbene la valutazione del *BVerfG* in questi casi sia più stringente (e la propensione alla pronuncia favorevole drasticamente ridotta)<sup>85</sup>. Dall'altro lato, la circostanza che il pregiudizio sia irreparabile non vale da sola a garantire la concessione del provvedimento, dal momento che lo stesso provvedimento potrebbe determinare danni altrettanto irreparabili e gravi ad altri interessi. Oppure il pregiudizio temuto, pur irreparabile, potrebbe non essere riconducibile nell'alveo del bene comune che la disposizione mira a proteggere, ma essere connesso ad un interesse a questo anti- tetico.

Lesioni a diritti fondamentali, al di fuori delle ipotesi da ultimo descritte, sono tendenzialmente considerate gravi, salvo che siano di lieve entità<sup>86</sup>.

## 8. Modelli e tecniche decisionali del *BVerfG*

Uno degli aspetti senz'altro più interessanti dell'esperienza tedesca di giustizia cautelare costituzionale è rappresentato dalla complessa e articolata tecnica decisionale elaborata dal *BVerfG*. Riprendendo una

<sup>85</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ivi*, p. 194.

<sup>86</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 21 ottobre 1987 - 1 BvR 1048/87, in *BVerfGE*, 77, 130; nonché *Id.*, 13 maggio 1969 - 1 BvR 226/69, *ivi* 26, 14; caso, quasi scolastico se non fosse davvero occorso, dell'avvocato che si rifiutava di comparire in tribunale con la toga (e perciò gli era stato impedito di esercitare). Il *BVerfG* ha naturalmente rigettato la *Verfassungsbeschwerde* con cui questi chiedeva la sospensione del divieto, rilevando che non comporta un grave pregiudizio il fatto che il ricorrente fosse costretto ad indossare la toga fino alla decisione nel merito.



felice espressione di Anna Gragnani, si può descrivere il modello adottato dal giudice costituzionale tedesco come «un modello graduato che contempla dapprima una fase di valutazione prognostica dell'esito del giudizio di merito e poi, eventualmente, una fase di valutazione comparativa delle conseguenze»<sup>87</sup>. Il sistema così descritto può apparire piuttosto lineare, ma la giurisprudenza del *BVerfG* – inevitabilmente legata alle peculiarità del caso concreto *sub iudice* – ha sviluppato molteplici eccezioni e sfumature al modello che ne rendono piuttosto complessa una ricostruzione d'insieme.

In questa sede, si tenterà di descrivere i tratti principali delle tecniche decisionali del giudice costituzionale tedesco e, da ultimo, di dare conto delle crescenti critiche che la dottrina muove al modello adottato. Una ricostruzione più approfondita dell'approccio del *BVerfG* alla decisione delle istanze cautelari, specie con riguardo ai differenti tipi di giudizio per cui è competente, trascende i fini della ricerca e pertanto, anche in questo frangente, conviene rinviare per l'approfondimento del tema all'analisi casistica compiuta da studi dedicati integralmente al § 32 *BVerfG*.

Invertendo idealmente il consueto approccio del *BVerfG*, appare preferibile – per ragioni di chiarezza – in primo luogo, descrivere i caratteri essenziali della tecnica di giudizio principale, il *Folgenabwägungsmodell* (modello del bilanciamento delle conseguenze), e il principio, a questa strettamente riconnesso, del *Vorwegnahmeverbot* (divieto di anticipazione del merito); e solo in un secondo momento, prendere brevemente in considerazione i casi in cui il *BVerfG* decide sulla base di un classico giudizio prognostico sull'esito del processo di merito.

### 8.1. Folgenabwägungsmodell e Vorwegnahmeverbot

Nel decidere per l'accoglimento o il rigetto nel merito dell'istanza cautelare, il *BVerfG* ribadisce costantemente che «i motivi allegati relativi all'incostituzionalità dell'atto, in via di principio, non devono essere presi in considerazione»<sup>88</sup>. La decisione del giudice costituzionale

<sup>87</sup> A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., p. 201.

<sup>88</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 8 aprile 1993 - 2 BvE 5/93 und 2 BvQ 11/93, in *BVerfGE*

non si appunta, quindi, sulla verosimiglianza delle allegazioni delle parti, che rimangono tendenzialmente escluse dalla valutazione del *BVerfG* e attengono al merito del giudizio costituzionale.

Appare complesso spiegare i motivi di fondo che hanno indotto il giudice costituzionale tedesco a discostarsi dal consueto giudizio prognostico svolto dai giudici comuni per decidere se concedere o meno un provvedimento cautelare<sup>89</sup>. Da una parte, si chiama in causa la giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, la massima autorità giurisdizionale nella Repubblica di Weimar, che aveva elaborato in via giudiziale un modello per molti versi analogo, a cui il *BVerfG* ha fatto chiaramente riferimento<sup>90</sup>; dall'altra, si afferma che il modello adottato non sarebbe altro che il prodotto di un certo pragmatismo giurisprudenziale (*Kind richterlicher Pragmatik*)<sup>91</sup>, nel senso che – elaborando un modello che non comporta una presa di posizione rispetto alle questioni del giudizio di merito – il giudice costituzionale risponde all'esigenza di avere una decisione intermedia che non risulti eccessivamente vincolante per la successiva pronuncia sul merito (il c.d. vincolo della prevenienza).

Ad ogni modo, la scelta in ordine alla pronuncia (o meno) di un provvedimento ai sensi del § 32 *BVerfGG*, dovendo prescindere da una sommaria valutazione delle prospettive di successo nel merito, è adottata sulla scorta del *Folgenabwägungsmodell* (o semplicemente

88, 173 (179); Id., 21 maggio 1996 - 1 BvR 1408/95, *ivi*, 94, 334 (347); Id., 7 dicembre 1994 - 1 BvR 1416/94, 1 BvR 1681/94, 1 BvR 1629/94, 1 BvR 1504/94, *ivi*, 91, 320 (326); Id., 27 maggio 1998 - 2 BvE 2/98, *ivi*, 98, 139 (144).

<sup>89</sup> Cfr. F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 704.

<sup>90</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, pp. 172-177 e p. 204.

<sup>91</sup> Cfr., tra gli altri, F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 704, il quale osserva che raramente il *BVerfG* ha tentato di spiegare il modello adottato sotto il profilo processuale; in un caso, il giudice costituzionale ha osservato che il rilascio di un'ordinanza cautelare non può dipendere da qualcosa di incerto, come il successo nel merito (*BVerfG*, 3 gennaio 1986 - 1 BvQ 12/85, in *BVerfGE* 71, 350 (352)); in un altro caso, che un'eventuale valutazione superficiale e sommaria non rifletterebbe adeguatamente il compito proprio del *BVerfG* di risolvere questioni giuridiche incerte con effetti costituzionalmente vincolanti *erga omnes* (*BVerfG*, 28 giugno 1972 - 1 BvR 105/63, 1 BvR 275/68, in *BVerfGE* 33, 247 (265)); cfr. anche C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 344, Rn. 875, i quali richiamano, in via principale, i tempi necessariamente stretti del procedimento cautelare, che sconsiglierebbero una cognizione approfondita del caso (da rinviarsi al merito).

*Abwägungsmodell*), ovvero di un *modello di bilanciamento delle conseguenze*.

Tale tecnica decisionale, sviluppata in via giudiziale dal *BVerfG*, importa la formulazione di due ipotesi alternative fra loro (c.d. *Doppelhypothese*)<sup>92</sup>. La prima ipotesi prende in esame i pregiudizi che si produrrebbero in capo agli interessi in gioco qualora il *BVerfG* decidesse di adottare il provvedimento cautelare richiesto, ma in un secondo momento il ricorso si rivelasse infondato nel merito. La seconda ipotesi considera, invece, le conseguenze dannose che deriverebbero dall'opzione per il diniego della misura cautelare, nel caso in cui il ricorso fosse poi accolto nel merito. Elaborate le due differenti ipotesi, il *BVerfG* si pronuncia tenendo in considerazione quale delle parti in causa può meglio tollerare il rischio di una decisione cautelare che nel merito si riveli errata: da un lato si colloca l'interesse del ricorrente a evitare il danno conseguente al rifiuto del provvedimento, dall'altro lato quello del resistente ad evitare i pregiudizi conseguenti alla concessione della misura richiesta.

La valutazione comparativa, come si è detto, è tutta focalizzata sulla ponderazione dei rispettivi pregiudizi, prescindendo (quanto meno teoricamente) da qualsivoglia considerazione dei motivi di incostituzionalità dell'atto eventualmente impugnato o delle possibilità di successo del ricorrente nel merito. Il *BVerfG*, oltre agli interessi delle parti, tende, in via generale, a considerare anche tutti gli interessi chiamati in causa dalla pronuncia cautelare, compresi naturalmente quelli dei terzi<sup>93</sup>. Nei casi in cui oggetto dell'intervento cautelare del *BVerfG* è una legge, risulta evidente come il giudice costituzionale debba pren-

<sup>92</sup> Cfr. in merito K. GRAßHOF, § 32, cit., 48; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 702 ss., spec. p. 703; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, p. 341 ss.

<sup>93</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 16 maggio 2012 – 1 BvQ 17/12, in *BeckRS*, 2012, 51713; l'istanza cautelare di sospensione era stata promossa contro un'ordinanza della città di Francoforte, con la quale si era fatto divieto ai ricorrenti di utilizzare alcuni spazi nel centro della città per una manifestazione dichiaratamente ostruzionistica (*Blockupy Frankfurt*) a cui erano attese oltre 1000 persone (dal 17 al 19 maggio 2012), di installare uno *stand* informativo e svolgere un corteo il 16 maggio, nonché di tenere un evento il 18 maggio di fronte alla *Deutsche Bank*. Ai fini del rifiuto, vengono in considerazione i gravi e imminenti pregiudizi che possono conseguire ai diritti dei terzi e che prevalgono su quelli dei ricorrenti.

dere in considerazione tutti i soggetti che in via astratta possono essere influenzati dalla disciplina.

Se tendenzialmente – come si è visto – i profili di illegittimità dell'atto impugnato devono rimanere estranei alla valutazione del *BVerfG*, ciò non ha tuttavia impedito al giudice costituzionale di considerare la potenziale incostituzionalità dell'atto impugnato come uno degli elementi da soppesare ai fini del bilanciamento delle conseguenze. Talora, il *BVerfG* si è anzi spinto a ritenere la potenziale violazione di taluni principi costituzionali, di particolare rilevanza nell'ordinamento costituzionale, come un fattore di per sé decisivo per l'adozione del provvedimento<sup>94</sup>: ad esempio, si è sospesa l'entrata in vigore di una legge elettorale dello *Schleswig-Holstein* dal momento che avrebbe potuto determinare una lesione del fondamentale principio democratico di cui all'art. 20 *GG*<sup>95</sup>; oppure si è sospesa l'entrata in vigore della riforma della normativa penale in materia di interruzione di gravidanza, al fine di tutelare la «vita umana non ancora nata»<sup>96</sup>.

In realtà, guardando alla giurisprudenza del *BVerfG*, emergono molteplici aspetti che finiscono con lo svolgere un ruolo preponderante (anche se talora ambivalente) nella valutazione del giudice costituzionale, alterando in una certa misura la corretta ponderazione delle conseguenze pregiudizievoli<sup>97</sup>. Un ruolo considerevole nella configura-

<sup>94</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, pp. 207-208.

<sup>95</sup> Cfr. *BVerfG*, 12.10.1989 - 2 BvF 2/89, in *BVerfGE* 81, 53.

<sup>96</sup> Cfr. *BVerfG*, 04.08.1992 - 2 BvQ 16/92, 2 BvQ 17/92, in *BVerfGE* 86, 390.

<sup>97</sup> Cfr., in tal senso, l'ampia e penetrante critica di F. SCHOCH, *op. cit.*, p. 704 ss., il quale individua casi di “*argomentazione unidimensionale*” (*Eindimensionale Argumentation*), nei quali l'interesse del ricorrente è praticamente disconosciuto per dare netta prevalenza all'interesse pubblico sovraordinato (p. 705); *casi di stallo*, nei quali – emergendo una situazione di sostanziale equilibrio tra gli interessi confliggenti – il *BVerfG* regolarmente si pronuncia per il rigetto (privilegiando così, inevitabilmente, l'interesse che aspira alla conservazione dello *status quo*). Perplexità solleva poi l'ambivalenza palesata da argomenti come la *carezza di tempo* per l'esame delle questioni di fatto e diritto, che talora conduce all'accoglimento dell'istanza cautelare, talora al rigetto (in questi ultimi casi, il *BVerfG* finisce con l'appiattare la propria decisione su quelle dell'Amministrazione o dei giudici comuni; pp. 705-706); o ancora come l'*irreparabilità* del danno (pp. 706-708), talvolta argomento decisivo per la concessione del provvedimento cautelare, talvolta completamente disconosciuto. Con analogo ap-

zione del bilanciamento in concreto è inoltre giocato dalla specificità dei processi principali in rapporto ai quali è chiesta la pronuncia del provvedimento cautelare<sup>98</sup>.

Strettamente connesso con il modello del bilanciamento comparativo delle conseguenze è il c.d. *Vorwegnahmeverbot*, ovvero il *divieto di anticipare il merito della causa*. Tale principio è adottato dal *BVerfG* secondo due accezioni: la prima frutto della riflessione processualciviltistica tedesca (dalla quale il principio è stato inizialmente tratto), la seconda frutto della giurisprudenza costituzionale.

Nel processo civile, il *Vorwegnahmeverbot* si limita a esprimere una direttiva per il giudice in forza della quale, in via tendenziale, gli effetti della decisione nel merito non possono essere integralmente anticipati con la pronuncia cautelare: in tal proposito, si discorre di *Maßnahmenvorwegnahme* o *Ergebnisvorwegnahme* (anticipazione della misura o del risultato). Nel processo costituzionale, invece, accanto a questa prima concezione, si aggiunge un ulteriore significato che implica il divieto, ben più pervasivo, di prendere posizione sulle questioni che rappresentano l'oggetto del giudizio di merito (in questo caso si parla di *Prüfungsvorwegnahme*)<sup>99</sup>. Nel corso del tempo, la giurisprudenza del *BVerfG* ha tuttavia attenuato significativamente il rigore di tale principio, introducendo diverse eccezioni, di cui si dà conto nel successivo paragrafo.

## 8.2. La prognosi dell'esito del giudizio principale

Come si è accennato in precedenza, non in tutte le ipotesi in *BVerfG* decide secondo il modello descritto del *Abwägungsmodell* e si ritiene vincolato all'osservanza del *Vorwegnahmeverbot*. Il divieto di

proccio critico, ma rispetto all'argomento della *certezza del diritto*, cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, pp. 343-344.

<sup>98</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, p. 210 ss., la quale infatti esamina separatamente – evidenziandone le specificità – i casi di controversie tra organi costituzionali (pp. 211-212), controversie federali (pp. 216-219), *Verfassungsbeschwerde* (p. 213), nonché le ipotesi peculiari nelle quali i provvedimenti cautelari che andrebbero ad incidere sulla formazione della volontà di organi politici (pp. 210-211), su scelte di politica estera (pp. 213-216) oppure comportino la sospensione della legge (pp. 219-226).

<sup>99</sup> Nel senso indicato nel testo A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, p. 228 ss.

anticipare il merito della causa attraverso una prognosi dell'esito del processo principale incontra, infatti, non poche eccezioni, che trovano una prima enunciazione in una pronuncia del 1957<sup>100</sup>.

Nella breve motivazione della sentenza in parola, il giudice costituzionale osserva che, sebbene generalmente gli aspetti concernenti la legittimità della disposizione impugnata non vadano presi in considerazione nel procedimento *ex* § 32 *BVerfGG*, ciò non vale nei casi in cui il provvedimento cautelare non possa essere rilasciato perché l'istanza è *manifestamente inammissibile* o *manifestamente infondata*, così come nei casi in cui la *manifesta fondatezza* della censura sollevata renda evidente l'urgenza di un intervento del giudice costituzionale<sup>101</sup>.

Altra ipotesi, particolarmente rilevante, in cui viene meno il *Vorwegnahmeverbot* (o quanto meno il divieto è inteso meno rigorosamente), si ha quando – senza un'anticipazione del merito – «la decisione della causa (...) sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa altrimenti adeguata tutela»<sup>102</sup>. In questi casi, in cui le circostanze concrete impongono la pronuncia di un provvedimento (che, con terminologia della dottrina processualciviltistica italiana, si potrebbe dire) dal contenuto integralmente anticipatorio, il *BVerfG* si mostra incline a svolgere pure l'esame dei motivi concernenti il merito della causa e a elaborare una prognosi dell'esito del processo principale. Si è giustamente osservato che le due concezioni del *Vorwegnahmeverbot* – ovvero quella di divieto di anticipazione degli effetti e di divieto di prendere posizione anticipatamente sulle questioni oggetto del giudizio di merito – vanno di pari passo: laddove viene meno il divieto di anticipazione degli effetti della decisione finale, così viene meno anche il divieto di effettuare una prognosi sull'esito del giudizio<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Cfr. *BVerfG*, 13 novembre 1957 - 1 BvR 78/56, in *BVerfGE* 7, 175, con nota critica di A. ARNDT, in *NJW* 1958, p. 337 ss., spec. p. 338. Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., pp. 226-227.

<sup>101</sup> Nella decisione in esame si ha peraltro una mera enunciazione dei casi in cui può essere svolta una prognosi delle possibilità di successo del giudizio di merito, dal momento che, non ricorrendo alcuno dei casi elencati, l'istanza (una *Verfassungsschwerde*) è decisa sulla base del consueto bilanciamento delle conseguenze.

<sup>102</sup> Cfr. *BVerfG*, 17 novembre 1972 - 2 BvR 820/72, in *BVerfGE* 34, 160.

<sup>103</sup> In tal senso chiarissima l'analisi di A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., p. 228 ss.

Infine, un'ultima eccezione si incontra nei giudizi concernenti la politica estera, rispetto ai quali si manifesta ugualmente la necessità di esaminare sommariamente le ragioni a fondamento del ricorso, in modo tale da «assicurare che la Repubblica federale tedesca non assuma alcuna obbligazione di diritto internazionale che sia incompatibile con la *Grundgesetz*»<sup>104</sup>.

### 8.3. La critica della dottrina tedesca al modello decisionale del BVerfG

Il modello adottato dal *BVerfG* per la decisione delle istanze cautelari ai sensi del § 32 *BVerfGG* è oggetto di crescenti critiche da parte della dottrina costituzionalistica<sup>105</sup>.

In primo luogo, si censura in radice il fatto che il giudice costituzionale abbia optato per una tecnica decisionale che lo porta a riconoscere il fondamento giuridico della propria autorità, ovvero il diritto costituzionale materiale: «se i parametri normativi del giudizio di merito non rilevano nel giudizio cautelare, come potrà allora giudicare il *BVerfG*, in quanto giudice vincolato al diritto? Il *BVerfG* non sarà costretto forse dalla sua impostazione a ricorrere ad un'argomentazione politica?»<sup>106</sup>. Si mette sostanzialmente in dubbio la legittimazione del giudice costituzionale nella misura in cui il suo operato venga a discostarsi eccessivamente dall'osservanza delle norme, per sfociare in un «inevitabile decisionismo», in attività di «libera creazione di diritto»<sup>107</sup>.

Secondo tale impostazione, non vi sono argomentazioni sufficienti

<sup>104</sup> Cfr. BVerfG, 12 settembre 2012 - 2 BvR 1390/12, in *BVerfGE* 132, 195; in dottrina, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 341. È emblematica della cognizione sommaria (invero piuttosto approfondita) svolta con riguardo alle questioni di politica estera la pronuncia cautelare sul Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (MES), che ampia eco ha avuto pure nella dottrina italiana; cfr. *BVerfG*, 12 settembre 2012 - 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 e 2 BvR 6/12, in *BVerfGE* 132, 195 (233 ss.).

<sup>105</sup> Il rilievo è piuttosto diffuso tra gli Autori che si sono occupati del tema; cfr., ad esempio, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, p. 346; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 569.

<sup>106</sup> Cfr. F. SCHOCH, R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 266.

<sup>107</sup> Cfr. F. SCHOCH, R. WAHL, *ivi*, p. 300.

temente convincenti per giustificare l'allontanamento del *BVerfG* dal modello di giudizio prognostico tipico del processo cautelare che si svolge dinanzi ai giudici comuni<sup>108</sup>. Al contrario, questo secondo modello garantirebbe una tendenziale adesione al dato normativo, del tutto assente nell'*Abwägungsmodell*.

Una seconda critica da parte della dottrina (assai diffusa) interessa le modalità concrete di applicazione del modello: si sottolinea in particolare che, nonostante il modello del bilanciamento comparativo delle conseguenze sia riepilogato (in modo quasi stereotipato) in pressoché tutte le pronunce cautelari, il *BVerfG* nei fatti se ne discosta molto spesso. Ciò avviene, ad esempio, nei casi in cui il giudice costituzionale non tiene in nessun conto o a malapena considera la richiesta di tutela del ricorrente, limitandosi a evidenziare l'esistenza di un sovraordinato interesse pubblico; oppure i casi in cui vi sia una situazione di stallo, nella quale il *BVerfG* – non concedendo alcun provvedimento – finisce col premiare lo *status quo* determinatosi nel frattempo<sup>109</sup>. Non mancano poi critiche all'impiego ambivalente di argomenti quali l'irreparabilità del danno o la certezza del diritto, che valgono talora a fondare la concessione del provvedimento, talora a negarla, senza che vi siano nei casi concreti differenze significative tali da giustificare la diversa soluzione<sup>110</sup>.

Ulteriori critiche, sempre in ordine alla corretta applicazione del meccanismo, riguardano poi la particolare ritrosia mostrata dal *BVerfG* a fare uso dello strumento cautelare. In considerazione degli effetti di ampio raggio che può spiegare il provvedimento cautelare, il *BVerfG* infatti ribadisce costantemente (pressoché in ogni pronuncia su un'istanza cautelare) che la verifica dei presupposti per la concessione del provvedimento va effettuata secondo un *criterio stringente* (*strenger Maßstab*)<sup>111</sup>. Quando poi il ricorrente avanza un'istanza di sospensione dell'esecuzione di una legge (o di differimento dell'entrata in vigore), il controllo si fa – a detta del giudice costituzionale – addi-

<sup>108</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, pp. 346-347

<sup>109</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, p. 342.

<sup>110</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, p. 343.

<sup>111</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *cit.*, p. 321; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, *cit.*, p. 701 ss.



rittura *particolarmente stringente (besonders strenger Maßstab)*<sup>112</sup>, per toccare il massimo del rigore con riguardo a controversie nelle quali entrino in gioco questioni di diritto internazionale o di politica estera<sup>113</sup>. Sempre in tal senso, il *BVerfG* ha pure più volte affermato che l'esercizio del potere cautelare deve essere informato alla *massima cautela (größte Zurückhaltung)*<sup>114</sup>.

La riluttanza mostrata dal giudice costituzionale verso l'intervento cautelare si spiega con la necessità di salvaguardare il rispetto del principio democratico e del ruolo del legislatore nell'ordinamento costituzionale: il *BVerfG* vuole far sì che il ricorso al giudice costituzionale (e in particolare l'istanza cautelare) non siano un mezzo con il quale ritardare l'entrata in funzione delle leggi per quanti hanno perso nell'agone politico o per coloro che ritengono che i propri interessi non abbiano ricevuto sufficiente considerazione presso il legislatore<sup>115</sup>. La stessa riluttanza ha nondimeno suscitato le vivaci critiche della dottrina più sensibile alle istanze di effettività della tutela giurisdizionale, che ha parlato di un provvedimento cautelare costituzionale relegato ormai ad una funzione di riserva (*Reservefunktion*)<sup>116</sup>. Sebbene infatti, il carattere in un certo qual modo eccezionale della misura emerga dalla stessa lettera del § 32 *BVerfGG*, dal momento che il rilascio del provvedimento in parola viene in considerazione solo quando occorrono *gravi pregiudizi* riguardanti il bene comune, non può escludersi che il particolare *self-restraint* palesato dal *BVerfG* possa rivelarsi eccessivo; soprattutto con riguardo a quei casi in cui i fatti compiuti, che rischiano di prodursi nelle more del giudizio di merito, non siano più rimovibili completamente *ex post*<sup>117</sup>.

Infine, va menzionato il contributo di Jörg Berkemann<sup>118</sup>, il quale –

<sup>112</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *ibidem*; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, pp. 338-339.

<sup>113</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *ivi*, p. 322.

<sup>114</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *ivi*, p. 321; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, p. 338, Rn. 856.

<sup>115</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, p. 337.

<sup>116</sup> F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, *cit.*, p. 701 ss.

<sup>117</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, p. 344 ss.

<sup>118</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, pp. 161-171; *Id.*, § 32 *Einstweilige Anordnung*, *cit.*, pp. 569-570.

attraverso un'accurata analisi della giurisprudenza del *BVerfG* in materia cautelare – è arrivato a sostenere che, dietro al bilanciamento delle conseguenze pregiudizievoli, si nasconde in realtà un processo di decisione sommaria delle questioni che giungono dinanzi al giudice costituzionale. Benché tale approccio non risulti espressamente dalla motivazione dei singoli provvedimenti cautelari, l'analisi del complesso delle pronunce cautelari del *BVerfG* ha rivelato che in poco meno della metà dei casi il giudice costituzionale ha deciso la fase cautelare motivando su questioni rilevanti per la decisione di merito e solo in rarissimi casi il *BVerfG* ha deciso diversamente nel merito rispetto a quanto disposto nel provvedimento cautelare<sup>119</sup>. Secondo l'Autore, quindi, l'*Abwägungsmodell* varrebbe più che altro a marcare la distanza del *BVerfG* rispetto alla controversia ed a sottolineare che il giudizio di merito si mantiene aperto a una più approfondita discussione delle questioni più controverse; ma nei fatti, il *BVerfG* praticerebbe una valutazione sommaria anticipata delle questioni rilevanti ai fini del merito<sup>120</sup>.

### 9. Contenuto ed effetti della decisione

Nel determinare il contenuto del provvedimento cautelare *ex* § 32 *BVerfGG*, il giudice costituzionale gode di una discrezionalità piuttosto ampia, non essendo vincolato in ciò alle richieste avanzate dall'istante<sup>121</sup>. Il carattere oggettivo della tutela cautelare costituzionale

<sup>119</sup> Nello studio, pubblicato nel 1992, si osserva che di duecentoventinove decisioni pubblicate del *BVerfG* in materia cautelare, novantanove (circa il 43%) prendono posizione su questioni rilevanti per il merito della causa (cfr. J. BERKEMANN, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren* cit., p. 167); solo nell'8% dei casi la decisione nel merito è difforme rispetto a quella cautelare; e se si escludono i casi in cui eventi sopravvenuti hanno determinato un cambiamento delle circostanze rilevanti ai fini del giudizio, rimane solo un caso in cui effettivamente la decisione nel merito è radicalmente difforme da quella cautelare (cfr. *BVerfG*, 29 aprile 1969 - 1 BvR 47/69, in *BVerfGE* 25, 367).

<sup>120</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *ult. op. cit.*, p. 171.

<sup>121</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, sentenza 19 dicembre 1991 - 1 BvR 454/91 u. a., in *BVerfGE* 85, 167 (172); Id., 31 marzo 1992 - 1 BvR 720/90, in *BVerfGE* 86, 46 (48). Cfr. K. GRABHOF, § 32, cit., pp. 70-71; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfas-*

consente infatti al *BVerfG* di valutare quali siano le misure più opportune per realizzare gli scopi cautelari del § 32 *BVerfGG* a prescindere dalle indicazioni delle parti.

Lo spazio di manovra del giudice costituzionale si ritiene sia tuttavia circoscritto, da un lato, dal più volte menzionato *Vorwegnahmeverbot* (con alcune eccezioni)<sup>122</sup>; dall'altro, dall'oggetto del giudizio di merito. Quest'ultimo limite non appare però tale da imporre un'identità tra la tipologia di effetti che possono conseguire alla pronuncia nel merito e quelli dello stesso provvedimento cautelare. Così, in un conflitto tra organi dello Stato, il *BVerfG* ha ritenuto di poter sospendere (in parte) un atto legislativo, benché nel merito possa esclusivamente accertare la violazione del dettato costituzionale<sup>123</sup>; oppure, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro una legge sulle elezioni comunali, si è ritenuto di poter differire lo svolgimento delle ormai imminenti elezioni<sup>124</sup>.

Ad ogni modo, l'esercizio del potere cautelare del *BVerfG* rimane improntato ad un *principio del minimo intervento* (*Grundsatz des Interventionsminimums*), volto ad evitare quanto più possibile eccessive interferenze nella sfera di competenza degli altri poteri costituzionali<sup>125</sup>.

Come si è visto anche *supra*, l'ambito soggettivo di applicazione

*sungsprozessrecht*, cit., p. 350; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 584 ss.

<sup>122</sup> Cfr. K. GRAßHOF, *op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>123</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 17 ottobre 1990 - 2 *BvE* 6/90 u. 7/90, in *BVerfGE* 82, 353 (354), concernente le prime elezioni politiche della Germania unificata; due piccoli partiti avevano fatto ricorso contro la nuova disciplina elettorale che prevedeva una quota minima di sottoscrittori per partecipare alle elezioni. Il *BVerfG* decise di esonerare dal rispetto del requisito dalla quota minima di sottoscrizioni le liste dei candidati nei nuovi *Länder* e i partiti che nelle precedenti elezioni del *Bundestag* avevano raggiunto un certo numero di voti nei vecchi *Länder*. Cfr., per una più ampia descrizione del caso, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 139-140.

<sup>124</sup> Cfr. *BVerfG*, 5 ottobre 1960 - 2 *BvR* 536/60, in *BVerfGE* 11, 306, pronuncia relativa alla legge del *Land Niedersachsen* in materia di elezioni comunali. Cfr. A. GRAGNANI, *op. cit.*, pp. 194-195.

<sup>125</sup> Cfr., in part., J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 585, Rn. 327; ripreso anche da C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 350.

del provvedimento può spingersi oltre le parti del procedimento cautelare che si svolge dinanzi al *BVerfG* per arrivare ad interessare pure quei soggetti che risultino fattualmente coinvolti nella situazione che il giudice costituzionale è chiamato a regolare in via provvisoria, ovvero che in qualche misura possano influenzare o modificare lo stato di fatto *sub iudice*<sup>126</sup>.

Volendo individuare – in via generale – alcuni provvedimenti cautelari tipici, si deve distinguere a seconda dell'atto sul quale l'intervento del *BVerfG* va ad incidere<sup>127</sup>. Nel caso in cui il provvedimento *ex* § 32 *BVerfGG* riguardi una legge, si avrà il differimento dell'entrata in vigore se la stessa non è ancora stata applicata<sup>128</sup>, oppure la sospensione integrale o relativa a talune disposizioni se è già vigente<sup>129</sup>. Talora si è invece previsto che la legge controversa possa ave-

<sup>126</sup> Cfr. K. GRAßHOF, *op. cit.*, p. 73. Cfr., ad esempio, *BVerfG*, 23 giugno 1958 - 2 BvQ 3/58, in *BVerfGE* 8, 42 (46), concernente il conflitto promosso dalla Federazione nei confronti del *Land Hessen* in relazione ad una serie di *referendum* popolari che erano stati indetti da diverse municipalità del *Land* (e il governo statale non aveva annullato, in violazione della *Bundestreue*) in merito all'armamento dell'esercito con armi atomiche; la sospensione dei *referendum* pronunciata dalla Corte è rivolta a tutte le municipalità interessate. Cfr. anche *BVerfG*, 17 dicembre 1960 - 2 BvQ 4/60, 2 BvQ 6/60, 2 BvQ 7/60, 2 BvQ 10/60, 2 BvQ 11/60, in *BVerfGE* 12, 36 (45), in rapporto a un conflitto tra *Länder* e Federazione sorto in merito all'introduzione di un secondo canale televisivo da parte del Governo federale; gli effetti della pronuncia cautelare vengono estesi a «tutti gli enti, istituti, autorità, società o altre istituzioni che possono avviare l'organizzazione e la trasmissione di un secondo canale».

<sup>127</sup> Cfr., per una ricostruzione più puntuale ed approfondita, l'ampia casistica descritta da J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., p. 586 ss., Rn. 331 ss.

<sup>128</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, sentenza 10 luglio 1990 - 2 BvR 470/90, 2 BvR 650/90, 2 BvR 707/90, in *BVerfGE* 82, 310, nonché in *NVwZ*, 1991, p. 259 ss.; il caso concerneva la revisione di una riorganizzazione comunale, in base alla quale alcune municipalità del *Land Niedersachsen* erano state accorpate in un unico comune, *Neuenkirchen*. A distanza di diversi anni, tuttavia, vista la persistente contrarietà delle popolazioni interessate dalla “nuova” organizzazione amministrativa, il *Landtag* aveva emanato una legge (il 23 marzo 1990) con la quale ripristinava parzialmente la precedente suddivisione delle municipalità. La nuova municipalità e due delle città coinvolte avevano allora proposto una *Kommunalverfassungsbeschwerde* e ottenuto che l'entrata in vigore dell'atto legislativo, prevista per il 1° settembre 1990, fosse temporaneamente posticipata in attesa del giudizio sul merito del *BVerfG*.

<sup>129</sup> Un esempio del primo tipo può essere *BVerfG*, 11 ottobre 1989 - 2 BvF 2/89, in *BVerfGE* 81, 53, relativa alla legge elettorale per le elezioni amministrative dello

re provvisoriamente applicazione, ma secondo determinate modalità indicate dal giudice costituzionale<sup>130</sup>. Se invece viene in gioco un atto amministrativo, le soluzioni possono essere alternativamente – a seconda del caso – o la classica sospensione dell'esecuzione o l'opposta immediata esecuzione dello stesso<sup>131</sup>. I provvedimenti giurisdizionali sono generalmente soggetti alla sola sospensione<sup>132</sup>. La regolamentazione provvisoria ai sensi del § 32 *BVerfGG* può, infine, consistere eventualmente in uno specifico ordine di *facere* o *non facere* rivolto a un soggetto, anche con istruzioni particolarmente dettagliate<sup>133</sup>.

Competente a decidere delle istanze cautelari sollevate nel corso di un giudizio principale è la Sezione del *BVerfG*, mentre nei casi di *Verfassungsbeschwerde*, fintantoché la Sezione competente non ha deciso se ammettere o meno alla decisione il ricorso, la pronuncia sulla domanda cautelare spetta alla singola *Kammer* (§ 93d, comma 2, I perio-

*Schleswig-Holstein* con la quale era stato concesso l'elettorato attivo e passivo anche ai cittadini di sei paesi europei, residenti da almeno cinque anni in Germania, sulla base dell'accertata sussistenza della condizione di reciprocità. La legge è stata prima sospesa integralmente dal *BVerfG* e poi dichiarata nulla nel giudizio di merito; cfr., in proposito, A. GRAGNANI, *op. cit.*, 158-159. Per quanto riguarda sospensioni parziali, cfr., ad es., *BVerfG*, sentenza 24 giugno 1997 - 1 BvR 2306/96 u. 1 BvR 2314/96, in *BVerfGE* 96, 120, nonché in *NJW*, 1997, 2443 ss., concernente la legge bavarese di sostegno alle donne in gravidanza (*Schwangerenhilfeergänzungsgesetz*), della quale furono sospese in via cautelare le sole disposizioni che precludevano la possibilità di effettuare l'interruzione di gravidanza ambulatoriale; cfr. sempre A. GRAGNANI, *op. cit.*, pp. 198-199.

<sup>130</sup> Cfr. in tal senso *BVerfG*, 5 luglio 1995 - 1 BvR 2226/94, in *BVerfGE* 93, 181.

<sup>131</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 31 ottobre 1984 - 1 BvR 1245/84, 1 BvR 1254/84, in *BVerfGE* 68, 233; Id., *BVerfG*, 10 luglio 1990 - 1 BvR 751/90, *ivi* 82, 306.

<sup>132</sup> Cfr. *BVerfG*, 10.05.1983 - 1 BvR 580/83 u.a., in *BVerfGE* 64, 120; Id. *BVerfG* 9 luglio 1991 - 1 BvR 986/91, *ivi* 84, 286.

<sup>133</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 18 luglio 1995 - 2 BvQ 31/95, in *BVerfGE* 93, 208; la decisione è stata pronunciata in merito al ricorso di una parlamentare del *Land Thüringen*. La ricorrente era stata soggetta a indagini concernenti la sua presunta collaborazione con la *Stasi*, che – se accertata – ne avrebbe comportato la decadenza dalla carica ai sensi della legge elettorale statale. Il *BVerfG* dispose che, fino ad un mese successivo alla (allora prossima) costituzione del *Landesgericht* della *Thüringen*, il *Landtag* non potesse accettare alcuna informazione in merito alla presunta collaborazione e che le informazioni già acquisite fossero tenute “sotto chiave” dal presidente dell'assemblea.

do, *BVerfGG*). Tuttavia, questa non può decidere di una sospensione totale o parziale della legge, sulla quale solo la Sezione può decidere (§ 93d, comma 2, II periodo, *BVerfGG*). Per quanto riguarda la forma del provvedimento cautelare, il § 25, comma 2, *BVerfGG* prevede che lo stesso sia adottato con sentenza (*Urteil*) a seguito di udienza pubblica, con ordinanza (*Beschluß*) se invece questa non ha luogo. La *Kammer* si pronuncia sempre con ordinanza. È consentita l'adozione del provvedimento senza motivazione; in tal caso i motivi della decisione sono comunicati separatamente alle parti (§ 32, comma 5, *BVerfGG*). L'efficacia del provvedimento cautelare ha una durata di 6 mesi, che possono essere ulteriormente prolungati (§ 32, comma 6, *BVerfGG*).

La decisione è vincolante ai sensi del § 31 *BVerfGG*. Le pronunce che incidono sulla legge, sospendendone l'applicazione o assicurandone provvisoriamente gli effetti, sono considerate alla stregua di atti legislativi e pertanto sono pubblicate nel *Bundesgesetzblatt* (l'equivalente della Gazzetta Ufficiale).

Contro la decisione sull'istanza cautelare può essere proposta opposizione, che non determina un effetto sospensivo automatico nei confronti del provvedimento cautelare opposto. L'esecuzione del provvedimento può però essere sospesa dallo stesso *BVerfG* (§ 32, comma 4, *BVerfGG*). Sull'opposizione è sempre competente la Sezione, che può anche in questo frangente adottare la decisione priva di motivazione ai sensi del § 32, comma 5, *BVerfGG*.

## CAPITOLO VI

### UN POTERE CAUTELARE PER LA CORTE NEI GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ IN VIA INCIDENTALE?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ipotesi ricostruttive *de iure condito*: la sospensione delle leggi autoapplicative. – 3. *Segue*: L'applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87 del 1953. – 4. Ipotesi *de iure condendo*: argomenti e prospettive. – 5. *Segue*: Quale fonte per la disciplina: legge costituzionale, ordinaria o auto-normazione della Corte? – 6. La dubbia opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale (rinvio). – 7. Leggi-provvedimento e potere cautelare del giudice costituzionale.

#### 1. Premessa

Accanto alle ipotesi esaminate diffusamente nella prima parte del lavoro (Capp. II e IV) – che ragionavano tutte intorno alla possibilità di attribuire al giudice comune il compito di assicurare la tutela cautelare connessa alla rimessione di una questione di costituzionalità – non sono mancate in dottrina proposte per la configurazione, in capo allo stesso giudice costituzionale, di un potere cautelare di sospensiva delle leggi esteso al giudizio di legittimità in via incidentale<sup>1</sup>. E in molti casi si è indicato proprio nel sistema di giustizia costituzionale tedesco appena descritto (Cap. V) il modello di riferimento. Come si è visto, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* dispone – diversamente dalla Corte

<sup>1</sup> Cfr., tra gli altri, pur con diversi accenti, R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Atti dell'Incontro di studi (Messina, 26 settembre 2003), Giuffrè, Milano 2004, pp. 103-104; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli 2006, p. 679 ss., in part. p. 748; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2007, p. 363; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, pp. 416-417; R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, n. 5, 2012, 1256.

costituzionale italiana – di un organico ed articolato potere cautelare, che può essere esercitato in tutti i giudizi di sua competenza, ivi compreso l'equivalente del nostro giudizio incidentale (*konkrete Normekontrollverfahren*). Si è pertanto ipotizzato che la problematica in esame possa trovare una “valvola di sfogo” proprio in un potere cautelare da attribuirsi allo stesso giudice cui è deputata la risoluzione dell'antinomia tra norme costituzionali e primarie.

Nell'ambito della dottrina che si colloca in questa prospettiva, devono essere distinti almeno due differenti indirizzi: l'uno propenso a ritenere che la disponibilità di strumenti cautelari (specie di carattere sospensivo) in capo al giudice delle leggi nel giudizio incidentale possa essere recuperata in via interpretativa (v. parr. 2-3); l'altro orientato invece per la necessità di un apposito intervento da parte del Legislatore, che vada a munire espressamente la Corte di un siffatto potere (v. parr. 4-6).

L'esposizione segue separatamente le due proposte, la seconda delle quali si articola evidentemente in termini meno definiti e più ipotetici della prima proprio in virtù del suo carattere di proposta *de iure condendo*. Uno spazio a parte è dedicato, da ultimo, al caso peculiare del giudizio incidentale concernente *leggi-provvedimento*, il quale merita un'apposita riflessione (par. 7).

## 2. Ipotesi ricostruttive de iure condito: la sospensione delle leggi autoapplicative

Una prima ipotesi interpretativa è quella avanzata da Alessandro Pace in uno scritto pubblicato nel 1968 sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*<sup>2</sup>. L'Autore osserva come l'ordinamento conosca da sempre l'esistenza di *leggi c.d. autoapplicative*<sup>3</sup>, ovvero di leggi la cui appli-

<sup>2</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss., nonché in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, p. 1197 ss.

<sup>3</sup> Sebbene il concetto di *legge autoapplicativa* venga spesso fatto coincidere con quello di *legge-provvedimento* (cfr., ad es., A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli 2006, p. 377 ss., spec. pp. 379-



cazione prescinde dalla necessità di un atto amministrativo di esecuzione, tra le quali vanno annoverate senz'altro le *leggi-provvedimento*. Leggi che, in assenza di un principio costituzionale di riserva amministrativa<sup>4</sup>, devono in via generale essere riconosciute come costituzionalmente legittime.

Tuttavia, se avverso le leggi che richiedono ulteriori provvedimenti amministrativi per avere esecuzione, i singoli possono adire il giudice ordinario e chiedere la disapplicazione o la sospensione dell'atto esecutivo, per le leggi autoapplicative si palesa invece la carenza di un espresso potere in capo alla Corte costituzionale<sup>5</sup> e si pone pertanto la necessità di individuare una forma di sospensiva che sappia soddisfare le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale che pur valgono anche con riferimento a quest'ipotesi.

Escluso che questo potere di sospensiva debba essere necessariamente disciplinato con legge costituzionale od ordinaria<sup>6</sup>, l'Autore si chiede allora se il suo esercizio da parte della Corte possa essere intro-

380), è evidente che, nell'ambito del contributo in parola, Alessandro Pace abbia inteso piuttosto porre l'accento sull'assenza di una successiva attività esecutiva (che può valere – come osserva sempre l'A. – tanto per leggi-norma quanto per leggi-provvedimento, in part. pp. 521-524). Ulteriore conferma di tale prospettiva viene da un successivo scritto dell'A. (A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3748 ss., spec. p. 3749), nel quale si osserva come il problema delle leggi-provvedimento non sia la natura provvedimentale delle stesse, ma l'autoapplicatività. Non manca peraltro chi individua proprio nell'immediatezza con cui si producono gli effetti dell'atto legislativo l'elemento distintivo della legge-provvedimento: cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano 2007, p. 144 ss. Per una argomentata critica di tale impostazione, cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 23-24.

<sup>4</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare* cit., pp. 523-524. Sulla riserva di amministrazione nell'ordinamento costituzionale italiano, cfr. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 673 ss., spec. 682 ss.; S. FOIS, *La crisi della legalità*, Giuffrè, Milano 2010, p. 251 ss., *passim*. È costante l'affermazione dell'insussistenza di una riserva di amministrazione nella giurisprudenza costituzionale.

<sup>5</sup> Cfr. A. PACE, *ult. op.* cit., pp. 518-521.

<sup>6</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, pp. 528-530. In merito alla fonte idonea a disciplinare l'eventuale potere di sospensiva della legge (tema assai dibattuto in occasione dell'introduzione della sospensiva nel giudizio di costituzionalità in via principale realizzata dall'art. 9, comma 4, l. n. 131 del 2003) v. *infra* par. 5.

dotto in via consuetudinaria oppure rientri tra le attribuzioni di cui la Corte dispone implicitamente – in virtù del suo ruolo di garante della costituzionalità del sistema – oppure ancora se l'esercizio della sospensiva possa configurarsi come un fatto normativo originario.

La prima delle ipotesi è presto scartata sia perché gli altri organi dello Stato si potrebbero opporre giuridicamente all'esercizio di tale inibitoria, impedendo il consolidarsi della norma consuetudinaria; sia perché, anche qualora vi fosse un docile adeguamento alla prassi della Corte, ciò non varrebbe di per sé solo a dare rilevanza giuridica alla prassi stessa<sup>7</sup>.

L'opzione è quindi per le ultime due ipotesi avanzate: per quanto riguarda la prima – quella propensa a riconoscere come immanente *ab initio* alle funzioni della Corte il potere di inibitoria delle leggi in virtù della sua posizione di garanzia della Costituzione – la conformità all'ordinamento sarebbe presupposta<sup>8</sup>; per quanto riguarda la seconda, si tratterebbe piuttosto di verificare l'effettività delle norme *extra ordinem natae*<sup>9</sup>.

Ad ogni modo, Pace ritiene possibile e opportuna l'affermazione da parte della Corte stessa di un proprio potere cautelare di sospensiva nel giudizio incidentale, quanto meno con riferimento alle leggi autoapplicative.

Sebbene la premessa di fondo di tale ipotesi – ovvero la necessità di garantire effettività alle funzioni esplicate della Corte – sia senz'altro condivisibile e la tesi proposta da Pace offra una soluzione ad un'esigenza che è tuttora sentita<sup>10</sup>, la ricostruzione mostra nondimeno alcuni limiti quando dalle argomentazioni in merito al suo fondamento in diritto si passa alla sua applicazione in concreto, ovvero alle forme e ai modi dell'esercizio del potere sospensivo della Corte.

Pace alcune indicazioni in proposito le offre, soprattutto in merito alla forma dell'istanza di sospensione: le possibilità considerate dall'Autore sono quelle di un ricorso diretto del richiedente oppure di un'istanza proposta dal giudice *a quo* remittente. La preferenza an-

<sup>7</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, pp. 537-539.

<sup>8</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, pp. 539-540.

<sup>9</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, pp. 540-541.

<sup>10</sup> Si v. *infra* par. 7.

drebbe accordata alla prima ipotesi (si noti che la ricostruzione proposta comprende tanto il giudizio in via incidentale che quello in via principale, allora privo di sospensiva), soprattutto per non forzare eccessivamente «la lettera dell'art. 23 comma 2 legge n. 87 del 1953 per ciò che riguarda la funzione dell'ordinanza di rimessione e ciò che in essa deve prospettarsi». D'altra parte, si presterebbe agilmente a ricostruire la disciplina per il caso di specie l'art. 36 del r.d. n. 642 del 1907, richiamato dall'art. 22 l. n. 87 del 1953<sup>11</sup>.

Dal momento che l'ipotesi di Pace riguarda anche e soprattutto le leggi-provvedimento, sembra tuttavia opportuno riprendere più diffusamente l'esame delle problematiche concernenti gli aspetti procedurali *infra*, nel par. 7, dedicato appunto all'esercizio di poteri cautelari in rapporto a leggi-provvedimento.

### 3. Segue: *L'applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87 del 1953*

Un'altra ipotesi ricostruttiva fa leva invece sulle disposizioni (artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953) che già prevedono un potere cautelare di sospensiva in capo alla Corte, per i casi specifici del giudizio di legittimità in via principale e del conflitto di attribuzione tra enti (v. *infra* Capp. VIII e IX).

La tesi, già avanzata in dottrina<sup>12</sup>, è stata recentemente riproposta nell'ambito del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* presentato al Tribunale Civile di Milano dai professori Onida e Randazzo in vista del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016<sup>13</sup>. Nel caso di specie – lo si ricorda

<sup>11</sup> Cfr. A. PACE, *ult. op. cit.*, pp. 541-542.

<sup>12</sup> Uno spunto nel senso di un'estensione in via analogica (seppur, in questo caso, con riferimento al conflitto di attribuzione tra poteri dello stato) viene, ad esempio, da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988, p. 388.

<sup>13</sup> Le argomentazioni dei ricorrenti possono leggersi in B. RANDAZZO, V. ONIDA, *Note minime sull'illegittimità del quesito referendario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, 22 ottobre 2016. Per un esame più approfondito del caso, cfr. G. RIVOCCHI, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso "Onida-Randazzo" al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2017; sia consentito rinviare anche a G. MENEGUS, *L'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale alla luce della deci-*

qui brevemente – si lamentava la dubbia conformità rispetto alla l. n. 352 del 1970 e alla Costituzione (segnatamente agli artt. 1, 48 e 138 Cost.) del d.p.r. 27 settembre 2016, tramite il quale era stato indetto il *referendum*. In particolare, le doglianze dei ricorrenti si appuntavano sulla qualifica di «confermativo» data alla consultazione e, soprattutto, sull’eterogeneità del quesito proposto ai cittadini elettori.

Attraverso il ricorso d’urgenza, i ricorrenti aspiravano in ultima istanza a sospendere le ormai imminenti operazioni referendarie, suggerendo a tal fine la creazione in via analogica di un “nuovo” potere cautelare in capo al giudice costituzionale, il quale – guardando alla stringata disciplina di cui agli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953 – avrebbe potuto inibire la prosecuzione delle operazioni referendarie *ex officio*, in ragione del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini». Il ricorso era stato respinto nel merito dal Tribunale di Milano<sup>14</sup>, per ragioni attinenti prevalentemente alla carenza di strumentalità della misura cautelare richiesta e di incidentalità dell’eccezione di costituzionalità sollevata dai ricorrenti. L’esercizio del potere di sospensiva da parte della Corte avrebbe peraltro dovuto riguardare un atto di rango non legislativo (il d.p.r. di indizione del *referendum*), quindi prefigurava un potere ancor più eccentrico rispetto a quello prefigurato di sospensiva della legge impugnata.

Lo spunto avanzato in quell’occasione può tuttavia essere utilmente ripreso per riflettere in chiave più generale sull’ammissibilità di una ricostruzione interpretativa nel senso prefigurato dai ricorrenti.

Un primo ostacolo di carattere giuridico all’applicazione in via analogica degli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953 potrebbe derivare dal supposto *carattere eccezionale* di tali disposizioni<sup>15</sup>, in genere desunto

*sione sul ricorso “Onida - Randazzo”, in Forum Quad. cost., n. 1, 2017, 19 gennaio 2017; i testi del ricorso e dell’ordinanza del Tribunale di Milano sono consultabili su laCostituzione.info: <<http://www.lacostituzione.info/public/wp-content/uploads/2016/11/Ricorso.pdf>>.*

<sup>14</sup> Cfr. Trib. Milano, 7 novembre 2016, n. 37657, cit.

<sup>15</sup> Cfr., *ex pluribus*, A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *Federalismi.it*, 18 aprile 2002, pp. 6-7; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale (Commento all’art. 9)*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna 2003, p. 183 ss., in part. p. 193.

dalla circostanza che le stesse siano previste solo per taluni giudizi di competenza della Corte (peraltro con caratteri distinti). Tale argomento – sul quale si era formato un certo consenso, specie prima dell'introduzione della sospensiva nel giudizio principale – è stato tuttavia sconosciuto dalla Corte costituzionale, che ha recentemente ammesso, nell'ord. n. 225 del 2017, la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 40 l. n. 87 del 1953 al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, riconoscendo che la tutela cautelare rappresenta una componente irrinunciabile della funzione giurisdizionale, anche costituzionale (v. *infra* Cap. X, par. 2).

È dunque soprattutto sotto il diverso profilo della ricostruzione pratica di un potere cautelare in via pretoria (e il suo conseguente esercizio in assenza di una puntuale disciplina di legge) che si pongono i problemi maggiori. La Corte sarebbe infatti chiamata a ricostruire in via giurisprudenziale l'intera disciplina dell'esercizio del potere, facendo ricorso a principi, disposizioni e prassi appartenenti a differenti tipologie di giudizi per poi adattarli alle esigenze peculiari del giudizio di costituzionalità incidentale.

Le incognite che la Corte sarebbe chiamata a risolvere non sono poche, a partire dal modello di tutela cautelare cui fare riferimento per l'integrazione analogica: la sospensione ai sensi dell'art. 35 l. n. 87 del 1953 o quella *ex art.* 40? Entrambe le soluzioni d'altronde presentano elementi di affinità e di difformità rispetto ai caratteri del giudizio incidentale. Se da un lato, si sarebbe portati a guardare alla disciplina cautelare prevista nel giudizio principale, dal momento che concerne – come il giudizio incidentale – atti di natura legislativa, dall'altro lato, non si può non riconoscere come la natura officiosa del potere di cui all'art. 35 (benché temperata nella prassi<sup>16</sup>) ponga problemi di coerenza con le forme processuali del giudizio incidentale, in particolare per quanto concerne il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato<sup>17</sup>. Esigere un'istanza di parte, come avviene nei giudizi sui

<sup>16</sup> Si v. *infra* Cap. VIII, par. 6.

<sup>17</sup> È giusto il caso di osservare come, tuttavia, da un lato, l'officiosità del potere si potrebbe considerare coerente con il carattere prevalentemente oggettivo del giudizio incidentale; dall'altro, la deroga descritta al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato si ritrovi già nella sospensiva nel giudizio principale.

conflitti intersoggettivi, significherebbe al contrario riconoscere alle parti costituite un ruolo propulsivo piuttosto inedito nel giudizio incidentale. Quanto ai presupposti per la concessione della sospensiva, sembrerebbero più consentanei al giudizio incidentale quelli previsti dall'art. 35, che facendo riferimento al «rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica» e al «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini», sembra assolvere tanto a funzioni di tutela della legalità costituzionale, quanto a funzioni di garanzia delle situazioni soggettive. Ma pure la dizione «gravi motivi», di cui all'art. 40 sulla sospensiva nei conflitti tra enti, pare offrire un ampio margine di apprezzamento alla Corte.

Al di là delle difficoltà (comunque non insuperabili) nell'integrazione in via analogica la disciplina, resta comunque l'impressione che la Corte (salvo casi del tutto eccezionali) difficilmente si presterà a operazioni con questa portata innovativa, soprattutto se si considera che ipotesi di impiego del potere cautelare emergono in vicende rispetto alle quali il confronto politico è particolarmente acceso (come peraltro sarebbe avvenuto proprio nel caso del *referendum* costituzionale del 2016). In questi frangenti, è verosimile che il giudice costituzionale preferisca soluzioni meno impattanti (quale un'accelerazione del giudizio nel merito), dato che l'impiego di un potere di sospensiva della legge che fuoriesce dalle prerogative espressamente concesse potrebbe essere letto come una creazione giurisprudenziale *ad hoc* per il caso di specie, una concessione ad una delle parti in conflitto, che collocherebbe la Corte nella scomoda posizione di dover spiegare per quale ragione tale sospensiva, non prevista e mai esercitata prima, si dovrebbe invece ritenere ammissibile in tale occasione.

Ciò non toglie tuttavia che, in casi del tutto eccezionali nei quali l'alternativa di una rapida decisione del giudizio non appare in grado di assicurare l'effettività della giurisdizione costituzionale – e di riflesso la legalità costituzionale –, la Corte possa comunque avvalersi in via analogica del potere cautelare. Trattasi però di un'ipotesi *residuale*, che come tale difficilmente si presta a una ricostruzione *ex ante* e forse è bene che non sia eccessivamente imbrigliata da forme processuali che ne costringano l'impiego (ma sul punto v. *infra* Cap. VII, par. 8).

#### 4. Ipotesi de iure condendo: argomenti e prospettive

Accanto alle tesi esaminate, è stata ripetutamente avanzata in dottrina la proposta di un potere cautelare della Corte costituzionale *de iure condendo*<sup>18</sup>. Le ragioni che militano in favore di un siffatto potere sono molteplici.

In primo luogo, l'attribuzione del potere cautelare alla Corte costituzionale potrebbe risolvere la conflittualità tra i principi di effettività della tutela giurisdizionale e sindacato accentrato di costituzionalità, consegnando nelle mani del medesimo organo costituzionale deputato alla cognizione della legittimità delle leggi il connesso e strumentale potere di sospensiva.

Argomento strettamente legato è poi quello della necessità di assicurare una tutela più pervasiva ai diritti dei singoli rispetto a quella garantita dalla mera sospensione del procedimento *a quo ex art. 23*, comma 2, l. n. 87 del 1953, che concerne la sola applicazione *giudiziale* della disposizione impugnata, ma non l'esecuzione che alla stessa può essere data dalla *pubblica amministrazione* e dai *privati* (tenuta in di-

<sup>18</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze 1966, p. 173 ss., spec. p. 194 ss.; R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Atti dell'Incontro di studi (Messina, 26 settembre 2003), Giuffrè, Milano 2004, p. 71 ss., spec. pp. 103-104; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli 2006, p. 679 ss., in part. pp. 748-751 (con breve *excursus* comparatistico); E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 182 e pp. 356-357; A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, cit., p. 357 ss., spec. p. 389 ss. e p. 391 ss.; anche P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008, p. 157 ss.; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2007, p. 347 ss., spec. p. 363; R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1250 ss., spec. p. 1256.

sparte ovviamente l'ipotesi di una cautela concessa dal giudice *a quo* di cui si è parlato *supra*)<sup>19</sup>.

Si è rappresentata, inoltre, la possibilità – attraverso una sospensione *erga omnes* della legge – di porre rimedio a una deprecabile prassi diffusa tra i giudici comuni, in virtù della quale si procede alla sospensione del procedimento (senza rimessione) non appena si venga a conoscenza della pendenza di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una norma rilevante per il medesimo giudizio<sup>20</sup>.

Infine, si indicano i vantaggi che la sospensione cautelare avrebbe rispetto alla stessa qualità della decisione della Corte costituzionale: in particolare, la possibilità di sospendere l'atto impugnato consentirebbe di sottrarre la decisione della Corte dal «peso dei fatti compiuti» che possono intervenire tra l'introduzione del giudizio e la pronuncia della sentenza, e che inevitabilmente influenzano – specie quando riguardano «leggi che richiedono notevoli investimenti o sforzi organizzativi» – la valutazione del giudice costituzionale<sup>21</sup>.

Il potere di sospensiva nel giudizio in via incidentale dovrebbe, secondo i più, avere efficacia *erga omnes*, da una parte, per non risultare un'inutile duppone della misura cautelare eventualmente concessa dai giudici *a quibus*<sup>22</sup>; dall'altra, per evitare che l'atto legislativo impugnato possa produrre danni irrimediabili ai diritti dei singoli non solo nell'ambito degli altri giudizi pendenti nei quali la legge impugnata è rilevante (ma che non sono ancora stati sospesi per la rimessione della

<sup>19</sup> Cfr. C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 363.

<sup>20</sup> *Ibidem*, sebbene non emerga chiaramente dal passo citato in quale misura l'adozione di una sospensione *erga omnes* possa correggere le conseguenze pregiudizievoli della sospensione impropria per le parti di giudizi diversi da quello *a quo*, se non nella misura di una più certa e sicura *non applicazione* della legge anche al caso di specie (sul punto, v. infatti *infra* par. 6).

<sup>21</sup> Cfr., in part., R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, cit., p. 1256, il quale si rifà all'esperienza della giurisprudenza costituzionale tedesca. L'A. riporta, quale esempio di pronuncia che avrebbe tratto sicuro giovamento dall'impiego della sospensiva, la n. 272 del 2012, concernente la declaratoria di illegittimità di diverse disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2010, che ha aveva introdotto il tentativo obbligatorio di mediazione per una serie notevole di controversie.

<sup>22</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi* cit., 157; A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari* cit., 199; C. PANZERA, *op. cit.*, 363.



questione alla Corte), ma anche – al di fuori dei rapporti processuali già instaurati – nell’ambito dell’esecuzione della legge ad opera della Pubblica Amministrazione o dei privati<sup>23</sup>.

Per quanto riguarda i presupposti che il legislatore dovrebbe individuare per la concessione del provvedimento di sospensiva, non è dato rinvenire indicazioni particolarmente approfondite nella dottrina che si è espressa in favore di un simile potere. In genere, si tende a far riferimento ai classici presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* propri dei giudizi comuni civile e amministrativo oppure a richiamare le condizioni già tracciate dagli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953<sup>24</sup>.

##### 5. Segue: *Quale fonte per il potere cautelare costituzionale: legge costituzionale, ordinaria o auto-normazione della Corte?*

Nell’ipotesi in cui si ammettesse la necessità e l’opportunità di un potere cautelare della Corte per il giudizio in via incidentale, diviene necessario confrontarsi con il tema della fonte idonea a istituire e disciplinare tale strumento.

La questione delle modalità attraverso le quali si deve attribuire e disciplinare il potere cautelare della Corte costituzionale è tutt’altro che una questione puramente teorica, essendosi posta sia con riferimento alla possibile previsione di una sospensiva delle leggi (nel giudizio principale ed incidentale), sia rispetto all’eventualità di adottare misure cautelari nel conflitto tra poteri dello Stato.

La sopravvenuta introduzione del potere di sospensiva degli atti legislativi statali e regionali, realizzata mediante legge ordinaria, ha peraltro sollevato notevoli dubbi in dottrina sulla costituzionalità dell’art. 9, comma 4, l. n. 131 del 2003 per un presunto contrasto con la *riserva di legge costituzionale* di cui all’art. 137, comma 1, Cost., il quale dispone espressamente che «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le

<sup>23</sup> C. PANZERA, *ibidem*.

<sup>24</sup> In tal senso, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 356-357.

forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale»<sup>25</sup>.

Il problema si porrebbe tanto nel caso in cui si intendesse dare forma concettualmente *autonoma* al potere di sospensiva cautelare, nel qual caso il relativo procedimento costituirebbe un autonomo «giudizio di legittimità»; tanto nel caso in cui (come avvenuto rispetto al giudizio in via d'azione) lo si volesse configurare come *strumentale* ad uno specifico giudizio, nel qual caso sarebbe invece una «forma» del giudizio di legittimità<sup>26</sup>. Si è osservato inoltre che interventi che incidano sull'efficacia di un atto legislativo (sia pure in via temporanea), la cui disciplina è dettata in Costituzione agli artt. 73, comma 3, 75 e 136, non possano che trovare fondamento in una legge costituzionale<sup>27</sup>.

A tale prospettiva si era già obiettato in precedenza che, trovando il giudizio cautelare la propria *ratio* nella gravità delle conseguenze *di fatto* che possono determinarsi nelle more del processo, la sua qualificazione come «giudizio di legittimità» o «forma» dello stesso sarebbe inaccettabile o quanto meno fuorviante<sup>28</sup>. Non si tratterebbe infatti di “decidere provvisoriamente”, ma di prestare una garanzia temporanea contro i danni che possono prodursi nel corso del giudizio.

<sup>25</sup> Cfr., in part., le critiche mosse da L.A. MAZZAROLLI, *Sulla sospensione degli effetti della legge nel giudizio principale: una disposizione illegittima o inutile*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, vol. IV di *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli 2009, p. 1429 ss.; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino 2002, p. 206; G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, p. 11 ss., spec. pp. 16-17; E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, cit., p. 151, il quale ritiene «più lineare» l'opzione per una soluzione di rango costituzionale.

<sup>26</sup> Cfr., in tal senso, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari*, cit., pp. 201-202.

<sup>27</sup> Cfr., in tal senso, S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte Costituzionale*, cit., pp. 80-81. Per certi versi concettualmente contiguo è l'argomento della problematica ammissibilità di atti che predispongano strumenti per sospendere l'esecutorietà di atti pari-ordinati; cfr. C. PINELLI, *Commento all'art. 9, in Legge “La Loggia”*. *Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131* cit., pp. 188-189.

<sup>28</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare cit.*, pp. 528-529; nonché ora in termini analoghi A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, p. 327 ss.

Si è pure sostenuto che l'art. 137, comma 1, Cost. sarebbe volto a regolare, con legge costituzionale, il solo accesso alla Corte, delegando invece alla normazione ordinaria (in conformità con l'art. 137, comma 2, Cost.) gli altri aspetti del processo costituzionale<sup>29</sup>. Altri ancora hanno rilevato come la previsione di un potere di sospensiva delle leggi possa essere considerato un coerente sviluppo, adottabile con legge ordinaria, delle premesse poste dal dettato costituzionale e dalla l. cost. n. 1 del 1948. Si tratta ovviamente di una tesi che postula una sorta di *continenza* del potere di sospensione in quello di annullamento della legge incostituzionale, affine per certi versi a quella che considera il potere cautelare come immanente all'esercizio del potere giurisdizionale<sup>30</sup>.

La tesi che – in tempi più recenti – incontra maggiori consensi è allora quella che riconduce la previsione di un potere cautelare di sospensiva del giudice delle leggi nell'alveo delle «altre norme necessarie per (...) il funzionamento della Corte» di cui all'art. 137, comma 2, Cost., ritenendo pertanto la materia soggetta a *riserva di legge ordinaria*<sup>31</sup>.

La tesi sarebbe confermata, oltre che dalle argomentazioni già elencate che inducono ad escludere la necessità di una legge costituzionale, anche dal fatto che la Corte costituzionale stessa, pur avendone avuto più volte l'occasione, non ha ritenuto di dover dichiarare illegittimo l'art. 35 l. n. 87 del 1953 nella parte in cui istituisce la sospensiva in via principale<sup>32</sup>. Si avrebbe sostanzialmente (pur nella ritrosia mostrata dal giudice nell'impiego del potere sospensivo) una tacita conferma della legittimità costituzionale della disposizione.

L'ipotesi che il potere di sospensiva possa essere invece rimesso a

<sup>29</sup> Sulle due interpretazioni alternative dell'art. 137 Cost., cui si accenna nel testo, cfr. D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1980 ss., spec. p. 1999 ss.

<sup>30</sup> Cfr., per un compendio degli argomenti contrari alla sussistenza di una riserva di legge costituzionale, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009, p. 95 ss.

<sup>31</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi cit.*, p. 48 ss.; implicitamente A. VUOLO, *op. cit.*, p. 95 ss.

<sup>32</sup> Cfr. A. VUOLO, *ivi*, pp. 99-100.

fonti diverse dalla legge, quali ad esempio le *Norme integrative*<sup>33</sup>, è sostenuto da una dottrina minoritaria, che potrebbe far propria in tal senso la tesi, avanzata da Vezio Crisafulli<sup>34</sup>, per cui la riserva di cui all'art. 137, comma 2, Cost. sarebbe valsa per le sole norme necessarie a dare concreto avvio al funzionamento della Corte e non per quelle volte a disciplinarne integralmente l'attività. Il ricorso alle Norme integrative si scontrerebbe però, da un lato, con la disciplina di livello costituzionale dell'efficacia della legge<sup>35</sup>; dall'altro, più in generale, con il limite stesso dell'autonomia normativa della Corte, riferita all'esercizio delle funzioni già attribuite dalla legge<sup>36</sup>, tra le quali non figura (almeno con riguardo al giudizio incidentale e al conflitto di attribuzioni tra poteri) quella cautelare.

Altra via attraverso la quale si è tentato di introdurre misure cautelari nei giudizi di competenza della Corte è quella del rinvio *ex art. 22*, comma 1, l. n. 87 del 1953 alle *norme del regolamento del Consiglio di Stato*<sup>37</sup>. Anche rispetto a questa soluzione si prospettano tuttavia problematiche analoghe a quelle emerse nel caso delle Norme integrative. Pare difficile ammettere infatti che le disposizioni in tema di tutela cautelare amministrativa – seppur disciplinate e “richiamate” da fonti primarie – possano fondare *ex novo* il potere cautelare della Corte.

Tirando le fila del discorso, si può osservare come le varie soluzioni passate in rassegna implicino tutte – seppur in diversa misura – la necessità di una previsione espressa del potere cautelare, sia essa contenuta in una fonte legislativa (costituzionale od ordinaria) oppure in una fonte diversa “speciale” (Norme integrative o norme del processo amministrativo *ex art. 22*). La Corte costituzionale non potrebbe cioè adottare provvedimenti cautelari nei giudizi di sua competenza in as-

<sup>33</sup> Così, in via ipotetica, E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, cit., p. 151.

<sup>34</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Osservazioni sul nuovo «Regolamento generale» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 563.

<sup>35</sup> Anche se non sono mancati autorevoli tentativi di qualificare le Norme integrative come fonti di rango primario; cfr. S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Cedam, Padova 1970, p. 123 ss.

<sup>36</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 34 ss.

<sup>37</sup> Si v. Cap X, par. 3.

senza di norme attributive del relativo potere, siano esse più o meno autonome rispetto alla disciplina costituzionale della giustizia costituzionale.

Parte della dottrina contesta giustamente questa prospettiva, sostenendo che la tutela cautelare sia componente essenziale di ogni giurisdizione e quindi implicita nelle competenze attribuite alla Corte ai sensi dell'art. 134 Cost. e delle norme di legge ordinaria e costituzionale che disciplinano la giustizia costituzionale<sup>38</sup>. Su una posizione sostanzialmente affine si è posta la stessa Corte con la già menzionata ord. n. 225 del 2017 (ma v. *amplius infra* Cap. X, par. 2), che ha riconosciuto come necessaria anche nella giustizia costituzionale la disponibilità di strumenti cautelari.

Se dunque la previsione di un potere cautelare è immanente alla stessa giurisdizione costituzionale, la questione della fonte abilitata a regolare tale potere viene a perdere gran parte del suo rilievo. Nel caso in cui il Legislatore intenda regolare forme e presupposti di tale potere, sarà sufficiente fare ricorso alla legge ordinaria, che si limiterebbe a disciplinare una competenza di cui la Corte già dispone; nel caso in cui fosse invece la Corte a ritenere necessario darsi una disciplina processuale, ben potrà far ricorso ad un intervento sulle Norme integrative, che però dovrebbero riguardare i soli aspetti procedurali (in misura speculare a quanto fanno gli artt. 21 e 26 n.i. per l'incidente cautelare nel giudizio principale e nel conflitto tra enti), dal momento che una disciplina positiva dei presupposti o del contenuto del provvedimento pare trascendere l'ambito riservato alle Norme integrative.

#### 6. La dubbia opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale (rinvio)

Ad ogni modo, a prescindere dalle problematiche sinora analizzate, molteplici ragioni inducono a ritenere *di norma* non necessario un potere di sospensiva *de iure condendo* nel giudizio in via incidentale.

In primo luogo, alla luce della soluzione già praticata della tutela

<sup>38</sup> A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 2444-2445.

*ad tempus* (v. *supra* Cap. IV), la necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti – quanto meno rispetto ai processi *a quo* – risulta pienamente assicurata dai rispettivi giudici, i quali, contestualmente alla rimessione alla Corte, possono adottare i provvedimenti cautelari più opportuni per il caso di specie. Anzi, in tale ipotesi, i giudici comuni si trovano in una posizione decisamente privilegiata rispetto alla Corte per quanto concerne la valutazione dei fatti di causa e la tempestività con la quale la tutela stessa è assicurata<sup>39</sup>.

Si potrebbe forse obiettare, come si accennava, che mentre la pronuncia del giudice comune spiega un'efficacia solo *inter partes*, la pronuncia d'urgenza della Corte, munita di un'efficacia *erga omnes*, potrebbe perseguire finalità più generali di garanzia della legalità costituzionale.

Per quanto riguarda la discutibilissima prassi della sospensione del processo *a quo* senza rimessione della questione alla Corte, che sarebbe contrastata – come sostenuto da alcuni<sup>40</sup> – con il potere cautelare del giudice costituzionale, la soluzione dovrebbe essere piuttosto quella di un radicale e drastico superamento della prassi stessa e non quella opposta di introdurre nell'ordinamento un correttivo che rischia di incoraggiare e, in un certo senso, giustificare la scarsa propensione di certi giudici comuni a formulare la questione di legittimità e rimetterla alla Corte<sup>41</sup>.

Per quanto riguarda invece le più generali finalità di tutela della legalità costituzionale, che vengono in considerazione soprattutto nell'apprezzabile intento di assicurare effettività alle pronunce del giudice costituzionale, rimangono evidenti le incognite e le incertezze che la prospettiva di un potere di sospensiva solleva nel giudizio incidentale.

*In primis*, per evitare le sovrapposizioni cui si è fatto cenno tra il potere cautelare dei giudici comuni e quello della Corte, dovrebbe li-

<sup>39</sup> Deve tenersi in considerazione, sotto il profilo della tempestività, che – oltre ai tempi necessari alla Corte per decidere – un certo lasso di tempo, spesso non breve, è pure necessario per far pervenire alla Corte stessa la questione sollevata dal giudice *a quo*.

<sup>40</sup> Cfr. C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 363.

<sup>41</sup> Sul punto si v. Cap. IV, par. 2 (nt. 43).

mitarsi tale sospensiva ai soli casi in cui venga in rilievo un superiore interesse alla legalità dell'ordinamento, distinto rispetto agli interessi dei singoli ricorrenti. Tuttavia, l'iniziativa per l'adozione di una siffatta misura non potrebbe che provenire *ex officio* dalla Corte, il che rappresenta un'ulteriore deroga al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (benché in linea di massima possa essere ritenuto coerente con la natura prevalentemente oggettiva del giudizio incidentale). Pone degli inconvenienti, sebbene non remota, anche l'ipotesi di un'istanza di parte: quella che ha sollevato l'eccezione di costituzionalità sarà tutt'al più interessata ad una sospensione relativa al proprio rapporto giuridico piuttosto che a quella *erga omnes* (di norma già conseguita contestualmente all'instaurazione del giudizio *a quo*, perlomeno nel caso di tutela *ad tempus*); l'altra invece ha tutto l'interesse a che la legge non venga sospesa affatto; infine, può anche darsi che entrambe le parti non abbiano interesse alcuno alla sospensione. Non pare che un ruolo in tal senso possa essere riconosciuto nemmeno al giudice *a quo*, se non a prezzo di sovraccaricare forse eccessivamente la funzione e il senso dell'ordinanza di rimessione.

Un ultimo rilievo riguarda, invece, gli effetti stessi della pronuncia cautelare della Corte: la sospensiva della legge produrrebbe esclusivamente *effetti conservativi*, consentendo di neutralizzare solo i pregiudizi da tardività, ma non invece quelli da infruttuosità. Qualora, per ovviare a tale limite, si volesse attribuire alla Corte un potere cautelare generale ed atipico, le sarebbero tuttavia riconosciuti compiti strettamente giurisdizionali – dal momento che sarebbe necessaria, in tal caso, una valutazione del fatto ben più penetrante del consueto – «che probabilmente fuoriescono dalle sue attribuzioni»<sup>42</sup> e, più in generale, dal modello di sindacato incidentale di costituzionalità accolto nel nostro ordinamento<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> In tal senso G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 145 (nt. 56); osserva peraltro C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano 2008, p. 288, che «la Consulta non dispone di tutti gli elementi inerenti al giudizio sottostante – e, quindi, difficilmente sarebbe in grado di valutare con pienezza la sussistenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, elementi che promanano dalle circostanze complessive del giudizio *a quo*».

<sup>43</sup> Tanto che, ad esempio, P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento* cit., *passim*, suggeriscono

Ad ogni modo, le osservazioni critiche che sono qui mosse alla proposta *de iure condendo* avanzata in dottrina scontano inevitabilmente il limite di essere considerazioni che si muovono su un piano puramente ipotetico, in assenza di possibili riscontri nella prassi. Sembra dunque più opportuno “sospendere momentaneamente il giudizio”, per riformulare più fondati rilievi all’ipotesi di una sospensiva per il giudizio incidentale solo dopo aver esaminato in chiave comparatistica l’esperienza tedesca, nell’ambito della quale il potere cautelare è espressamente previsto anche con specifico riferimento ai giudizi di costituzionalità in via incidentale (v. *infra* Cap. VII).

### 7. Leggi-provvedimento e potere cautelare del giudice costituzionale

Provvisoriamente sospeso il discorso in merito all’introduzione per via legislativa di un potere di sospensiva nel giudizio incidentale sulle leggi (sul quale si ritornerà al termine dell’indagine nel prossimo Capitolo), conviene ora riprendere il tema già in parte toccato delle *leggi-provvedimento* (v. *supra* par. 1.).

Com’è noto, uno dei risvolti più problematici del fenomeno dell’*amministrazione per legge* è rappresentato dal venir meno, con il passaggio dall’atto amministrativo alla legge, di quel complesso di rimedi giurisdizionali di cui il singolo dispone per tutelare i diritti eventualmente lesi dall’agire della pubblica autorità<sup>44</sup>. La Corte costituzionale, in virtù di una consolidata e risalente giurisprudenza, ha ritenuto di essere l’unico giudice competente a conoscere della legittimità delle leggi-provvedimento, sostenendo che la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive incise dall’atto in questione si trasferisca integralmente dai giudici amministrativi (competenti a giudicare degli atti

l’introduzione di un apposito procedimento plasmato sul modello dell’*amparo* spagnolo, nell’ambito del quale consentire al giudice costituzionale l’eventuale esercizio del relativo potere cautelare.

<sup>44</sup> Cfr., da ultimo, M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, p. 32 ss.; in precedenza, tra i molti che si sono occupati del tema, cfr. in part. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 ss.; L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1488 ss.



amministrativi) alla Corte stessa. Sin da subito, tuttavia, la dottrina ha dubitato dell'equivalenza tra la tutela assicurata dai giudici comuni nel processo amministrativo e quella che può essere garantita dalla Corte nell'ambito del giudizio in via incidentale. Le perplessità sorte in relazione all'effettività della tutela giurisdizionale così assicurata hanno allora condotto la Corte ad esercitare un controllo di legittimità particolarmente rigoroso sugli atti legislativi qualificati come leggi-provvedimento, specie per quanto concerne la ragionevolezza del contenuto normativo, che va soggetto a uno "scrutinio stretto di costituzionalità".

Al di là delle reali implicazioni derivanti dall'adozione di questo sindacato particolarmente severo della legittimità della legge-provvedimento<sup>45</sup>, rimangono tuttavia diversi profili di inadeguatezza degli strumenti del processo costituzionale in termini di tutela delle posizioni soggettive, soprattutto se li si raffronta con quelli di cui dispone il giudice amministrativo in virtù del "nuovo" codice di procedura. Uno degli aspetti che sono maggiormente rimarcati dalla dottrina più sensibile alle esigenze di tutela effettiva è proprio l'assenza di poteri cautelari del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale<sup>46</sup>: carenza che diviene particolarmente evidente se messa a confronto con la ricca disciplina offerta dagli artt. 55 ss. c.p.a. La stessa Corte costituzionale ha ammesso il divario che, in tema di tutela cautelare, separa la giurisdizione ordinaria e quella costituzionale<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> In genere ritenute piuttosto insoddisfacenti da parte della dottrina maggioritaria, che parla di uno scrutinio stretto più annunciato che praticato dalla Corte. Emblematiche le note alla sentenza n. 289 del 2010 pubblicate in *Giur, cost.*, 2010, p. 3739 ss.: cfr. C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*; R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*; A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*.

<sup>46</sup> Cfr., oltre agli scritti di Pace già più volte menzionati, R. MANFRELLOTTI, *ult. op. cit.*, pp. 3745-3746.

<sup>47</sup> Cfr., ad es., oltre alla pronuncia richiamata *infra*, la sentenza n. 271 del 2008.

Significative – seppur relative ad un giudizio in via principale concernente una legge-provvedimento regionale – sono le considerazioni svolte dal giudice costituzionale nella sentenza n. 20 del 2012<sup>48</sup>. La Corte osserva, in primo luogo, che – pur non essendo sprovvista di strumenti cautelari (segnatamente l'art. 35 l. n. 87 del 1953, esercitabile se del caso anche *ex officio*) – la possibilità di attivazione della tutela cautelare rimane comunque subordinato alla proposizione di un ricorso in via d'azione da parte del Governo (o da una Regione)<sup>49</sup>. In secondo luogo, il giudice costituzionale ammette che risulta senz'altro preferibile (per il Governo) «lo strumento del ricorso giurisdizionale innanzi al giudice comune, e ciò in ragione sia della disponibilità del ricorso in capo alle parti private legittimate, sia dei tempi con cui il giudice può assicurare una pronta risposta di giustizia, sia della latitudine dei poteri cautelari di cui esso dispone, sia dell'ampiezza del contraddittorio che si può realizzare con i soggetti aventi titolo per intervenire, estranei invece, in linea di principio, al giudizio costituzionale sul riparto delle competenze legislative»<sup>50</sup> (e a maggior ragione estranei al giudizio in via incidentale). Ultimo appunto del giudice costituzionale, è quello per cui, diversamente dalla Corte stessa, «ove parte del giudizio sia l'amministrazione, il giudice comune ben può inserire le proprie misure cautelari nel flusso dell'attività di quest'ultima, prescrivendo che essa sia prontamente riesercitata secondo i criteri che di volta in volta vengono somministrati, affinché, in luogo del vuoto di normazione, che conseguirebbe alla mera sospensione della legge-provvedimento, si realizzi celermente una determinazione del calendario della caccia, compatibile con i tempi imposti dall'incalzare delle stagioni, e avente natura definitiva»<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Corte cost., sentenza n. 20 del 2012, con note di Q. CAMERLENGO, *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Le Regioni*, n. 3, 2012, p. 559 ss.; C. CHIOLA, *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2012, 30 maggio 2012.

<sup>49</sup> Corte cost., sentenza n. 20 del 2012, *Considerato in diritto*, § 5.2.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

Gli argomenti evocati dalla Corte per marcare la diversità tra la tutela cautelare amministrativa e quella costituzionale (necessità di un ricorso in via principale, tempestività e latitudine del potere cautelare, possibilità di conformare l'attività amministrativa inserendosi nello sviluppo procedimentale) valgono, a maggior ragione, per il giudizio in via incidentale, nel quale manca la stessa previsione di un potere cautelare.

Le strade per ovviare a questa condizione di tutela deteriore sono due: da una parte, può ritenersi che l'esercizio del potere cautelare in relazione a leggi-provvedimento possa essere efficacemente consegnato al giudice amministrativo, che può in tal caso praticare il meccanismo già descritto della tutela *ad tempus*. La circostanza che la pronuncia cautelare del giudice *a quo* vada ad incidere direttamente su un atto legislativo e non – in via mediata – su un provvedimento amministrativo, non è argomento sufficiente ad escludere in radice tale possibilità. Quando il giudice amministrativo sospende l'atto impugnato – conforme alla legge – per vizi riconducibili esclusivamente alla relativa base legislativa, sospende infatti nella sostanza la legge stessa, seppur in un suo singolo “momento applicativo” (in quanto formalmente la misura cautelare colpisce l'atto). Il pregio di questa prima soluzione sarebbe quello di garantire l'ampiezza e la tempestività dell'intervento cautelare proprie del processo amministrativo, che si svolgerebbe peraltro secondo modelli già ampiamente collaudati, nel pieno contraddittorio delle parti e con un'adeguata parità delle armi.

Dall'altra parte, seguendo la via aperta da Alessandro Pace, si potrebbe invece ritenere opportuno il riconoscimento alla Corte stessa della possibilità di esercitare il potere cautelare pure nel giudizio in via incidentale. Non sarebbe però sufficiente, come peraltro emerge dalla giurisprudenza della Corte e dalla diffusa riflessione dottrinale<sup>52</sup>, un mero strumento di sospensiva, quale quello disegnato dall'art. 35 l. n. 87 del 1953. Dovrebbe piuttosto riconoscersi un potere in tutto eguale a quello attribuito ai giudici amministrativi dagli artt. 55 ss. c.p.a., in questo riprendendo il noto suggerimento di Mortati per una confor-

<sup>52</sup> Cfr., ad esempio, R. MANFRELOTTI, *ult. op. cit.*, p. 3745.

mazione del giudizio di costituzionalità delle leggi-provvedimento su un modello assai prossimo a quello del giudizio amministrativo<sup>53</sup>.

Tale soluzione avrebbe certamente il pregio di garantire una tutela giurisdizionale davvero equivalente a quella del giudice amministrativo in sede cautelare e soprattutto sarebbe coerente con le affermazioni della Corte in merito al trasferimento del diritto di difesa dall'ambito del giudizio amministrativo a quello costituzionale.

Tuttavia, non possono nascondersi le difficoltà che incontra concretamente tale soluzione, pur suggestiva.

La ricostruzione di un così ampio potere cautelare dovrebbe o attendere un improbabile intervento legislativo in tal senso oppure riprendere le proposte di Pace in merito all'introduzione interpretativa della sospensiva. Rimangono, tuttavia, soprattutto la difficoltà pratiche che incontrerebbe la Corte per intervenire con la stessa tempestività e con la stessa ampiezza di strumenti di cui gode invece il giudice comune: è difficilmente immaginabile che la Corte possa – come invece avviene comunemente nel processo amministrativo – emanare in tempi ragionevoli ordinanze cautelari capaci di orientare nuovamente l'esercizio del potere legislativo in conformità con il dettato costituzionale.

In conclusione, appare ben più realistica e concretamente praticabile la soluzione di consentire agli stessi giudici amministrativi di emanare i necessari provvedimenti cautelari, secondo il modello della tutela *ad tempus*<sup>54</sup>, in modo tale da garantire comunque l'intervento risolutivo della Corte costituzionale. Si determina inevitabilmente una dissociazione tra il potere cautelare e quello di decidere nel merito la questione di legittimità, distribuiti in capo a giudici diversi. E la pronuncia cautelare del giudice amministrativo non avrebbe la stessa capacità di sollecitare un intervento "correttivo" del Legislatore di un'eventuale sospensione della Corte.

<sup>53</sup> Cfr., in part., C. MORTATI, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. III, Giuffrè, Milano 1969, p. 1353 ss.; ID., *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano 1968, p. 166 ss.

<sup>54</sup> In questo non si concorda con R. MANFRELLOTTI, *ult. op. cit.*, p. 3745, il quale ritiene che la soluzione proposta sia inadeguata in quanto sarebbe limitata alla sola sospensione; si è visto *supra* come l'ampiezza dei provvedimenti concessi dal giudice vada in realtà ben oltre la mera sospensione, arrivando a contemplare anche misure totalmente anticipatorie.

In ipotesi di “erronea” concessione del rimedio giurisdizionale da parte del giudice *a quo*, sembra comunque che l’inconveniente possa essere efficacemente corretto con una più celere decisione della questione da parte del giudice costituzionale. D’altra parte, i casi di leggi-provvedimento arrivati dinanzi alla Corte non sono poi moltissimi, il che dovrebbe consentire al giudice costituzionale, se del caso, di intervenire in modo puntuale e mirato.



## CAPITOLO VII

### TUTELA CAUTELARE E GIUDIZIO INCIDENTALE IN GERMANIA

SOMMARIO: 1. Premessa: il giudizio incidentale tedesco (*das konkrete Normenkontrollverfahren*). – 2. Tutela cautelare e *konkrete Normenkontrollverfahren*: „*Richtervorlage im Eilverfahren?*“ – 3. La prima giurisprudenza del BVerfG: obbligo di rinvio anche nel procedimento cautelare. – 4. *Reirement* del BVerfG: la tutela cautelare dei diritti spetta ai giudici comuni. – 5. La giurisprudenza di merito tedesca: gli argomenti. – 6. *Segue*: La giurisprudenza di merito tedesca: i casi. – 7. Le variegate posizioni della dottrina tedesca. – 8. Conclusioni: dubbia opportunità e necessaria sussidiarietà del potere cautelare nei giudizi incidentali.

#### 1. *Premessa: il giudizio incidentale tedesco (das konkrete Normenkontrollverfahren)*

Come anticipato nel precedente Capitolo, lo scopo dell'indagine comparatistica svolta nelle seguenti pagine è quello di verificare “sul campo” come la previsione di un potere cautelare in capo al giudice costituzionale anche rispetto ai giudizi di legittimità incidentali – proposta per il caso italiano – condizioni e conformi l'esercizio della tutela cautelare di situazioni soggettive di rilievo costituzionale che appaiano compromesse da leggi incostituzionali.

Per meglio comprendere le problematiche di fondo che stanno alla base delle soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, è necessario individuare – seppur sommariamente – i tratti distintivi del *konkrete Normenkontrollverfahren*, l'equivalente tedesco del giudizio di costituzionalità in via incidentale italiano<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Entrambi i procedimenti si caratterizzano per incidentalità e concretezza, nonché per diversi aspetti anche sotto il profilo strettamente processuale. Per un'agile trattazione in lingua italiana del *konkrete Normenkontrollverfahren*, cfr. M.D. POLI, *Il procedimento in via incidentale in Germania: das konkrete Normenkontrollverfahren*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, I, p. 464 ss.; da ultimo, G. REPETTO, *Il controllo di costi-*

La disciplina fondamentale del procedimento in parola è dettata dall'art. 100, comma 1, GG il quale dispone che: «Se un giudice ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso e, laddove si tratti della violazione della Costituzione di un *Land*, deve essere richiesta la decisione del giudice del *Land* competente per le controversie di rilievo costituzionale; laddove si tratti della violazione della presente *Grundgesetz*, deve essere richiesta la decisione del *Bundesverfassungsgericht*. Ciò vale anche se si tratta della violazione del presente *Grundgesetz* da parte del diritto di un *Land* oppure dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con la legge federale»<sup>2</sup>. Accanto a tale disposizione, vanno ricordati poi i §§

*tuzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2020, p. 18 ss.; v. anche J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, p. 159 ss., spec. p. 169 ss.; in lingua tedesca, cfr., tra gli altri, H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, in R. HERZOG, H.H. KLEIN, U. DI FABIO, H.-J. PAPIER, F. KIRCHHOF, H. KUBE, C. LANGENFELD (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, CH. Beck, München 2017; C. DEGENHART, *GG Art. 100 Richtervorlagen zum Bundesverfassungsgericht*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck, München 2014; K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, in *Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di C. STARK (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, p. 323 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2015, p. 238 ss. Cfr. anche R. MÜLLER-TERPITZ, *BVerfGG § 80 [Vorlage]*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, G. ULSAMER, R. MELLINGHOFF, D. HÖMIG, K. GRASSHOF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, C.H. Beck, München 2017; F.-W. DOLLINGER, *§ 80 [Vorlage-Beschluß]*, in D.C. UMBACH E T. CLEMENS (a cura di) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2005, p. 995 ss.

<sup>2</sup> Il testo nell'originale tedesco recita: «Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt».



13, n. 11 e 80-82 *BVerfGG*, che sviluppano ulteriormente i profili essenziali della disciplina processuale già tracciati nel *Grundgesetz*<sup>3</sup>.

La *ratio* primaria del *giudizio di costituzionalità concreto* è quella di assicurare il primato del *Grundgesetz* sulle leggi ordinarie (artt. 1, comma 3, e 20, comma 3, *GG*)<sup>4</sup>. La scelta del legislatore costituzionale per la creazione di un vero e proprio monopolio del *BVerfGG* (*Verwerfungsmonopol*) in rapporto alla declaratoria di illegittimità ha tuttavia indotto la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale a ritenere che attraverso il *konkrete Normenkontrollverfahren* si sia anche inteso tutelare l'*autorità del Legislatore* (*Autorität des (nach-)konstitutionellen Gesetzgeber*), evitando che ai singoli giudici sia consentito ignorare la volontà del legislatore, sia esso federale o statale<sup>5</sup>.

Alla luce di tali finalità (garanzia del primato del *Grundgesetz* e dell'autorità del legislatore), il procedimento *ex art. 100, comma 1, GG* si caratterizza pertanto come un giudizio di carattere oggettivo, indipendente dalle situazioni giuridiche soggettive delle parti del processo *a quo*<sup>6</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che il *konkrete Normenkon-*

<sup>3</sup> Il § 13, n. 11 prevede che: «sulla compatibilità di una legge federale o di una legge statale (dei *Länder*) con il *Grundgesetz* o sulla compatibilità di una legge statale o qualsiasi altra disposizione di diritto statale con il diritto federale» decide il *BVerfG* su istanza di un giudice. Il § 80 *BVerfGG* dispone che, quando ricorrono i presupposti di cui all'art. 100, comma 1, *GG*, il giudice è tenuto a richiedere immediatamente l'intervento del *BVerfG*. A tal scopo, è tenuto a motivare espressamente sulla rilevanza e ad indicare le norme costituzionali che si ritengono violate. Il fascicolo del giudizio *a quo* è allegato al ricorso. Il rinvio al *BVerfG* è comunque indipendente da una specifica eccezione di parte nel relativo processo. Il successivo § 81 *BVerfGG* prevede che il *BVerfG* decida esclusivamente sulla questione di diritto. Il § 81a *BVerfGG* consente alla singola *Kammer* di pronunciare l'inammissibilità del ricorso all'unanimità; il comma successivo esclude tale possibilità in caso di ricorsi dei *Landesgerichten* o delle supreme giurisdizioni federali. Infine, il § 82 *BVerfGG*, oltre a richiamare le disposizioni di cui ai §§ 77 -79 *BVerfGG*, dispone che le parti del processo *a quo* siano ammesse a presentare osservazioni e siano invitate a partecipare all'udienza, potendo prendere la parola tramite i propri difensori.

<sup>4</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, p. 16 Rn. 19; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 239 Rn. 569.

<sup>5</sup> Cfr. in tal senso, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ult. op. cit.*, p. 238 Rn. 567; K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, cit., p. 328.

<sup>6</sup> Il carattere oggettivo del procedimento traspare chiaramente dalla lettera del §

*trollverfahren* non possa rappresentare (e costituisca frequentemente), seppur in via mediata, anche uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti<sup>7</sup>; rimangono comunque ben distinti i rispettivi ruoli dei giudici comuni e del giudice costituzionale, il quale «decide solo sulla questione di diritto» (§ 81 *BVerfGG*).

Oggetto dello scrutinio di costituzionalità sono tutti gli atti formalmente legislativi<sup>8</sup>, federali e statali, che siano stati emanati successivamente all'entrata in vigore del *Grundgesetz*: diversamente dalla Corte costituzionale italiana, il *BVerfG* si è infatti espresso nel senso di mantenere in capo ai singoli giudici la possibilità di dichiarare illegittime per contrasto con il *Grundgesetz* le disposizioni di legge pre-costituzionali, ovvero emanate prima del 1949<sup>9</sup>.

Il parametro del giudizio è rappresentato – in via generale – naturalmente dal *Grundgesetz*; mentre se l'oggetto riguarda l'incompatibilità di una legge di un *Land* con una norma federale, il parametro è costituito dal diritto federale.

Legittimati all'instaurazione del giudizio per il tramite del rinvio al *BVerfG* (*Richtervorlage*) sono tutti gli organi giurisdizionali statali nell'esercizio di funzioni propriamente giurisdizionali<sup>10</sup>. Presupposti

81 *BVerfGG*, in cui si prevede che «il *Bundesverfassungsgericht* decide solo sulla questione di diritto» (*Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nur über die Rechtsfrage*). Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, cit., p. 21 Rn. 32; G. ULSAMER, R. MÜLLER-TERPITZ, *BVerfGG § 81 [Entscheidung]*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, G. ULSAMER, R. MELLINGHOFF, D. HÖMIG, K. GRASSHOF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, C.H. Beck, München 2017, p. 2 ss. Rn. 1 ss.

<sup>7</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, cit., p. 21 Rn. 33; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 239 Rn. 571.

<sup>8</sup> Sono giustiziabili dinanzi al *BVerfG* anche le leggi costituzionali e le leggi emanate nello Stato di emergenza *ex art. 81 GG*. Sono invece escluse tutte le fonti legislative.

<sup>9</sup> Cfr. *BVerfG*, 24 febbraio 1953 - 1 BvL 21/5, in *BVerfGE* 2, 124. Un importante temperamento di tale principio è rappresentato dal caso in cui il *vorkonstitutionelle Recht* sia stato sostanzialmente fatto proprio dal legislatore successivo alla *Grundgesetz*, ad esempio tramite un rinvio al diritto pre-costituzionale oppure con una parziale riforma dello stesso. Cfr. M.D. POLI, *Il procedimento in via incidentale in Germania*, cit., p. 467.

<sup>10</sup> Ai fini dell'art. 100, comma 1, *GG*, si considerano giudici tutti gli organi dello Stato (giudice monocratico, *Kammer* o *Senat*), effettivamente indipendenti, investiti di funzioni giurisdizionali e qualificati come giudici da una legge formale valida; cfr., ad

del rinvio – che si configura come un vero e proprio dovere del giudice (*Vorlagepflicht*), una volta verificata la sussistenza dei relativi requisiti<sup>11</sup> – sono: a) la rilevanza della questione (*Entscheidungserheblichkeit*)<sup>12</sup>, intesa nel senso più rigoroso del termine come *effettiva influenza* della decisione della questione sulla definizione della controversia; b) la convinzione del giudice *a quo* circa l'incostituzionalità della legge (*Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm*)<sup>13</sup>, non essendo pertanto sufficiente un semplice dubbio (*Zweifel*) in merito<sup>14</sup>, tanto più che i giudici comuni sono tenuti a percorrere la via dell'interpretazione costituzionalmente conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) prima di ricorrere al giudice costituzionale<sup>15</sup>.

Un profilo particolarmente rilevante del giudizio di costituzionalità concreto è rappresentato dalla circostanza (cui si è già accennato *supra*, Cap. V) per cui parti nel giudizio dinanzi al *BVerfG* non possono essere né il giudice *a quo*, né tanto meno le stesse parti del processo principale, le quali sono ammesse esclusivamente a presentare delle osservazioni e prendere parte all'udienza tramite i propri avvocati (ma non hanno di contro alcun potere di impulso processuale)<sup>16</sup>. Possono intervenire invece il *Bundestag*, il *Bundesrat*, il Governo federale, nonché i Parlamenti e i Governi dei singoli *Länder*.

Le decisioni del *BVerfG*, che possono essere di incompatibilità,

es., *BVerfG*, 17 gennaio 1957 - 1 BvL 4/54, in *BVerfGE* 6, 55 (63); *BVerfG*, 9 febbraio 1971 - 1 BvL 27/70, in *BVerfGE* 30, 170 (171). Cfr. *amplius* H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, p. 35 ss.

<sup>11</sup> Esplicito in tal senso il § 80 *BVerfGG*. Il mancato rinvio al *BVerfG* (*Nichtvorlage*) si configura come una violazione della Costituzione e, pertanto, esauriti i rimedi giurisdizionali disponibili, i singoli sono ammessi a proporre ricorso diretto al *BVerfG* tramite una *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>12</sup> La rilevanza peraltro – diversamente da quanto avviene nell'ordinamento italiano – deve perdurare per tutto il processo costituzionale, finché il *BVerfG* non si sia pronunciato. Cfr. H.-G. DEDERER, *ult. op. cit.*, p. 78 ss.

<sup>13</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *ivi*, 65 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 253-254 Rn. 612.

<sup>14</sup> Cfr. *BVerfG*, 20 marzo 1952 - 1 BvL 12/51, 1 BvL 15/51, 1 BvL 16/51, 1 BvL 24/51, 1 BvL 28/51, in *BVerfGE* 1, 184 (189); in dottrina, cfr. H.-G. DEDERER, *ivi*, 65.

<sup>15</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 254 Rn. 613;

<sup>16</sup> Cfr. § 82, comma 3, *BVerfGG*.

compatibilità o nullità, hanno nel giudizio in esame la consueta portata *erga omnes* (§ 31, comma 1, *BVerfGG*), che però non riguarda le sole decisioni di accoglimento, ma pure le pronunce di inammissibilità<sup>17</sup>.

Tracciati così sommariamente gli aspetti salienti del *konkrete Normenkontrollverfahren*, si può proseguire con l'indagine, entrando nel merito del problema concernente la tutela cautelare di situazioni soggettive pregiudicate da disposizioni di dubbia costituzionalità.

## 2. Tutela cautelare e konkrete Normenkontrollverfahren: „Richtervorlage im Eilverfahren?“

La questione del rapporto conflittuale tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello del sindacato accentrato di costituzionalità si presenta anche nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca, in termini peraltro sorprendentemente affini a quelli del caso italiano.

L'ordinamento tedesco infatti riconosce – come quello italiano – il ruolo fondamentale della tutela cautelare quale strumento per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, sulla base della logica considerazione che la durata del processo può determinare la definitiva frustrazione delle esigenze di tutela del ricorrente, qualora prima della decisione di merito possano determinarsi fatti compiuti o pregiudizi irreparabili per gli interessi in gioco<sup>18</sup>.

La disposizione di riferimento è l'art. 19, comma 4, *GG*, il quale prevede che: «Chiunque è leso nei suoi diritti dal pubblico potere, può ricorrere alla giurisdizione. Se non è prevista una diversa competenza, è dato il ricorso alla giurisdizione ordinaria». Da tale norma dottrina e giurisprudenza traggono un principio generale di necessaria disponibilità di misure cautelari che siano adeguate a far fronte alle esigenze di

<sup>17</sup> Cfr., da ultimo, M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2020, p. 161 ss.

<sup>18</sup> Cfr., ad es., E. SCHMIDT-ARMANN, *GG Art. 19 Abs. 4*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, München 2017, spec. p. 202 ss.

tutela dei singoli<sup>19</sup>; con il significativo corollario per cui, nei casi nei quali non sia dato rinvenire un apposito strumento cautelare per il caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice, questi deve ricorrere all'analogia al fine di colmare le lacune di tutela palesate dalla legge<sup>20</sup>.

Il principio così delineato di pienezza della tutela cautelare si scontra però – nel caso in cui il ricorrente lamenti l'illegittimità della legge applicabile al caso di specie – con il *Verwerfungsmonopol* del *BVerfG*, ovvero con l'attribuzione in via esclusiva al giudice costituzionale della competenza di dichiarare l'illegittimità delle leggi incompatibili con il *Grundgesetz*. Il giudice di merito, convintosi dell'illegittimità della disposizione a cui tuttavia è chiamato a dare applicazione per la definizione del giudizio principale, non potrebbe far altro che investire il *BVerfG* della relativa questione, essendo soggetto, da una parte, all'obbligo di rinvio al ricorrere della rilevanza, dall'altra, al divieto di disapplicazione incidentale della legge.

I contorni del problema, insomma, risultano del tutto analoghi a quelli della questione sorta nell'ordinamento italiano, con la peculiarità già indicata (e che giustifica l'indagine svolta sul sistema tedesco) dell'ampio potere cautelare riconosciuto al giudice costituzionale tedesco, assente invece in capo all'omologo italiano.

La trattazione si concentra in prima battuta sulle pronunce nelle quali il *BVerfG* ha preso posizione rispetto al problema, per poi rico-

<sup>19</sup> Cfr., tra le altre, *BVerfG*, 19 giugno 1973 - 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, in *BVerfGE* 35, 263 (274); Id., 18.07.1973 - 1 BvR 23/73, 1 BvR 155/73, ivi 35, 382 (401); Id., 24.04.1974 - 2 BvR 236/74, 2 BvR 245/74, 2 BvR 308/74, ivi 37, 150 (153); Id. 12 settembre 1995 - 2 BvR 1179/95, in *NVwZ*, 1996, 58 (59); Id., 10 ottobre 2003 - 1 BvR 2025/03, in *NVwZ*, 2004, 93 (94); Id., 27 dicembre 2006 - 2 BvR 803/05, in *NVwZ* 2007, 807; Id., 29 maggio 2007 - 2 BvR 695/07, in *NVwZ*, 2007, 1176 (1177); Id. 11 giugno 2008 - 2 BvR 2062/07, in *NVwZ-RR*, 2008, 657; *BVerfG*, 8 novembre 2012 - 1 BvR 22/12, in *DÖV*, 2013, 198.

<sup>20</sup> L'art. 19, comma 4, *GG* è peraltro ritenuto dalla dottrina maggioritaria specificazione del dovere statale di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, corollario del più generale principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) di cui all'art. 20 *GG*; pertanto, si ritiene che la necessaria predisposizione di rimedi cautelari adeguati non sia limitato allo specifico caso di intervento dei pubblici poteri, ma riguardi l'intero spettro della tutela giurisdizionale statale, quindi anche in relazione ai rapporti tra privati. Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., p. 180 ss.

struire gli indirizzi consolidatisi nella giurisprudenza di merito (assai meno frammentaria di quella italiana). Uno spazio sarà dedicato infine a un *excursus* sulle varie elaborazioni dottrinali – che offrono un’ampia ed articolata gamma di ipotesi alternative – avendo cura di evidenziarne pregi e difetti.

### 3. La prima giurisprudenza del BVerfG: obbligo di rinvio anche nel procedimento cautelare

La prima pronuncia del BVerfG nella quale si affronta il problema risale al 1977<sup>21</sup>. Il giudizio, introdotto da un rinvio del OVG Hamburg, concerneva la normativa della Città di Amburgo in materia di formazione dei giuristi (*Hamburgische Juristenausbildungsverordnung – JAO*), la quale non prevedeva espressamente che fossero esclusi dal tirocinio formativo i candidati che non potessero offrire un’idonea garanzia di fedeltà alla Costituzione. Il resistente nel giudizio *a quo* aveva ottenuto, in primo grado, l’ammissione in via cautelare ai sensi del § 123 VwGO al tirocinio formativo presso la Pubblica Amministrazione di Amburgo, dopo essere stato rifiutato in più *Länder* e dalla stessa Città di Amburgo in ragione dei suoi precedenti penali e del suo coinvolgimento nelle attività di un’associazione criminale sovversiva (il *Sozialistische Patientenkollektiv Heidelberg*)<sup>22</sup>.

L’OVG Hamburg, giudice d’appello, reputando illegittima la legge amburghese che non poneva impedimenti espressi all’assunzione nella Pubblica Amministrazione di soggetti dagli ideali chiaramente antitetici a quelli dell’ordinamento democratico, aveva rinviato *ex art.* 100, comma 1, GG la relativa questione al BVerfG.

Il giudice costituzionale, pur ritenendo legittima la legge amburghese, dal momento che a suo parere l’esclusione di soggetti dagli ideali apertamente contrari a quelli democratici (pur non espressa nel-

<sup>21</sup> BVerfG, 5 ottobre 1977- 2 BvL 10/75, in BVerfGE 46, 43 (51), nonché in NJW, 1978, 37. Il caso è menzionato anche da A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 234, ora anche in ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, p. 315 s.

<sup>22</sup> Cfr. BVerfG, 5 ottobre 1977, cit., *ivi*, 37-38, *Zum Sachverhalt*.

la JAO) trovava diretto fondamento nella *Grundgesetz*, aveva tuttavia precisato che nelle ipotesi, come quella di specie, in cui la pronuncia cautelare comporta una considerevole anticipazione della decisione finale e la concessione di un qualcosa che neppure la decisione del merito, in realtà, potrebbe assicurare – proprio perché la disposizione incostituzionale può essere caducata solo dal *BVerfG* – il giudice di merito deve investire preventivamente della questione il *BVerfG*. Detto altrimenti, qualora la pronuncia cautelare conduca a un'ampia anticipazione degli effetti del merito del giudizio di costituzionalità, il giudice *a quo* deve rivolgersi al *BVerfG*, in virtù sia del (seppur non esplicitato) *Vorwegnahmeverbot* sia del più generale *Verwerfungsmonopol* sussistente in capo al giudice costituzionale.

A distanza di qualche anno, nel 1983, un'altra pronuncia del *BVerfG*<sup>23</sup> sembra confermare l'indirizzo inaugurato nel 1977. In tal caso, il rinvio da parte del giudice *a quo* concerne la compatibilità con la *Grundgesetz* del termine di decadenza previsto dalla legge – e ritenuto irragionevolmente breve (di sole due settimane a decorrere dall'evento) – ai fini dell'esercizio del diritto di rettifica (*Gegendarstellung*) rispetto ai contenuti di una trasmissione televisiva dalla NDR (*Norddeutscher Rundfunk*), un'emittente radiotelevisiva locale<sup>24</sup>.

Il ricorrente, la Federazione delle associazioni idealiste turco-democratiche in Europa (*Föderation der Türkisch-Demokratischen Idealistenvereine in Europa*), aveva chiesto ripetutamente alla NDR di rettificare i contenuti della trasmissione dal titolo "*Türken in Bingen*", ricevendo però il netto rifiuto dell'emittente. A questo punto il ricorrente si era rivolto al giudice.

La peculiarità del caso è data dal fatto che la stessa disposizione impugnata, il § 12 *NDR-StV* richiamava al comma 5 – ai fini della disciplina del procedimento giurisdizionale contro il rifiuto di rettifica della NDR – le disposizioni del Codice di procedura civile in materia

<sup>23</sup> Cfr. *BVerfG (I Senat)*, 8 febbraio 1983 - 1 BvL 20/81, in *BVerfGE* 63, 131 (141); nonché in *GRUR*, 1983, 316. Cfr. sulla pronuncia A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 234-235.

<sup>24</sup> La disposizione in questione è § 12, comma 2, I periodo, *NDR-StV* (*NDR-Staatsvertrag*, ovvero l'accordo concluso tra i *Länder Niedersachsen, Schleswig-Holstein* e la città di Amburgo nel 1980 per disciplinare l'emittente radiotelevisiva NDR).

di provvedimenti cautelari, escludendo però espressamente la successiva instaurazione di un giudizio di merito<sup>25</sup>.

Nel riconoscere l'ammissibilità della questione, il *BVerfG* osserva che proprio la circostanza che non vi sia un successivo giudizio di merito va a giustificare la necessità che il giudice dell'urgenza rinvi la questione al giudice costituzionale già nella fase cautelare. Ragionando diversamente, e cioè lasciando ai giudici comuni la possibilità di concedere direttamente la tutela cautelare richiesta, così disapplicando la legge incostituzionale, si finirebbe con il violare le attribuzioni dello stesso *BVerfG*. Il che significherebbe, in ultima istanza, disattendere le finalità dell'art. 100, comma 1, *GG*, ossia quella di evitare che il singolo giudice possa ignorare la volontà del legislatore, nonché quella di scongiurare, tramite una decisione *erga omnes* del *BVerfG*, il determinarsi di una molteplicità di singole decisioni divergenti l'una dall'altra. Pertanto, conclude il giudice costituzionale, nell'interesse del ruolo svolto dal giudizio di costituzionalità concreto nell'ordinamento, deve accettarsi il pericolo che la decisione del *BVerfG* possa giungere talvolta troppo tardi per la tutela dei diritti dei singoli<sup>26</sup>.

Seguono, a queste prime pronunce, altre due decisioni nelle quali si lascia aperta<sup>27</sup> la possibilità di investire il *BVerfG* nell'ambito di pro-

<sup>25</sup> Dimodoché il procedimento in parola non si configurava, in realtà, come un vero e proprio procedimento cautelare, quanto piuttosto come un procedimento sommaro che per la propria disciplina faceva riferimento a quella cautelare civilistica.

<sup>26</sup> Cfr. *BVerfG* (I *Senat*), 8 febbraio 1983, cit., in *GRUR*, 1983, p. 318.

<sup>27</sup> Cfr. *BVerfG*, 20 marzo 1984 - 1 BvL 28/82, in *BVerfGE* 66, 248 (251 ss.); nonché in *NJW* 1984, 1872, relativamente alla sospensione *ex* § 80, comma 5, *VwGO*. La seconda pronuncia è invece *BVerfG*, 25 ottobre 1988 - 2 BvR 745/88, in *BVerfGE* 79, 69; nonché in *NJW*, 1989, p. 827, con nota di R. URBAN, *Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO*, in *NVwZ*, 1989, p. 433 ss.; nonché di H. MAURER, in *JZ*, 1989, p. 294 ss. Questa seconda pronuncia riguarda il caso di un eletto in un consiglio circoscrizionale bavarese, che si rifiuta di prestare il giuramento previsto dalla legge prima dell'assunzione del mandato, perché glielo impedirebbe la sua fede cristiana; al tempo stesso però si rende disponibile a dimostrare la propria fedeltà al *Grundgesetz* con metodi alternativi. Accertato il rifiuto di prestare giuramento, il consiglio lo dichiara decaduto. L'interessato impugna pertanto il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, chiedendo ai sensi del § 123 *VwGO* di poter esercitare provvisoriamente il proprio mandato. Il ricorso viene rigettato e quindi l'interessato propone una *Verfassungsbeschwerde* contro il diniego



cedimenti cautelari instaurati ai sensi del § 80, comma 5, *VwGO*, e del § 123 *VwGO*.

Nel complesso, sembra dunque emergere, seppur da poche pronunce, un atteggiamento del giudice costituzionale favorevole al rinvio della questione nel procedimento cautelare, anche a scapito talvolta delle stesse esigenze di tutela dei diritti delle parti del giudizio principale. Prevale evidentemente, sulla considerazione delle situazioni individuali, il carattere oggettivo del controllo sulle leggi concreto, cui si aggiunge la preoccupazione che attraverso l'elusione provvisoria dell'obbligo di rinvio i giudici comuni finiscano per compromettere il *Verwerfungsmonopol* del *BVerfG*.

#### 4. Revirement del *BVerfG*: la tutela cautelare dei diritti spetta ai giudici comuni

Un netto *revirement* di questa giurisprudenza si incontra tuttavia nel 1992, in relazione al giudizio su una *Verfassungsbeschwerde* promossa avverso il Trattato di unificazione (*Einigungsvertrag*)<sup>28</sup>. In parti-

dell'istanza cautelare da parte del giudice. Il *BVerfG* lo accoglie, concedendo al ricorrente la possibilità di esercitare il proprio mandato senza dover prestare giuramento (ma dicendo: "io affermo", invece che: "io giuro"). La motivazione richiama espressamente il diritto del ricorrente alla tutela giurisdizionale contro gli atti del pubblico potere di cui all'art. 19, comma 4, *GG* e sottolinea la necessità per il giudice amministrativo di tener conto, nell'applicazione dello strumento cautelare, del particolare significato dei diritti fondamentali in gioco. Alcuni commentatori hanno ritenuto che tale decisione rappresenti la conferma della possibilità di disapplicare in via cautelare la norma ritenuta incostituzionale; cfr., ed es., R. URBAN, *op. cit.*, p. 435; H. MAURER, *op. cit.*, p. 295. Tuttavia J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in J. IPSEN, H.-W. RENGELING, J.M. MÖSSNER, A. WEBER (a cura di), *Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1995, p. 626, osserva che – non avendo preso il *BVerfG* una chiara posizione in proposito – la decisione potrebbe dipendere dalla possibilità di ricorrere ad una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione controversa.

<sup>28</sup> Cfr. *BVerfG*, 24 giugno 1992 - 1 BvR 1028/91, in *BVerfGE* 86, 382 (389), nonché in *NJW*, 1992, pp. 2749-2750

colare, nel caso di specie, si censurava quella parte dell'accordo con la quale si disponeva che la ghiaia e la rena grossa presenti nei territori della ex-Repubblica democratica tedesca dovessero considerarsi a tutti gli effetti risorse minerarie, perciò sottratte alla disponibilità dei proprietari del suolo sulle quali insisteva la relativa cava. Tale previsione contrastava peraltro apertamente con la precedente legge della Repubblica federale tedesca, ancora applicata nei *Länder* dell'ovest.

I ricorrenti, proprietari o co-proprietari di alcune cave di ghiaia collocate nella ex-DDR, lamentando la lesione dei loro diritti di estrazione (*Gewinnungsrecht*), avevano fatto ricorso al *BVerfG*. Ma benché avessero dimostrato di essere affetti in modo attuale e diretto dalla normativa impugnata, il loro ricorso è stato dichiarato inammissibile in relazione alla necessaria sussidiarietà della giurisdizione costituzionale, che nel caso il *BVerfG* ha ritenuto insussistente.

L'argomentazione del giudice costituzionale si incardina, in primo luogo, sulla circostanza che vi sarebbe l'esigenza di ottenere un chiarimento delle questioni di fatto e di diritto da parte della giurisdizione ordinaria, la quale notoriamente dispone degli strumenti più idonei per condurre tale attività istruttoria. Ma si aggiunge, poi, che i ricorrenti avrebbero ben potuto ricorrere in via cautelare ai giudici comuni contro lo sfruttamento delle proprie cave<sup>29</sup>. In tal senso, il fatto che i giudici comuni non siano competenti a decidere nel merito la questione di costituzionalità, competenza esclusiva del *BVerfG*, non impedirebbe agli stessi di concedere l'opportuna tutela interinale<sup>30</sup>.

Insomma, qualora lo richiedano esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, l'art. 100 GG non ostacola i giudici comuni nell'adozione dei necessari rimedi cautelari, purché attraverso la pronuncia cautelare non si anticipi integralmente il merito del giudizio costituzionale. La posizione del *BVerfG* risulta pertanto, assai mutata rispetto al precedente indirizzo, con una significativa apertura alla possibilità

<sup>29</sup> Il *Treuhandanstalt* (ente di diritto pubblico, incaricato della privatizzazione e ristrutturazione di imprese dell'ex-Repubblica democratica tedesca) aveva infatti, dapprima, conferito la proprietà della cave ai nuovi *Länder* (ex-DDR) e indetto gare d'appalto per le cave ed era ormai in procinto di aggiudicarne lo sfruttamento.

<sup>30</sup> Cfr. *BVerfG*, 24 giugno 1992 cit., p. 2750.

per il giudice *a quo* di concedere la tutela richiesta, disapplicando ai fini cautelari la legge ritenuta incostituzionale.

Orientamento questo che risulta confermato da un'ultima pronuncia<sup>31</sup>, assai più recente, relativa però ad un *konkrete Normenkontrollverfahren*; circostanza che rende la sentenza in esame particolarmente interessante per l'indagine.

Il ricorrente, una comunità circondariale della Sassonia, aveva impugnato dinanzi al VG Dresden la legge sassone sulla scuola (segnatamente § 23a, commi 1 e 3, *SächsSchG*, rubricato *Pianificazione della rete scolastica*), al fine di impedire la chiusura di uno dei propri istituti scolastici, una *Oberschule*, programmata nell'ottica di una riorganizzazione del sistema scolastico del *Land*. Il giudice di primo grado, ritenuta l'incostituzionalità della disciplina, aveva sospeso il processo e rinviato al BVerfG la relativa questione di legittimità.

La comunità ricorrente, da parte sua, aveva invece sollecitato la pronuncia di un provvedimento cautelare ex § 32 BVerfGG, articolando la propria istanza come segue: in primo luogo, aveva chiesto che – per il tempo necessario a definire il merito del giudizio costituzionale – fosse dichiarata inapplicabile la disciplina impugnata; in subordine, che fosse consentito di mantenere provvisoriamente aperta la struttura e, in ultima istanza, che si potessero ammettere al nuovo anno scolastico almeno gli studenti della 5. Klasse (tenendo così un solo corso).

Il BVerfG dichiara inammissibile la domanda cautelare del ricorrente, con una motivazione che offre interessanti spunti ricostruttivi del rapporto tra tutela cautelare costituzionale e tutela cautelare dei giudici comuni.

In primo luogo, si osserva che le parti del giudizio *a quo* non sono parti del *konkrete Normenkontrollverfahren* dinanzi al BVerfG, dal momento che le stesse sono ammesse esclusivamente a presentare delle osservazioni ai sensi del § 82, comma 3, BVerfGG, ed è quindi loro preclusa la facoltà di presentare istanze cautelari ex § 32 BVerfGG<sup>32</sup>.

In secondo luogo, scartata la proponibilità dell'istanza cautelare

<sup>31</sup> Cfr. BVerfG (I Kammer del II Senat), 4 marzo 2014 – 2 BvL 2/13, in NVwZ-RR, 2014, p. 369 ss.

<sup>32</sup> *Aus den Gründen*, § 12, BVerfG (I Kammer della II Senat), 4 marzo 2014 cit., 369.

nella cornice del procedimento *ex art. 100, comma 1, GG*, il *BVerfG* esclude pure la possibilità di accedere ad una reinterpretazione giudiziale dell'istanza cautelare, ritenendola in ipotesi coordinata a un diverso giudizio costituzionale (specificamente *Kommunalverfassungsbeschwerde*): competente a conoscere la specifica violazione lamentata dal ricorrente non è infatti il *BVerfG*, ma il *LVerfG* sassone, cui la controversia è devoluta ai sensi della stessa normativa del *Land*<sup>33</sup>.

La motivazione si conclude con il rilievo di carattere generale per cui la sussidiarietà che contraddistingue la *Verfassungsbeschwerde* vale anche in relazione alla tutela cautelare costituzionale *ex § 32 BVerfGG*, con la logica conseguenza che i ricorrenti, per potervi accedere, devono aver prima esaurito i rimedi giurisdizionali dinanzi ai giudici ordinari. Circostanza che, nel caso di specie, non sussisteva, dal momento che la Comunità circondariale ben avrebbe potuto ricorrere in appello all'*OVG* (in quanto parte della tutela richiesta era stata negata dal giudice di primo grado) oppure riproporre l'istanza allo stesso *VG*<sup>34</sup>.

L'ultima notazione del *BVerfG* vale in definitiva a confermare nuovamente la possibilità che i giudici ordinari concedano – salvo i casi di anticipazione del merito – i provvedimenti cautelari che appaiano più opportuni per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, sebbene agli stessi non sia consentita la decisione in merito alla costituzionalità delle disposizioni controverse<sup>35</sup>.

All'esito della ricognizione della giurisprudenza costituzionale emergono dunque alcuni punti fermi di grande interesse. Innanzitutto, si può riscontrare un'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale: se dapprima, negli anni '70-'80, il *BVerfG* appare più attento a salvaguardare il proprio *Verwerfungsmonopol*, ritenendo accettabile – in un'ottica di sistema – la possibilità che la tutela dei diritti soggettivi possa giungere troppo tardi a causa dei tempi del processo costituzionale, in un secondo momento, a partire dagli anni '90, il giudice costituzionale muta approccio, consentendo ai giudici comuni il rilascio di provvedimenti cautelari in vista della garanzia di una piena tutela giurisdizionale.

<sup>33</sup> *Aus den Gründen*, §§ 13-14, *ibidem*.

<sup>34</sup> *Aus den Gründen*, § 16, *ibidem*.

<sup>35</sup> *Aus den Gründen*, § 17, *ibidem*.

Il cambio di prospettiva è considerevole, anche se taluni lo ritengono legato in via principale ad esigenze di smaltimento dell'arretrato.

Altro elemento interessante che emerge con chiarezza è il fatto che il *BVerfG* tenga fermo, anche nelle pronunce più recenti, il *Vorwegnahmeverbot*. La scelta si giustifica sia per la particolare pervasività del principio nella giurisprudenza costituzionale sia per la necessità di tracciare un punto di raccordo con le prime sentenze in materia, in modo tale da non sconfessare apertamente il precedente orientamento. È evidente, tuttavia, come un approccio di questo tipo possa inevitabilmente ripercuotersi in modo negativo sull'ampiezza della tutela cautelare che i giudici comuni possono effettivamente concedere.

Ultimo punto, di fondamentale importanza per l'indagine nel suo complesso, è costituito dal fatto che il *BVerfG* sembra respingere nettamente la possibilità di riconoscersi il ruolo di giudice cautelare dei diritti nell'ambito del *konkrete Normenkontrollverfahren*. Detto altrimenti, il *BVerfG* non è il giudice incaricato di pronunciare il provvedimento cautelare in rapporto ai diritti coinvolti in un giudizio in via incidentale.

Tale posizione assunta dal *BVerfG* è giustificata sotto molteplici profili, tra i quali spiccano, in particolare, la natura oggettiva del *konkrete Normenkontrollverfahren*, la sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale e, da ultimo, l'impossibilità per le parti nel giudizio *a quo* di essere parti pure nel processo costituzionale.

Se dunque si volesse guardare alla sola giurisprudenza costituzionale, si potrebbe trarre sin da subito una netta smentita di quella corrente di pensiero dottrinale che, nel contesto italiano, suggerisce l'introduzione di un potere cautelare della Corte costituzionale per il giudizio sulle leggi in via incidentale. Proprio nel sistema di giustizia costituzionale tedesco che, più di tutti gli altri affini al nostro, riconosce un ampio potere cautelare in capo al giudice costituzionale, l'esercizio di tale potere in rapporto al processo incidentale è sostanzialmente nullo.

La tutela cautelare rimane, infatti, prerogativa della giurisdizione ordinaria, nella sua veste di garante dei diritti, mentre il compito di salvaguardia della legalità costituzionale rimane ben saldo nelle mani del *BVerfG*. La posizione assunta dal giudice costituzionale tedesco

sembra lasciare aperta la strada di un suo intervento cautelare diretto per i soli casi in cui la pronuncia del giudice di merito comporterebbe l'anticipazione del merito del giudizio costituzionale; ma rappresenta un elemento certo non irrilevante il fatto che non siano mai stati pronunciati provvedimenti cautelari ai sensi del § 32 *BVerfGG* nell'ambito del giudizio *ex art.* 100, comma 1, *GG*.

L'esame del problema della tutela cautelare avverso leggi incostituzionali nel sistema tedesco non può tuttavia essere limitata alla sola giurisprudenza costituzionale, dal momento che un ruolo primario – come si è potuto chiaramente vedere nell'ordinamento italiano – è svolto in prima istanza dalla giurisprudenza ordinaria, che può arrivare ad influenzare in misura considerevole anche l'atteggiamento del giudice costituzionale. Appare pertanto opportuno spostare l'attenzione sugli orientamenti espressi dalla giurisprudenza ordinaria tedesca per verificare se questa si conformi alle indicazioni del *BVerfG*, oppure sviluppi (e in quale misura) nuove soluzioni al problema.

##### 5. *La giurisprudenza di merito tedesca: gli argomenti*

Diversamente dalla variegata moltitudine di indirizzi, spesso apertamente contraddittori fra loro, registrata nell'ambito italiano, la giurisprudenza tedesca di merito si presenta piuttosto compatta nell'approccio al problema in esame. Sin dalle prime pronunce sul tema, è stata infatti accordata una chiara preferenza per una soluzione che più appare in sintonia con l'art. 19, comma 4, *GG* e che da ultimo, come si è visto, è stata accolta pure dal *BVerfG*.

La giurisprudenza largamente maggioritaria ha ritenuto infatti di preferire la soluzione favorevole alla concessione della tutela cautelare richiesta dal ricorrente, sebbene l'istanza si fondi espressamente sull'incostituzionalità della legge applicabile e venga pertanto chiamato in causa il *Verwerfungsmonopol* del *BVerfG*. La preminente esigenza di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva rispetto agli atti dei pubblici poteri consentirebbe, nel ristretto ambito cautelare, di derogare al *Vorlagepflicht* (obbligo di rinvio) – cui è usualmente soggetto il giudice comune – e di concedere così i rimedi giurisdizionali più opportuni per il caso di specie.

Le motivazioni adottate nelle diverse pronunce cautelari sono piuttosto variegata, spesso condizionate alla specificità del caso concreto, ma si può comunque individuare un nucleo argomentativo ricorrente che va a formare la struttura portante della decisione d'urgenza.

In primo luogo, è considerazione comune presso i giudici di merito che, nell'ambito del procedimento cautelare, non sussistano i presupposti che, ai sensi dell'art. 100, comma 1, GG, rendono obbligatorio il rinvio al *BVerfG*. In particolare, si esclude che il giudice della fase cautelare possa maturare la necessaria convinzione circa l'illegittimità della disposizione controversa.

Come è noto, il procedimento cautelare, in Italia come in Germania, è strutturato sul modello di un giudizio a cognizione sommaria; sommarietà che riguarda non solo il profilo fattuale del caso sottoposto all'attenzione del giudice, ma anche quello strettamente giuridico. Conseguentemente, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice cautelare non potrà mai – vista anche la necessaria celerità con la quale conduce l'indagine del punto di diritto – arrivare a maturare quella piena convinzione in merito alla incostituzionalità della legge richiesta affinché il rinvio al giudice costituzionale si configuri come doveroso. Sarà semmai nel successivo giudizio di merito che – con gli strumenti e i tempi della cognizione piena – il giudicante potrà formarsi un'opinione più precisa sul punto ed eventualmente potrà (e dovrà) investire della questione di costituzionalità il *BVerfG*.

Una volta escluso l'obbligo del rinvio, si osserva (ed è questo un secondo argomento ricorrente in giurisprudenza) che il giudice, pur non potendo raggiungere la convinzione circa l'incostituzionalità di una norma, può però ragionevolmente dubitare della legittimità della stessa. E tale dubbio – specie se è particolarmente grave (si parla generalmente di *ernstliche Zweifel*)<sup>36</sup> – non può essere tralasciato ai fini della decisione sulla cautela.

I profili di illegittimità della legge vengono pertanto ripresi in considerazione ai fini della decisione cautelare del giudice, ma solamente in quanto elementi del complesso bilanciamento degli interessi, sia

<sup>36</sup> Cfr., ad es., *OLG Hamburg*, 23 maggio 1980, in *JZ*, 1983, p. 63 ss., in relazione alla sospensione di un atto amministrativo emesso nell'ambito di una procedura di espropriazione.

privati che pubblici, che lo stesso giudicante è chiamato ad effettuare per decidere se concedere o meno la sospensiva del provvedimento impugnato oppure regolare provvisoriamente la situazione tra le parti in giudizio<sup>37</sup>. Ciò significa, tuttavia, che il dubbio, seppur grave, può assumere un ruolo decisivo ai fini della decisione favorevole, come pure risultare cedevole dinanzi al preminente interesse pubblico. La soluzione non può essere tracciata *a priori*, ma risulta dalla ponderazione dei contrapposti interessi in rapporto al caso concreto.

In proposito, si è osservato con chiarezza di argomentazione in una recente pronuncia del *VGH München*<sup>38</sup> che, al momento della decisione in ordine alla disapplicazione della legge, il giudice deve necessariamente prendere in considerazione anche i pregiudizi non compiutamente riparabili *ex post* che possono derivare non solo alla parte privata, ma pure alla pubblica autorità (e così al pubblico interesse), nei casi in cui si decida di mantenere l'esecuzione di una disposizione di immediata applicazione oppure, viceversa, si intenda sospenderne l'esecuzione.

La possibilità di riconoscere la tutela cautelare richiesta incontra tuttavia pur sempre un limite intrinseco, oltre a quelli che eventualmente dovessero emergere dal bilanciamento degli interessi. In conformità con i principi fondanti della giustizia cautelare e alla giurisprudenza menzionata del *BVerfG*, la decisione del giudice non può infatti condurre ad un'anticipazione del merito della causa, il che significa che in tutti i casi nei quali il provvedimento cautelare richiesto abbia un contenuto ampiamente anticipatorio lo stesso non può essere concesso.

<sup>37</sup> In tal senso, cfr. *OVG Bremen*, 19 aprile 1995 – 1 B 84/94, in *BeckRS*, 1995, 12776, in relazione alla sospensione del pagamento di una tassa speciale sui rifiuti della città di Brema, avverso la quale erano già state sollevate diverse *Verfassungsbeschwerden*; *VGH Mannheim*, 28 luglio 1998 - 2 S 624–98, in *NVwZ-RR*, 1999, 35 (36), relativo alla sospensione del pagamento di un contributo statale (del *Land Baden-Württemberg*) per la formazione nel settore dell'assistenza agli anziani.

<sup>38</sup> Cfr. *VGH München*, 13 gennaio 2015 – 22 CS 14.2323, in *BayVBl.*, 2015, p. 390 ss.



6. Segue: *La giurisprudenza di merito tedesca: i casi*

Per meglio comprendere i profili della giurisprudenza tedesca appena descritti e cogliere la varietà e la ricchezza delle questioni affrontate dai giudici di merito, può essere utile passare in rassegna alcune delle pronunce più significative.

Una delle prime decisioni cautelari delle quali si ha notizia è quella del VGH del *Baden-Württemberg*, resa in data 5 maggio 1976<sup>39</sup>. La ricorrente, segretaria locale della Federazione comunista della Germania dell'Ovest e membro del Comitato centrale, si era candidata per concorrere alla carica di Sindaco nelle elezioni di un comune del *Land*, ma la commissione elettorale ne aveva respinto la candidatura in quanto non eleggibile: la stessa infatti non offriva la garanzia – richiesta per legge ai sensi del § 46, comma 1, *GemO Bad.-Württ.* – di essere disposta a difendere in ogni occasione l'ordinamento democratico liberale. La decisione era stata immediatamente impugnata dinanzi al giudice di primo grado dalla candidata, che lamentava l'incostituzionalità della disciplina elettorale per violazione del *Parteienprivileg* di cui all'art. 21 GG<sup>40</sup>. La ricorrente chiedeva, in primo luogo, di essere riammessa alla competizione elettorale; in secondo luogo, che nel tempo necessario per addivenire alla decisione sul merito, fosse reso pubblico il suo ricorso al giudice e che fosse tenuto conto della sua possibile riammissione nella preparazione delle schede elettorali. La prima istanza veniva però respinta e, pertanto, la ricorrente faceva appello al VGH.

Dopo aver osservato che i presupposti per un'eccezionale anticipazione del merito della causa – attraverso l'elusione dell'obbligo di rin-

<sup>39</sup> VGH *Bad.-Württ.*, 5 maggio 1976 – I 785/76, in *DÖV*, 1976, p. 678 ss., con note di H. KLÜCKMANN, in *DÖV*, 1976, pp. 324-325; C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, *DÖV* 1976, 678, in *JuS* 1978, p. 312 ss. La prima pronuncia che risulta pubblicata e commentata sulla questione del rapporto conflittuale tra art. 100, comma 1, GG e tutela cautelare è *OVG Münster*, 13 febbraio 1963 – III B 583/63, in *DÖV*, 1964, p. 173 ss., con nota di J. WIDTMANN, in *DÖV*, 1964, pp. 459-460, con la quale si sospendeva il pagamento di un'imposta comunale sugli immobili sulla scorta del serio dubbio di compatibilità di una tale imposta con il diritto federale.

<sup>40</sup> L'art. 21 GG detta la disciplina fondamentale dei partiti politici nell'ambito del *Grundgesetz*.

vio al *BVerfG* – erano assai controversi, il giudice amministrativo rigettava l'istanza. La ricorrente disponeva, infatti, di ulteriori strumenti di tutela nel procedimento elettorale (aveva infatti presentato opposizione alla decisione di esclusione) e comunque, a detta del giudice, per sottrarsi al *Vorlagepflicht* ex art. 100 GG, sarebbe stato necessario convincersi dell'illegittimità della disposizione controversa<sup>41</sup>.

Appena due mesi prima, un'altra decisione in materia elettorale (*VG Würzburg* del 5 marzo 1976<sup>42</sup>) si era conclusa con una decisione di segno opposto. Il ricorrente nel caso in questione chiedeva di essere riammesso in via cautelare nelle liste elettorali – dalle quali era stato escluso ai sensi dell'art. 2, n. 2) *BayGemWahlG* per una condanna penale<sup>43</sup> – allo scopo di poter esercitare il proprio diritto di voto alle imminenti elezioni comunali. A fondamento del ricorso, allegava l'incostituzionalità della normativa elettorale. Il giudice amministrativo accoglieva il ricorso, osservando che un rinvio ex art. 100, comma 1, GG in ipotesi come quella di specie avrebbe comportato essenzialmente la negazione di una tutela giurisdizionale effettiva. In virtù del principio di cui all'art. 19, comma 4, GG, nei casi in cui l'esercizio del diritto (in questo frangente quello di voto) diventi sostanzialmente impossibile, si può derogare al *Verwerfungsmonopol* del *BVerfG*. Per accedere a tale soluzione è tuttavia pur sempre necessario che vi siano fondati dubbi (*begründete Zweifel*) in ordine alla legittimità costituzionale della disposizione impugnata.

La concessione del provvedimento del giudice cautelare sulla scorta dell'incostituzionalità della disciplina applicabile va ben oltre la sola materia elettorale; tra i provvedimenti cautelari concessi si possono in-

<sup>41</sup> Cfr. *VGH Bad.-Württ.*, 5 maggio 1976, cit., p. 679.

<sup>42</sup> Cfr. *VG Würzburg*, 5 marzo 1976 – W 54 III 76, in *NJW*, 1976, p. 1651 ss.; con nota di C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, cit., p. 312 ss.

<sup>43</sup> Il ricorrente era stato dapprima condannato in via definitiva per concorso in omicidio a otto anni di reclusione. La pena era stata poi ridotta, così pure era stata caducata la connessa sospensione dei diritti civili, sostituita dall'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni. La disposizione controversa – art. 2, n. 2) *BayGemWahlG* – impediva tuttavia l'esercizio del diritto di voto anche a chi era destinatario della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici.

dicare l'assegnazione provvisoria di un posto di studio all'Università<sup>44</sup>, la sospensione di un atto amministrativo emesso nell'ambito di una procedura di espropriazione<sup>45</sup>, la sospensione di un avviso di pagamento<sup>46</sup>, la sospensione della chiusura di una singola scuola adottata con legge-provvedimento<sup>47</sup>, nonché la sospensione del servizio civile sostitutivo<sup>48</sup>.

Un caso assai particolare è quello deciso dall'OVG del *Land Nordrhein-Westfalen*, concernente la compatibilità del sistema delle "quote rosa" nella pubblica amministrazione del *Land* con la *Grundgesetz*. Il ricorrente aveva fatto ricorso contro la promozione conferita a una collega sulla scorta della disciplina controversa, chiedendo che per il tempo necessario a decidere il ricorso nel merito fosse concessa una misura cautelare volta ad impedire che il posto fosse assegnato in via definitiva. Dapprima, il giudice aveva ritenuto di non accogliere l'istanza cautelare del ricorrente e di dover investire della questione il *BVerfG*<sup>49</sup>. Tuttavia, in un secondo momento – dopo che il giudice relatore presso il *BVerfG* aveva espresso alcuni dubbi in merito alla rilevanza e sostenuto che l'art. 19, comma 4, *GG* avrebbe consentito al giudice *a quo* di pronunciarsi sull'istanza cautelare – aveva riformato l'ordinanza di rinvio e concesso il provvedimento richiesto<sup>50</sup>.

Si afferma infatti – in radicale opposizione alla prima decisione – che la tutela cautelare richiesta dev'essere concessa nei casi in cui, da una parte, il giudice nutra considerevoli dubbi in ordine alla compati-

<sup>44</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, 19 maggio 1978, in *NJW*, 1979, p. 330.

<sup>45</sup> Cfr. *OLG Hamburg*, 23 maggio 1980, in *JZ*, 1983, p. 63 s., con nota di H. GOERLICH, *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, ivi, p. 57 ss.

<sup>46</sup> Cfr. *BFH*, sentenza 23 novembre 1983, in *NJW* 1984, p. 1488 ss.

<sup>47</sup> Cfr. *OVG Hamburg*, 14 settembre 1984 - Bs IV 20/84, in *NVwZ*, 1985, p. 51 ss.

<sup>48</sup> Cfr. *VG Hamburg*, 8 gennaio 1985 - 3 VG W 42/85, in *NVwZ* 1985, p. 514 ss.

<sup>49</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, 23 ottobre 1990, in *DVBl.*, 1991, 118, con nota di A. KRUSE, *Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OVG NRW vom 23. 10. 1990*, in *DÖV*, 1991, p. 1002.

<sup>50</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, 23 ottobre 1990, in *DVBl.* 1991, p. 118 ss., con nota di C. FUCHSLOCH, *Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?*, in *NVwZ*, 1991, p. 442 ss. Una decisione analoga, sempre in tema di quote rosa nel pubblico impiego, è *OVG Berlin*, 16 aprile 1992, in *DVBl.*, 1992, p. 919 ss.; entrambe le pronunce si possono leggere anche in *NVwZ*, 1992, p. 1226 ss.

bilità della legge con il diritto sovraordinato, oppure si sia pienamente convinto dell'incompatibilità della disposizione e pertanto si attende che, nel processo di merito conseguente al rinvio e alla decisione del *BVerfG*, il ricorrente abbia successo; dall'altra, senza la concessione del provvedimento cautelare, l'attuazione del diritto nel giudizio di merito verrebbe definitivamente vanificata.

Nello stesso senso si muovono due pronunce, piuttosto recenti, in materia di tasse per gli studi superiori. *In primis* una decisione del *OVG Hamburg* del 27 ottobre 2005<sup>51</sup>, con la quale il giudice sospende il pagamento di una tassa scolastica imposta esclusivamente agli studenti residenti al di fuori della città e dell'area metropolitana di Amburgo e per questo di dubbia compatibilità con gli art. 12, comma 1, art. 33, comma 1, e art. 3, comma 1, *GG*. In secondo luogo, viene una interessante pronuncia del *VG Gießen* del 30 ottobre 2007<sup>52</sup> che – pur concernendo la differente e peculiare ipotesi di conflitto tra legge statale e costituzione del *Land* (e non con la *Grundgesetz*) – sviluppa argomenti del tutto analoghi a quelli della giurisprudenza finora descritta. La decisione concerne una tassa sullo studio universitario (più precisamente sul *Grundstudium*, ovvero la prima fase del percorso universitario), di cui si dubita la legittimità in relazione alla Costituzione del *Land Hessen* che prevede che l'istruzione superiore sia gratuita (art. 59): la disposizione controversa che istituisce la tassa infatti sarebbe calibrata esclusivamente sulla copertura delle spese degli studi universitari e non sulla capacità contributiva dei singoli studenti. Il giudice accoglie la richiesta di sospensiva sulla scorta dei seguenti argomenti: in primo luogo, sussistono seri dubbi di costituzionalità della norma, che non distingue tra studenti in grado di affrontare l'esborso e altri che non lo sono; in secondo luogo, considerata la sussistenza di tali dubbi – ovvero la verosimiglianza dell'illegittimità della norma – risultano integrati i presupposti per la concessione della sospensione, senza che sia necessario investigare oltre; terzo, il rinvio al giudice costituzionale del *Land* comporterebbe un inaccettabile ritardo nella tutela giurisdizionale e si risolverebbe in un diniego di giustizia; infine, la sospensione non comporta alcuna anticipazione del merito, ma si limita a

<sup>51</sup> Cfr. *OVG Hamburg*, 27 ottobre 2005, in *NVwZ*, 2006, p. 949 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *VG Gießen*, 30 ottobre 2007 – 3 G 3758/07, in *BeckRS*, 2007, 27958.

conservare intatte le ragioni del ricorrente fino alla decisione conclusiva sulla legittimità della norma.

Da questo breve *excursus* tra alcune delle più interessanti pronunce cautelari in materia, emerge chiaramente come la giurisprudenza tedesca di merito si sia orientata favorevolmente – come si è descritto – per la concessione della tutela cautelare richiesta quando sussistano seri dubbi in ordine alla legittimità della norma impugnata. Qualche incertezza può riscontrarsi nella giurisprudenza in materia di asilo<sup>53</sup>, soprattutto in prossimità della riforma costituzionale che aveva fortemente limitato le possibilità di accesso alla tutela cautelare dei richiedenti asilo<sup>54</sup>. Tuttavia, si tratta di pochi casi legati alla peculiarità della disciplina in esame, che non vanno a scalfire, nel complesso, un atteggiamento della giurisprudenza di particolare sensibilità verso l'effettività della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 19, comma 4, GG.

#### 7. Le variegate posizioni della dottrina tedesca

Le soluzioni proposte dalla dottrina tedesca appaiono, invece, particolarmente variegata e sostanzialmente riproducono – seppur con le

<sup>53</sup> Cfr., *ex pluribus*, VG Ansbach, 9 luglio 1993 – AN 20593.39597, in NVwZ-Beil., 1993, p. 6 ss.; OVG Frankfurt (Oder), 7 aprile 1994 – 4B 12/94. A, in NVwZ-Beil., 1994, 42 ss.; VG Regensburg, 2 settembre 1993 – RN 7 E 93.31704, in NVwZ-Beil., 1993, p. 13 ss.; BayVGh, 28 ottobre 1993 – 24 CE 93.31582, 93.31631, 93.31632, in DVBl., 1994, p. 61 ss., nonché in NVwZ-Beil., 1994, p. 4 ss., con nota di B. HUBER, *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, in NVwZ, 1994, pp. 138-139.

<sup>54</sup> Legge per la modifica del *Grundgesetz* del 28 giugno 1993, in BGBl., 1993, I, 1074, che aveva modificato, tra l'altro, l'art. 16 a, comma 4, GG, al fine di garantire una drastica accelerazione della definizione delle istanze di asilo che si palesassero come manifestamente infondate; la norma disponeva che il giudice amministrativo potesse concedere la tutela cautelare nei confronti della immediata esecuzione del provvedimento amministrativo di rigetto dell'istanza di asilo politico per manifesta infondatezza solo se sussistevano “seri dubbi” sulla legittimità della decisione. Cfr. sul tema *amplius* G. MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Giuffrè, Milano 1999; ID., *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Giuffrè, Milano 1994;

ovvie distinzioni legate all'ordinamento di riferimento – l'intero spettro di soluzioni già considerate nello studio della dottrina italiana<sup>55</sup>.

Un primo orientamento, piuttosto minoritario, sostiene (con argomenti assai simili alla corrente italiana favorevole al rigetto dell'istanza cautelare) che, nel caso in cui venga rilevato un conflitto tra legge e *Grundgesetz* nel corso di un procedimento cautelare, il giudice non sarebbe tenuto né a procedere al rinvio al *BVerfG* con annessa sospensione del procedimento né a disapplicare la legge ritenuta incostituzionale.

Tale tesi trova in Karl August Bettermann il suo principale esponente. In un noto studio sulla *konkrete Normenkontrolle*<sup>56</sup>, l'Autore esclude che si possa dar luogo al rinvio *ex art.* 100, comma 1, GG nell'ambito dei procedimenti cautelari: da una parte, sarebbe d'ostacolo a tale soluzione la necessaria celerità che contraddistingue il procedimento cautelare; dall'altra, andrebbe presa in considerazione la presunzione di validità (*Vermutung der Verfassungsmäßigkeit*) che assiste la legge nei procedimenti a cognizione sommaria. In osservanza di tale *favor legis*, che impedisce al singolo giudice di vagliare le scelte operate dal legislatore, non vi sarebbe pertanto spazio alcuno per una disapplicazione nella fase cautelare, ma tutt'al più si renderebbe necessario un rinvio nella successiva fase di merito. Unica eccezione che importa l'obbligo di rinvio si incontra, secondo l'Autore, solo quando il dubbio di legittimità costituzionale non riguardi il merito del ricorso cautelare, quanto piuttosto l'ammissibilità (sotto il profilo processuale) dello stesso<sup>57</sup>.

Tale prospettiva non trova tuttavia il consenso della dottrina mag-

<sup>55</sup> Per una visione d'insieme delle diverse tesi cfr. J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, cit., p. 627 ss.; nonché diffusamente T. SCHMITT, *Richtervorlagen in Eilverfahren? Ein Beitrag zum Verhältnis verfassungsgerichtlicher konkreter Normenkontrollverfahren und „Vorabentscheidungsverfahren“ nach Art. 177 EG-Vertrag zu Verfahren des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach VwGO*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, p. 283 ss.

<sup>56</sup> Cfr. K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, in *Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di C. STARK (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, p. 323 ss., spec. pp. 355-356.

<sup>57</sup> Cfr. K.A. BETTERMANN, *op. cit.*, p. 356.

gioritaria che, da una parte, sottolinea l'evidente incoerenza di una presunzione di validità della legge con l'ordinamento costituzionale disegnato dal *Grundgesetz*, e dall'altra, ne censura l'inaccettabile compressione della tutela giurisdizionale dei singoli<sup>58</sup>.

Un secondo orientamento<sup>59</sup>, che invece riscuote un certo consenso – ma che appare al tempo stesso radicalmente smentito dalla giurisprudenza del *BVerfG* – predica la necessità di operare il consueto rinvio ai sensi dell'art. 100, comma 1, *GG* al giudice costituzionale, in modo che sia lo stesso *BVerfG* a concedere la tutela cautelare se del caso ai sensi del § 32 *BVerfGG*<sup>60</sup>.

Come si è avuto modo di osservare nel Cap. V, la disciplina di cui al § 32 *BVerfGG* impone, per la concessione di provvedimenti cautelari, requisiti assai più stringenti di quelli propri della giurisdizione comune; e, in ogni caso la tutela cautelare costituzionale – stante la sua funzione oggettiva – non assicura la tutela dei diritti dei singoli nella stessa misura e con la medesima ampiezza<sup>61</sup>. Se poi si considera anche il carattere sussidiario della tutela cautelare *ex* § 32 *BVerfGG*<sup>62</sup> e l'impossibilità delle parti del giudizio *a quo* di proporre la relativa istanza, si ricava l'impressione di una soluzione largamente insoddisfacente e sostanzialmente poco praticabile.

Una terza corrente di pensiero<sup>63</sup> ritiene, invece, che la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti debba sì rimanere in capo ai giudici comuni, ma che al tempo stesso vada soggetta a requisiti ben più strin-

<sup>58</sup> Per una più ampia ricostruzione della tesi e per la confutazione degli argomenti portati a sostegno della stessa, cfr. T. SCHMITT, *Richtervorlagen in Eilverfahren?* cit., pp. 283-286.

<sup>59</sup> Cfr. H.-U. ERICHSEN, *Die konkrete Normenkontrolle*, in *Jura*, 1982, p. 88 ss., in part. p. 96; A. GERONTAS, *Das konkrete Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *DVBl.*, 1981, p. 1089 ss., in part. p. 1090.

<sup>60</sup> Cfr. in tal senso K. FINKELNBURG, K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H Beck, München 1998, pp. 446-447.

<sup>61</sup> Così T. SCHMITT, *op. cit.*, p. 286.

<sup>62</sup> Esprime dubbi in questo senso J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, cit., pp. 634-635.

<sup>63</sup> Cfr. C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, cit., p. 312 ss., spec. p. 318.

genti di quelli consueti. Il modello di riferimento sarebbe rappresentato dal § 32 *BVerfGG* e dalla giurisprudenza costituzionale in materia.

Le critiche mosse a tale prospettiva si concentrano in particolare sull'appunto per cui le due tipologie di tutela cautelare, costituzionale e comune, avrebbero presupposti differenti proprio perché differenti sono i fini che si intende perseguire con tali strumenti<sup>64</sup>. Così, mentre per la tutela cautelare costituzionale i requisiti sarebbero più stringenti in ragione della sua funzione oggettiva e (soprattutto) della portata *erga omnes* dei suoi effetti, i presupposti per accordare la tutela cautelare nei giudizi comuni sarebbero volutamente meno onerosi, proprio per soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art 19, comma 4, *GG*. Il trasferimento dei presupposti per il rilascio della tutela *ex* § 32 *BVerfGG* ai giudizi comuni si rivela pertanto insufficiente sotto il profilo della garanzia giurisdizionale e non sembra neppure risolvere il conflitto di fondo tra gli artt. 100, comma 1, *GG* e 19, comma 4, *GG*.

Un'altra ipotesi che è stata avanzata è quella per cui sarebbe necessario svolgere una valutazione caso per caso<sup>65</sup>: pur valendo, in linea di principio, il *Vorlagepflicht* ai sensi dell'art. 100, comma 1, *GG*, tale regola generale potrebbe subire delle eccezioni in casi particolari, nei quali il rinvio al *BVerfG* renderebbe del tutto impossibile un'effettiva tutela dei diritti dedotti in giudizio. Differenti le opinioni sul grado di convinzione che il giudice dovrebbe raggiungere circa l'incostituzionalità della norma che è chiamato ad applicare: secondo taluni, in tali ipotesi, sarebbe sufficiente che il giudice nutrisse rispetto alla disposizione in questione un *dubbio ragionevolmente fondato* (*begründete Zweifel*). Altri richiedono, invece, che i *dubbi* siano *particolarmente seri* (*sehr erheblichen Zweifeln*), al punto da far prevedere un successo del ricorrente nel giudizio di merito. Infine, alcuni esigono la *manifesta incostituzionalità* (*evidente Verfassungswidrigkeit*) della disciplina controversa, che sola giustificerebbe il venir meno all'obbligo di rinvio al *BVerfG*.

Diverse obiezioni sono state mosse a tale prospettiva: in primo

<sup>64</sup> Cfr. T. SCHMITT, *op. cit.*, pp. 287-288.

<sup>65</sup> Cfr. T. SCHMITT, *ivi*, pp. 292-295. Si tratta sostanzialmente della tesi che emerge dalla giurisprudenza di merito.



luogo, si è osservato che se – su un piano puramente concettuale – il dubbio *ragionevolmente fondato* e quello *particolarmente serio* fuoriescono dall'orbita di applicazione dell'art. 100, comma 1, GG, il quale esige una piena *convinzione* del giudice *a quo* a fondamento del rinvio, lo stesso non può dirsi per l'*incostituzionalità evidente*, che sembra corrispondere perfettamente al requisito legale che fonda l'obbligo di rinvio al BVerfG. D'altro canto, l'altro presupposto – quello dell'impossibilità di garantire una tutela effettiva del diritto se si procede al rinvio – non vale, da solo, a distinguere i casi eccezionali di deroga dell'art. 100, comma 1, GG, da tutti gli altri casi di diritti soggettivi fatti valere in procedimenti cautelari, dal momento che è una caratteristica tendenzialmente comune a tali situazioni quella di non poter tollerare una soddisfazione tardiva. Infine si è sottolineata la dubbia validità sotto il profilo dogmatico della distinzione tra dubbi *tout court* e dubbi *ragionevolmente fondati* o *molto seri*.

La soluzione insomma, benché denoti un certo pragmatismo tipicamente giurisprudenziale, risulta insufficiente sotto il profilo scientifico, tanto più che – in ultima istanza – finisce con il favorire nettamente le istanze di tutela giurisdizionale, obliterando invece l'esigenza di tutelare il *Verwerfungsmonopol* del BVerfG.

Secondo un'ulteriore proposta interpretativa (che incontra i maggiori consensi)<sup>66</sup>, il giudice della fase cautelare dovrebbe concedere la

<sup>66</sup> Cfr. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg 1988, p. 1598 ss., in part. p. 1608; A. VON MUTIUS, *Zum Verhältnis zwischen vorläufigem verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz, Wahlprüfungsverfahren und Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG*, in *VerwArch*, 1977, p. 197 ss.; H. GOERLICH, *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, in *JZ*, 1983, p. 57 ss.; H. KLÜCKMANN, in *DÖV*, 1976, pp. 324-325; J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, cit., 629 ss. Taluni ritengono tuttavia necessario il rinvio ai sensi dell'art. 100, comma 1, GG quando attraverso la concessione del provvedimento si anticipi il merito; cfr. in tal senso T. CLEMENS, *Art. 100 Richtervorlagen*, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS (a cura di), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2002, p. 1108 ss., spec. pp. 1125-1126; H. KLEIN, § 80 [Vorlage; Beschluß; Verfahren], in D.C. UMBACH, T. CLEMENS (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 1992, p. 1032 ss., spec. p. 1042; K. FINKELNBURG, M. DOMBERT, C. KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, München 2008, p. 324. Altri distinguono a seconda che la disposizione di dubbia legittimità fondi il diritto

tutela cautelare richiesta, rinviando al successivo o già pendente processo di merito l'instaurazione del giudizio incidentale concreto dinanzi al *BVerfG* oppure sollecitando il controllo del giudice costituzionale attraverso una *Verfassungsbeschwerde*. La tesi ha il pregio di offrire un contemperamento dei due principi in conflitto: da una parte, si garantisce l'effettività della tutela cautelare in conformità con l'art. 19, comma 4, *GG*; dall'altra, si assicura – seppur differito nel tempo – il controllo del *BVerfG*.

I limiti di tale prospettiva – in ciò assai simile alla soluzione italiana della disapplicazione descritta *supra* – sono costituiti dai casi in cui il procedimento cautelare esaurisce anche il merito della causa oppure dalle ipotesi in cui il dubbio di costituzionalità riguardi direttamente le norme processuali e pertanto non si avrebbe alcuna rilevanza della questione nel processo principale. L'altra ipotesi di ricorrere direttamente al giudice costituzionale va invece scartata, perché il caso di specie non sembra affatto corrispondere ai caratteri di eccezionalità e sussidiarietà propri della *Verfassungsbeschwerde* e pertanto il ricorso andrebbe incontro ad una pronuncia di inammissibilità.

Un ultimo orientamento, similmente a quanto avviene in ambito europeo e in modo pressoché eguale alla soluzione italiana della tutela cautelare *ad tempus*, ritiene opportuno operare il rinvio al *BVerfG* e garantire contestualmente la tutela richiesta, quanto meno fino alla definitiva pronuncia del giudice costituzionale<sup>67</sup>.

#### 8. Conclusioni: dubbia opportunità e necessaria sussidiarietà del potere cautelare nei giudizi incidentali

All'esito dello studio condotto sull'ordinamento tedesco con riguardo alla questione di fondo investigata in questa parte del lavoro –

to che si fa valere in via cautelare o lo neghi; cfr. R. URBAN, *Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO*, in *NVwZ*, 1989, p. 433 ss.; H. HUBA, *Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO*, in *JuS*, 1990, p. 983 ss.

<sup>67</sup> La tesi è largamente minoritaria; cfr. tuttavia, per il compiuto approfondimento dei problemi di fondo e la convincente argomentazione, T. SCHMITT, *Richtervorlagen in Eilverfahren?* cit., p. 301 ss.

ossia il conflitto tra principio di effettività della tutela giurisdizionale e sindacato accentrato di costituzionalità – si può tentare di dare un quadro d'insieme dell'esperienza tedesca e trarre interessanti spunti per la rilettura della questione nella prospettiva italiana.

La posizione del giudice costituzionale tedesco rispetto al problema di fondo è piuttosto netta: la tutela cautelare dei diritti, nell'ambito del giudizio di costituzionalità instaurato in via incidentale, è compito dei giudici comuni, i quali possono emanare i provvedimenti d'urgenza necessari a garantire una tutela giurisdizionale quanto più piena e priva di lacune, in conformità con l'art. 19, comma 4, GG. Soluzione questa che appare perfettamente coerente con i principi e le regole propri della tutela cautelare di cui dispone il *BVerfG* ai sensi del § 32 *BVerfGG*: coerente, innanzitutto, con il carattere di eccezionalità che contraddistingue il potere cautelare del *BVerfG*, il quale – nel rispetto delle prerogative degli altri organi costituzionali e in considerazione degli effetti di ampio raggio che comporta la propria pronuncia d'urgenza – ne subordina l'esercizio allo scrutinio rigoroso dei relativi presupposti; e coerente, sotto un secondo profilo, con il carattere tipicamente sussidiario della tutela cautelare costituzionale e con il ruolo marginale riconosciuto alle parti del processo *a quo* nel giudizio di costituzionalità concreto.

In senso sostanzialmente conforme all'orientamento del *BVerfG* – per lo meno per quanto concerne l'attribuzione ai giudici comuni della tutela cautelare dei diritti – si muovono, d'altro canto, pure la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, seppur con le sfumature che si sono viste e la necessità – particolarmente sentita – di rispettare il *Vorwegnahmeverbot*.

Solo una parte minoritaria della dottrina suggerisce la possibilità che sia il *BVerfG* a intervenire direttamente *ex* § 32 *BVerfGG* nella tutela dei diritti coinvolti nel giudizio di costituzionalità concreto; ma sembra questa una soluzione destinata a rimanere del tutto teorica, dal momento che proprio una recente decisione del giudice costituzionale tedesco – di cui si è detto – sembra aver posto un serio precedente in chiave opposta.

A questo punto, individuate le soluzioni elaborate dall'ordinamento tedesco per risolvere la questione del rapporto tra tutela cautelare e *Verwerfungsmonopol*, sembra possibile meglio valutare le

ipotesi, avanzate da parte della dottrina italiana, di attribuzione di un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale italiana anche per quanto concerne il giudizio in via incidentale.

Da una parte, l'esame dell'esperienza tedesca consegna all'osservatore l'immagine di un potere cautelare del giudice costituzionale piuttosto ampio, articolato e pervasivo (Cap. V); che, nonostante un certo *self-restraint* che caratterizza l'approccio del *BVerfG*, rimane comunque uno strumento particolarmente rilevante nel sistema tedesco di giustizia costituzionale; dall'altra, nonostante ciò, tale potere trova a tutt'oggi un impiego – anche solo sotto il profilo meramente quantitativo – nemmeno lontanamente paragonabile a quello che hanno avuto gli strumenti analoghi (artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953) di cui dispone il giudice costituzionale italiano.

La circostanza che lo stesso giudice costituzionale tedesco, il quale dispone di questo ricco e articolato strumentario cautelare, non abbia mai concesso un provvedimento cautelare *ex* § 32 *BVerfGG* nell'ambito di un *konkrete Normenkontrollverfahren*, non può allora non assumere un particolare rilievo ai fini della valutazione della proposta dottrinale menzionata. Si potrebbe forse obiettare che il mancato impiego del potere cautelare nel giudizio di costituzionalità concreto da parte del *BVerfG* dipenda principalmente dal fatto che i modi d'accesso al giudice costituzionale tedesco sono molto più ampi e variegati di quelli previsti dal sistema di giustizia costituzionale italiano, e che pertanto le istanze di tutela dei singoli finiscono per trovare sfogo altrove, ad esempio attraverso la *Verfassungsbeschwerde*. L'attribuzione di un potere cautelare al giudice costituzionale italiano, invece, si renderebbe necessaria in quanto le istanze di tutela dei diritti di rilievo costituzionale vengono incanalate unicamente nel giudizio in via incidentale.

In realtà, lo studio del sistema tedesco può suggerire qualcosa di più, se solo si guarda agli argomenti che il *BVerfG* (e la giurisprudenza e dottrina maggioritarie) impiegano per giustificare l'allocazione della tutela cautelare dei diritti in capo ai giudici di merito.

In primo luogo, la radicale diversità tra la tutela cautelare costituzionale e quella assicurata dalla giurisdizione ordinaria, anzitutto sotto il profilo della finalità perseguita: la prima volta a garantire in prima istanza l'effettività della giurisdizione costituzionale; la seconda, inve-

ce, orientata a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli. Diversità che giustifica il fatto per cui, mentre la tutela dei giudici comuni deve rispondere al canone espresso dall'art. 19, comma 4, GG e dev'essere pertanto piena e quanto più possibile priva di lacune, la tutela *ex* § 32 BVerfGG si sottrae a tale principio.

In secondo luogo, la sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale: laddove è ancora possibile ricorrere ai rimedi giurisdizionali ordinari, il BVerfG non dev'essere chiamato in causa. Si tratta non solo di un principio che consente di salvaguardare l'efficienza dell'organo giurisdizionale, che altrimenti sarebbe investito di una mole eccessiva di ricorsi, ma pure di una direttiva di razionalità con la quale si richiede di ricorrere previamente ai giudici comuni che, in ogni caso, possono assicurare un chiarimento delle questioni di fatto e diritto del caso concreto.

In conclusione, l'attribuzione di un potere cautelare alla Corte costituzionale italiana anche per quanto riguarda il giudizio in via incidentale pare possa correre il rischio di rivelarsi uno strumento marginale, se non del tutto inutile, ai fini per i quali ci si propone di introdurlo.

Gli unici (rari) casi in cui potrebbe concretamente venire in rilievo sono – oltre alle leggi-provvedimento già trattate *supra* Cap. VI, par. 7 – quelli in cui il giudice *a quo* non abbia concesso la tutela richiesta dal ricorrente/attore oppure la tutela concessa non soddisfi le ulteriori esigenze di garanzia dell'effettività della giustizia costituzionale. In queste ipotesi, tuttavia, l'esercizio dei poteri cautelari – sollecitati dalle parti o d'ufficio (v. *supra* Cap. VI) – dovrebbe assumere logicamente *carattere sussidiario e residuale*, sulla falsariga di quanto previsto nell'esperienza tedesca, per non divenire un inutile doppione della cautela già concessa dai giudici remittenti.



## CAPITOLO VIII

### IL POTERE DI SOSPENSIVA NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi del potere di sospensione delle leggi. – 3. L'oggetto della sospensiva. – 4. I presupposti: il *fumus boni iuris*. – 5. *Segue*: il peculiare *periculum in mora* ex art. 35 l. n. 87 del 1953: a) rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico; b) rischio di un irreparabile pregiudizio ... all'ordinamento giuridico della Repubblica; c) rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile ai diritti dei cittadini. – 6. Il procedimento: iniziativa officiosa o di parte? – 7. *Segue*: lo svolgimento dell'incidentale cautelare. Il filtro presidenziale. – 8. Il provvedimento. – 9. La tecnica decisionale: il bilanciamento delle conseguenze e irrinunciabilità della prognosi sul merito. – 10. La prassi dell'assorbimento: osservazioni critiche.

#### 1. Premessa

Il potere di sospensione delle leggi nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, introdotto attraverso la riforma dell'art. 35 l. n. 87 del 1953 (art. 9, comma 4, l. n. 131 del 2003), non ha riscosso – come già si anticipava nell'*Introduzione* – particolare successo, né sul fronte dottrinale né nella prassi giurisprudenziale. Basti pensare, sotto quest'ultimo profilo, che sono state solo otto le pronunce della Corte costituzionale su un'istanza di sospensione dal 2003 ad oggi<sup>1</sup>, e – fatta eccezione per il caso recentissimo della legge della Valle d'Aosta sull'emergenza sanitaria da Sars Covid-19<sup>2</sup> – si è

<sup>1</sup> Si tratta delle ordinanze nn. 116, 117, 118 e 119 del 2004, n. 245 del 2006, n. 107 del 2010, n. 233 del 2014, n. 4 del 2021.

<sup>2</sup> Corte cost., ordinanza n. 4 del 2021, con note di A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2021, p. 251 ss. (in corso di pubblicazione su *Le Regioni*, n. 3, 2021); E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021; P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione*

sempre trattato di decisioni di rinvio al merito, non luogo a provvedere, rigetto.

Le ragioni del ridottissimo impiego dello strumento cautelare sono molteplici, ma – volendo semplificare il quadro – si possono suddividere in due ordini: da un lato, ha pesato senz'altro la riflessione dottrinale, che – specialmente in coincidenza con l'adozione della legge n. 131 del 2003 – ha mosso una critica serrata alla sospensiva delle leggi *ex art. 35 l. n. 87 del 1953*, talora limitandosi ad alcuni aspetti della disciplina, talora investendo la previsione del potere cautelare *tout court*. Dall'altro lato, ha inciso negativamente l'approccio della stessa Corte costituzionale, la quale – forse riflettendo le perplessità emerse in dottrina, forse per ossequio al Legislatore – ha mostrato scarsa attenzione alle istanze di sospensiva avanzate dalle parti ed elaborato prassi controverse come quella del cd. *assorbimento* dell'istanza cautelare.

Eppure già prima che intervenisse la riforma del 2003, l'esigenza di consentire alla Corte di sospendere le leggi impugnate era stata avvertita in più occasioni, come dimostrano le istanze di sospensione proposte dai ricorrenti pur in assenza di una previsione espressa<sup>3</sup>. E la stessa dottrina, d'altra parte, si era più volte interrogata sull'opportunità di

*cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2021; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2021, p. 154 ss.; A. LO CALZO, *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica (Osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, *ivi*, n. 3, 2021; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2021, p. 118 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, *ivi*, n. 10, 2021, p. 309 ss.; N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021, p. 223 ss. Sia consentito rinviare altresì a G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2, 2021, p. 88 ss. (in corso di pubblicazione su *Le Regioni*, n. 3, 2021).

<sup>3</sup> Si v. in part. Corte cost. nn. 507 e 508 del 1993; n. 314 del 1990; n. 1033 del 1988; n. 302 del 1988. Su queste "istanze cautelari *ante-litteram*", si v. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008, pp. 112-116.



prevedere strumenti cautelari, anche con specifico riferimento al giudizio principale.

Si ricordano innanzitutto le riflessioni sul potere di sospensione delle leggi auto-applicative di Alessandro Pace (di cui si è detto *supra* nel Cap.VI, par. 2)<sup>4</sup>, il quale aveva esaminato diffusamente le possibili ipotesi di introduzione dello stesso, arrivando a riconoscere in capo alla Corte la possibilità di adottare autonomamente i necessari poteri cautelari. Ma già in precedenza era stato Alberto Predieri<sup>5</sup>, in un importante saggio del 1966, a sottolineare, attraverso un'indagine comparatistica, la discrepanza che correva tra i poteri cautelari assai limitati del giudice costituzionale italiano e quelli ben più ampi ed incisivi che si potevano riscontrare in molti altri ordinamenti (tra i quali Spagna, Germania, Svizzera) in capo alle rispettive corti costituzionali. L'Autore caldeggiava l'introduzione del potere cautelare attraverso una legge costituzionale, osservando ad ogni modo che l'esercizio dello stesso da parte della Corte avrebbe dovuto essere improntato ad un rigoroso *self-restraint*, limitandosi ai casi più gravi.

Il tema della sospensiva delle leggi è stato successivamente riproposto nel 1988, e con specifico riguardo al giudizio principale, da Valerio Onida<sup>6</sup>, il quale ne suggeriva l'introduzione al fine di riequilibrare la posizione processuale di Stato e Regioni. Dalla possibilità di chiedere la sospensione dell'atto impugnato avrebbero tratto giovamento tanto lo Stato con riferimento alle leggi della Regione siciliana (allora soggette al peculiare sindacato preventivo disciplinato nello Statuto), tanto le Regioni che avrebbero potuto ottenere la sospensione della legge statale. Ciò peraltro non avrebbe posto, secondo Onida, problemi di sovranità interna dello Stato, dato che la sospensione sarebbe stata decisa dalla Corte; e, d'altra parte, tale soluzione sarebbe stata

<sup>4</sup> A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss., nonché in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova 1972, p. 1197 ss.

<sup>5</sup> A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi editore, Firenze 1966, p. 173 ss.

<sup>6</sup> V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione. Profili processuali*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano 1988, spec. p. 196 ss.

coerente con la speculare previsione di un potere cautelare nei conflitti intersoggettivi e con la possibilità concreta che anche la leggi statali (si fece l'esempio delle leggi di spesa) potessero incidere su interessi regionali.

Perplessità rispetto alle ricostruzioni di Onida e Pace sono state presto avanzate a stretto giro da Sergio Bartole<sup>7</sup>: non solo la previsione del potere cautelare della Corte avrebbe posto molteplici interrogativi rispetto alla sospensione della legge statale (dalla portata – relativa o generale – alla necessità di integrare il contraddittorio rispetto alle Regioni non ricorrenti); ma sarebbe stata pure da dimostrare la «stretta e vincolata implicanza» tra potere di annullamento e potere di sospensione sostenuta da Alessandro Pace. Osservava poi Bartole che il potere di sospensiva sarebbe andato ad incidere, da un lato, sullo speciale ordinamento della Regione siciliana, dall'altro, sul regime costituzionale della legge e pertanto la Corte non avrebbe potuto auto-assumerlo, come invece era stato prospettato, richiedendosi piuttosto un puntuale intervento del Legislatore con legge costituzionale.

Al di là delle diverse posizioni sul merito della questione, il dibattito dottrinale appena richiamato e le diverse istanze di sospensiva avanzate in sede di giudizio principale (specie dalle Regioni) restituiscono l'impressione che la sospensiva delle leggi fosse uno strumento di cui si avvertiva comunque la necessità, per lo meno rispetto ad alcuni casi particolari.

Colpiscono pertanto la critica severa mossa dai primi commentatori al nuovo art. 35 l. n. 87 del 1953, ma anche il prolungato mancato impiego da parte della Corte, che è parsa evitare la sospensione anche in quelle occasioni in cui la stessa appariva giustificata, salvo poi mutare approccio rispetto al recente caso della legge valdostana, in relazione alla quale si è avuta la prima “storica” pronuncia di sospensione dopo diciotto anni dall'introduzione dell'istituto.

Tanto le censure dottrinali, quanto le prassi della Corte meritano quindi di essere riesaminate approfonditamente: non solo per saggiarne bontà e consistenza, ma soprattutto per individuare possibili corret-

<sup>7</sup> S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale*, in S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, *Regioni e Corte costituzionale. L'esperienza degli ultimi 15 anni*, FrancoAngeli, Milano 1988, spec. p. 79 ss.

tivi (in prima battuta, di natura interpretativa) idonei a rivitalizzare il potere di sospensione, nell'ipotesi in cui l'indagine ne confermasse l'utilità per il giudizio di legittimità in via principale.

## *2. La genesi della sospensiva delle leggi*

Molte delle perplessità avanzate dalla dottrina nei confronti della sospensione *ex art. 35 l. n. 87 del 1953* sembrano trovare origine nella sofferta genesi dell'istituto, della quale conviene tracciare brevemente i passaggi essenziali prima di procedere con l'analisi<sup>8</sup>.

Nella prima versione licenziata dal Consiglio dei Ministri il 19 aprile 2002, il disegno di legge "La Loggia" non prevedeva un potere cautelare della Corte: era infatti sufficiente la mera proposizione del ricorso perché si producesse un *effetto sospensivo automatico* della legge, tanto nel caso di impugnazione statale, quanto nel caso di impugnazione regionale (art. 6, comma 6). La Relazione illustrativa giustificava tale scelta radicale in virtù dell'«introduzione del nuovo sistema di verifica, successivo alla pubblicazione della legge regionale (e non più preventivo)», e della connessa esigenza di «disporre di uno strumento processuale per evitare eventuali gravi lesioni dell'ordine costituzionale delle competenze». La sospensione automatica, nelle intenzioni dei redattori, sarebbe stata compensata d'altra parte dai termini brevissimi entro i quali la Corte era chiamata a pronunciarsi (quarantacinque giorni dal deposito del ricorso).

I seri dubbi di legittimità e i gravi inconvenienti che potevano scaturire da tale previsione – ben messi in luce dalla dottrina<sup>9</sup> – hanno

<sup>8</sup> Per una ricostruzione dei lavori preparatori, cfr. F. MARCELLI, V. GIAMMUSO (a cura di), *La legge 5 giugno 2003, n. 131: Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; commento agli articoli con i lavori preparatori su CD*, Senato della Repubblica. Servizio Studi, Roma 2003.

<sup>9</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e riforma costituzionale del titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *Il DDL La Loggia*, in *Federalismi.it*, 6 maggio 2002, p. 52 ss., la quale ritiene la disposizione irragionevole – visti i potenziali effetti "paralizzanti" dell'attività legislativa statale e regionale – e di dubbia compatibilità con l'art. 127 Cost., giacché la sospensione automatica equivarrebbe «ad

portato rapidamente alla sua soppressione, tanto che non compare più nel d.d.l. n. 1545 presentato dal Governo al Senato della Repubblica il 26 giugno 2002.

Quest'ultimo testo non contempla però alcun diverso correttivo al superamento del previgente controllo preventivo sulle leggi regionali, eccezion fatta per la già menzionata accelerazione dei tempi del giudizio. La sospensione farà quindi la sua comparsa nel corso dell'*iter* legislativo, a seguito degli emendamenti al testo approvati dalla Commissione Affari costituzionali del Senato<sup>10</sup>. In questa sede, si prevede che la Corte costituzionale possa adottare d'ufficio i provvedimenti di cui all'art. 40 l. n. 87 del 1953 – ossia la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato – qualora ravvisi «il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica» (art. 8, comma 4). Approvata dall'assemblea del Senato senza ulteriori emendamenti, la disposizione viene quindi integrata alla Camera dei Deputati con l'aggiunta, tra i presupposti che giustificano la sospensione, del «rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini»<sup>11</sup>, assumendo così la forma attuale (art. 9, comma 4, l. n. 131 del 2003).

Lo scarno dibattito svoltosi in Commissione sul tema, caratterizzato da osservazioni e prese di posizione non sempre limpide, rende evidenti le incertezze che già lo stesso Legislatore nutriva rispetto all'istituto.

L'unico dato ad emergere con nettezza è che l'introduzione della sospensiva fosse in qualche modo legata al venir meno del sistema di

una surrettizia forma di reintroduzione del controllo statale sulle leggi regionali» (p. 52).

<sup>10</sup> Si v. in part. la formulazione dell'emendamento 7.1 (testo 2) del sen. Pastore; cfr. Senato della Repubblica. Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, 208ª seduta (nott.), 5 novembre 2002.

<sup>11</sup> Si v. la formulazione dell'emendamento 8.4 dei deputati Boato, Bressa, Leoni, Amici, Marone, Pisicchio, Buemi, Pappaterra; cfr. Camera dei Deputati. Commissione I Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni, *Allegato 1 (Documenti di seduta)*, XIV Legislatura, seduta 13 marzo 2003 (pom.), p. 29; poi approvato nella seduta del 18 marzo successivo, senza che vi fosse alcuna discussione di rilievo in merito; cfr. Camera dei Deputati. Commissione I Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, seduta 18 marzo 2003 (nott.), p. 172.

controllo preventivo sulle leggi regionali. Una conferma si trae non solo dalla Relazione che accompagna il d.d.l. nella sua versione originaria, ma pure dalle dichiarazioni del sen. Bassanini in Commissione Affari costituzionali, il quale – intervenendo sul punto – osserva che «la modifica dell'art. 127 della Costituzione, a norma della quale era possibile interrompere l'efficacia della legge regionale lesiva dell'interesse regionale, ha profondamente mutato le condizioni in cui si svolge la funzione legislativa dello Stato e delle Regioni, per cui non è possibile impedire l'ingresso nell'ordinamento di una legge, regionale o statale, anche ove fosse palesemente incostituzionale»<sup>12</sup>.

Già da queste brevi affermazioni emerge però una contraddizione che condiziona successivamente anche la dottrina che si occuperà del tema: se infatti la giustificazione del potere cautelare risiede nel venir meno del sistema di sindacato delle leggi regionali previgente alla riforma costituzionale del 2001, logica vorrebbe che la sospensione riguardasse solo le leggi regionali e non anche quelle dello Stato.

L'intervento dell'on. Bassanini però, al tempo stesso, chiarisce come la sospensione si estenda pure alla legge dello Stato. E d'altra parte, la parificazione tra le fonti statali e regionali, anche sotto il profilo processuale, risulta coerente con le ragioni di fondo che hanno ispirato la riforma del Titolo V e quindi la legge n. 131 del 2003, le quali (almeno nelle intenzioni) miravano ad una trasformazione in senso maggiormente autonomistico – se non “federale” – dell'ordinamento italiano.

La portata “bidirezionale” della sospensione (statale e regionale) si dovrebbe desumere inoltre dal carattere officioso che si è voluto imprimere al potere cautelare della Corte. La scelta di prescindere da un'istanza di parte<sup>13</sup> – come chiarisce lo stesso ministro La Loggia – si sarebbe infatti resa necessaria per «superare le difficoltà che deriverebbero dalla pronuncia di sospensione, in particolare nel caso in cui sia la regione a farne istanza con riferimento ad atti normativi dello

<sup>12</sup> Senato della Repubblica. Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, 208ª seduta (nott.), 5 novembre 2002.

<sup>13</sup> Dovuta al già menzionato emendamento 7.1 (testo 2) del sen. Pastore (*supra* nt. 639).

Stato»<sup>14</sup>. Si muoveva infatti dal presupposto (a dire il vero discutibile) che l'istanza regionale potesse provocare la sospensione della legge statale impugnata solo nei confronti della stessa Regione ricorrente, lasciandone intatta l'efficacia rispetto alle altre Regioni. L'ostacolo è quindi aggirato, come descritto dal ministro, attribuendo formalmente alla Corte l'impulso per l'esercizio del potere (v. *amplius infra* par. 6).

Ciononostante il fraintendimento di fondo intorno al significato e alla portata della sospensiva rimane, perpetuato negli interventi di quanti osservano che i presupposti previsti dalla legge per la sospensiva riecheggiano la riedizione dell'interesse nazionale<sup>15</sup>, dando così per scontato che l'istituto debba avere applicazione soltanto rispetto alle leggi regionali.

### 3. L'oggetto della sospensiva

I differenti e contraddittori modi di intendere la sospensiva emersi nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge n. 131 del 2003 non devono tuttavia condizionare eccessivamente l'analisi dell'istituto. Questo vale sia per i presupposti (che si vedranno diffusamente *infra* par. 5), sia per l'oggetto stesso del potere cautelare della Corte.

Al di là dell'*intentio* del Legislatore, più o meno chiaramente diret-

<sup>14</sup> Le difficoltà evocate dal ministro avevano spinto il Governo ad optare inizialmente per la sola abbreviazione dei tempi del giudizio, scelta che era stata riconsiderata proprio a fronte della prospettazione di un potere esercitabile in via autonoma dalla Corte; si v. l'intervento del ministro La Loggia in Commissione Affari costituzionali; cfr. Senato della Repubblica. Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, 207<sup>a</sup> seduta (pom.), 5 novembre 2002. La lettura offerta nel testo di questo passaggio dei lavori preparatori – a dire il vero piuttosto “ermetico” – è proposta da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, p. 363.

<sup>15</sup> Si v. l'intervento del sen. Manzella in Senato, il quale si domanda: «... che cos'è se non “interesse nazionale” quell'interesse pubblico che, in base al comma 4 dell'articolo 9 di questo disegno di legge, consente alla Corte costituzionale, e dunque al massimo organo di garanzia costituzionale, di sospendere, in attesa di giudizio, l'efficacia di leggi regionali?»; cfr. Senato della Repubblica. Assemblea, *Resoconto stenografico*, XIV Legislatura, 400<sup>a</sup> seduta, 27 maggio 2003 (ant.).

ta a estendere tanto alla legge regionale quanto a quella statale l'esercizio della sospensione, è la stessa *ratio* del potere cautelare a giustificare l'efficacia bidirezionale dell'art. 35 l. n. 87 del 1953. Se infatti la funzione del provvedimento cautelare è quella di assicurare l'effettività della giurisdizione costituzionale, non si vede perché questa debba essere garantita limitatamente alla sola impugnazione di leggi regionali, che peraltro hanno un'efficacia tendenzialmente circoscritta al solo territorio regionale di riferimento, e non anche a leggi statali, che possono potenzialmente dispiegare effetti pregiudizievoli ben più ampi e diffusi, arrivando ad interessare l'intero territorio nazionale.

È poi la stessa lettera dell'art. 35 novellato a deporre per l'applicabilità della sospensione anche alla legge statale, dal momento che non solo non opera alcuna distinzione tra fonti regionali e statali, ma fa anzi espresso rinvio, oltre che all'art. 33 l. n. 87 del 1953, che disciplina il ricorso statale avverso leggi regionali, anche all'art. 32, che disciplina il ricorso regionale avverso la legge statale<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Diversa questione, sebbene di rilievo pratico probabilmente marginale, è quella dell'applicabilità dell'istituto in esame a quegli atti di rango primario oggetto di *sindacato preventivo* da parte della Corte costituzionale, ossia agli *Statuti delle Regioni ordinarie* (art. 123, comma 2, Cost.) e alle *leggi statutarie* delle Regioni speciali (l. cost. n. 2 del 2001). In proposito, pare opportuno concordare con quanti ritengono applicabile la sospensione anche a tali atti (cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008, pp. 67-72, benché con espresso riferimento alle sole leggi statutarie), laddove il controllo esercitato dalla Corte da preventivo si tramuti in successivo per l'intervenuta promulgazione dello Statuto o della legge statutaria (sulla possibilità di una tale evenienza cfr., per tutti, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 158-160, con riferimenti in part. al caso della legge statutaria della Valle d'Aosta deciso in Corte cost., sent. n. 49 del 2003). In tale ipotesi lo Statuto o la legge statutaria sarebbero infatti efficaci e quindi potenzialmente lesivi degli interessi tutelati tramite la sospensiva *ex* art. 35. Una conferma testuale all'applicabilità agli Statuti delle Regioni ordinarie viene d'altra parte dal rinvio operato dall'art. 35 all'art. 31 l. n. 87 del 1953, nel quale si disciplina la relativa impugnazione. Non persuadono sul punto le riserve avanzate da M. D'AMICO, *Le modifiche al processo costituzionale nell'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in B. CARAVITA, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 504, la quale si chiede se: «Si può davvero immaginare che uno statuto (...) venga "eseguito"», dal momento che racchiude «norme (...) non di immediata esecuzione». La sospensione va infatti riferita all'efficacia e non alla più ristretta esecuzione della legge (cfr. per l'argomentazione sul punto *infra* par. 8).

Oggetto della sospensiva sono quindi tanto le leggi e gli atti con forza di legge statali, quanto le leggi regionali. Oramai superata è la questione – che si era posta in precedenza – se si possano sospendere le leggi della Regione siciliana, soggette al peculiare procedimento di controllo previsto dal relativo Statuto<sup>17</sup>: la sent. 255 del 2014<sup>18</sup> ha infatti parificato il trattamento delle leggi siciliane con quello delle leggi delle altre Regioni, aprendo definitivamente la strada ad un possibile impiego dell'art. 35<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sul tema, cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 75 ss.; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, p. 344; M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2010, p. 25 ss.

<sup>18</sup> A commento della pronuncia si v. G. REPETTO, *La Corte mette fine al controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi siciliane (e si riappropria delle sue funzioni)*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2014, p. 4501 ss.; G. D'AMICO, *Dal primo Statuto all'ultimo Commissario. Variazioni sul tema dell'impugnazione delle leggi siciliane*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 484 ss.; G. CHIARA, *Il controllo successivo delle leggi regionali si estende anche alla Regione siciliana: un overruling forzato, ma felice*, in *Forum Quad. cost.*, 2015; E. ROSSI, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 473 ss.

<sup>19</sup> L'applicazione dell'istituto rimane controversa in relazione alle peculiari forme di ricorso diretto previste nella Regione Trentino-Alto Adige, in particolare: a) l'impugnazione dei gruppi linguistici ex art. 56 St. T.-A.A.; e b) il ricorso governativo per mancato adeguamento della legislazione regionale e provinciale ai principi della legislazione statale sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 266 del 1992, recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento» (in tema cfr., tra gli altri, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 192-194; G. DI COSIMO, *Nuova disciplina del controllo sulle leggi regionali. Il caso delle Regioni a statuto speciale*, in *Ist. fed.*, n. 2, 2002, pp. 369-372). La «specificità» di tali forme di sindacato successivo potrebbe suggerire l'esclusione dall'applicazione dell'art. 35 (che peraltro non vi fa espresso riferimento), ma le ragioni di effettività della giustizia costituzionale sottese alla previsione della sospensiva fanno tuttavia preferire la soluzione dell'estensione di tale strumento anche ai ricorsi in esame (cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 74-75, la quale ritiene possibile tale estensione almeno con riferimento al ricorso per mancato adeguamento, in quanto «riconducibile all'impugnazione in via principale»). Non pare ostare all'estensione prefigurata la previsione di cui al comma 3 dell'art. 56 St. T.-A.A., a mente della quale «Il ricorso non



Resta a questo punto da chiedersi, quanto all'oggetto, se sulla base del rinvio operato dall'art. 35 ai «provvedimenti di cui all'articolo 40» possa giustificarsi l'estensione della sospensione anche agli *atti non legislativi di esecuzione* della legge impugnata (di cui si chiede la sospensione). La lettera dell'art. 40 l. n. 87 del 1953 si limita infatti a disporre che «l'esecuzione degli atti (...) può essere sospesa», consentendo così operazioni interpretative in senso estensivo. Lo stesso sen. Bassanini dimostra di intendere in questo modo la disposizione, laddove afferma – nel corso dei lavori preparatori – che «Per il caso in cui [la] legge produca danni irreparabili (...) è opportuno stabilire un rimedio che (...) non può che essere quello di una *sospensione degli atti adottati in esecuzione di atti anche legislativi*»<sup>20</sup>.

La questione è tutt'altro che irrilevante, se solo si considera che, fuori del caso di leggi auto-applicative, gli effetti potenzialmente pregiudizievoli di una legge incostituzionale si producono soprattutto per il tramite di atti di esecuzione, siano essi regolamenti o atti amministrativi<sup>21</sup>. Pertanto, se si ritiene che la sospensione della legge sospetta di incostituzionalità non possa estendersi anche gli atti esecutivi della stessa adottati nel frattempo, si corre il rischio di offrire una garanzia solo parziale rispetto ai pregiudizi che possono scaturire nelle more del giudizio dall'atto legislativo impugnato. Gli atti esecutivi rimarrebbero infatti efficaci e potenzialmente dannosi, non potendosi ritenere automaticamente caducati a seguito della mera sospensione della legge. Il

ha effetto sospensivo»; trattasi di norma che si limita ad escludere che alla proposizione del ricorso segua una sospensione automatica e non la diversa possibilità che la sospensione sia successivamente decisa dalla Corte.

<sup>20</sup> Senato della Repubblica. Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, 208ª seduta (nott.), 5 novembre 2002 (corsivi aggiunti). Dubbi in proposito sono stati sollevati anche da alcuni dei primi commentatori, che hanno aperto alla possibilità di sospendere anche gli atti esecutivi; cfr. F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO (a cura di), *La legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., pp. 287-288, i quali evidenziano come sia «dubbio se per “esecuzione” debba allora intendersi solo l'emanazione di atto normativo sub-legislativo, che sarebbe in tale ipotesi il solo che la Corte potrebbe sospendere» (p. 287).

<sup>21</sup> Ciò naturalmente non esclude che la legge efficace, benché non ancora “eseguita” (o insuscettibile di esecuzione), non possa comunque produrre pregiudizi. Sul punto già F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO (a cura di), *La legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 287; ma si v. *amplius infra* par. 8.

provvedimento di sospensione – come si avrà modo di argomentare *infra* par. 8 – produce effetti solo *ex nunc*, che si limitano cioè a inibire l'efficacia della legge *pro futuro*, ma non toccano il passato, lasciando così pienamente operativa la base giuridica sulla quale si fondano gli atti esecutivi pregiudizievoli<sup>22</sup>.

La questione si è posta – seppur in termini più sfumati – sin dalla prima storica applicazione della sospensione ai sensi dell'art. 35 (la già citata ord. n. 4 del 2021), che ha interessato una legge della Regione Valle d'Aosta adottata per la gestione dell'emergenza da Covid-19 (l.r. n. 11 del 2020)<sup>23</sup>.

In quel caso, oltre a dettare una disciplina di una serie di aspetti sanitari, economici e sociali più “liberale” rispetto a quella statale, la legge regionale prevedeva in capo al Presidente della Regione il potere di stabilire con ordinanza le misure per la ripresa delle varie attività economico-sociali contemplate all'art. 2 della legge, oppure di disporre la relativa sospensione «in caso di necessità inerenti all'andamento dell'emergenza sanitaria». Nell'esercizio di tale potere di esecuzione del dettato normativo regionale<sup>24</sup>, il Presidente aveva adottato – nell'arco di tempo compreso tra l'adozione della legge e la sospensione della stessa da parte della Corte – ben cinque ordinanze (nn. 552, 570, 575, 580 del 2020 e n. 5 del 2021), che avrebbero in ipotesi ben potuto continuare a spiegare i loro effetti, pur essendo stata nel frattempo sospesa la legge regionale.

La stessa difesa regionale, nella camera di consiglio dinanzi al giudice costituzionale, segnala che «la eventuale sospensione della legge impugnata, se l'istanza cautelare fosse accolta, non potrebbe comportare quella delle ordinanze del Presidente della Giunta regionale, sic-

<sup>22</sup> Cfr. sul punto anche P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2021, pp. 13-14.

<sup>23</sup> Chi scrive ha già affrontato la questione in G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2, 2021, p. 88 ss. (in corso di pubblicazione su *Le Regioni*, n. 3, 2021).

<sup>24</sup> La base giuridica va invero rinvenuta non solo nella legge regionale n. 11 del 2021, ma anche nell'art. 32 l. n. 833/1978, espressamente citato in tutti i provvedimenti.

ché si genererebbe “un inaccettabile disorientamento dei cittadini”<sup>25</sup>. Un inconveniente questo che, nel caso di specie, non si è posto, perché il Presidente della Regione ha adottato poco dopo la pronuncia di sospensione (già il 16 gennaio) un’ordinanza di adeguamento alle misure nazionali<sup>26</sup>. Non si può tuttavia escludere che la parte “soccombente” nell’incidente cautelare dinanzi alla Corte, diversamente da quanto fatto dal Presidente valdostano, adotti un contegno non collaborativo e non ponga pronto rimedio alla sopravvivenza degli atti esecutivi della legge sospesa<sup>27</sup>.

In tale circostanza, per impedire che gli atti adottati sulla scorta della legge sospesa possano produrre comunque i loro effetti, sarebbe pertanto necessario un ricorso (coevo o successivo a quello costituzionale) al giudice amministrativo, il quale potrebbe quindi adottare la sospensione del provvedimento sulla scorta della presunta illegittimità della legge, rinviando contestualmente alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge sospesa sulla falsariga della tutela *ad tempus* descritta nella prima parte del lavoro (v. Cap. IV). Si tratta però di un percorso articolato e complesso, che può comportare evidenti ritardi nell’adozione delle necessarie misure cautelari e non esclude pronunciamenti difformi tra giudice costituzionale e giudice amministrativo.

Si potrebbe perciò essere portati a riconsiderare l’ipotesi già immaginata *supra* di una possibile estensione del potere cautelare della Corte anche agli atti esecutivi, che avrebbe evidenti pregi di rapidità e concentrazione. L’opzione va tuttavia scartata sulla scorta dell’elementare osservazione per cui non è logico e coerente – anche per la strumentalità propria della misura cautelare – acconsentire alla sospensione di un atto che la Corte non può successivamente annullare nel giudizio di legittimità in via principale, essendo la sua giurisdizione limitata alla legge e agli atti con forza di legge.

La soluzione che allora pare più corretta, e che consente di tenere

<sup>25</sup> Corte cost., n. 4 del 2021.

<sup>26</sup> Cfr. ordinanza 16 gennaio 2021, n. 28.

<sup>27</sup> Cfr. P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, cit., pp. 13-14, il quale immagina invece, quale soluzione, una possibile “cedevolezza” delle ordinanze regionali a fronte di norme statali sopravvenienti.

insieme le esigenze di concentrazione e speditezza e il rispetto delle forme processuali, pare essere quella di impugnare contestualmente dinanzi alla Corte costituzionale tanto la legge della quale si lamenta l'illegittimità, tanto gli atti adottati in sua esecuzione; l'una nella sede del giudizio in via principale, gli altri nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni (v. *infra* Cap. IX). Anche in quest'ultimo caso, la Corte dispone dello strumento della sospensione e – essendo il più delle volte simili (se non identici) i vizi lamentati nell'una e nell'altra sede<sup>28</sup> – potrebbe senz'altro riunire l'incidente cautelare del giudizio di legittimità con quello del conflitto, decidendo così in uno della sospensione della legge e degli atti esecutivi.

#### 4. I presupposti: il *fumus boni iuris*

Per poter concedere la sospensione della legge impugnata, la Corte costituzionale esige, accanto alla sussistenza dei *pericula in mora* tipizzati nell'art. 35 l. n. 87 del 1953, pure la presenza del *fumus boni iuris*.

Nulla dice invero l'art. 35 in proposito, ma va senz'altro ritenuto corretto l'orientamento della Corte. La delibazione della fondatezza del ricorso è infatti inscindibilmente connessa al carattere giurisdizionale dell'incidente cautelare e all'essenziale strumentalità del provvedimento di sospensiva rispetto alla decisione finale del giudizio di legittimità (v. anche *infra* par. 9).

Nell'ordinanza n. 107 del 2010<sup>29</sup>, il giudice costituzionale, pur

<sup>28</sup> Naturalmente l'abbinamento proposto dell'istanza cautelare nel giudizio principale con analogo istanza nel conflitto è possibile laddove la censura mossa dal ricorrente attenga alla violazione delle attribuzioni costituzionali di Stato o Regioni; non quando vengano in esame parametri ulteriori, non deducibili nel conflitto intersoggettivo. In questo caso è necessario ricorrere al giudice amministrativo.

<sup>29</sup> L'ordinanza riguardava il noto caso del cd. "decreto Salva-liste" (d.l. n. 29 del 2010), il quale – introducendo disposizioni di pretesa "interpretazione autentica" degli artt. 9 e 10 della l. n. 108 del 1968, recante «Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale» – mirava a riammettere alle imminenti elezioni regionali alcune liste rimaste escluse per inadempimenti procedurali; cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2010, p. 3965 ss.; P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regio-*

pronunciandosi per il diniego della sospensione per carenza del *periculum in mora*, osserva significativamente che «in conformità ai principi generali che disciplinano la tutela in via d'urgenza, il provvedimento previsto dall'art. 40 di tale ultima legge può essere adottato se vi sia concomitanza di due requisiti, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*». E coerentemente con tale impostazione, nell'unico caso di sospensione di una legge regionale (la già citata ord. n. 4 del 2021), la Corte motiva l'accoglimento dell'istanza cautelare sulla scorta della violazione della competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q) Cost.)<sup>30</sup>.

È opinione diffusa che la delibazione sommaria della fondatezza del ricorso debba investire anche le questioni preliminari, fatta evidentemente eccezione per le ragioni di inammissibilità o manifesta infondatezza del ricorso rilevabili *ictu oculi* (ma su questo profilo v. *infra* par. 7).

Si è osservato che la Corte tende, in genere, ad incentrare la motivazione della propria decisione cautelare sul *periculum in mora*, tratteggiando in modo più conciso – sino quasi a tralasciarli – i profili relativi al *fumus boni iuris*<sup>31</sup>. Ciò naturalmente non implica una maggiore importanza del *periculum* ai fini della decisione né la possibilità (o volontà) della Corte di prescindere dall'indagine sommaria della fondatezza del ricorso. Si tratta più semplicemente di una tecnica argomentativa volta a svelare quanto meno possibile le ragioni che *prima facie* fanno propendere per il futuro accoglimento del ricorso: limitandosi a pochi cenni nell'ordinanza cautelare, il giudice costituzionale evita così di preconstituire un precedente infraprocedurale, che in sede di decisio-

ni, n. 6, 2010, p. 1339 ss.; A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio (nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale)*, in *Forum Quad. cost.*, 2010.

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare anche a G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, cit., p. 88 ss.

<sup>31</sup> Questa osservazione può valere peraltro per i soli casi in cui l'istanza di sospensione venga effettivamente accolta; quando invece (come nella gran parte delle ipotesi) si ha un rigetto, è del tutto ragionevole e sufficiente ai fini della decisione che la Corte si limiti a rilevare la carenza di uno dei due requisiti necessari (in genere proprio il *periculum in mora*). In questo modo si evita anche di prendere posizione rispetto al merito del ricorso; cfr. *infra* parr. 8-9.

ne definitiva potrebbe risultare piuttosto ingombrante qualora volesse *re melius perpensa* mutare il proprio precedente orientamento.

5. *Segue: il peculiare periculum in mora ex art. 35 l. n. 87 del 1953*

Assai più controversa è l'interpretazione del requisito del *periculum in mora*, che si presenta nelle forme di una singolare tipizzazione articolata in tre differenti *pericula*<sup>32</sup>. L'art. 35 riformato esige infatti l'occorrenza di: a) un *rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico*; b) un *rischio di un irreparabile pregiudizio all'ordinamento giuridico della Repubblica*; o c) ancora di un *rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini*.

Sul punto, soprattutto i primi commentatori della riforma hanno espresso, quasi all'unisono, critiche particolarmente severe. In primo luogo, si è censurata la tecnica legislativa: quelle dell'art. 35 sarebbero infatti «formule (...) afflitte da una intrinseca vaghezza concettuale»<sup>33</sup>, elaborate «con qualche affanno linguistico e, forse, pure obiettiva ridondanza»<sup>34</sup>.

La critica ha poi investito la natura stessa dei presupposti. Da un lato, si è osservato che questi mal si concilierebbero con l'asimmetria che contraddistingue le posizioni delle parti del giudizio in via principale, nel quale si consente alla Regione di agire in giudizio esclusivamente a tutela della propria competenza che ritenga lesa dalla legge dello Stato. L'ampiezza dei *pericula ex art. 35*, travalicando la compromissione della sfera di competenza per arrivare a tutelare interessi ulteriori e distinti, farebbe propendere per un'attivazione del potere di sospensione *prevalentemente* da parte dello Stato e a danno delle leggi

<sup>32</sup> P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 83, tende a considerare i primi due *pericula* in via unitaria, evidenziandone le affinità concettuali, benché inizialmente distingua le tre differenti ipotesi.

<sup>33</sup> Così T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 326.

<sup>34</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. CARAVITA, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano 2004, p. 50. Ulteriori rilievi critici sono riportati in P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 82.

regionali. Dall'altro lato, si è intravisto nel riferimento all'*interesse pubblico* di cui all'art. 35 una riedizione del soppresso interesse nazionale, ragione in più per ritenere che la sospensione potesse operare soprattutto nella direzione delle leggi regionali<sup>35</sup>. Non è mancato, infine, chi ha osservato una certa somiglianza dei presupposti in parola con quelli previsti per l'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120 Cost.; rilievo che varrebbe quale ulteriore e definitiva conferma di un istituto pensato per la sola legge regionale o comunque di difficile applicazione rispetto ad atti legislativi dello Stato<sup>36</sup>.

Va riconosciuto che una previsione così articolata dei *pericula in mora* è senz'altro inedita e inconsueta, non solo per il diritto costituzionale, ma pure per le diverse branche del diritto processuale italiano, e forse non è neppure ineccepibile sotto il profilo della tecnica legislativa.

Nonostante ciò, gli appunti mossi alla formulazione del novellato

<sup>35</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *Art. 9*, in EAD., P. CAVALERI, *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Milano 2004, p. 251; F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *Federalismi.it*, 2003, pp. 24-25; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in F. BASSANINI (a cura di), *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Rimini 2003, p. 180 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna 2003, p. 192 ss.; nonché P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 82-87, la quale – pur riconoscendo la possibilità che la sospensiva sia astrattamente riferibile sia alle leggi statali che a quelle regionali – ritiene che sia più probabile che siano le leggi regionali ad essere sospese, data la natura dei presupposti. Su posizioni analoghe a quest'ultima anche P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, cit., p. 159 s.

<sup>36</sup> Cfr. F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, cit., p. 24 ss.; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, cit., p. 188 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., p. 194 ss. La posizione è ora ripresa da A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale*, cit., p. 322, il quale però non esclude l'esercizio su istanza regionale, ma registra comunque «la sussistenza almeno di qualche assonanza» con l'art. 120 Cost.

art. 35 non sembrano cogliere pienamente nel segno: con uno sforzo interpretativo volto ad esaltare le finalità ultime di garanzia dell'effettività del giudizio in via principale, è infatti possibile offrire una lettura logica e coerente dei presupposti di cui all'art. 35 l. n. 87 del 1953, tale da renderli pienamente compatibili tanto con il ricorso statale quanto con quello regionale<sup>37</sup>.

Vanno però messi da parte preventivamente quei modi di intendere il giudizio in via principale che riconducono lo stesso, sulla base di un'alternativa secca, o al modello del regolamento di competenza o a quello del giudizio oggettivo di legittimità.

Se infatti si intende il giudizio principale quale mero regolamento di competenza (o conflitto di attribuzioni legislative), nell'ambito del quale le parti in giudizio fanno valere le rispettive posizioni soggettive di vantaggio in punto di competenza, è chiaro che i *pericula* indicati nell'art. 35 risultano fuori contesto. In particolare, solo il danno alle rispettive sfere di competenza potrebbe eventualmente giustificare la sospensione dell'atto impugnato e non anche la lesione all'interesse pubblico o ai diritti dei cittadini. Se, contrariamente a questa ipotesi, si intende il giudizio in questione quale controllo di costituzionalità della legge (un giudizio tendenzialmente astratto e oggettivo), diviene difficile concepire non tanto i *pericula* in sé, che anzi possono apparire più consentanei a tale modello, quanto piuttosto la possibilità che sia concesso anche alla Regione ricorrente sollecitare il potere di sospensione in relazione a tali pregiudizi<sup>38</sup>.

I problemi descritti non si ripresentano, invece, qualora si rinunci a ricondurre *in toto* il giudizio *ex art. 127 Cost.* all'uno piuttosto che all'altro figurino. D'altra parte, la disciplina del giudizio in via diretta presenta, sin dalle origini, caratteri propri tanto dell'uno quanto

<sup>37</sup> Si aderisce qui alle tesi elaborate in part. da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 345 ss.

<sup>38</sup> Non sorprende che chi porta alle estreme conseguenze una visione in termini di controllo di legittimità dell'ordinamento – pur valutando i *pericula* e l'attivazione d'ufficio del potere cautelare coerenti con tale disegno – arrivi poi a suggerire l'introduzione di una sospensione automatica per le sole leggi regionali, connessa alla proposizione del ricorso statale; cfr. C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. p. 371 ss.



dell'altro modello<sup>39</sup> e questa commistione (o “ambiguità”, come si è detto<sup>40</sup>) è stata viepiù accentuata dalla riforma del Titolo V e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Così – giusto per indicare gli elementi principali – rimandano al modello del regolamento di competenze: l'interesse ad agire in capo alle Regioni (che devono lamentare una lesione alla loro sfera di attribuzioni legislative); il carattere “politico” dell'atto di ricorso; la possibile rinuncia allo stesso (sia da parte statale che regionale); la previsione di termini perentori; la valorizzazione del contraddittorio; l'applicazione severa del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; talune creazioni giurisprudenziali della Corte (dalla cd. chiamata in sussidiarietà alla leale collaborazione). Di contro, inducono invece a declinare verso il giudizio astratto e oggettivo di controllo di legittimità: l'asimmetria dei parametri evocabili in giudizio (con lo Stato che può far valere qualsiasi vizio di illegittimità); i limiti all'operatività dell'acquiescenza, connessi all'indisponibilità delle competenze; l'inammissibilità dell'intervento dei terzi; il contenuto e la portata della decisione di annullamento.

Il giudizio in via principale è insomma un giudizio connotato da una certa ambiguità: un giudizio che sembra avere lo scopo del controllo di costituzionalità della legislazione statale e regionale, ma che è innestato su un processo di parti, caratterizzato da forme e struttura contenziosa.

Questa duplice natura finisce inevitabilmente per riflettersi anche

<sup>39</sup> Cfr. per questa tesi, in part., G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Art. 134-139. Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, p. 312 ss., spec. pp. 358-368; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1977, p. 234 ss.; ma v. E. ROSSI, *Le parti necessarie nel giudizio in via principale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 1998, spec. p. 211 ss., il quale ritiene che l'ambiguità riguardi il giudizio principale complessivamente inteso e non le singole tipologie di controllo attivate dallo Stato (a carattere oggettivo) e dalle Regioni (a carattere soggettivo). Tali ricostruzioni sono contestate, tra gli altri, da C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Cedam, Padova 2005, spec. p. 363 ss., il quale propende per la natura soggettiva del giudizio; per una prospettiva diametralmente opposta, cfr. invece C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, cit., *passim*.

<sup>40</sup> A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 355.

sullo strumento cautelare della sospensione. Tanto lo Stato, quanto le Regioni – in ossequio ai caratteri di un giudizio di parti – potranno sollecitarne l'esercizio da parte della Corte (v. *infra* par. 6); ma gli interessi tutelati (e i corrispondenti *pericula*) – in ossequio alle finalità ultime di controllo della legittimità costituzionale – ben potranno travalicare la mera competenza, toccando gli interessi pubblici che all'esercizio della specifica competenza sono connessi, così come i diritti dei singoli che possono essere lesi dalla legge impugnata. Certamente si riproduce anche in questo frangente la parziale asimmetria tra Stato e Regioni, con le seconde costrette a sollecitare il potere cautelare nel limite tracciato dall'interesse ad agire. Ma questo non esclude che alla lesione della loro competenza costituzionalmente garantita possa essere connesso un pregiudizio all'interesse pubblico e ai diritti dei cittadini.

Così ricondotta la sospensione al modello "ibrido" del giudizio principale, conviene ora procedere con l'analisi dei singoli *pericula* elencati nell'art. 35 per meglio cogliere quali pregiudizi possono essere invocati in sede cautelare.

*a) rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico*

Si è detto di come parte della dottrina abbia visto nell'*interesse pubblico* il ritorno sotto mentite spoglie dell'interesse nazionale venuto meno con la riforma del Titolo V, scorgendo così la riproposizione – nell'incidente cautelare – del controllo di merito, che nel sistema precedente avrebbe dovuto essere appannaggio delle Camere ed invece finì per essere "scaricato" sulla Corte costituzionale. Coerentemente con questa tesi, il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico dovrebbe essere evocato solo dallo Stato avverso una legge regionale<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Questa tesi è stata fatta propria, sulla scorta della riflessione dottrinale, anche dall'Avvocatura dello Stato nel caso delle impugnazioni del condono edilizio del 2003, cui erano connesse diverse istanze cautelari da parte delle Regioni; in quel frangente l'Avvocatura aveva sostenuto l'inammissibilità delle istanze sospensive regionali: «dalle espressioni contenute nel novellato art. 35 della legge n. 87 del 1953 per indicare i presupposti in presenza dei quali la Corte è chiamata a sospendere l'efficacia degli atti normativi impugnati sarebbe desumibile la conseguenza che la sospensione può essere disposta solo su leggi regionali, e non anche in relazione a leggi statali. In particolare,

Questa prospettiva non può essere accolta, in primo luogo, perché risulta radicalmente incoerente con la *ratio* di fondo della riforma costituzionale e con la soppressione dell'interesse nazionale<sup>42</sup>. Si è già visto, poi, come lo strumento della sospensione risulti essere *per tabulas* attivabile tanto dallo Stato quanto dalle Regioni. E soprattutto nulla lascia intendere che l'interesse pubblico debba essere collegato necessariamente al solo interesse statale. Anzi, se si muove dalla stessa nozione generale di interesse pubblico<sup>43</sup> e dal riparto costituzionale delle competenze legislative – che appunto distribuisce la cura di determinati interessi tra i diversi livelli di governo – si arriva agevolmente ad escludere una sua riconducibilità alla sola legislazione statale<sup>44</sup>. Interessi pubblici sono tanto quelli sottesi alle competenze legislative attribuite allo Stato, tanto quelli sottesi alle competenze legislative delle Regioni.

Da ciò deriva che è ben possibile che la violazione del riparto di

la formula “ordinamento giuridico della Repubblica” sarebbe “sostanzialmente equivalente” a quella “ordinamento giuridico dello Stato”, contenuta in diversi statuti speciali: tale conclusione sarebbe corroborata, oltre che dall'argomento letterale – ossia l'utilizzazione del termine “ordinamento” al singolare – anche dalla considerazione della “intrinseca unitarietà” dell'ordinamento italiano. Quanto all'espressione “interesse pubblico” (...), secondo la difesa erariale esso andrebbe assimilato – in virtù di argomentazioni analoghe a quelle appena esposte – all'interesse nazionale. La possibilità di sospendere solo le leggi regionali, e non anche quelle statali, inoltre, risponderebbe anche alla *ratio* politico-sistematica legata alla necessità di porre un “contrappeso” alla abolizione del rinvio governativo delle leggi regionali previsto dal previgente sistema di controllo di costituzionalità di cui all'art. 127 Cost.» (Corte cost., sent. n. 196 del 2004, *Considerato in fatto*, § 27). Questa ipotesi – sulla quale la Corte non si esprime – sarà chiaramente superata in Corte cost., ord. n. 245 del 2006, nella quale la Corte rigetta un'istanza regionale perché insufficientemente motivata (riconoscendo implicitamente l'ammissibilità di sospensive sollecitate da parte delle Regioni), per poi essere smentita *expressis verbis* nell'ord. n. 107 del 2010.

<sup>42</sup> Si v. in part. Corte cost., sent. n. 303 del 2003.

<sup>43</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 1, 1972, p. 57 ss., spec. p. 85 s.

<sup>44</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., spec. p. 359 ss. Su posizioni analoghe A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 247, il quale osserva che «del resto, un “interesse pubblico” può esser riferito anche ad importanti leggi regionali e le Regioni stesse sono custodi di non pochi diritti fondamentali a carattere sociale».

competenze provocata dalla legge statale possa andare a compromettere interessi la cui cura è stata affidata alla Regione in virtù della competenza concorrente o residuale su una determinata materia. Guardando alla casistica, sono molteplici gli esempi che si possono richiamare in tal senso: tra gli altri, si pensi al caso delle impugnazioni regionali del condono edilizio del 2003<sup>45</sup>, nelle quali si chiedeva la sospensione della normativa impugnata per i pregiudizi irreparabili che avrebbe comportato, tra l'altro, per *l'ordinato assetto del territorio*, interesse riconducibile alla competenza concorrente in materia di governo del territorio<sup>46</sup>; o ancora, si pensi alle impugnazioni relative al Codice dell'ambiente, nelle quali si evocava un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico alla *tutela del territorio* oltreché alla *tutela della salute*<sup>47</sup>. Non mancano poi casi in cui l'irrimediabile pregiudizio è ricondotto agli interessi sottesi alla materia concorrente dell'*istruzione*, che si assumevano lesi da norme statali che imponevano un ridimensionamento delle istituzioni scolastiche in tempi eccessivamente esigui<sup>48</sup>; oppure all'interesse pubblico connesso alla materia residuale del

<sup>45</sup> Le questioni sono state poi decise con la sentenza n. 196 del 2004.

<sup>46</sup> Cfr. in part. i ricorsi di Campania, Marche e Toscana; rispettivamente ricorso per legittimità costituzionale 25 ottobre 2003 (della Regione Campania) n. 76, in G.U. n. 47 del 26-11-2003 e ricorso per legittimità costituzionale 30 gennaio 2004 (della Regione Campania) n. 14, in G.U. n. 7 del 18-2-2004; ricorso per legittimità costituzionale 19 novembre 2003 (della Regione Marche) n. 81, in G.U. n. 50 del 17-12-2003 e ricorso per legittimità costituzionale 26 gennaio 2004 (della Regione Marche) n. 8, in G.U. n. 6 dell'11-2-2004; ricorso per legittimità costituzionale 21 novembre 2003 (della Regione Toscana) n. 82, in G.U. n. 51 del 24-12-2003 e ricorso per legittimità costituzionale 29 gennaio 2004 (della Regione Toscana) n. 10, in G.U. n. 7 del 18-2-2004.

<sup>47</sup> Si v. in part. il ricorso dell'Emilia-Romagna: ricorso per legittimità costituzionale 27 aprile 2006 n. 56, in G.U. n. 21 del 24-5-2006, sul quale la Corte si è pronunciata con l'ord. n. 254 del 2006, annotata da A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2006, p. 2444 ss. Altre istanze cautelari erano state avanzate da Calabria, Piemonte, Abruzzo, Puglia, Toscana, ma assorbite nella decisione definitiva; cfr. Corte cost., sentt. nn. 232, 235, 246, 249, 251 del 2009. Sul punto, si v. P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1, 2007, p. 153 ss.

<sup>48</sup> Cfr. i ricorsi di Piemonte e Calabria in relazione al d.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la compe-

*trasporto pubblico locale*, che sarebbe stato compromesso dalla riduzione del concorso finanziario dello Stato agli oneri relativi<sup>49</sup>.

I pregiudizi che possono essere adottati ai fini della sospensione non si limitano tuttavia a quelli prodotti in maniera diretta sull'interesse (o sugli interessi) pubblici connessi alla competenza che si asserisce violata<sup>50</sup>. Atteso infatti che la sospensione deve poter garantire la pienezza degli effetti della decisione finale, ben possono venire in considerazione altri pregiudizi irreparabili che la violazione della competenza potrebbe generare in capo a diversi e ulteriori interessi pubblici. Si pensi, in via meramente esemplificativa, ai possibili pregiudizi economico-finanziari che potrebbero derivare dall'esecuzione della legge ritenuta incostituzionale (e che potrebbero non essere recuperati pienamente *ex post*)<sup>51</sup>; all'impatto negativo sul buon andamento della

titività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 e ulteriormente modificato dall'art. 3 del decreto-legge 7 ottobre 2008, n. 154, recante "Disposizioni urgenti per il contenimento della spesa sanitaria e in materia di regolazioni contabili con le autonomie locali"; cfr. rispettivamente ricorso per questione di legittimità costituzionale 24 ottobre 2008 (della Regione Piemonte) n. 75, in G.U. n. 51 del 10-12-2008 e ricorso per questione di legittimità costituzionale 26 novembre 2008 (della Regione Calabria) n. 93, in G.U. n. 3 del 21-1-2009. Le questioni sollevate sono state decise con Corte cost., sent. n. 200 del 2009.

<sup>49</sup> Cfr. il ricorso della Regione Lombardia deciso in Corte cost., sent. n. 137 del 2018: ricorso per legittimità costituzionale 28 agosto 2017 n. 60, in G.U. n. 39 del 27-9-2017. L'incidenza sugli interessi connessi alla gestione del trasporto pubblico locale era stata affermata anche dalla Regione Veneto nel ricorso (assistito da istanza cautelare) deciso da Corte cost., sent. n. 273 del 2013.

<sup>50</sup> Si riprendono qui intuizioni già sviluppate da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 360 ss.

<sup>51</sup> Per questo profilo si v., tra le altre, le istanze collegate ai seguenti ricorsi: ricorsi della Regione Marche rispetto al condono edilizio (v. nt. 46); ricorso per legittimità costituzionale 29 ottobre 2008 (della Regione Calabria), n. 86, in G.U. n. 1 del 7-1-2009, nel quale si paventa il «tracollo finanziario dell'Ente» (deciso poi in Corte cost., sent. n. 16 del 2010); ricorso per questione di legittimità costituzionale 5 luglio 2012 (della Regione Veneto) n. 102, in G.U. n. 35 del 05-09-2012 (poi deciso da Corte cost., sent. 121 del 2013); ricorso per legittimità costituzionale 23 febbraio 2012 (della Regione Veneto) n. 29, in G.U. n. 12 del 21-3-2012, contro i decreti-legge di riforma delle Province (poi deciso da Corte cost., sent. n. 220 del 2013); ricorso per legittimità costituzionale 4 marzo 2015 (della Regione Veneto) n. 31, in G.U. n. 14 del 8-4-2015 (Corte cost., sent. n. 145 del 2016); ricorso per legittimità costituzionale 6 marzo 2015

pubblica amministrazione (che si avrebbe, in ipotesi, nel caso dell'avvio di procedimenti amministrativi o a riorganizzazioni degli uffici destinati a venir meno con la pronuncia di incostituzionalità)<sup>52</sup>; alla certezza del diritto nei rapporti tra privati o tra privati e pubblica amministrazione<sup>53</sup>.

In assenza di una significativa giurisprudenza sul punto, si può rilevare come nei ricorsi corredati di istanza di sospensione emerga effettivamente una configurazione del requisito dell'interesse pubblico in questi termini<sup>54</sup>.

(della Regione Puglia) n. 37, in G.U. n. 16 del 22-4-2015 (poi deciso da Corte cost., sent. n. 155 del 2016).

<sup>52</sup> In questo senso, si v., tra le altre, le istanze: a) relative al condono edilizio del 2003, di cui in nt. 46, in part. per i profili evidenziati dai ricorsi toscani; b) relative al Codice dell'ambiente di cui in nt. 47; l'istanza emiliano-romagnola, in part., evocava il rischio di «situazioni di paralisi amministrativa»; c) relative al Codice dei contratti pubblici: ricorso per legittimità costituzionale 6 luglio 2006 (della Regione Veneto) n. 85, in G.U. n. 37 del 13-9-2006 (poi decisa nel merito in Corte cost., sent. n. 401 del 2007); d) relative al d.l. n. 112 del 2008 (v. *supra* nt. 48); e) relative ai d.l. di riforma delle Province di cui alla nota precedente.

<sup>53</sup> Per questo profilo si v., tra le altre, le istanze: a) relative al condono edilizio del 2003, di cui in nt. 46: la Regione Marche evidenzia come «la vigenza del decreto-legge [impugnato] implica, in attesa della sentenza sul presente ricorso, una situazione di incertezza normativa che incide sui cittadini destinatari della disciplina di sanatoria, con riferimento a norme di rilevanza anche penale, favorendo – anche sotto questo profilo – comportamenti capaci di dare luogo ad ulteriori illeciti»; in termini analoghi anche la Regione Toscana; b) relative al Codice dell'ambiente di cui in nt. 47: la Regione Emilia-Romagna segnalava, ad esempio, che «la soppressione immediata delle Autorità di bacino, in assenza di una regolazione transitoria [avrebbe aperto] un periodo di incertezza sulle competenze ad emanare gli atti e a svolgere le funzioni di gestione, vigilanza e controllo che le autorità svolgono da tempo a tutela degli interessi pubblici fondamentali che hanno in cura»; c) relative al Codice dei contratti pubblici: ricorso per legittimità costituzionale 6 luglio 2006 (della Regione Veneto) n. 85, in G.U. n. 37 del 13-9-2006 (poi decisa nel merito in Corte cost., sent. n. 401 del 2007). Ma si v. anche il ricorso lombardo in nt. 49, ove la Regione lamenta «l'incertezza sull'ammontare e sulla data di erogazione delle risorse destinate al trasporto pubblico locale» (Corte cost., sent. n. 137 del 2018, *Considerato in fatto*, § 8.3.).

<sup>54</sup> Va peraltro osservato come non sempre nella prospettazione dei ricorrenti si operi una precisa distinzione tra il *periculum* per l'interesse pubblico e quello concernente l'ordinamento giuridico della Repubblica; spesso i due pregiudizi sono indicati unitamente o impiegati in modo fungibile, denotando una scarsa chiarezza concettua-

Un aspetto apparentemente problematico del *periculum* in esame – che si riproduce in termini forse più intensi con riguardo al successivo *periculum* del pregiudizio all’ordinamento giuridico della Repubblica – è il fatto che il Legislatore del 2003 abbia previsto che il danno sia *irreparabile*, facendo impiego di nozioni di matrice civilistica (art. 700 c.p.c.) e (ora anche) amministrativistica (art. 55 c.p.a.)<sup>55</sup>.

Se confrontato con le *gravi ragioni* richieste per la sospensione dell’atto impugnato nei conflitti di attribuzione tra enti ai sensi dell’art. 40 l. n. 87 del 1953, si ricava l’impressione che, in questo frangente, sia necessario un maggior rigore nell’apprezzamento del *periculum* da parte della Corte, la quale sarebbe chiamata a far uso dello strumento cautelare solo in casi estremamente eccezionali, nei quali risulti del tutto impossibile la riduzione in pristino una volta che si siano realizzate le modificazioni fattuali o giuridiche paventate dal ricorrente<sup>56</sup>.

le. Esempi in tal senso sono il ricorso per legittimità costituzionale 6 luglio 2006 (della Regione Veneto) n. 85, in G.U. n. 37 del 13-9-2006 nel quale il pregiudizio alla certezza del diritto è ricondotto al pregiudizio all’ordinamento giuridico della Repubblica; oppure il ricorso per questione di legittimità costituzionale 26 novembre 2008 (della Regione Calabria) n. 93, in G.U. n. 3 del 21-1-2009; o ancora i ricorsi nn. 116 e 117 del 2010, in G.U. n. 2 del 12-1-2011, in cui sono evocati tutti e tre i *pericula*, benché si versi in casi di lesione dell’interesse alla tutela dell’ambiente; da ultimo, si v. Corte cost., ord. n. 4 del 2021, ove la Corte “corregge” l’indicazione dell’Avvocatura dello Stato, ricollegando il potenziale *vulnus* alla gestione unitaria della pandemia arrecato dalla legge regionale valdostana non al rischio di danno irreparabile all’ordinamento giuridico della Repubblica (come indicato dal ricorrente), ma al rischio di danno irreparabile all’interesse pubblico. Sia consentito, su quest’ultimo profilo, rinviare a G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, cit., p. 95. Indicazioni anche in A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009, pp. 169-171.

<sup>55</sup> Sul punto si v. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 163 ss., il quale peraltro ritiene che l’assenza di un riferimento alla gravità del danno (racchiusa invece nell’ultimo *periculum*, quello del grave e irreparabile pregiudizio ai diritti dei cittadini) non vada sopravvalutata, perché «il concetto di irreparabilità, per definizione, contiene quello di gravità» (p. 164).

<sup>56</sup> In questo senso, parrebbe, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., p. 194, il quale ritiene che sia necessario «verificare l’impossibilità di ottenere in concreto il

Naturalmente un siffatto modo di intendere la nozione di irreparabilità non solo ridurrebbe drasticamente l'utilità dello strumento della sospensione, ma risulterebbe pure incoerente con il modo di intendere il requisito nel diritto processuale comune. Sotto quest'ultimo profilo, come si è puntualmente osservato in dottrina, la nozione di *irreparabilità* va pur sempre intesa *in senso relativo*, ovvero non come assoluta impossibilità di ripristinare lo *status quo ante*, ma piuttosto come *scarto eccessivo* tra le utilità che deriverebbero dalla realizzazione immediata dell'interesse (se non fosse necessario cioè ricorrere al giudice) e quelle che invece si possono conseguire, successivamente, dalla sentenza definitiva<sup>57</sup>. In questa prospettiva, non vengono pertanto in rilievo solo le situazioni di obiettiva impossibilità di riparazione, ma pure quei casi in cui la riparazione potrebbe essere troppo tardiva o troppo parziale<sup>58</sup>. Il danno richiesto ai fini della concessione della sospensione della legge, pur non arrivando a coincidere con quello previsto *ex art. 40 l. n. 87 del 1953* (v. *infra* Cap. IX, parr. 2-3), assume dunque una portata più ampia e più ampia diviene pure la discrezionalità della Corte nell'apprezzamento dello stesso.

Altro aspetto problematico, comune questa volta a tutti i *pericula*,

bene perseguito (la mancata produzione degli effetti della legge in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità) senza una tutela di carattere cautelare».

<sup>57</sup> Su posizioni analoghe A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., spec. pp. 366-367. La stessa Corte costituzionale ha già mostrato di considerare in questi termini la nozione di irreparabilità, laddove ha affermato – sebbene con specifico riferimento all'art. 373 c.p.c. – che «l'“irreparabilità del danno” (...) va intesa, quantomeno, nel senso di un *intollerabile scarto* tra il pregiudizio derivante dall'esecuzione della sentenza nelle more del giudizio di cassazione e le concrete possibilità di risarcimento in caso di accoglimento del ricorso per cassazione»; cfr. Corte cost., sent. n. 217 del 2010, *Considerato in diritto*, § 2.3.

<sup>58</sup> Guardando ancora ai ricorsi, una prospettazione di questo tipo si ritrova espressamente nel ricorso per legittimità costituzionale 28 giugno 2006 (della Regione Calabria) n. 82, in G.U. n. 35 del 30-8-2006, nel quale si osserva che la sospensione «appare assolutamente indispensabile, in quanto vi è la ragionevole possibilità nelle more di veder conformare rapporti in base ad una normativa la cui legittimità è contestata, e ciò determinerebbe una situazione di fatto tale da rendere assai difficile e costoso riportare lo *status quo ante* nel caso di esito positivo della decisione nel merito, mentre non deriverebbe nessun pregiudizio ad interessi costituzionalmente garantiti ove invece quest'ultima fosse sospesa».



è quello dell'attualità e concretezza del danno paventato dal ricorrente. Come si è accennato *supra*, salvo il caso classico delle leggi auto-applicative, il pregiudizio diviene *attuale* e *concreto* per lo più attraverso un atto di esecuzione della norma di legge. A rigore pertanto, non vi sarebbe un danno attuale e concreto ogni qualvolta la legge non abbia avuto almeno un principio di esecuzione.

Anche questo è tuttavia un modo di intendere il danno che mal si adatta alla previsione di un potere di sospensiva delle leggi. Da un lato, sarebbe infatti necessario attendere un principio di esecuzione per attivare la misura cautelare, il che contrasta in modo palese con la finalità di garanzia dell'istituto. Dall'altro lato, come si è già detto, la sospensione che intervenisse dopo l'adozione di atti esecutivi non avrebbe efficacia rispetto a questi ultimi, ma solo rispetto la legge e *pro futuro*. Gli atti esecutivi dovrebbero pertanto essere impugnati in altra sede (giudizio amministrativo o conflitto di attribuzioni intersoggettivo) con il pericolo che ritardi, difformità di orientamenti giurisprudenziali e, più in generale, le diverse vicende processuali ipotizzabili con riguardo all'impugnazione dei singoli atti permettano comunque alla legge – in ipotesi incostituzionale – di avere una parziale applicazione ed esplicare così i suoi effetti pregiudizievoli.

Per assicurare pienamente le finalità, proprie della sospensione, di garanzia dell'effettività della giustizia costituzionale, l'attualità e la concretezza del danno devono allora ricondursi alla possibilità concreta che l'esecuzione della legge possa provocare i danni previsti dall'art. 35, facendo "arretrare" la valutazione dell'attualità del danno ad un momento antecedente all'adozione degli atti esecutivi. È quanto è effettivamente avvenuto nel caso della legge valdostana per l'emergenza pandemica, più volte richiamato e deciso con l'ordinanza n. 4 del 2021.

Nel caso di specie, a ben vedere, non era dato riscontrare la sussistenza di un pericolo attuale e concreto, almeno per come lo stesso è inteso generalmente nei giudizi comuni e pure nei conflitti tra enti da parte della Corte stessa<sup>59</sup>. Le ordinanze del Presidente della Giunta regionale valdostana, adottate in attuazione della legge impugnata, si erano infatti caratterizzate per una particolare cautela, allineandosi per

<sup>59</sup> Cfr. sul punto *infra* Cap. IX, par. 2-3.

lo più a quelle che erano le misure di imposte dal livello nazionale; in particolare, con l'ordinanza n. 580 del 2020, la Regione aveva sostanzialmente replicato sul proprio territorio le medesime restrizioni previste dallo Stato, per cui i pericoli paventati dall'Avvocatura dello Stato per la salute e per la gestione unitaria della pandemia erano stati concretamente scongiurati in sede di attuazione della legge, divenendo a quel punto solo potenziali.

La Corte tuttavia ha mostrato di intendere l'attualità e la concretezza del pericolo non in modo stringente, esigendo piuttosto una *attualità* e una *concretezza* "attenuate", quasi fossero ricalibrate appositamente per gli atti legislativi, che di norma – come si è detto – necessitano di atti esecutivi o attuativi per produrre degli effetti pregiudizievoli nella realtà fattuale e giuridica<sup>60</sup>. In questo caso, la Corte ha ritenuto infatti che il *periculum* fosse integrato dal semplice fatto che, sulla scorta della legge impugnata, la Regione potesse adottare misure difformi e meno rigorose rispetto a quelle statali, ma non ha reputato necessario attendere il concretizzarsi vero e proprio del pericolo per concedere la sospensione.

*b) rischio di un irreparabile pregiudizio...all'ordinamento giuridico della Repubblica*

Il rischio di un irreparabile pregiudizio *all'ordinamento giuridico della Repubblica* ha sollevato perplessità analoghe a quelle del pregiudizio all'interesse pubblico. Si è tracciata infatti un'analogia tra questo *periculum in mora* e le condizioni previste per l'esercizio del potere sostitutivo statale *ex art. 120, comma 2, Cost.*, specie per la parte in cui si dispone che il Governo possa sostituirsi alle Regioni e agli enti territoriali «quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità

<sup>60</sup> A scanso di equivoci, preme evidenziare che si tratta di questione diversa da quella se ricondurre la sospensione alla sola *esecuzione* (o anche *esecutorietà*) dell'atto legislativo o, più in generale, all'*efficacia* dello stesso; questione che va senz'altro risolta nel senso da ultimo indicato, come argomentato da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 336-338. Infatti, mentre il problema esaminato nel testo concerne il danno, quella dell'alternativa esecuzione/efficacia concerne gli effetti della sospensione; sul punto v. *infra* par. 8.

economica». Anche in questo caso, ne deriverebbe un'applicabilità della sospensione solo ai danni della legge regionale.

Vero è che nella versione originaria della l. n. 131 del 2003, questo requisito risultava congiunto a quello dell'interesse pubblico, è poteva così, in una certa misura, suggerire che il requisito esprimesse istanze unitarie, come tali tutelabili solo dallo Stato.

Anche questa interpretazione tuttavia non appare convincente. In primo luogo, è il dato letterale a smentire tale impostazione, dal momento che non vi è identità tra *unità giuridica della Repubblica* e *ordinamento giuridico della Repubblica*. Si aggiunga poi che, come si è ribadito più volte, anche le Regioni possono chiedere la sospensione della legge statale, e certo non lo possono fare – data la struttura del giudizio principale – per tutelare esigenze unitarie.

Assai più persuasiva appare l'interpretazione offerta da Anna Gragnani<sup>61</sup>, la quale – pur ammettendo la difficoltà di definire compiutamente la nozione in esame – suggerisce che il *periculum* in questione rimandi, in via generale, all'assetto delle competenze tracciato nel Titolo V riformato: "*Ordinamento della Repubblica*", d'altra parte, è l'intitolazione della rubrica della Parte II della Costituzione, nell'ambito della quale si trovano disciplinati i rapporti tra i vari livelli di Governo e, in particolare, il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Il pregiudizio all'ordinamento giuridico della Repubblica riguarderebbe pertanto i danni irreparabili che possono prodursi non solo in rapporto all'unità della Repubblica (secondo la lettura riduttiva di cui sopra), ma anche in rapporto al principio autonomistico e alla posizione costituzionalmente garantita degli enti regionali (e degli altri enti territoriali di cui all'art. 114 Cost.).

Così inteso, il *periculum* in esame risulta quello maggiormente compatibile con una configurazione del giudizio principale in termini di regolamento di competenza, dal momento che viene sostanzialmente a coincidere con la lesione delle competenze legislative. Ciò rende tuttavia particolarmente difficile dare concretezza al pregiudizio in termini di irreparabilità, considerato che l'ordine delle competenze,

<sup>61</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 367-369.

secondo un'opinione diffusa, deve ritenersi sempre ripristinabile *ex post* attraverso la sentenza della Corte<sup>62</sup>.

A ben vedere, quest'ultima affermazione può però essere accolta solo nella sua accezione generale ed astratta, perché vi possono essere casi, tendenzialmente eccezionali, nei quali la lesione della competenza assurge agli estremi dell'irreparabilità, intesa nel suo significato relativo (v. *supra*).

Si pensi, in ipotesi, al caso in cui una data competenza regionale (o statale) debba essere esercitata, per ragioni di fatto o di diritto, in un determinato lasso di tempo e la legge statale (o regionale), violando tale competenza, ne impedisca definitivamente l'esercizio<sup>63</sup>. Altro caso potrebbe essere quello di un illegittimo esercizio, per via legislativa, del potere sostitutivo da parte del Governo a danno di una Regione ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost. O ancora si pensi a leggi ordinarie (o atti con forza di legge) di riforma dell'assetto degli enti territoriali<sup>64</sup>. L'irreparabilità del danno in questi casi è data dal fatto che la legge statale (o regionale), nei primi due casi, impedisce definitivamente

<sup>62</sup> Cfr., in tal senso, P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, cit., p. 161; v. anche N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa*, Giuffrè, Milano 1980, p. 63 ss., seppur in relazione al conflitto intersoggettivo.

<sup>63</sup> Può farsi l'esempio, in tal senso, delle "leggi di reazione" regionali (cfr. R. BIN, *Sulle "leggi di reazione"*, in *Le Regioni*, n. 6, 2004, p. 1374 ss.) rivolte ad impedire l'applicazione nei loro confronti del condono edilizio del 2003 (v. *supra* nt. 46), adottato con decreto-legge e quindi – per lo meno astrattamente – dotato di caratteri d'urgenza che ne rendevano indifferibile l'esecuzione. Ma in termini analoghi si pone fors'anche la legge valdostana del 2020, più volte richiamata, che era volta ad impedire l'applicazione nel territorio regionale della normativa emergenziale statale (su questo punto avevo ritenuto di concludere diversamente in G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, cit., pp. 95-96). La Corte ha tuttavia opinato per la riconduzione del pregiudizio all'interesse pubblico e non all'ordinamento della Repubblica.

<sup>64</sup> Un caso emblematico in tal senso è quello deciso da Corte cost., sent. n. 220 del 2013, relativa ai d.l. di riforma della Province, in relazione al quale erano state infatti proposte diverse istanze di sospensione *ex art. 35 l. n. 87 del 1953* da parte delle Regioni ricorrenti.

l'esercizio della competenza regionale (o statale) in rapporto allo specifico caso concreto, mentre nell'ultimo rischia di compromettere il pieno dispiegamento dell'autonomia regionale (e locale) in una misura tale da non poter essere pienamente recuperata *ex post*.

In questi casi, è comunque chiaro che la lesione della competenza regionale difficilmente va disgiunta da pregiudizi ulteriori ai danni dell'interesse pubblico o dei diritti dei cittadini, e finisce quindi per godere di scarsa autonomia concreta rispetto agli altri *pericula in mora*.

*c) rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini*

Risulta più semplice la configurazione del *pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini*, una formula che richiama le ben consolidate esperienze di tutela cautelare del processo civile e amministrativo. Anche in questo caso la nozione di irreparabilità va intesa in senso relativo, consentendo pertanto alla Corte di apprezzare sia il danno che possa derivare ai *diritti assoluti* – tra i quali si annoverano i diritti e le libertà costituzionali – sia quello che tocchi i *diritti relativi* (o di *credito*). Rispetto a questi ultimi vale l'insegnamento di Proto Pisani, per cui il danno è irreparabile quando gli stessi abbiano *contenuto patrimoniale ma funzione non patrimoniale* o anche quando, sulla scorta di un esame svolto caso per caso, abbiano *contenuto e funzione patrimoniali*, ma lo scarto tra il danno patito e tutela risarcitoria *ex post* sarebbe eccessivo (v. *supra* Cap. I, par. 6, lett. a).

Anche qui vanno respinte le tesi volte a limitare tale *periculum* al solo ricorso statale contro la legge regionale: basti osservare come la cura di molti diritti (specie quelli sociali, come giustamente osserva Augusto Cerri)<sup>65</sup> è consegnata alle Regioni e pertanto non si pone al-

<sup>65</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 247. Si possono segnalare, tra gli altri, il ricorso della Regione Sardegna con il quale si intendeva dare avvio all'operatività di una nuova struttura ospedaliera, che era nei fatti ostacolato da previsioni statali che ponevano vincoli di spesa (ricorso per legittimità costituzionale 29 novembre 2018 n. 81, in G.U. n. 2 del 9-1-2019), nel quale si evocava la lesione del diritto alla salute dei cittadini sardi; oppure il ricorso della Regione Calabria contro il d.l. n. 112 del 2008, che imponeva piani di ridimensionamento scolastico in tempi brevissimi (ricorso per questione di legittimità costituzionale 26 novembre 2008, in G.U. n. 3 del 21-1-2009), che richiamava la lesione del diritto all'istruzione ai sensi dell'art. 34 Cost.

cun problema sotto il profilo del più limitato interesse ad agire regionale. Non si può affatto escludere, in sostanza, che la Regione agisca in giudizio argomentando che dalla lesione delle proprie competenze (in ipotesi in materia di istruzione o trasporto pubblico locale, per citare casi concreti) possa derivare un pregiudizio ai diritti dei cittadini della Regione.

Va invece radicalmente escluso, sulla scorta degli attenti rilievi mossi ancora una volta da Anna Gragnani, che il potere cautelare in rapporto a questo specifico *periculum* si caratterizzi come *sussidiario* rispetto all'esercizio della tutela in altre sedi, quali i processi civile e amministrativo, e non possa essere perciò attivato se è possibile ricorrere a tali istanze giurisdizionali<sup>66</sup>. Non solo così opinando si introdurrebbe arbitrariamente una condizione ulteriore per l'esercizio del potere non prevista per legge, ma si altererebbe pure la *ratio* complessiva della sospensione *ex art. 35*, che non guarda a singoli casi specifici, ma a «classi generali di situazioni soggettive»<sup>67</sup> (riguardando tutti i potenziali destinatari delle leggi impugnate) e che – per i motivi di cui *supra* – dovrebbe tendere ad anticipare e prevenire l'insorgere del contenzioso dinanzi ai giudici comuni, non ad attenderlo per poi essere esercitato tardivamente.

La casistica offre molteplici esempi di istanze cautelari motivate sulla base del potenziale pregiudizio per i diritti dei cittadini (spesso accompagnato dall'evocazione di un ulteriore *periculum in mora*).

Così è nel caso della sospensione della legge regionale della Valle d'Aosta adottata durante la pandemia da Sars Covid-19 (ord. n. 4 del 2021) ove, insieme all'interesse alla gestione unitaria della pandemia, è venuto in rilievo anche il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini. Osserva la Corte che «la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il

<sup>66</sup> Per questa tesi cfr. P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, cit., p. 161 ss.

<sup>67</sup> A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 375.

fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore», aggiungendo poi che: «le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone».

Guardando ai ricorsi invece si possono ricordare diversi casi di istanze regionali in cui è prospettato un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, talora in termini generali, talora in termini più puntuali: così si è sostenuto, ad esempio, che disposizioni incidenti sulla finanza regionale o di riorganizzazione della pubblica amministrazione avrebbero avuto ripercussioni sui diritti dei cittadini, riducendo le prestazioni erogabili dall'amministrazione regionale<sup>68</sup> o compromettendo il funzionamento degli uffici<sup>69</sup>. Nel ricorso della Regione Lazio avverso il cd. decreto "Salva-liste" del 2010 si era paventato un grave pregiudizio «per i cittadini elettori», dal momento che la futura (eventuale) declaratoria di legittimità costituzionale avrebbe travolto gli esiti delle consultazioni elettorali regionali tenutesi frattanto<sup>70</sup>. Nei ricorsi contro il condono edilizio si era invece profilata la lesione dei «diritti dei cittadini ad un corretto ed imparziale esercizio dei

<sup>68</sup> Cfr., ad esempio, il ricorso per legittimità costituzionale 29 ottobre 2008 (della Regione Calabria), n. 86, in G.U. n. 1 del 7-1-2009, nel quale si dice che il «pregiudizio arrecato alle finanze regionali ridonderebbe in pregiudizio per i cittadini della Calabria, ai quali non sarebbe possibile erogare i servizi nella misura prevista dai già vigenti atti programmatori regionali». O ancora il ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 5 luglio 2012 (della Regione Veneto), n. 102, in G.U. n. 35 del 05-09-2012. Nel ricorso della Regione Veneto avverso la legge di stabilità 2015 (ricorso per legittimità costituzionale 4 marzo 2015 n. 31, in G.U. n. 14 del 8-4-2015) profila «un taglio alla spesa per beni e servizi adottato, sotto molteplici profili, in violazione dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza di questa ecc.ma Corte costituzionale, la cui attuazione, data l'abnorme entità della misura (...) determinerebbe, come più ampiamente motivato nel ricorso, o il sostanziale azzeramento della spesa extra sanitaria per beni e servizi delle Regioni, e/o la messa a repentaglio (...) dell'adempimento dei *livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritto alla salute*» (Corte cost., sent. 145 del 2016).

<sup>69</sup> Si vedano in tal senso i ricorsi contro la riforma delle Province (*supra* nt. 51); oppure il ricorso della Regione Emilia-Romagna avverso il Codice dell'ambiente (nt. 47).

<sup>70</sup> Cfr. ricorso per legittimità costituzionale 11 marzo 2010, n. 43 (della Regione Lazio), in G.U. n. 13 del 31-3-2010.

poteri pubblici in materia edilizia»<sup>71</sup>, nonché del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* (nella misura in cui l'eventuale incostituzionalità del decreto non avrebbe tutelato dall'incriminazione penale quanti nel frattempo avevano denunciato spontaneamente gli illeciti, presentando istanza di sanatoria)<sup>72</sup>.

#### 6. Il procedimento: iniziativa officiosa o di parte?

Venendo agli aspetti procedurali, un primo punto controverso è quello dell'iniziativa per l'esercizio del potere cautelare. La legge prevede infatti che, qualora ricorrano i presupposti, la Corte proceda *d'ufficio* alla sospensione dell'atto legislativo impugnato, prescindendo da qualsivoglia iniziativa delle parti.

I primi commentatori hanno criticato severamente tale previsione, rilevando come la stessa si porrebbe in contrasto con la natura di processo di parti del giudizio principale<sup>73</sup>, con il principio del contraddittorio e, infine, con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>74</sup>. Tanto è parsa inusuale e incoerente l'iniziativa *ex officio* che si è arrivati a qualificarla come «una sorta di mostruosità giuridica»<sup>75</sup>.

Come si è visto, tuttavia, le ragioni che hanno storicamente giustificato l'introduzione di tale previsione si muovono verosimilmente su tutt'altro piano e, in linea di principio, non sembrerebbero neppure voler contraddire i principi appena richiamati<sup>76</sup>. L'attribuzione forma-

<sup>71</sup> Cfr. i ricorsi della Regione Marche di cui in nt. 46.

<sup>72</sup> Cfr. i ricorsi della Regione Toscana di cui in nt. 46.

<sup>73</sup> Così, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., p. 196; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 251.

<sup>74</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 252; F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino 2005, p. 232; M. D'AMICO, *Le modifiche al processo costituzionale nell'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 403.

<sup>75</sup> G. FALCON, *Introduzione*, cit., p. 17. Lo stesso Autore parla altresì di «una vera stonatura, una forzatura del compito di giudice attribuito alla Corte», domandandosi «Perché [la Corte] dovrebbe farsi essa direttamente ed in prima battuta custode di interessi, anziché giudice tra le parti, esse sì portatrici di interesse?» (pp. 16-17).

<sup>76</sup> Ci si riferisce alla tesi avanzata da Anna Gragnani e ripresa *supra* (par. 2).



le alla Corte dell'iniziativa per la sospensione della legge sarebbe stata infatti volta a superare la portata limitata che, secondo i redattori, avrebbe avuto una sospensione della legge statale concessa su istanza di una singola Regione. Muovendo evidentemente da una concezione del giudizio principale ispirata al modello del regolamento di competenze, si riteneva che la sospensione così ottenuta avrebbe dovuto spiegare effetti solo per la Regione istante, e non effetti generali, avendo soltanto quest'ultima manifestato un interesse attuale e concreto all'annullamento dell'atto (e quindi sofferto la lesione della relativa competenza). Riportando formalmente alla Corte la decisione sulla sospensione si consente che quest'ultima interessi la legge statale nella sua totalità, sospendendo così la sua applicazione sull'intero territorio nazionale. La configurazione del potere in termini officiosi guarda pertanto (paradossalmente) più al momento della produzione degli effetti che al momento dell'iniziativa per la concessione della misura cautelare.

Non è pertanto impossibile immaginare che, ferma restando l'iniziativa *ex officio* della Corte prevista per legge, la stessa non possa conciliarsi con iniziative di parte, dando corso ad un incidente cautelare improntato al rispetto del contraddittorio, del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di tutte le forme proprie di un processo contenzioso<sup>77</sup>.

La prassi si è in effetti orientata sin da subito nel senso di consentire alle parti di formulare istanze di sospensione cautelare della legge e la stessa Corte<sup>78</sup>, nell'ambito della modifica delle Norme integrative

<sup>77</sup> Cfr. A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, p. 2445.

<sup>78</sup> In questo senso già G. FALCON, *Introduzione*, cit., p. 17, aveva preconizzato una possibile correzione del dettato legislativo da parte della prassi; v. anche F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, cit., p. 234, i quali – registrando l'attenzione della Corte per gli «interessi in proposito manifestati nel corso del giudizio dai ricorrenti» – discorrono di «una sorta di “interpretazione correttiva”»; in tal senso, si v. soprattutto la primissima giurisprudenza della Corte costituzionale che, nel consentire la reciproca rinuncia alle istanze di sospensiva statali e regionali relative al condono edilizio del 2003 e alle relative leggi di reazione regionali, pare ricondurre lo strumento alle forme del giudizio contenzioso (v. Corte cost., ordd. nn. 116, 117, 118, 119 del 2004); cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 117-118.

del 2008, si è incaricata di ricondurre lo strumento nell'ambito della logica di un giudizio di parti<sup>79</sup>. Al punto che l'istanza di parte è divenuta la regola, mentre la Corte non ha mai esercitato *motu proprio* il potere cautelare, sebbene al contempo non abbia mai espressamente negato di poter procedere d'ufficio. Una conferma della permanenza del potere officioso si troverebbe infatti in quelle ordinanze in cui la Corte si pronuncia per il "non luogo a provvedere" sull'istanza cautelare, lasciando intendere che il potere di sospensione non si sarebbe esaurito, ma sarebbe ancora esercitabile<sup>80</sup>.

Resta da chiedersi tuttavia se possano residuare, al di fuori della prassi delle istanze di parte, dei casi in cui la Corte potrebbe utilmente esercitare il proprio potere *ex officio*<sup>81</sup>.

Sotto questo profilo, può essere utile guardare all'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*. Come si è osservato *supra* (Cap. V, par. 4), la possibilità di un esercizio del potere cautelare d'ufficio da parte del *BVerfG*, benché controversa in dottrina, è stata espressamente riconosciuta dal giudice costituzionale tedesco.

<sup>79</sup> L'art. 21 n.i., riformato nell'occasione, contempla invero solamente il caso di un'istanza di parte per la sospensione della legge impugnata, senza fare riferimento alcuno all'iniziativa *ex officio*. Per questo motivo probabilmente si è parlato di un'esclusione della sussistenza del potere officioso (P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (sito precedente), ora anche in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Vol. V, Giappichelli, Torino 2011, p. 2401 ss.); va tuttavia evidenziato in proposito che il dato legislativo (art. 35 l. n. 87 del 1953) appare chiarissimo nel riconoscere l'officiosità del potere cautelare della Corte, il quale pertanto non si può dire "abrogato" dalle Norme integrative per la semplice previsione dell'istanza di parte. Condivisibili le osservazioni di A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 116-117, che ritiene applicabile l'art. 21 n.i. alle ipotesi di istanze di parte, conservandosi comunque la possibilità di sospensioni d'ufficio.

<sup>80</sup> Critico su questa soluzione A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit. p. 2446, il quale parla in proposito di «una via (...) troppo "sottile"» seguita dalla Corte; se l'istanza cautelare non è dotata dei requisiti necessari, secondo l'Autore, sarebbe più opportuno dichiararla inammissibile, irricevibile ecc., senza ricorrere a nuove formule come quella del "non luogo a provvedere". Peraltro si tratterebbe di questione meramente formale ("di formulario"), priva di conseguenze sostanziali sulla possibilità di esperire il potere in questione.

<sup>81</sup> Oltre naturalmente ai casi di mancata proposizione dell'istanza da parte del ricorrente (di cui si dice *infra* nel testo).

Si danno almeno tre ipotesi in tal senso: a) casi di procedimenti “senza parti” (come il *konkrete Normenkontrollverfahren*, nel quale le parti del giudizio *a quo* non possono costituirsi); b) casi in cui il giudice costituzionale da principio ritiene di potersi pronunciare tempestivamente nel merito, ma poi non riesce a rispettare i tempi di trattazione previsti; c) casi in cui il Tribunale si trovi a dover difendere il proprio ruolo nell’ordinamento costituzionale (si ricorda il caso del divieto cautelare di propaganda opposto al SRP (*Sozialistische Reichspartei*) nell’ambito del *Parteiverbotsverfahren* instaurato contro lo stesso partito).

Alcune di queste ipotesi possono senz’altro offrire interessanti spunti ricostruttivi per il caso italiano<sup>82</sup>. Si pensi *in primis* alla possibilità che il *BVerfG* eserciti il proprio potere cautelare d’ufficio dopo aver respinto l’istanza cautelare perché convinto, in prima battuta, di poter decidere tempestivamente nel merito. Anche per la Corte costituzionale italiana non si può escludere una simile eventualità, attesa la tendenza – di cui si dirà tra poco – a preferire la trattazione del merito della causa piuttosto che il ricorso alle misure cautelari. Quest’ipotesi peraltro non porrebbe eccessivi problemi di coerenza con il processo di

<sup>82</sup> Sempre in chiave comparatistica, pare utile osservare come, nell’ambito della giustizia costituzionale spagnola, sia espressamente previsto l’esercizio del potere cautelare anche d’ufficio con riferimento al *recurso de amparo* di cui all’art. 53, comma 2, CE. L’art. 56, commi 2 ss., *LOTC*, dispone infatti che «quando l’esecuzione dell’atto o della sentenza impugnati produca un pregiudizio al ricorrente che potrebbe far venir meno la finalità dell’*amparo*, la Sala o la Sezione nel caso dell’articolo 52.2, *d’ufficio* o su istanza del ricorrente, potrà disporre la sospensione, totale o parziale, dei suoi effetti». Nel caso spagnolo è dato tuttavia riscontrare un’ambiguità per certi versi simile a quella emersa nel caso italiano: risulta infatti difficile comprendere la *ratio* dell’esercizio *de officio* rispetto al procedimento dell’*amparo*, il quale ha come finalità primaria la tutela dei diritti fondamentali e pertanto non dovrebbe avere carattere oggettivo. Cfr. in tema, anche per puntuali riferimenti giurisprudenziali, U. ADAMO, *L’amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, n. 2, 2015, spec. p. 704 ss. La riforma organica dell’*amparo* del 2007 nel senso di una “oggettivizzazione” dello strumento può forse spiegare l’impulso d’ufficio accanto a quello di parte (sul punto, *ex pluribus*, cfr. R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivizzazione” dell’amparo costituzionale in Spagna: un’analisi comparata con l’esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2010); resta tuttavia, in definitiva, la difficoltà di trarre segnali univoci dall’esperienza spagnola.

parti: non si prescinde infatti da un'istanza di parte, che almeno in origine c'è; e, qualora si sia già tenuto l'incidente cautelare, le parti avrebbero potuto comunque esercitare il contraddittorio sull'istanza. Qualche problema si potrebbe porre nel caso, assai più frequente, in cui la Corte non abbia dato corso all'incidente, ritenendo di assorbire direttamente l'istanza nella decisione finale. In questo caso, non ci sarebbe alcun contraddittorio sul punto; ma è un inconveniente cui si può ovviare convocando d'urgenza la camera di consiglio ai sensi dell'art. 21 n.i.<sup>83</sup>.

Più suggestiva (e problematica) è invece l'eventualità, riconosciuta sempre nell'ordinamento tedesco, di un impiego del potere cautelare d'ufficio a difesa della posizione del giudice costituzionale. Nel caso italiano, tale esigenza potrebbe presentarsi nel caso in cui vi fosse una patente elusione del "giudicato costituzionale" da parte del Legislatore statale o regionale<sup>84</sup> e mancasse un'istanza di parte volta a sospendere la legge impugnata: potrebbe essere allora la Corte *motu proprio* ad intervenire per proteggere l'effettività della propria giurisdizione a fronte di evidenti tentativi di elusione<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Nel caso di specie, essendo comunque presente un'istanza di parte, si tratterebbe pertanto – più che di un esercizio d'ufficio del potere cautelare – di una *convocazione tardiva* della camera di consiglio cautelare.

<sup>84</sup> Ci si riferisce qui non solo, in senso stretto, alla legge che *confermi* per il passato la norma già dichiarata incostituzionale, ma pure, in senso più lato, a quei casi in cui la legge la *riproduca* per il futuro; cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 206 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 334-335; nonché, con ampi riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 177-179.

<sup>85</sup> Un potere cautelare di questo tipo è attribuito espressamente dalla legge alla *Cour constitutionnelle* belga nell'ambito del ricorso di annullamento (art. 20, comma 2, l. spec. 6 gennaio 1989) al fine di inibire gli effetti di una norma identica, ovvero simile, a quella contenuta in una disposizione già annullata dal giudice costituzionale; ma in quel caso, la sospensione risulta pur sempre subordinata all'istanza di parte. D'altronde, appare assai improbabile che un ricorso contro una disposizione che viola il giudicato costituzionale non sia corredato da una richiesta di sospensiva, facendo così propendere per una limitata utilità di un esercizio d'ufficio del relativo potere. Un impiego del potere cautelare nel senso descritto nel testo è stato prospettato nel ricorso per legittimità costituzionale 21 novembre - 2 dicembre 2011 n. 168, in G.U. n. 52 del 14-12-2011, proposto dal Governo avverso la l.r. Lombardia n. 16 del 2011, recante "Approvazione del piano di cattura dei richiami vivi per la stagione venatoria

Parte della dottrina ha addotto una differente giustificazione per tale impulso officioso, facendo leva sulla mancata coincidenza tra i motivi che giustificano il ricorso e quelli che consentono la sospensione dell'atto<sup>86</sup>. Afferendo questi ultimi a interessi in parte ulteriori e distinti rispetto a quelli delle parti in giudizio, non si potrebbe escludere che la Corte debba "supplire" alla mancata istanza del ricorrente, specie nel caso di leggi incostituzionali che si mostrino particolarmente nocive per taluni interessi pubblici o per i diritti dei cittadini. Si ripropongono però in questo modo tutte le criticità già segnalate rispetto al modello processuale del giudizio in via principale. Un parziale correttivo potrebbe essere quello di convocare ugualmente – anche nel caso nell'esercizio *ex officio* – le parti in camera di consiglio per decidere della sospensione, sulla falsariga della previsione dell'art. 21 n.i., e sollecitare almeno un preventivo confronto sul punto.

Resta in ogni caso l'impressione che l'esercizio *motu proprio* del potere di sospensione sia destinato con buona probabilità a rimanere un "caso di scuola", fatta forse eccezione per il caso di impossibilità sopravvenuta a decidere tempestivamente nel merito, il quale solleva meno problemi di rispetto delle forme processuali.

#### 7. Segue: *l'incidente cautelare. Il filtro presidenziale*

La disciplina processuale dell'incidente cautelare si ritrova essen-

2011/2012". In quel caso, l'Avvocatura evidenziava il «rischio di un pregiudizio permanente per l'ordinamento, ogni anno violato e beffato dalla reiterazione delle stesse norme già dichiarate incostituzionali dalla Corte, sicché unico rimedio è la sospensione delle stesse in corso di causa». La Corte non ha avuto modo di pronunciarsi sull'istanza perché – a camera di consiglio già convocata – l'Avvocatura ha rinunciato all'istanza per l'intervenuta abrogazione della legge impugnata. È appena il caso di osservare come l'abrogazione sia però intervenuta dopo circa due mesi di applicazione (e a circa un mese dal deposito dell'istanza di sospensiva). Sul caso si v. Corte cost., sent. n. 160 del 2012.

<sup>86</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 95; nonché A. VUOLO, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Atti del convegno svoltosi a Siena in data 8-9 giugno 2007, Giappichelli, Torino 2008, pp. 191-192.

zialmente all'art. 21 n.i., introdotto con la modifica del 2008. Le indicazioni che si possono trarre dalla disposizione sono però assai scarse ed è quindi necessario uno sforzo interpretativo per colmare le molte lacune.

In primo luogo, diversamente da quanto previsto nell'art. 26 n.i. che disciplina l'incidente cautelare nel conflitto tra enti (in precedenza art. 28 n.i.), non è indicato quando possa essere presentata l'istanza. Taluni hanno ritenuto che debba essere proposta una lettura estensiva, volta a consentire al ricorrente di proporre la richiesta di sospensiva sino all'udienza pubblica di discussione della causa, in modo simile a quanto avviene appunto nel conflitto tra enti. L'istanza potrebbe perciò essere presentata unitamente al ricorso, ma anche con atto separato successivo<sup>87</sup>.

A prima lettura, si sarebbe portati a non sottovalutare il differente tenore letterale delle due disposizioni sul punto (artt. 21 e 26 n.i.), che per altri aspetti risultano perfettamente identiche<sup>88</sup>. L'assenza nell'art. 21 n.i. della possibilità – contemplata invece nell'art. 26, commi 1 e 4, n.i. – di presentare l'istanza «in qualsiasi momento» e «anche all'udienza» potrebbe in effetti suggerire che l'istanza debba essere necessariamente presentata insieme al ricorso. Il che spiegherebbe anche perché, mentre l'art. 26, comma 3, n.i. prevede che le parti possano frattanto presentare documenti e memorie, lo stesso non sia previsto nell'art. 21 n.i.: non si tratterebbe di una dimenticanza, ma della scelta di non consentire un contraddittorio cartolare ulteriore rispetto a quello tra ricorso e memoria della parte resistente, per procedere direttamente alla camera di consiglio per la decisione sull'istanza cautelare. E d'altra parte, i tempi del giudizio principale – almeno secondo le intenzioni del Legislatore del 2003 – dovevano essere serrati, con la fissazione e lo svolgimento dell'udienza di discussione entro novanta giorni dal deposito del ricorso. Difficile immaginare che, con termini così ravvicinati, potesse esserci spazio sufficiente per presentare un'istanza cautelare disgiunta (che peraltro, secondo alcuni<sup>89</sup>, andreb-

<sup>87</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 125.

<sup>88</sup> Il testo dell'art. 21 n.i. corrisponde essenzialmente al comma 2 dell'art. 26 n.i.

<sup>89</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 125-126. Non risulta peraltro che l'istanza separata proposta dall'Emilia-Romagna avverso il

be pubblicata in Gazzetta Ufficiale), avviare uno scambio di memorie e, infine, tenere la camera di consiglio “cautelare” prima della discussione del merito.

La soluzione più corretta e aderente alla lettera del dettato normativo potrebbe insomma apparire quella di consentire la proposizione di un’istanza cautelare solo unitamente al ricorso introduttivo.

Tuttavia, la circostanza che la Corte abbia sempre interpretato il termine di cui all’art. 35 l. n. 87 del 1953 – a mente del quale « la Corte costituzionale fissa l’udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito» del ricorso – come riferito solo alla *fissazione dell’udienza* e non allo svolgimento della stessa pone problemi non indifferenti: nel più ampio arco di tempo che intercorre in genere tra deposito del ricorso e udienza di discussione potrebbero infatti insorgere esigenze cautelari che non sussistevano al momento del ricorso. E viene altresì meno quella speditezza della trattazione nel merito che pareva giustificare la mancata previsione di margini più ampi per la presentazione dell’istanza cautelare.

La soluzione più garantista per le ragioni del ricorrente e, al contempo, coerente con l’interpretazione corrente della previsione normativa pare pertanto quella di ammettere la proposizione di istanze cautelari separate dal ricorso principale, quanto meno fino alla discussione in udienza pubblica (similmente a quanto accade per il conflitto intersoggettivo). E in questo senso parrebbe orientarsi anche la prassi, tanto che una delle primissime istanze cautelari è stata presentata successivamente al deposito dal ricorso<sup>90</sup>. La disciplina dell’art. 21 n.i. può dunque essere integrata guardando all’art. 26 n.i.

L’istanza di sospensione deve essere sempre adeguatamente motivata, tanto in relazione al profilo del *fumus* quanto in relazione a quello del *periculum in mora*; la Corte ha infatti censurato una richiesta di sospensiva nella quale il ricorrente – a detta del giudice costituzionale – aveva «prospettato in maniera sostanzialmente assertiva la sussistenza dei relativi presupposti» (Corte cost., ord. n. 245 del 2006). Questa

condono edilizio sia stata pubblicata in G.U. (v. *infra* nt. 90).

<sup>90</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2004, che dà conto di come l’istanza dell’Emilia-Romagna sia stata notificata il 9 febbraio 2004 e depositata il 10 febbraio 2004 (v. *Considerato in fatto*, § 14).

pronuncia sembrerebbe escludere un intervento suppletivo del giudice costituzionale ad integrazione di istanze carenti, che da parte della dottrina era invece ritenuto confacente alla previsione dell'esercizio officioso della sospensiva<sup>91</sup>.

Rispetto alla posizione adottata dalla Corte si può però nutrire qualche perplessità, soprattutto se si considera che, nel caso di specie, la Regione ricorrente aveva fornito invero un'articolata motivazione in punto di *fumus e periculum in mora*<sup>92</sup>; ragion per cui si potevano ritenere sussistenti gli estremi per un'eventuale integrazione istruttoria anche in conformità con il meno invadente principio acquisitivo che caratterizza l'istruttoria nel giudizio principale<sup>93</sup>. Non va pertanto escluso che, in futuro, l'orientamento sul punto possa mutare.

L'art. 21 n.i. dispone che, «qualora ravvisi l'urgenza di provvedere», il Presidente, sentito il relatore, convoca la Corte in camera di consiglio. Tale previsione dovrebbe implicare almeno due corollari: a) che il Presidente è chiamato a verificare, sentendo il relatore, se ci sia effettivamente l'urgenza a provvedere sull'istanza; b) che se non ritiene sussistente tale urgenza – ragionando *a contrario* – non deve convocare la camera di consiglio per la decisione cautelare.

Stando alla lettera della norma, vi sarebbe pertanto un *filtro presidenziale preventivo* sulle istanze cautelari<sup>94</sup>, orientato a portare all'esame del Collegio solo quelle che non risultino *prima facie* manifestamente infondate quanto al *periculum in mora*, non essendovi in questo

<sup>91</sup> In tal senso (oltre a Anna Gragnani citata nella nota successiva), cfr. P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, cit., p. 158; A. VUOLO, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, cit., p. 193; P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 135.

<sup>92</sup> Si v. il ricorso per legittimità costituzionale 27 aprile 2006 n. 56, in G.U. n. 21 del 24-5-2006. Perplessità in proposito sono avanzate da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 397-398.

<sup>93</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 245-246.

<sup>94</sup> Discorrono di "filtro" sia A. RAUTI, *Le nuove "Norme integrative" della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2010, ora in *Archivio (2002-2019) - I Paper del Forum (2001-19)*, p. 16, sia A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit., pp. 318-319.



caso l'urgenza di provvedere. Ma ragionando in modo estensivo è possibile ritenere che l'urgenza non sussista anche in quei casi in cui il Presidente ritenga possibile decidere tempestivamente la causa nel merito<sup>95</sup>; o ancora quando l'istanza risulti manifestamente inammissibile o infondata per profili differenti dall'urgenza – ad esempio in punto di *fumus boni iuris* o per ragioni processuali – non essendo urgente decidere un'istanza che andrebbe sicuramente incontro ad un diniego.

In questi casi, il Presidente non darebbe corso all'incidente cautelare, rinviando al merito la risposta (negativa) sull'istanza cautelare, che verrebbe così *assorbita*.

Non è dato sapere se la prassi della Corte si sia effettivamente orientata nel senso descritto, dal momento che si tratta di fasi interne della gestione delle cause di cui ben poco trapela all'esterno. Certo è che l'assorbimento dell'istanza cautelare nel merito è stata per lungo tempo la regola: a fronte di sessantotto istanze nell'arco di circa diciotto anni, solo otto sono state discusse in camera di consiglio, mentre tutte le altre sono andate (implicitamente o espressamente) assorbite nella decisione finale<sup>96</sup>.

Parte della dottrina si è espressa molto negativamente in proposito, sostenendo che la Corte meglio farebbe a fissare in via automatica la camera di consiglio e ad esprimersi puntualmente sull'istanza<sup>97</sup>. In questo modo si assicurerebbe uno sviluppo processuale prevedibile sulla falsariga di quanto avviene in genere nel processo amministrativo.

Al di là dei rilievi che si faranno più oltre sul merito di alcuni casi specifici di assorbimento (par. 10), la prassi seguita dalla Corte non va censurata *in toto*. Se la mancata fissazione della camera di consiglio è legata ai presupposti summenzionati – ossia manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza, nonché verosimile decisione tempestiva nel merito della causa – può infatti risultare un utile espediente per una più accorta gestione della causa. Oltre ad evidenti ricadute positive in termini di economia processuale, l'assorbimento di istanze che an-

<sup>95</sup> Il parere del relatore sarebbe pertanto funzionale anche a valutare i tempi necessari alla decisione della causa.

<sup>96</sup> Cfr. l'Appendice n. 2 in coda al volume.

<sup>97</sup> Cfr. in part. A. VUOLO, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, cit., p. 138 ss.

drebbero chiaramente incontro ad un rigetto per manifesta inammissibilità o infondatezza del ricorso principale consente infatti alla Corte di non anticipare la propria posizione sul merito alla fase cautelare. In questo modo il giudice costituzionale convoglia in una sola pronuncia (quella definitiva) la decisione di inammissibilità o infondatezza, evitando duplicazioni di decisioni identiche ovvero discrepanze nel percorso argomentativo tra pronuncia cautelare e pronuncia definitiva.

In dottrina si è data evidenza all'ampia discrezionalità di cui gode su questi passaggi procedurali il Presidente<sup>98</sup>, che pare solo parzialmente temperata dalla necessità di ottenere il parere del relatore sul punto<sup>99</sup>. Le ampie prerogative presidenziali – si è parlato di «preminenza del Presidente nella vicenda cautelare»<sup>100</sup> – si pongono tuttavia in problematico rapporto con il carattere necessariamente collegiale della decisione sull'istanza cautelare (l'art. 35 dice infatti «la Corte (...) d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 40»)<sup>101</sup>. Per conciliare il filtro presidenziale descritto con il principio di collegialità parrebbe allora opportuno che l'operazione di selezione delle istanze ammesse alla camera di consiglio fosse improntata ad un equilibrato *self-restraint*, volto a precludere l'avvio dell'incidente cautelare solo nei casi descritti di manifesta insussistenza dei requisiti. Non si tratterebbe

<sup>98</sup> Cfr. N. SAIITA, *I procedimenti in camera di consiglio nel nuovo regolamento di procedura davanti alla Corte Costituzionale (Prime impressioni a caldo)*, in *Giustizia amministrativa*, n. 4, 2008, p. 7; P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, cit.; A. VUOLO, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, cit., p. 134 ss.

<sup>99</sup> Sulla natura del parere (obbligatorio, ma non vincolante, reso anche in forma orale ed essenzialmente riconducibile ai rapporti di collaborazione tra Presidente e relatore), v. A. VUOLO, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, cit., pp. 135-136, il quale richiama testualmente E. ROSSI, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 342-343, il quale trattava invero il (simile) parere sulla convocazione della camera di consiglio ai sensi dell'art. 9, comma 2, n.i. per i casi di manifesta inammissibilità, manifesta infondatezza, di estinzione o restituzione degli atti.

<sup>100</sup> Così A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit., p. 318.

<sup>101</sup> E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, cit., p. 156.

pertanto di convocare la camera di consiglio cautelare solo in rapporto a quelle istanze che appaiano *prima facie* positivamente fondate (come parrebbe emergere, secondo alcuni<sup>102</sup>, dal caso deciso con l'ord. n. 4 del 2021), ma – al contrario – di non convocare il Collegio solo in relazione a quelle manifestamente infondate, inammissibili o comunque destinate ad essere rigettate. In questo modo si salvaguarderebbe la competenza del Collegio sulla decisione cautelare, evitandone la convocazione per i soli casi in cui la stessa appare inutile perché la decisione è pressoché scontata. Opinando diversamente si avrebbe un sostanziale passaggio della gran parte delle decisioni sull'istanza cautelare in capo al solo Presidente; il che contrasta – come si è detto – con il dettato normativo e il principio di collegialità.

Ai sensi dell'art. 35 l. n. 87 del 1953, la pronuncia sull'istanza di sospensione – laddove ne ricorrano i presupposti – dev'essere adottata dalla Corte «trascorso il termine di cui all'articolo 25», ossia venti giorni dalla notificazione del ricorso. Si tratta di un termine (dilatatorio) che va considerato come ordinatorio<sup>103</sup>: non solo perché la Corte tende a ritenere tali quelli attinenti alle proprie attività (considerando invece perentori quelli attinenti all'attività delle parti)<sup>104</sup>, ma soprattutto perché, per evidenti ragioni di effettività, se l'urgenza è tale per cui la Corte ritiene di dover intervenire in tempi più brevi, è bene che possa derogarvi (come avvenuto in Corte cost., ord. n. 107 del 2010<sup>105</sup>).

La previsione del termine in questione (seppur assai ristretto e più

<sup>102</sup> Così – se si intende correttamente – A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit., pp. 318-319.

<sup>103</sup> Va osservato peraltro che il Presidente, «quando lo ritenga necessario», può dimezzare i termini processuali «con provvedimento motivato» (art. 9, l. cost. n. 1 del 1953).

<sup>104</sup> Così E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, cit., pp. 163-164.

<sup>105</sup> In quel caso, la pronuncia sull'istanza cautelare si ebbe dopo soli sette giorni dal deposito del ricorso. Il caso concerneva il cd. “decreto Salva-liste” (n. 29 del 2010), in virtù del quale erano state riammesse alle imminenti elezioni regionali alcune liste in precedenza escluse per irregolarità procedurali (v. *supra* nt. 29). Il rispetto del termine di venti giorni dalla notificazione (avvenuta l'11 marzo 2010, come il deposito) avrebbe compromesso l'utilità della pronuncia cautelare, dal momento che le consultazioni elettorali si sarebbero tenute il 28-29 marzo successivi.

breve di quello previsto per la costituzione) appare comunque diretta a lasciare un arco di tempo sufficiente per l'instaurazione del contraddittorio cautelare, qualora la parte convenuta intenda contro-dedurre in relazione all'istanza di sospensione<sup>106</sup>. Sta dunque alla parte resistente, che riceve la notificazione di un ricorso assistito da istanza cautelare, decidere o meno se costituirsi prima del termine di venti giorni (in modo da poter essere eventualmente audita nella camera di consiglio cautelare) o sfruttare il più ampio termine di «trenta giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso» (art. 19, comma 3, n.i.)<sup>107</sup>.

Con il medesimo provvedimento con cui convoca la camera di consiglio, il Presidente può autorizzare l'audizione delle parti e lo svolgimento delle indagini che ritiene opportune, in termini del tutto analoghi a quanto previsto per l'incidente cautelare nei conflitti inter-sogettivi. Considerata la tendenza della Corte a ricondurre il procedimento in esame al più generale modello contenzioso del giudizio in via principale, è verosimile che l'eventuale attività istruttoria sarà improntata al principio acquisitivo, per il quale si richiede che le parti offrano almeno un *principio di prova* (e non dunque a quello inquisitorio, che parrebbe consono ad un potere ufficioso). Finora la pressoché inesistente giurisprudenza in tema non ha offerto esempi di rilievo, fatta eccezione per il caso controverso dell'istanza avverso il Codice dell'ambiente promossa dalla Regione Emilia-Romagna e decisa con l'ord. n. 245 del 2006 (di cui si è detto *supra*).

L'istanza di sospensione è rinunciabile, in analogia con quanto avviene per il ricorso principale. Dal momento che la domanda di sospensione non implica alcun accertamento sulla spettanza della com-

<sup>106</sup> Sulla sfasatura tra questo termine e il termine previsto per la costituzione della parte convenuta, cfr. E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, cit., p. 160 ss. Nella prassi i tempi per la fissazione della camera di consiglio e la decisione sull'istanza cautelare sono stati sensibilmente variabili: si va dai 7 ai 163 giorni, con una media (per i pochi casi per i quali c'è stata la discussione in camera di consiglio) di poco più di 50 giorni (50,9).

<sup>107</sup> E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale)*, cit., pp. 162-163, evidenzia il problema rappresentato dal fatto che la comunicazione della fissazione della camera di consiglio e dell'autorizzazione all'audizione di cui all'art. 21 n.i. (di cui si dirà più innanzi nel testo) si riferisca solo «alle parti».

petenza eventualmente lesa, non pare però necessaria l'accettazione della controparte, la quale non conserva alcun interesse alla decisione della Corte sul punto. La giurisprudenza sembra effettivamente orientarsi in questo senso<sup>108</sup>, sebbene la piena disponibilità dell'istanza cautelare mal si concili con il carattere officioso del potere cautelare<sup>109</sup>.

Prima di passare ad esaminare il provvedimento cautelare, conviene soffermarsi brevemente sulle ipotesi affacciate in dottrina di una possibile estensione di talune soluzioni adottate nel processo amministrativo alla tutela cautelare dinanzi alla Corte, che sarebbe giustificata da ragioni di efficienza<sup>110</sup>. Ci si riferisce, da un lato, all'impiego della tutela cautelare monocratica ai sensi dell'art. 56 c.p.a., in virtù della quale «in caso di estrema gravità ed urgenza» il Presidente sarebbe abilitato ad adottare provvedimenti provvisori in attesa della pronuncia del Collegio; e, dall'altro lato, alla cd. tutela *ante causam* ai sensi dell'art. 61 c.p.a., prevista per casi «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». La leva in forza della quale «arricchire» lo strumentario cautelare della Corte consisterebbe nel rinvio operato dall'art. 22, comma 2, l. n. 87 del 1953 alle norme processuali amministrative.

Sono molteplici le ragioni che inducono a respingere queste ipotesi interpretative. Si pensi, in primo luogo, al fatto che un siffatto potere monocratico verrebbe a contrastare con il principio di collegialità che contraddistingue la decisione sull'istanza cautelare; mentre la previsio-

<sup>108</sup> Nelle ordd. nn. 116, 117, 118 e 119 del 2004 la Corte ha acconsentito ad una singolare rinunzia incrociata delle rispettive istanze statali e regionali (senza riferire alcunché circa un'eventuale adesione della controparte). Si v. inoltre Corte cost., sent. n. 160 del 2012, *Considerato in fatto*, § 1.4., che si limita a dar conto della rinunzia dell'Avvocatura, come pure in Corte cost., sent. n. 3 del 2006, *Considerato in fatto*, § 2. È giusto il caso di evidenziare come sia più oscillante l'atteggiamento sul punto nel conflitto intersoggettivo (v. *infra* Cap. IX, par. 4).

<sup>109</sup> Anche qui si registra dunque un adattamento dell'incidente cautelare alle forme del processo contenzioso nonostante il potere cautelare della Corte sia qualificato come officioso.

<sup>110</sup> Si tratta di tesi avanzate da Alfonso Vuolo in più occasioni; si v. in part. A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, cit., p. 324 ss.; ID., *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 148 ss.

ne di una tutela *ante causam* sembra in fondo non necessaria a fronte della possibilità di cui dispone la Corte di abbreviare notevolmente i termini (anche ben oltre i venti giorni di cui all'art. 25)<sup>111</sup>. L'argomento decisivo è però rappresentato dalla circostanza che la disciplina processuale dell'incidente cautelare è già stata dettata nelle sue forme essenziali dalla Corte nell'art. 21 n.i., il quale pertanto va a precludere l'operatività del rinvio "suppletivo" alle norme del processo amministrativo di cui all'art. 22, comma 1, l. n. 87 del 1953. Com'è noto, infatti, si ritiene che le Norme integrative "prevalgano" su quelle del processo amministrativo<sup>112</sup>, che infatti «si osservano, in quanto applicabili»: avendo la Corte provveduto a darsi una regolazione dell'incidente cautelare che si pone in termini incompatibili tanto con la tutela monocratica, quanto con quella *ante causam*, non residua spazio per le relative norme del Codice del processo amministrativo.

L'eventuale previsione di una tutela cautelare *ante causam* o monocratica dovrebbe essere quindi affidata al legislatore ordinario, ma – anche nella remota ipotesi in cui vi fosse un intervento normativo in tal senso – permangono dubbi sulla sua opportunità: non solo l'introduzione di siffatti strumenti esporrebbe eccessivamente il Presidente della Corte, che sarebbe chiamato a esprimersi su questioni delicatissime in totale solitudine (il che si pone comunque in evidente fri-

<sup>111</sup> Cfr. il già citato caso dell'ord. n. 107 del 2010.

<sup>112</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., spec. p. 40. Chiarissimo sul punto – sebbene su posizioni diverse in rapporto alla natura delle Norme integrative – anche P. CARNEVALE, «Ecce iudex in ca(u)sa propria»: *ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (Prime riflessioni sulla posizione della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 57-58. Si v. anche l'argomentata tesi di S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit., pp. 26-27, il quale spiegava il singolare rinvio di cui all'art. 22 con la necessità di dotare la Corte di un *corpus* di regole processuali per l'entrata in funzione della stessa (che sarebbe stato poi sostituito dall'auto-normazione della stessa). Per la precedente opinione dottrinale contraria, secondo la quale le Norme integrative avrebbero dovuto integrare le norme processuali amministrative (e non la l. n. 87 del 1953) – sostenuta tra gli altri da V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 211 – v. sempre S. PANUNZIO, *op. ult. cit.*, p. 22 ss.

zione rispetto all'odierno modello di giustizia costituzionale italiano, improntato al principio collegiale<sup>113</sup>); ma soprattutto non sembra affatto necessaria al fine di garantire decisioni in tempi brevissimi, che ben possono essere adottate tramite una pronta riduzione dei tempi di convocazione della camera di consiglio (eventualmente anche *ad horas*).

### 8. *Il provvedimento*

L'art. 35 l. n. 87 del 1953 identifica il contenuto del provvedimento cautelare con rinvio all'art. 40 della medesima legge, richiamando così – come si è visto – la *sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*.

Si è già accennato come il riferimento all'esecuzione in questa sede, rinvenibile tanto nell'art. 35 quanto nell'art. 40, abbia spinto taluno a ritenere che oggetto della sospensione potessero essere gli atti esecutivi della legge. E si è visto come tale ipotesi non possa essere accolta.

Va tuttavia chiarito perché il provvedimento di sospensione, pur discorrendosi nell'art. 35 di «esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso», deve riferirsi più correttamente all'*efficacia* dell'atto legislativo impugnato<sup>114</sup>.

Il termine *esecuzione* in ambito cautelare (al di fuori dei giudizi costituzionali) viene tradizionalmente impiegato da Legislatore come riferimento all'*esecutorietà dell'atto amministrativo o giudiziario*, ossia all'idoneità dello stesso ad essere attuato coattivamente<sup>115</sup>. La sospensione verrebbe pertanto a inibire la possibilità di un'esecuzione forzata

<sup>113</sup> Sul principio collegiale, cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 55 ss., nonché ancora A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 58 ss.

<sup>114</sup> Cfr. per questa tesi A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 335-338.

<sup>115</sup> Si pensi, ad esempio, alla sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado di cui agli artt. 283 e 351 c.p.c.; cfr., in relazione al processo amministrativo, V. GASPARINI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, S.T.E.M. Mucchi, Modena 1982, p. 249 ss.

dell'atto. Ma si tratta chiaramente di una nozione che mal si attaglia all'atto legislativo. Si potrebbe allora ritenere che il riferimento all'esecuzione riguardi la categoria (oramai superata) dell'*esecutorietà della legge*, intesa come l'attitudine della legge a imporsi come comando alla pubblica amministrazione per la relativa attuazione<sup>116</sup>. Ma anche questa soluzione appare insoddisfacente, dal momento che – limitando la sospensione alla sola attività esecutiva della pubblica amministrazione – non si impedirebbe alla legge impugnata di produrre *medio tempore* ulteriori effetti pregiudizievoli, ad esempio nei rapporti tra i privati o per intervento del giudice.

La sospensione deve piuttosto interessare l'*efficacia* dell'atto legislativo impugnato, intesa come idoneità dello stesso a produrre effetti giuridici, cioè a costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridiche. Solo ragionando in questo modo d'altronde la sospensione *ex art. 35* può assolvere appieno alla finalità di garantire l'effettività della decisione finale, inibendo per intero i potenziali effetti negativi della legge impugnata<sup>117</sup>.

La sospensione dell'efficacia dell'atto può comunque riguardare tanto l'intera legge, quanto singole parti della stessa, dal momento che l'art. 35 fa espresso riferimento alla «esecuzione dell'atto impugnato o *di parti* di esso». Nell'unico caso di esercizio del potere cautelare, la Corte ha peraltro deciso di sospendere l'intero atto, in parte sulla base dell'attitudine potenzialmente pregiudizievole dell'intero articolato, in parte per l'asserita impossibilità, dati i limiti della cognizione cautelare, di «una verifica analitica delle singole disposizioni contenute dalla legge regionale impugnata»<sup>118</sup>.

Quest'ultimo inciso, se assunto a regola generale per l'esame delle richieste di sospensiva, non pare pienamente condivisibile. In sede di incidente cautelare, la Corte è chiamata infatti a verificare la sussistenza non solo del *fumus boni iuris*, ma anche del *periculum in mora*. E non è affatto detto che l'intero atto impugnato possa produrre, nelle

<sup>116</sup> Sull'esecutorietà della legge, cfr. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988, p. 273.

<sup>117</sup> Sul punto si v. anche le riflessioni di A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 183-184.

<sup>118</sup> Corte cost., ord. n. 4 del 2021.



more del giudizio, dei danni irreparabili agli interessi indicati all'art. 35. Anzi, è più probabile il contrario, cioè che siano solo determinate disposizioni di un atto legislativo ad avere una carica potenzialmente pregiudizievole<sup>119</sup>. Parrebbe pertanto più opportuno che la scelta della Corte per una sospensione integrale o parziale dell'atto fosse, almeno di regola, legata all'accertamento puntuale della sussistenza del *periculum* con riguardo alle singole disposizioni impugnate, senza che la cognizione sommaria le impedisca un vaglio più approfondito. Questo modo di procedere appare peraltro maggiormente rispettoso della funzione legislativa, limitando allo stretto necessario l'incisione dell'efficacia dell'atto impugnato.

Quanto alla portata del provvedimento (assoluta o relativa), si è già anticipato come nelle intenzioni del Legislatore lo stesso dovesse avere efficacia *erga omnes* (v. *supra* par. 2). In dottrina si è osservato peraltro che, come dalla declaratoria di illegittimità deriva un annullamento *erga omnes* della legge, tanto regionale quanto statale, così dalla sospensione si dovrebbero far conseguire i medesimi effetti generali<sup>120</sup>. La circostanza per cui l'impugnativa regionale della legge statale possa provenire in ipotesi anche da una singola Regione non dovrebbe pertanto ripercuotersi sulla portata dell'eventuale sospensione, che dovrebbe interessare anche le Regioni non convenute in giudizio. Naturalmente questo non esclude un'efficacia territorialmente circoscritta della misura cautelare laddove i motivi di impugnazione dell'atto lo

<sup>119</sup> Proprio nel caso dell'ord. n. 4 del 2021, era peraltro evidente come alcune delle disposizioni della legge valdostana non avessero alcuna attitudine pregiudizievole, senza che vi fosse la necessità di svolgere particolari indagini (disposizioni che peraltro non sono state dichiarate incostituzionali nella sentenza definitiva). Sul punto sia consentito rinviare a G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, cit., p. 99.

<sup>120</sup> In tal senso A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 185; pone la questione in termini più problematici P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 88 ss.; di avviso contrario invece A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, cit., pp. 50-51, per il quale sarebbe più logico che la sospensiva avesse carattere relativo, perché altrimenti sarebbe sufficiente il ricorso di una sola Regione a sospendere la legge statale. Lo stesso Autore riconosce però che la lettera dell'art. 35 fa propendere per una sospensione *erga omnes*.

giustificano: si pensi, ad esempio, all'impugnazione di una legge statale che violi le specifiche competenze di una Regione a statuto speciale.

Si presenta tuttavia più problematica la questione se l'efficacia della sospensione della legge statale debba interessare anche quei territori rispetto ai quali non sussista un *periculum in mora*; un'ipotesi che non si può escludere *a priori* essendo la presenza del *periculum* legata anche ad elementi di fatto che possono effettivamente variare di territorio in territorio. Sotto questo profilo si può allora convenire con quanti in dottrina hanno proposto che la Corte, verificata in sede istruttoria la sussistenza del *periculum in mora* solo rispetto a una o più aree territorialmente circoscritte, possa limitare conseguentemente la portata del proprio provvedimento di sospensione<sup>121</sup>.

Sotto il profilo temporale, la sospensione opera *ex nunc*, inibendo l'efficacia della legge impugnata *pro futuro*<sup>122</sup>. L'esclusione dell'efficacia retroattiva della sospensione è da ricollegarsi al fatto che la sospensione non implica un accertamento definitivo dell'illegittimità costituzionale della legge impugnata e quindi – diversamente dall'annullamento – non può travolgere gli effetti già prodotti dalla norma quando era ancora pienamente efficace.

Un'ulteriore questione sorta nel dibattito dottrinale concerne infine il contenuto (o tipologia) del provvedimento cautelare, che secondo taluni, per poter garantire pienamente l'effettività del giudizio principale, dovrebbe assumere natura atipica, capace cioè di rispondere alle differenti esigenze concrete emerse nel giudizio. La mera sospensione,

<sup>121</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 387.

<sup>122</sup> Di quest'avviso anche P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 103. Nel senso di un'efficacia *ex nunc* si colloca pure la dottrina amministrativistica in relazione al tema, per molti versi contiguo, della sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato; cfr. *ex pluribus* G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Jovene, Napoli 1981, p. 98 ss. Affronta la questione in termini più articolati A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 186, il quale sembra suggerire la possibilità di una modulazione dell'efficacia della sospensione in ragione degli «interessi sottostanti alla singola fattispecie portata all'attenzione del Giudice costituzionale».

intesa come misura conservativa dello *status quo* e anticipatoria rispetto all'annullamento, non sempre sarebbe sufficiente<sup>123</sup>.

Si pensi al caso in cui la Corte non si limiti a “demolire” la disposizione o la legge illegittima, ma ne completi (*sentenze additive*) o ne sostituisca (*sentenze sostitutive*) il contenuto: in queste ipotesi la Corte – secondo tale impostazione – dovrebbe poter garantire provvisoriamente l'addizione o la sostituzione prospettata, con misure cautelari di carattere positivo.

Ma si è ipotizzata anche la possibilità che la Corte adotti ordinanze interpretative (anche di rigetto) capaci di orientare la successiva attività delle parti e, più in generale, si è valorizzata la possibilità che una adeguata motivazione del provvedimento cautelare (sia di accoglimento che di rigetto) rifletta l'ampio strumentario decisionale della Corte (si è fatto l'esempio delle sentenze monitorie, delle sentenze di incostituzionalità dichiarata e non pronunciata, e così via)<sup>124</sup>.

In relazione a queste letture del potere cautelare nel giudizio principale, volte ad accreditare uno sviluppo delle misure cautelari costituzionali simile a quello che ha interessato il processo amministrativo – con un passaggio dalla sospensiva a misure atipiche –, si possono svolgere due considerazioni.

In primo luogo, non v'è dubbio che la Corte debba offrire un'adeguata motivazione del proprio provvedimento cautelare, sia esso di accoglimento o di rigetto. Tuttavia, è bene sottolineare come una motivazione troppo ampia ed approfondita non sempre è conveniente per la gestione della causa. La cognizione sommaria tipica della fase cautelare infatti non consente, in genere, di ponderare adeguatamente tutte le questioni emerse e pertanto la motivazione della decisione dovrebbe appuntarsi sugli elementi salienti che *prima facie* consentono di accogliere o meno l'istanza, senza diffondersi in argomentazioni trop-

<sup>123</sup> Si v. in part. il caso del “decreto Salva-liste” (ord. n. 107 del 2010), in rapporto al quale la mera sospensione delle disposizioni impugnate non avrebbe offerto adeguata tutela, considerata l'impossibilità da parte della Corte di rinviare lo svolgimento dell'imminente competizione elettorale che era stata organizzata sulla base di tali disposizioni. Sul punto, per tutti, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2010, p. 3965 ss.

<sup>124</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 188 ss.

po approfondite (che rischiano poi di “non reggere” appieno *re melius perpensa*).

Una seconda considerazione concerne invece la strumentalità del provvedimento cautelare rispetto alla decisione finale, che è al contempo elemento che *amplia e limita* il contenuto del potere cautelare. Lo amplia perché, come sostenuto dalla dottrina in esame, il provvedimento cautelare deve essere in grado di assicurare la pienezza degli effetti della decisione finale e quindi dovrebbe adattarsi alle varie tipologie decisorie della Corte, superando il limite della mera misura negativa della sospensione. Al contempo però la strumentalità limita il potere cautelare del giudice costituzionale perché, essendo quest’ultimo servente rispetto alla decisione finale, non può assicurare utilità o effetti maggiori di quelli che assicurerebbe la decisione definitiva<sup>125</sup>.

Calando questo principio generale del processo nel giudizio principale, ci si avvede che i margini per sviluppare i poteri cautelari della Corte in senso atipico – e senza puntuali interventi normativi – è molto ridotto: si può ipotizzare un adattamento nel caso delle sentenze additive o sostitutive, in relazione alle quali la Corte potrebbe ordinare che sia data provvisoriamente esecuzione alla legge in conformità all’addizione o alla sostituzione legislativa che conseguirebbe alla sentenza di merito. In questo modo ci si spingerebbe senz’altro oltre la misura a carattere negativo, imponendo provvisoriamente degli obblighi positivi, ma si resterebbe comunque nei confini di quanto la Corte può effettivamente decidere con la sentenza definitiva.

Facendo esclusivamente leva sul rapporto di strumentalità che lega misura cautelare e sentenza definitiva, pare invece arduo spingersi a riconoscere (sempre in via interpretativa) la possibilità che la Corte adotti misure cautelari regolatorie, contenenti precisi comandi rivolti alle parti in giudizio<sup>126</sup>.

Un caso emblematico in cui un siffatto potere di regolazione prov-

<sup>125</sup> Si muove su un piano differente la questione della non necessaria identità di contenuti tra misura cautelare e decisione definitiva, ben messa in luce da A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., *passim*.

<sup>126</sup> Di questo avviso A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 388, la quale ritiene infatti necessaria un’autoremissione, da parte della Corte, della questione di costituzionalità degli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953 nella parte in cui non consentono l’adozione di misure atipiche.

visoria dei rapporti in attesa della pronuncia definitiva sarebbe stato utile è senz'altro quello del cd. "decreto Salva-liste", deciso in sede cautelare con la controversa ordinanza n. 107 del 2010.

In quel caso, la mera sospensione del decreto-legge non sembrava poter impedire il realizzarsi di pregiudizi irreparabili: le consultazioni elettorali erano infatti convocate di lì a breve e si sarebbero (probabilmente) svolte in conformità con la pronuncia cautelare della Corte, con il pericolo che la successiva sentenza definitiva, eventualmente di segno contrario, andasse a travolgere gli esiti elettorali, generando notevole incertezza. Si è giustamente osservato che la Corte, disponendo di un più ampio strumentario cautelare, avrebbe potuto sospendere il decreto – che in effetti presentava evidenti profili di illegittimità costituzionale – e al tempo stesso rinviare lo svolgimento delle elezioni a una data successiva alla pronuncia sul merito (che avrebbe potuto convocare "a data fissa")<sup>127</sup>.

La Corte, così facendo, si sarebbe in una certa misura allineata all'esperienza tedesca, nell'ambito della quale – si è visto *supra* nel Cap. V, par. 8 – il Tribunale costituzionale federale dispone di ampi poteri regolatori, che arrivano a comprendere la possibilità di ingiungere obblighi di *facere* o *non facere* alle parti. E parte della dottrina auspica in effetti uno sviluppo in tal senso dei poteri cautelari del nostro giudice costituzionale<sup>128</sup>.

In proposito, va senz'altro riconosciuto che una maggiore duttilità dello strumento cautelare risulterebbe senz'altro più adeguata a far fronte alle molteplici esigenze che si possono presentare in sede d'urgenza; ma è altrettanto vero che, nel caso tedesco, questa stessa elasticità è consentita dalla norma di legge che fonda il potere cautelare del *BVerfG*, il § 32 *BVerfGG*, in cui si prevede che «il *Bundesverfassungsgericht* può, tramite un provvedimento cautelare, regolare in via provvisoria una situazione», lasciando quindi ampio margine al giudice costituzionale nella decisione dei contenuti concreti della pronuncia cautelare.

L'art. 35 l. n. 87 del 1953 è invece molto chiaro nel limitare lo

<sup>127</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 405-406.

<sup>128</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 388.

strumento del giudice costituzionale italiano alla sola sospensione e pare non lasciare margine per ulteriori poteri di regolazione provvisoria di cui la Corte. Si è ipotizzata in dottrina la possibilità che la Corte pervenga ad una declaratoria di legittimità della stessa norma *nella parte in cui* non consente l'adozione di misure atipiche, previa auto-remissione della relativa questione di costituzionalità<sup>129</sup>. Non pare invece percorribile la via di una integrazione tramite la riforma delle Norme integrative, dal momento che un siffatto intervento – almeno secondo un'interpretazione rigorosa – difficilmente potrebbe dirsi *praeter legem*, venendo a mutare radicalmente la natura del provvedimento cautelare costituzionale<sup>130</sup>. Naturalmente la via maestra sarebbe quella di una modifica dell'art. 35 l. n. 87 del 1953, che adeguasse il potere cautelare della Corte, eventualmente guardando alle previsioni del processo amministrativo nella quali, in luogo della mera sospensione, si parla di «misure cautelari (...) più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione sul ricorso» (art. 55, comma 1, c.p.a.); l'«abulia del Legislatore» in materia di giustizia costituzionale è tuttavia un dato consolidato<sup>131</sup>, che lascia pochi spiragli per interventi di riforma in tempi brevi.

#### 9. La tecnica decisionale: il bilanciamento delle conseguenze e irrinunciabilità della prognosi sul merito

Nella tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni è regola generale e consolidata che la decisione sull'istanza cautelare debba essere assunta verificando la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Com'è noto, il primo requisito implica una valutazione *prima facie* della fondatezza del ricorso principale, mentre il secondo l'accertamento

<sup>129</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 388.

<sup>130</sup> Questa tesi poggia naturalmente su una concezione delle Norme integrative come fonte autonoma, ma subordinata alla legge, con la possibilità di introdurre norme *infra* e *praeter legem*, ma non *contra legem*; sul punto, riassuntivamente A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 36.

<sup>131</sup> Su questo profilo, da ultimo, si v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, p. 757 ss., spec. p. 760.

dell'esistenza di un pericolo concreto ed attuale che si verifichino, nelle more del giudizio, pregiudizi tali da compromettere la pienezza della tutela giurisdizionale.

La valutazione del *fumus boni iuris* comporta naturalmente, nella sommarietà che contraddistingue la fase cautelare, che il giudice si interroghi sul merito del ricorso e prenda provvisoriamente posizione rispetto alle pretese del ricorrente/attore e alle controdeduzioni del resistente/convenuto. Dell'esito di tale sommaria delibazione il giudice è chiamato a dar conto, sia pure in forma succinta, nella motivazione del provvedimento cautelare di accoglimento o diniego dell'istanza.

Nulla impedisce che, in un secondo momento, nell'ambito della cognizione piena sul merito, il giudice *re melius perpensa* ritenga di decidere in modo differente rispetto a quanto statuito nel procedimento cautelare e quindi "smentisca" il precedente. Si tratta di un'evenienza comune e del tutto naturale nella dinamica processuale dei giudizi comuni, nei quali sovente all'esito positivo della fase cautelare segue un esito negativo del giudizio di merito e viceversa.

La possibilità che la misura cautelare concessa si riveli poi erronea, perché il ricorso era invero infondato, e che possa pure generare pregiudizi altrettanto (se non più) gravi di quelli rispetto ai quali aspirava a porre rimedio è inoltre ben presente alla scienza processualistica, al Legislatore – che infatti prevede talora opportuni correttivi<sup>132</sup> – e alla giurisprudenza.

Questo non comporta, con riguardo ai giudizi comuni, alcuna messa in discussione del fatto che il giudice debba sempre valutare sommariamente la fondatezza del ricorso principale e motivare di conseguenza il proprio provvedimento sul punto.

Diverso è invece l'approccio di parte della dottrina costituzionalistica rispetto all'incidente cautelare nei giudizi costituzionali. L'eventualità che la pronuncia cautelare possa essere revocata e sconfessata nella decisione finale sembra infatti sollevare perplessità e preoccupa-

<sup>132</sup> Nel processo amministrativo, ad esempio, si pensi alla cauzione, alla cui prestazione il collegio può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare «qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili» (art. 55, comma 2, c.p.a.); un'analogha previsione v'è anche nel processo civile (art. 669-*undecies* c.p.c.), nel quale «il giudice può imporre all'istante, valutata ogni circostanza, una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni».

zioni. Da un lato, si guarda alla motivazione del provvedimento cautelare in punto di *fumus boni iuris*; dall'altro, agli effetti pregiudizievoli che la misura cautelare potrebbe generare se concessa erroneamente. Una motivazione articolata e puntuale sull'apparente fondatezza del ricorso potrebbe infatti costituire uno scomodo «precedente infraprocessuale» per il giudice costituzionale, il quale faticherebbe a discostarsi dalla propria decisione cautelare per le ricadute che una smentita del precedente orientamento potrebbe avere in termini di prestigio e autorevolezza. Un provvedimento cautelare che si rivelasse poi infondato potrebbe invece *medio tempore* determinare danni anche considerevoli: si pensi – per fare alcuni esempi volutamente estremi – alla sospensione di un decreto-legge, o alla sospensione delle operazioni elettorali o referendarie. È chiaro poi che la maggiore preoccupazione riguarda il rispetto del *principio della separazione dei poteri*, dal momento che un intervento d'urgenza della Corte rischia di paralizzare o comunque conformare l'attività di altri organi costituzionali non sulla scorta di una illegittimità accertata, ma soltanto presunta.

A fronte di questi problemi, parte della dottrina che si è occupata della tutela cautelare nella giustizia costituzionale italiana ha guardato con interesse all'esperienza della tutela cautelare del *Bundesverfassungsgericht* di cui si è dato conto *supra* Cap. V, par. 8 ss. Si tratterebbe, in questo caso, di accogliere un giudizio di carattere più spiccatamente fattuale, volto a bilanciare le conseguenze che potrebbero prodursi a seguito della concessione della misura cautelare che poi dovesse rivelarsi infondata<sup>133</sup>.

Va detto che il ricorso ad un bilanciamento delle conseguenze pregiudizievoli in sede cautelare è presente anche nella prassi quotidiana dei tribunali italiani, specialmente amministrativi; e talora ha ricevuto espresso riconoscimento normativo<sup>134</sup>, in particolare in quei settori

<sup>133</sup> Cfr. in part. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 42 che afferma la necessità di un ricorso alla tecnica decisionale del *BVerfG*. Di recente, pare ritenerla implicitamente necessaria anche A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, p. 262 s.

<sup>134</sup> Si v., ad esempio, l'art. 125, comma 2, c.p.a., in materia di contenzioso sulle infrastrutture strategiche, che recita: «In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli inte-



della giurisdizione in cui assume una particolare pregnanza l'interesse pubblico che rischia di essere compresso dalla concessione della misura cautelare. Si tratta, tuttavia, per lo più di una *tecnica sussidiaria*, frutto di un approccio pragmatico, che il giudice impiega nella valutazione del *periculum in mora* e soprattutto nei casi più controversi, in cui la bontà delle ragioni del ricorrente non emerge così chiaramente dalle allegazioni delle parti oppure i tempi per la decisione, a fronte della complessità delle questioni di fatto e diritto, sono troppo stretti per una delibazione soddisfacente. Non dovrebbe pertanto sostituire *tout court* la valutazione del *fumus boni iuris*, ma accompagnarla e integrarla<sup>135</sup>.

La “soluzione tedesca” invece si presenterebbe – al netto della complessità che si è avuto modo di descrivere (v. sempre Cap. V, par. 8 ss.) – come alternativa alla mera considerazione del *fumus* e sarebbe idonea a ovviare tanto all'una quanto all'altra problematica evidenziate, evitando da un lato una presa di posizione del giudice costituzionale rispetto al merito e identificando dall'altro la soluzione potenzialmente “meno impattante” tra quelle astrattamente ipotizzabili.

L'impiego di questa tecnica decisionale si sarebbe peraltro già verificato nella giurisprudenza costituzionale, in particolare in relazione al più volte citato d.l. “Salva-liste” (ord. n. 107 del 2010). In quell'occasione, la Corte aveva rigettato l'istanza di sospensiva proposta dalla Regione Lazio, rilevando – all'esito di un giudizio comparativo delle conseguenze derivanti dalla concessione o meno della misura cautelare – che non potesse dirsi sussistente il requisito del *periculum in mora*.

Nella parte motiva dell'ordinanza, la Corte osserva infatti che «l'eventuale sospensione dell'efficacia del decreto-legge impugnato non potrebbe rimuovere in via definitiva la condizione di precarietà

ressi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure».

<sup>135</sup> Questo avviene anche nel processo amministrativo, nel quale la ponderazione dell'interesse pubblico a fronte di quello del ricorrente è assai più frequente e “esplicita” di quanto non avvenga nel processo civile; cfr. M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, Padova 2012, p. 122 ss.

che caratterizza l'imminente competizione elettorale, in ragione della vigenza di un decreto-legge non ancora convertito ed al momento già oggetto di ulteriore ricorso in via principale». Tale condizione di incertezza peraltro, sempre secondo la Corte, «permarrebbe con identica gravità, ove fosse accolta la domanda cautelare». Potendosi inoltre concludere il giudizio con una pronuncia di infondatezza o inammissibilità, la sospensione dell'efficacia del decreto-legge impugnato potrebbe produrre «un danno analogo, per qualità ed intensità, ai diritti e agli interessi implicati dallo svolgimento delle elezioni, che deriverebbe, in senso uguale e contrario, dall'applicazione delle disposizioni censurate» e pertanto non sarebbe possibile affermare che, rispetto a tale conseguenza pregiudizievole, sia prevalente il danno derivante dal perdurare dell'efficacia del decreto-legge censurato.

Al di là delle condivisibili critiche che sono state mosse alla decisione cautelare della Corte<sup>136</sup>, verosimilmente giustificata nel caso specifico dalla necessità di evitare il suo coinvolgimento in una grave crisi politica<sup>137</sup>, la proposta di estendere anche all'incidente cautelare *ex art.* 35 l. n. 87 del 1953 la tecnica del bilanciamento delle conseguenze (cd. *Folgenabwägungsmodell*, v. *supra* Cap. V, par. 8) non può non sollevare alcune perplessità. Sono proprio alcuni degli spunti critici avanzati dalla dottrina costituzionalistica tedesca (Cap. V, par. 8.3.) ad indurre a considerare con molta cautela l'opportunità di importare da Oltralpe la tecnica decisionale del *BVerfG* nella giustizia costituzionale italiana.

L'argomento decisivo pare essere quello messo in luce magistralmente da Friedrich Schoch e Rainer Wahl, i quali hanno evidenziato come il giudizio comparativo delle conseguenze allontani il Tribunale dal dato costituzionale, che rappresenta pur sempre la sua unica fonte

<sup>136</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 399 ss.; nonché ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2010, p. 3965 ss.

<sup>137</sup> In questo senso chiaramente E. LEHNER, *La Corte costituzionale e il decreto "salva-liste"*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2010, p. 1203, la quale sostiene che la Corte «servendosi dei tratti naturalmente malleabili e ancora indefiniti del neonato processo cautelare nei giudizi in via principale», ha tentato di «contenere una crisi pericolosa per la tenuta della democrazia».

di legittimazione, per spingerlo verso valutazioni di natura prettamente politica, se non addirittura nel decisionismo<sup>138</sup>.

È evidente che la Corte costituzionale italiana può correre un rischio analogo laddove abbandonasse del tutto l'attuale modello di deliberazione sommaria della fondatezza del ricorso per accogliere il *Folgenabwägungsmodell*. Manca peraltro, come nel caso tedesco, tanto una base giuridica chiara per l'esercizio *in questi termini* del potere cautelare, tanto una solida giustificazione teorica dello stesso. Può la necessità di contenere i potenziali effetti negativi della propria misura cautelare essere ragione sufficiente, per la Corte, per giustificare una deviazione così evidente dalle regole generali che presiedono all'esercizio della tutela cautelare? E inoltre, può la Corte prescindere dal complessivo quadro normativo costituzionale al solo fine di meglio contemperare le esigenze cautelari con il principio di separazione dei poteri?

Ci sono inoltre buone ragioni per nutrire perplessità in ordine alla compatibilità di una tale tecnica decisoria con un giudizio che adotta forme proprie della tutela giurisdizionale<sup>139</sup>. Nella nostra tradizione giuridica, il ricorso al *solo* bilanciamento delle conseguenze o degli interessi in conflitto per decidere un procedimento cautelare è proprio degli albori della giustizia amministrativa, quando ancora la fase cautelare era riconosciuta come una *forma di autotutela amministrativa* o comunque come un giudizio di mero fatto e opportunità. Secondo alcune ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali, l'incidente cautelare per la decisione sulla sospensiva andava qualificato come *ipotesi di giurisdizione di merito*. La valutazione del giudice (allora il Consiglio di Stato) era dunque una valutazione di opportunità, che prescindeva dalla fondatezza del ricorso. Ma era appunto un'attività che si qualificava più correttamente come *amministrativa* e non giurisdizionale. È stato poi l'avvicinamento al processo civile e alle posizioni della dottri-

<sup>138</sup> Cfr. F. SCHOCH, R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, C.F. Müller, Heidelberg 1995, pp. 266 e 330.

<sup>139</sup> Non si intende chiaramente prendere qui posizione rispetto all'annosa *quaestio* dell'esistenza o meno di un processo costituzionale, ma più semplicemente osservare come la tecnica descritta mal si concili con le forme e le regole procedurali che presiedono ai giudizi della Corte.

na processualciviltistica – che aveva già escluso la natura non giurisdizionale dell'incidente cautelare – a portare al superamento di tale prospettiva anche nel processo amministrativo<sup>140</sup>.

Strettamente connessa al riconoscimento della natura giurisdizionale del procedimento cautelare è quindi l'affermazione che il giudice debba valutare, oltre ad elementi fattuali (genericamente riconducibili al *periculum in mora*), pure il *fumus boni iuris*, ossia la bontà delle ragioni del ricorrente e la fondatezza *prima facie* del ricorso. Le due cose vanno di pari passo, perché l'abbandono della discrezionalità amministrativa propria delle prime fasi della giustizia amministrativa si traduce nell'ancoraggio della decisione cautelare del giudice amministrativo al dato normativo. Detto altrimenti, la decisione cautelare per essere decisione giurisdizionale deve fondarsi anche sulle ragioni in diritto, e non solo su un bilanciamento di circostanze fattuali, altrimenti non è più attività giurisdizionale.

Queste brevi osservazioni gettano una nuova luce sulla tecnica decisionale che si sta qui tentando di censurare, evidenziandone un'intima (e paradossale) contraddizione: il bilanciamento delle conseguenze pregiudizievoli o *Abwägungsmodell* vorrebbe essere un modo per ridurre l'invasione del giudice costituzionale rispetto agli altri poteri dello Stato, garantirne l'indipendenza e la terzietà, moderare gli effetti potenzialmente negativi delle proprie misure cautelari. Ma per far ciò finisce per svincolare lo stesso giudice costituzionale dal sicuro riferimento costituito dal quadro costituzionale per gettarlo in rischiose valutazioni di politica istituzionale e costituzionale; valutazioni che sono notoriamente ben presenti alla Corte, ma che non dovrebbero mai assurgere a criterio guida per la decisione e la gestione delle questioni e delle cause pendenti dinanzi ad essa, pena la politicizzazione della decisione cautelare costituzionale. Il che, com'è evidente, finirebbe tuttavia per tradire le finalità stesse del ricorso alla tecnica decisoria del bilanciamento.

In definitiva, pare più opportuno non abbandonare il tradizionale e consolidato orientamento che esige, anche nella fase cautelare, una sommaria delibazione delle ragioni che giustificano il ricorso. In que-

<sup>140</sup> Cfr., per tutti, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996, p. 88 ss.

sto modo la pronuncia cautelare della Corte rimane ancorata al testo costituzionale, sia pure esponendosi all'eventualità di essere smentita (da sé stessa) in un secondo momento nella fase a cognizione piena.

Al fine di stemperare i problemi che potrebbero derivare da quest'ultima possibilità, la Corte può d'altronde far ricorso ad alcuni espedienti pratici: da un lato, potrebbe usare una prudenza particolare nel motivare il provvedimento cautelare, avendo cura di dire solo quanto strettamente necessario in punto di *fumus boni iuris*, sfumando quanto basta gli argomenti in diritto per adempiere all'obbligo di motivazione e al contempo non anticipare eccessivamente le proprie posizioni rispetto al merito. Dall'altro lato, per ridurre i potenziali effetti negativi della misura cautelare eventualmente concessa, si possono pur sempre accelerare i tempi della decisione definitiva, bilanciando sapientemente le esigenze di celerità e quelle di una cognizione approfondita.

#### 10. *La prassi dell'assorbimento: osservazioni critiche*

Ad ogni modo, la gran parte delle istanze di sospensione cautelare non viene espressamente trattata e decisa dalla Corte, ma va incontro all'assorbimento nella pronuncia definitiva<sup>141</sup>, sempre che non venga addirittura "tralasciata" dal giudice costituzionale, il quale non di rado non ne fa neppure menzione nel *Considerato in diritto*. Nell'arco di tempo che va dall'introduzione del potere di sospensiva sino ad oggi, la quota di istanze assorbite o tralasciate è infatti di poco inferiore al 90%<sup>142</sup>.

Come si è già tentato di argomentare *supra* (par. 7), il ricorso alla prassi di non dar corso all'incidente cautelare e rinviare la decisione sull'istanza cautelare al merito non rappresenta necessariamente un elemento negativo di gestione della causa. Nei casi in cui l'istanza an-

<sup>141</sup> Guardando al formulario con il quale la Corte si esprime a proposito in sede di pronuncia definitiva, si può riscontrare una certa varietà di soluzioni, che vanno dall'"assorbimento" vero e proprio, al "non luogo a procedere", al "non luogo a provvedere", senza che si possa davvero rilevare una qualche solida giustificazione per il ricorso all'una o all'altra formula.

<sup>142</sup> Per un quadro d'insieme si v. l'Appendice n. 2.

drebbe sicuramente incontro al rigetto da parte della Corte (per i diversi motivi di cui si è detto), ragioni di economia processuale e opportunità offrono una valida giustificazione alla scelta di non pronunciarsi in sede cautelare.

Tuttavia, va evidenziato come non sempre la Corte abbia fatto ricorso alla soluzione descritta in maniera del tutto persuasiva. Vi sono diversi casi in cui l'assorbimento dell'istanza cautelare non solo non appare affatto giustificato, risultando evidente la sussistenza dei requisiti per la sospensione (tanto in termini di fondatezza del ricorso principale, quanto di sussistenza del *periculum*); ma ha pure determinato l'ineffettività (quanto meno parziale) della declaratoria di incostituzionalità, che è giunta "troppo tardi" rispetto alla produzione degli effetti delle disposizioni impugnate.

Conviene in proposito richiamare alcuni casi emblematici, nei quali era in questione la legittimità di normative regionali in materia di caccia, le quali violavano palesemente gli *standard* di tutela dell'ambiente posti dalla legge statale (e per molti aspetti, anche dall'ordinamento europeo). In simili ipotesi, è evidente come la possibilità che la legge regionale più permissiva abbia esecuzione, anche per un breve lasso di tempo, potrebbe generare pregiudizi irreparabili all'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e, più precisamente, alla conservazione della fauna selvatica, dal momento che gli animali cacciati nelle more della pronuncia della Corte non possono essere recuperati *ex post*. Eppure in più di un'occasione la Corte non ha provveduto tempestivamente sull'istanza governativa di sospensione, pronunciandosi sui rispettivi ricorsi quando oramai le leggi impugnate avevano avuto una piena o non irrilevante applicazione.

Un primo caso è quello deciso dalla sent. n. 190 del 2011<sup>143</sup>, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due leggi regionali – l'una della Toscana e l'altra della Lombardia – le quali autorizzavano, in vista della stagione venatoria 2010/2011, la

<sup>143</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 190 del 2011, con note di G. FINOCCHIARO, *Riflessioni minime in tema di effettività della tutela costituzionale e della necessità della sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati (osservazione a C. cost. 15 giugno 2011 n. 190)*, in *Giustizia civile*, n. 7, 2011, I, p. 1652 ss.; M. MASSA, [Sentenze nn. 189 e 190 del 2011] *L'istanza cautelare è assorbita e qualcuno (forse) ci lascia le penne*, in *Diritti regionali*, 21 giugno 2011, disponibile in: [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it) – Archivio (2011-2015).

cattura di uccelli da usare come richiami vivi, nonostante il parere negativo dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA). L'Avvocatura aveva offerto ampie argomentazioni a sostegno della necessità di sospendere le disposizioni impugnate, evidenziando peraltro che analoghe leggi della Regione Lombardia e Toscana erano state annullate l'anno precedente (Corte cost., sent. n. 266 del 2010)<sup>144</sup>, ma avevano comunque potuto spiegare appieno i propri effetti in quanto la sentenza era sopraggiunta a periodo di cattura concluso.

Pur pronunciandosi in tempi mediamente più brevi rispetto al consueto, la Corte interviene quando oramai entrambe le leggi hanno avuto piena esecuzione. La sentenza viene depositata infatti il 15 giugno 2011, mentre la cattura dei richiami vivi aveva avuto termine già il 31 dicembre 2010. Vero è che, con buona probabilità, un notevole danno all'interesse pubblico in questione si era già prodotto al momento del deposito del ricorso – avvenuto solo il 30 novembre 2010 – dato che la stagione venatoria aveva avuto avvio il 1° settembre. Resta però il fatto che – con una decisione tempestiva, che nel caso di specie appariva del tutto giustificata –, la Corte avrebbe potuto ridurre l'entità del pregiudizio. Peraltro, come evidenziato dall'Avvocatura, l'impiego della sospensiva avrebbe anche potuto fungere da deterrente per il futuro rispetto alla tendenza di alcune Regioni a riprodurre, di anno in anno, leggi incostituzionali in materia di caccia a durata limitata, che sfuggivano ad un controllo "effettivo" della Corte proprio per i tempi lunghi necessari per addivenire ad una pronuncia sul ricorso.

Casi analoghi a quello appena descritto si sono verificati anche successivamente: il ricorso deciso dalla sent. n. 263 del 2011<sup>145</sup>, ad esempio, concerneva una legge della Regione Liguria che consentiva, tra l'altro, la caccia nelle aree contigue ai parchi naturali regionali an-

<sup>144</sup> Si tratta di un argomento dirimente ai fini della valutazione in punto di *fumus boni iuris*. Sul complesso delle vicende in esame, si v. anche D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Giappichelli, Torino 2013, p. 105 ss.; nonché L. TRUCCO, *La regolamentazione della caccia tra complessità (del presente) e continuità (col passato)*, in *Consulta Online*, Studi, 2012.

<sup>145</sup> Su questa pronuncia cfr. sempre L. TRUCCO, *La regolamentazione della caccia tra complessità (del presente) e continuità (col passato)*, cit.

che a soggetti non residenti (in violazione degli *standard* statali e di precedenti pronunce della Corte). La sentenza della Corte arriva in questo caso a 240 giorni dal deposito del ricorso, quando la stagione venatoria aveva già avuto inizio da più di due settimane. Peculiare è la vicenda processuale che ha condotto alla sentenza n. 160 del 2012, sempre relativa ad una legge lombarda sulla cattura di richiami vivi che violava palesemente il giudicato costituzionale di cui alle sentenze n. 266 del 2010 e n. 190 del 2011. In quest'ultimo caso, la Corte aveva in effetti provveduto a fissare la camera di consiglio cautelare, ma a distanza di più di un mese dal deposito del ricorso assistito da istanza di sospensiva, consentendo così che la legge avesse applicazione *medio tempore*. La camera di consiglio non si è poi tenuta per la rinuncia all'istanza dell'Avvocatura dello Stato, motivata dall'intervenuta abrogazione della normativa regionale (poi dichiarata illegittima), che però aveva avuto parziale esecuzione.

All'esito di questo breve *excursus*, si possono svolgere alcune considerazioni di sintesi, collocando i casi da ultimo esaminati in un quadro più ampio che tenga conto anche dei tempi medi necessari perché la Corte si pronunci su ricorsi con istanza di sospensione e dei pochi casi in cui si è effettivamente svolto l'incidente cautelare.

Un primo elemento che emerge con chiarezza è che la Corte mostra una netta preferenza, laddove possibile, per non pronunciarsi sull'istanza cautelare e deciderla unitamente al ricorso nel merito. Le ragioni di tale ritrosia – come si è visto – sono diverse, non ultima la riluttanza a incidere in via provvisoria ed urgente su atti di rango primario, per di più all'esito di una cognizione sommaria. Questo *self-restraint* è parso tuttavia sconfinare in una scarsa considerazione per le istanze cautelari, che in alcune occasioni non sono state discusse pur presentando tutti i requisiti del caso.

Una seconda impressione – conseguente alla prima osservazione – è che, ai fini della selezione delle istanze sulle quali pronunciarsi in sede cautelare, abbiano prevalso non tanto le ragioni di cui si è detto *supra* – ossia la manifesta infondatezza/inammissibilità dell'istanza o la possibilità di decidere tempestivamente nel merito – quanto piuttosto l'importanza delle vicende particolari. Non pare casuale infatti che le tre camere di consiglio tenutesi negli ultimi dodici anni (ordd. nn. 107



del 2010, 233 del 2014<sup>146</sup> e 4 del 2021) riguardino contenziosi di significativo rilievo politico e grande risonanza mediatica (concernendo i primi due note questioni in materia elettorale e l'ultimo la normativa emergenziale approntata per la pandemia da Covid-19 dalla Valle d'Aosta in contrasto con lo Stato), mentre nello stesso arco di tempo considerato vi sono state diverse istanze cautelari che, pur presentando elementi sufficienti per poter escludere una loro manifesta infondatezza/inammissibilità, non sono state esaminate<sup>147</sup>.

Guardando, infine, ai tempi necessari per la decisione definitiva, emerge il fatto che non sempre la presenza di un'istanza cautelare determina un'accelerazione dei tempi di trattazione della causa. Talvolta si possono riscontrare tempi ridotti rispetto alla media annuale, come nei casi citati delle leggi sulla caccia; altre volte i tempi sono in linea con la media (se non maggiori). Nonostante dunque la durata media totale dei giudizi con istanza cautelare (420 giorni) si mantenga talvolta al di sotto della durata media degli ultimi anni<sup>148</sup>, le significative differenze tra caso e caso non consentono di ricostruire una qualche regolarità nella gestione dei ricorsi assistiti da istanza cautelare, dovendosi verosimilmente attribuire la maggiore o minore rapidità nella trattazione alla valutazione specifica svolta dalla Corte e, *in primis*, dal suo Presidente in relazione alla singola causa.

Nel complesso, il quadro che emerge è dunque quello di una Corte poco attenta alle esigenze cautelari – con scarse eccezioni legate a casi

<sup>146</sup> Su questa pronuncia – che non si è diffusamente esaminata, perché risoltasi in un “non luogo a provvedere” a seguito della rinuncia governativa – cfr. P. VIPIANA, *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensiva di una legge*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 449 ss. L'istanza di sospensione riguardava due disposizioni della l.r. Calabria 6 giugno 2014, n. 8 in materia elettorale.

<sup>147</sup> Oltre ai casi emblematici già descritti, vi sono diversi ricorsi poi accolti che al momento in cui sono stati presentati prospettavano seri argomenti in punto di *periculum in mora* e *fumus boni iuris*; cfr. Appendice n. 2.

<sup>148</sup> Si attesta al di sopra della media per otto anni (2019, 2018, 2017, 2013, 2012, 2011, 2009, 2005) e al di sotto negli altri (2016, 2015, 2014, 2008, 2007, 2006). Va però evidenziata la discrepanza tra i valori comparati, dal momento che il Servizio Studi calcola la durata del giudizio principali come l'intervallo tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e la trattazione della causa, mentre il calcolo operato in questa sede è tra il deposito del ricorso/istanza e il deposito della decisione definitiva.

di particolare importanza – che non risultano neppure un fattore decisivo per un'eventuale accelerazione dei tempi di trattazione della causa.

Naturalmente ciò solleva problemi di effettività della giustizia costituzionale e di corretta gestione delle cause: i casi esaminati delle leggi regionali in materia di caccia, che di anno in anno riproducevano le medesime norme illegittime per la nuova stagione venatoria, rendono piuttosto evidente l'inadeguatezza della sola pronuncia di annullamento quale strumento di garanzia della legalità costituzionale.

Nella prospettiva di un necessario recupero dello strumento cautelare, prima ancora di proporre prassi o correttivi procedurali (di cui comunque si dirà in relazione al rimedio cautelare nei conflitti tra enti *infra* Cap. IX, par. 7), pare tuttavia imprescindibile che il giudice costituzionale superi la diffidenza che ne ha sempre caratterizzato l'approccio rispetto alla sospensione *ex art. 35 l. n. 87 del 1953*. In questo senso, potrebbe risultare importante per un "cambio di passo" della Corte la prima applicazione del potere di sospensiva avutasi con l'ord. n. 4 del 2021. Se questa pronuncia rimarrà solo di un'eccezione legata alla risonanza del caso specifico o aprirà la strada ad un più frequente ed attento impiego della sospensione è però ancora presto per dirlo.

## CAPITOLO IX

### IL POTERE DI SOSPENSIVA NEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE TRA STATO E REGIONI E TRA REGIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I presupposti: le gravi ragioni *ex art. 40 l. n. 87 del 1953*. – 3. *Segue*: casistica delle gravi ragioni nella giurisprudenza costituzionale. – 4. Il procedimento. – 5. Il provvedimento. – 6. I rapporti tra sospensione amministrativa e sospensione costituzionale. – 7. L'assorbimento dell'istanza cautelare nei conflitti intersoggettivi. – 8. Preferenza cautelare per il giudice amministrativo e "fuga dal conflitto".

#### 1. *Premessa*

Fatta eccezione per le misure cautelari nei giudizi d'accusa (peraltro mai attivate), la sospensione dell'esecuzione degli atti nel conflitto intersoggettivo ai sensi dell'art. 40 l. n. 87 del 1953 è stata a lungo l'unico strumento cautelare a disposizione della Corte costituzionale. La dottrina tuttavia, salvo rarissimi casi<sup>1</sup>, non ha rivolto particolare attenzione all'istituto e la riflessione in proposito è rimasta limitata ad alcune note a sentenza<sup>2</sup> e a pochi

<sup>1</sup> Oltre alle monografie in tema di tutela cautelare nei giudizi dinanzi alla Corte, si vedano il breve saggio di A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in AA.VV., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, p. 295 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano 1988, p. 509 ss.; nonché A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, in G. FAMILIETTI, E. MALFATTI, P.P. SABATELLI (a cura di), *Le Norme Integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*. Atti del Seminario del 26 ottobre 2001, Giappichelli, Torino 2002, p. 136 ss.

<sup>2</sup> Cfr. R. CHIEPPA, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1223-1224; U. POTOTSCHNIG, *nota a ord. 83/1978*, in *Le Regioni*, 1979, p. 139 ss.; S. BELLOMIA, *nota a prima lettura di Corte cost. n. 136/1979*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1979, p. 1081 s.; G. MOR, *La sentenza sospesa*, in *Le Regioni*, 1980, p. 1019 ss.; A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1980,

cenni nelle più generali trattazioni sul conflitto tra Stato e Regioni<sup>3</sup>.

Questo scarso interesse trova d'altra parte una plausibile giustificazione nel modesto impiego dello strumento cautelare, che nell'arco di circa sessant'anni conta solo quindici applicazioni<sup>4</sup>; la Corte costituzionale sembra ormai da tempo disinteressarsi all'istituto, al punto che negli ultimi quindici anni sono state solo due le pronunce cautelari (di cui una di accoglimento) contro ben trenta istanze di sospensione<sup>5</sup>.

A fronte del quadro descritto, che dipinge un istituto apparentemente marginale e destinato a restare pressoché inutilizzato, parrebbe superfluo ogni ulteriore approfondimento d'indagine. Un'analisi più attenta mette tuttavia in luce diversi profili di interesse, anche di carattere sistematico, e apre prospettive per un utile recupero dello strumento.

Possono individuarsi almeno due direttrici di indagine: in primo luogo, una direttrice di tipo teorico, volta a rileggere ed interpretare l'istituto alla luce del peculiare giudizio nel quale si colloca e alla cui effettività è preposto. La letteratura e la giurisprudenza costituzionale evidenziano infatti una non sempre chiara e coerente declinazione dei caratteri della sospensione in questione, mutuando (spesso senza una sufficiente meditazione) soluzioni proprie del processo amministrati-

p. 142 ss.; D. NOCILLA, *osservazione a Corte cost. n. 94 del 1980*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1980, p. 736 ss.; V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 1983, p. 1020 ss.; A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1991, p. 71 ss.

<sup>3</sup> G. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e le regioni*, Giuffrè, Milano 1961, p. 152; G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Art. 134-139. Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 415 ss.; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e regioni e tra regioni*, Giuffrè, Milano 1985, spec. p. 287 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Conflitti di attribuzione: II*, in *Enc. giur. Treccani*, Treccani, Roma 2005, p. 7; A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, voce *Novissimo Digesto, App.* vol. II, Utet, Torino 1981, p. 384.

<sup>4</sup> Si tratta delle ordinanze nn. 21 del 1960, 74 del 1965, 74 del 1967, 71 del 1968, 82 del 1968, 114 del 1969, 1 del 1972, 50 del 1977, 83 del 1978, 94 del 1980, 115 del 1981, 305 del 1986, 1040 del 1988, 41 del 2001, 152 del 2006.

<sup>5</sup> Si v. le ordinanze nn. 152 del 2006 (accoglimento) e 302 del 2011 (rigetto).

vo, che non sempre risultano adeguate al conflitto di attribuzioni. Questo vale soprattutto per i presupposti (v. *infra* parr. 2, 3), ma anche per la portata e i contenuti del provvedimento cautelare (v. *infra* par. 5).

Una seconda direttrice d'indagine riguarda invece la prassi della Corte nella gestione delle istanze di sospensione: emergono sotto questo profilo i tempi mediamente lunghi della trattazione (par. 4) e soprattutto la tendenza ad assorbire le richieste di sospensione nella decisione nel merito, anche in quei frangenti in cui la concessione della cautela appare del tutto giustificata (par. 7). Questi due fattori non solo compromettono l'effettività del giudizio sul conflitto, ma sembrano favorire una certa tendenza delle parti a preferire il ricorso al giudice amministrativo – più rapido ed efficiente – in luogo della Corte, con tutto ciò che ne può derivare per la garanzia della legalità costituzionale e del riparto delle attribuzioni tra Stato e Regioni.

Per esigenze di chiarezza dell'esposizione, la trattazione assume qui il medesimo sviluppo "classico" adottato per la sospensione delle leggi: si prendono le mosse dai presupposti, per affrontare poi i profili procedurali e infine i contenuti e la portata del provvedimento. In coda, si approfondiscono quindi gli aspetti più peculiari, quali il rapporto tra tutela cautelare costituzionale e amministrativa (par. 6) – tema classico del conflitto fra enti, che però nella fase cautelare presenta ulteriori risvolti e complicazioni –, e la citata prassi dell'assorbimento dell'istanza cautelare, che nell'economia del conflitto (e nella concorrenza con il giudizio amministrativo) gioca un ruolo forse più rilevante che non nel giudizio in via principale.

## *2. I presupposti: le gravi ragioni ex art. 40 l. n. 87 del 1953*

Per acconsentire alla sospensione degli atti che hanno dato luogo al conflitto, l'art. 40 l. n. 87 del 1953 richiede la sussistenza di *gravi ragioni*.

La formula, come osservato in dottrina<sup>6</sup>, è identica a quella previ-

<sup>6</sup> Già A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 175; in senso analogo, tra gli altri, A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensi-*

sta dall'art. 39 r.d. n. 1054 del 1924 (Testo Unico delle leggi del Consiglio di Stato)<sup>7</sup> ed è un dato certo che il modello per la disposizione in esame sia stata proprio la sospensione amministrativa<sup>8</sup>.

D'altra parte, era diffusa convinzione che sarebbero stati impugnati nel conflitto tra enti solo atti amministrativi e regolamentari<sup>9</sup>, che in maniera non dissimile a quanto avveniva nel giudizio amministrativo di legittimità sarebbero poi stati annullati dalla Corte qualora la violazione della competenza fosse stata accertata e il ricorso accolto. Risultava pertanto logico e coerente con tale disegno che il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto ricalcasse, in una certa misura, quello previsto nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato.

Registrata l'originaria prossimità concettuale tra sospensiva nei conflitti intersoggettivi e sospensiva nel processo amministrativo<sup>10</sup>, v'è

*va» nel conflitto tra Stato e Regione, cit., spec. p. 75; A. GRAGNANI, La tutela cautelare nella giustizia costituzionale, cit., p. 423; A. VUOLO, La tutela cautelare nei giudizi costituzionali, cit., p. 153.*

<sup>7</sup> L'espressione era stata introdotta per la prima volta con la legge n. 5992 del 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato (art. 12), e riprodotta prima nell'art. 33 r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, poi nell'art. 31 del t.u. 17 agosto 1907, n. 638, e infine trasfusa nell'art. 39. In proposito, anche per ulteriori riferimenti, cfr. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Cedam, Padova 1971, p. 2 ss. (spec. nt. 3), nonché M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996, p. 88 ss. Il presupposto delle gravi ragioni è rimasto sino all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali con legge n. 1034 del 1971, nella quale si è richiesta invece l'occorrenza di «danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto».

<sup>8</sup> Alfonso Tesauro, relatore per il Disegno di legge «Norme sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale», fa invero riferimento, in modo generico, «alla norma contenuta nel regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato». Si v. Camera dei Deputati, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul Disegno di legge (Norme sulla costituzione e il funzionamento della Corte costituzionale)*, n. 469-A, I Legislatura, 17 aprile 1950, p. 41.

<sup>9</sup> Cfr. per questa posizione G. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e le regioni*, cit., p. 97 ss., spec. nt. 1. È risaputo che successivamente si riterrà ammissibile l'impugnazione anche di atti giurisdizionali, di atti interni al procedimento legislativo e finanche di comportamenti significativi (anche omissivi). Cfr., per tutti, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 272-277.

<sup>10</sup> Già G. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e le regioni*, cit., p. 152, osservava che «Si tratta di un notevolissimo potere concesso alla Corte che mette in luce gli aspetti propri della giustizia amministrativa indubbia-

da chiedersi tuttavia se il presupposto delle *gravi ragioni* debba essere inteso secondo la lettura offertane in ambito amministrativistico, oppure sia suscettibile di una rilettura autonoma, volta a valorizzare le specificità derivanti dal diverso contesto in cui opera.

Sotto questo profilo, deve innanzitutto ritenersi, in accordo con la dottrina maggioritaria<sup>11</sup>, che il requisito in parola – similmente a quanto avviene per l'odierna tutela cautelare amministrativa – sottenda invero un duplice ordine di presupposti, ossia quello del *fumus boni iuris* e quello del *periculum in mora*.

Va respinta infatti la risalente concezione del potere di sospensiva in termini di *giurisdizione di merito* del giudice amministrativo, che risolveva il requisito delle *gravi ragioni* in valutazioni di mera opportunità o comunque limitate a un giudizio fattuale sul solo *periculum in mora*, esigendo dal giudice amministrativo una comparazione degli interessi in gioco che prescindeva da indagini sulla fondatezza *prima facie* del ricorso principale<sup>12</sup>.

Tale concezione, pur riaffacciandosi in alcune ricostruzioni dottrinali<sup>13</sup>, non può essere accolta: non solo perché già al momento dell'adozione della l. n. 87 del 1953 – anche sulla scorta della riflessione processualcivilistica in materia di tutela cautelare – era stata sottoposta a critica da una parte della dottrina, al punto che si stava affermando la tendenza a ricomprendere nelle *gravi ragioni* pure la somma-

mente presenti nell'istituto del conflitto».

<sup>11</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, p. 305; G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, cit., spec. p. 417; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 424 ss.; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 153-155; A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, pp. 291-292;

<sup>12</sup> Cfr., tra gli altri, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Società Editrice Libreria, Milano 1901, p. 1013; F. CAMMEO, *L'impugnabilità dei decreti di sospensione emessi da una G.p.a.*, in *Giur. it.*, III, 1911, p. 18; nonché *amplius* F. ROCCO, *Il rimedio della sospensione della esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Cedam, Padova 1940, p. 515 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, cit., p. 145 ss. e p. 152 ss.

ria delibazione della fondatezza del ricorso<sup>14</sup>; ma soprattutto perché, a ben vedere, sono la stessa nozione dell'incidente cautelare come momento pienamente giurisdizionale (e non amministrativo) e la connessa strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito – dati ormai acquisiti per ogni tipo di giurisdizione – ad implicare, accanto alla considerazione del *periculum*, una valutazione sommaria delle prospettive di successo del ricorso<sup>15</sup>.

In tal senso si è orientata d'altronde la stessa Corte costituzionale, la quale, pur avendo considerato solo raramente in maniera esplicita il requisito del *fumus boni iuris*<sup>16</sup>, il più delle volte sembra compiere implicitamente una delibazione della fondatezza del ricorso; circostanza questa che troverebbe conferma nel fatto che l'esito dell'incidente sulla sospensiva (come emerge dall'analisi casistica) tende a coincidere con la successiva decisione sul merito del ricorso<sup>17</sup>.

Va detto che la ricorrente assenza di una motivazione in punto di *fumus boni iuris* – riscontrabile pure nei casi di accoglimento dell'istanza cautelare – è stata anche interpretata diversamente, ossia come una propensione della Corte a dare maggior peso, ai fini della propria pronuncia, alla valutazione del danno temuto<sup>18</sup>. Ma pare verosimile che tale assenza dipenda piuttosto dall'opportunità di non entrare anticipatamente nel merito della fondatezza del ricorso, evitandosi così che la motivazione della pronuncia cautelare possa generare

<sup>14</sup> Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione della concezione dell'incidente cautelare nel processo amministrativo e del relativo dibattito dottrinale, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., p. 88 ss.

<sup>15</sup> Cfr., in senso conforme, A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, cit., p. 141.

<sup>16</sup> In part., si discorre espressamente di *fumus* nelle ordd. n. 102 del 2001 di rigetto dell'istanza cautelare e n. 152 del 2006 di accoglimento. Cenni alle questioni di merito si rinvencono però anche nelle ordd. nn. 115 del 1981, 118 e 119 del 1983.

<sup>17</sup> In tal senso A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 155; A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, cit., p. 74, riportandosi alle osservazioni di R. ROMBOLI, *Gli aspetti processuali del conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni negli ultimi svolgimenti della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1989, p. 428.

<sup>18</sup> A. CERRI, *Problemi processuali e sostanziali relativi all'ammissibilità del conflitto di attribuzione fra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1968.



una sorta di «precedente infraprocessuale» per la successiva pronuncia definitiva<sup>19</sup>.

Venendo dunque alla nozione del presupposto in esame, il *fumus boni iuris* dev'essere inteso come un giudizio di verosimiglianza delle ragioni addotte dal ricorrente a fondamento del ricorso principale, da compiersi sulla base di una cognizione a carattere sommario, dati i tempi ristretti entro i quali dovrebbe pronunciarsi la Corte sull'istanza cautelare.

In dottrina si è osservato che anche le questioni di rito – e, in particolare, gli eventuali profili di inammissibilità del conflitto – andrebbero deliberate in via sommaria<sup>20</sup>, tanto più che la decisione sul punto non produrrebbe alcun vincolo processuale (o effetto di “giudicato”) in vista della pronuncia definitiva sul conflitto<sup>21</sup>. Cionondimeno pare opportuno che tali questioni preliminari siano esaminate con la massima attenzione – e questa pare essere l'attitudine della Corte<sup>22</sup> – allo scopo di evitare di concedere la sospensione dell'atto in relazione a ricorsi destinati ad essere dichiarati inammissibili.

Sin qui la sospensione nel conflitto intersoggettivo ha esibito caratteri analoghi a quelli della sospensiva amministrativa; una differente e autonoma configurazione può invece darsi al secondo presupposto ricompreso nelle gravi ragioni, ossia il *periculum in mora*.

In proposito, va invero registrato come la dottrina prevalente<sup>23</sup>,

<sup>19</sup> M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2002, p. 257; nonché E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 231. Sul punto si vedano anche le considerazioni di S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit., pp. 287-288, ntt. 373 e 374.

<sup>20</sup> Così A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, cit., p. 305.

<sup>21</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 292

<sup>22</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, cit., pp. 144-145.

<sup>23</sup> In tal senso v. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, cit., p. 304; V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., pp. 1027-1028, il quale ricava il duplice requisito dall'esame della giurisprudenza costituzionale; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 425 ss.; (parrebbe anche) A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 155 ss.

mutuando nozioni proprie del processo amministrativo, ritenga necessaria per la concessione del provvedimento cautelare l'occorrenza di un *danno grave e irreparabile*. Una formula che si ritrova nell'art. 21, ult. co., l. n. 1034 del 1971, relativo alla sospensiva dinanzi al T.a.r., e che a suo tempo si era diffusamente ritenuta esplicativa della dizione «gravi ragioni» prevista dall'art. 39 r.d. n. 1054 del 1924<sup>24</sup>.

Vi sono tuttavia buoni argomenti per avvalorare una lettura differente del requisito in parola. Innanzitutto il tenore letterale della disposizione<sup>25</sup>, riferendosi alla sola *gravità*, può consentire alla Corte di ampliare il raggio dei potenziali pregiudizi che giustificano la concessione della sospensiva oltre il ristretto ambito dei danni gravi e irreparabili, intesi in senso stretto come quelli non suscettibili di riduzione in pristino o completa riparazione (ma v. *supra* Cap. VIII, par. 5, lett. a). Il presupposto del *periculum in mora* arriverebbe dunque a riguardare anche il «danno apprezzabile solamente per la sua intrinseca gravità»<sup>26</sup>, con un più ampio margine di valutazione da parte della Corte.

Si è osservato inoltre, facendo valere un argomento di carattere sistematico, che il conflitto di attribuzioni fra enti ha ad oggetto non solo la legittimità dell'atto impugnato, ma – diversamente dal giudizio amministrativo – implica anche (e soprattutto) un essenziale elemento di *accertamento della competenza*<sup>27</sup>. In tal senso, la valutazione del *periculum in mora* non potrebbe – data la fondamentale strumentalità del

<sup>24</sup> Si vedano, tra gli altri, G. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano 1967, p. 132 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Processo cautelare amministrativo e doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 549 ss.; S. CASSARINO, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, I, p. 1126; P. VIRGA, *I tribunali amministrativi regionali*, Giuffrè, Milano 1972, p. 68, nt. 23.

<sup>25</sup> Impiega tale argomento, oltre ad Andrea Pisaneschi, anche A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, cit., p. 142 ss., spec. p. 148 ss., il quale tuttavia propende per una lettura della sospensiva nel conflitto di attribuzione tra enti in termini assai più prossimi a quelli della sospensiva amministrativa in voga prima dell'istituzione dei Tar (tesi che si è rigettata *supra*).

<sup>26</sup> A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, cit., p. 76.

<sup>27</sup> La tesi esposta è, nelle sue linee essenziali, riconducibile a A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, cit., pp. 75-77.

provvedimento cautelare rispetto al giudizio principale – limitarsi a considerare le conseguenze pregiudizievoli generate direttamente dall'atto, ma dovrebbe estendersi anche alle conseguenze che scaturiscono dal ritardo nella decisione sulla competenza<sup>28</sup>. Ciò comporterebbe la necessità di una valutazione che guardi non solo al danno grave e irreparabile prodotto nella sfera del ricorrente, ma anche a tutti quei gravi danni derivanti, più in generale, all'interesse pubblico al tempestivo accertamento della competenza, che si producono oltre la ristretta sfera del ricorrente – ad esempio sull'attività della pubblica amministrazione o sui privati – e che non sempre assurgono al grado dell'irreparabilità rigorosamente intesa<sup>29</sup>. Insomma, portando alle estreme conseguenze tale posizione, deve ritenersi integrante il requisito del *periculum in mora* anche la stessa incertezza circa la competenza dedotta in conflitto, purché sia potenzialmente capace di generare *medio tempore* ulteriori e gravi inconvenienti per l'attività dei pubblici poteri o dei privati.

Accedendo, di contro, ad una interpretazione restrittiva del requisito del *periculum* plasmato sul solo modello del processo amministrativo, si finirebbe d'altronde per inserire nell'ambito di un giudizio non prettamente impugnatorio – qual è il conflitto intersoggettivo, al netto delle oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto – un elemento spurio, proprio del modello tradizionale di giudizio di legittimità amministrativo<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Un cenno in tal senso anche in M. SCUDIERO, *Linee propositive*, in S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, *Regioni e Corte costituzionale. L'esperienza degli ultimi 15 anni*, FrancoAngeli, Milano 1988, p. 245; nonché in A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 292.

<sup>29</sup> *Contra* questa lettura A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, cit., pp. 141-142, che evidenzia come «l'accertamento cautelare si pone semmai in termini problematici con l'interesse all'accertamento senza ritardo delle competenze degli enti». In realtà, la tesi proposta da Pisaneschi, cui si intende aderire, si limita ad osservare che dal ritardo nell'accertamento derivano danni diversi ed ulteriori rispetto ai danni prodotti di per sé dall'atto, che vanno tenuti nella dovuta considerazione ai fini della concessione della cautela.

<sup>30</sup> Sempre A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, cit., p. 77.

### 3. Segue: *casistica delle gravi ragioni nella giurisprudenza costituzionale*

La giurisprudenza costituzionale, pur non mancando occasioni in cui sembra aderire all'interpretazione proposta, si mostra piuttosto ondivaga.

Una certa attenzione per l'aggravamento della situazione d'incertezza derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato già trasparente dalla prima ordinanza di sospensione adottata dalla Corte (ord. n. 21 del 1960): in quel frangente si discuteva della titolarità a nominare il Commissario straordinario dell'Istituto provinciale per le case popolari, cui avevano provveduto (quasi) contestualmente tanto lo Stato quanto la Provincia autonoma di Bolzano. A fronte di due istanze cautelari incrociate, la Corte aveva sospeso il solo provvedimento di nomina della Provincia autonoma, dato che quello statale aveva già avuto esecuzione e «l'accoglimento di entrambe le domande di sospensione [avrebbe lasciato] l'I. A. C. P. privo di amministrazione».

In un'altra risalente ordinanza – la n. 83 del 1978 – la Corte ha accolto l'istanza di sospensione proposta dalla Regione siciliana rispetto ad una lettera circolare del Ministro per la marina mercantile in tema di pesca del novellame di sarda e anguilla; circolare che si assumeva adottata in violazione della competenza della Regione a statuto speciale in materia di pesca nel mare territoriale. In tal caso, il giudice costituzionale – rilevando come la Regione avesse già esercitato la propria competenza in relazione alla pesca del novellame di sarde – acconsente alla sospensione della circolare ministeriale perché, «in quanto indirizzata a “tutte” le direzioni marittime ed a “tutte” le capitanerie di porto, è suscettibile di determinare non soltanto contrasti di valutazioni e di comportamenti fra le amministrazioni rispettivamente interessate, ma anche concreti pregiudizi, inerenti ai limiti, ai tempi, alle modalità della pesca del novellame di sarda e di anguilla nel mare territoriale della Sicilia».

Nell'analogia direzione di una valorizzazione in senso ampio delle gravi ragioni sembra muoversi anche l'ordinanza n. 305 del 1986, nella quale la Corte concede la sospensione di un bando di concorso del Ministero del Tesoro che andava rimettere in discussione gli esiti di un concorso già concluso (con assunzione dei vincitori) della Provincia

Autonoma di Bolzano<sup>31</sup>. La Corte osserva, nel riconoscere la sussistenza del *periculum in mora*, «che il diniego della chiesta sospensione, essendo suscettibile di risolversi nello sconvolgimento di posizioni soggettive stabilizzatesi da tempo, potrebbe comportare, in attesa del giudizio sul merito del ricorso, tale ulteriore complicazione della vicenda, da rendere estremamente difficoltosa l'eventuale restituzione in pristino e nuocere, quindi, al buon andamento dell'amministrazione». Sulla stessa linea si colloca pure la nota ordinanza n. 94 del 1980, con la quale la Corte decise di sospendere la sentenza penale di condanna di un deputato dell'Assemblea regionale siciliana, nella parte in cui ne ordinava la sospensione dall'esercizio delle funzioni, andando così ad incidere sul funzionamento dell'Assemblea stessa.

Infine va richiamata una decisione più recente (n. 41 del 2001) nell'ambito della quale le gravi ragioni sono integrate dal mero pregiudizio finanziario che deriverebbe in capo al ricorrente, anche considerata la considerevole entità dello stesso.

Non mancano però pronunce in senso diametralmente opposto, evidentemente influenzate dall'esperienza amministrativa.

Osserva la Corte, nell'ordinanza n. 136 del 1979, che «la generica prospettazione di "situazioni amministrative, finanziarie e contabili, contrastanti con il pubblico interesse" (...) non concreta quelle "gravi ragioni" dalle quali l'art. 40 della legge n. 87 del 1953 fa dipendere la sospensione dell'esecuzione dell'atto».

In altre occasioni si spinge ad esigere espressamente la sussistenza «della obiettiva impossibilità della restituzione in pristino» (ordd. nn. 36 del 1979 e 125 del 1983), oppure rigetta istanze che paventano pregiudizi meramente finanziari (ordd. nn. 36 del 1979, 77 del 1981, nonché 118 e 119 del 1983). Si rinvengono, accanto a quelle di rigetto, anche decisioni di accoglimento dell'istanza di sospensiva fondate sulla sussistenza di «un concreto e non riparabile pregiudizio» (ad es. ord. n. 115 del 1981).

In definitiva, appare assai arduo indurre da questi pochi e sparsi riferimenti un orientamento univoco del giudice costituzionale.

<sup>31</sup> Si trattava peraltro di un concorso svoltosi in esito a una lunga vicenda caratterizzata dal succedersi di differenti normative e di un contenzioso amministrativo e penale.

Quel che emerge invece con maggiore nettezza è che il danno paventato dev'essere *attuale e concreto*. La casistica in proposito è piuttosto varia: si è esclusa la sussistenza del *periculum per atti meramente preparatori*, quali sono ad esempio una circolare regionale che si limiti ad esprimere un mero “parere preliminare”, non incidente sull'esercizio delle competenze statali controverse (ord. n. 168 del 1981) oppure un decreto ministeriale che comporti solo «attività istruttorie o propeedeutiche» all'approvazione di un piano relativo ad un parco nazionale, senza che vi sia approvazione dello stesso (ord. n. 12 del 1991). Non si è concessa inoltre la sospensiva per provvedimenti dell'autorità giurisdizionale *insuscettibili di esecuzione* (quale un'intimazione del giudice penale a che l'amministrazione regionale si conformasse alle direttive dello stesso per la gestione di un bene demaniale; ord. n. 122 del 1983) oppure *inidonei a produrre effetti direttamente vincolanti* in capo all'amministrazione (quale una decisione di “non convalida” di un sequestro preventivo; ord. n. 535 del 2002).

Difetta ancora l'attualità del danno tanto nei casi in cui la Corte ritiene di poter decidere tempestivamente nel merito (ordd. nn. 1040 del 1998 e 195 del 2004), quanto in quelli in cui gli effetti dell'atto impugnato nel conflitto si siano *già esauriti* (ordd. nn. 70 del 1966, 123 del 1983 e 228 del 1993)<sup>32</sup>.

Incide sull'occorrenza di un danno attuale e concreto anche l'eventuale sospensione (o disapplicazione) dell'atto che sia già stata conseguita *aliunde* (v. sent. n. 81 del 1971 e ord. n. 13 del 1976), benché la stessa sospensione così ottenuta non faccia venir meno di per sé sola – è bene sottolinearlo – l'interesse attuale e concreto del ricorrente alla decisione finale sul conflitto e al relativo accertamento in punto di attribuzioni. Le ipotesi in proposito possono essere diverse, e vanno dalla sospensione in autotutela da parte dell'amministrazione che ha emanato l'atto, alla disapplicazione in via amministrativa, o ancora alla sospensione dell'esecuzione disposta in un parallelo giudizio amministrativo avente per oggetto il medesimo atto dedotto nel conflitto intersoggettivo (v. *infra* par. 6). Pare rispondere ad una *ratio* analoga an-

<sup>32</sup> Naturalmente la Corte ben potrà dar corso alla sospensione di atti che abbiano già prodotto (anche in larga misura) i propri effetti, qualora ciò appaia necessario ad evitare il prodursi di ulteriori gravi pregiudizi.

che il rigetto delle istanze di sospensiva pronunciato quando il ricorrente può autonomamente provvedere all'eliminazione del pregiudizio: così, ad esempio, nel caso della revoca di un assessore regionale derivante da provvedimento dell'autorità giurisdizionale, alla quale si può offrire pronto rimedio con il trasferimento delle relative deleghe o la nomina di un nuovo assessore (ordd. nn. 94 del 1980 e 302 del 2011).

Sembrirebbe, infine, che non possano essere sospesi *atti negativi di controllo*, in difformità con l'orientamento contrario, ormai pacifico, del giudice amministrativo (ord. n. 121 del 1983)<sup>33</sup>.

All'esito di questa breve rassegna casistica, si può osservare come la Corte pecchi talora di eccessivo formalismo nella valutazione di attualità e concretezza del danno, forse sulla base di un'interpretazione rigorosa dell'art. 40 l. n. 87 del 1953, laddove riferisce la sospensione alla sola «esecuzione» dell'atto. Ma com'è stato già rilevato da attenta dottrina<sup>34</sup>, se la finalità della pronuncia cautelare della Corte è quella di assicurare quanto più possibile «l'effettività della 'probabile' pronuncia finale, il potere di sospensione deve essere riferito, non solo e non tanto alla esecuzione, quanto alla stessa efficacia od 'operatività' dell'atto impugnato»<sup>35</sup>.

Ciò appare tanto più vero se ci si pone nella prospettiva – che si è tentato in precedenza di argomentare – di intendere il requisito delle gravi ragioni in senso ampio. Considerando così anche gli effetti ulteriori – verrebbe da dire – “di sistema”, non derivanti direttamente dall'esecuzione dell'atto, ma riconducibili alla perdurante efficacia dello stesso e ai suoi riflessi sulla competenza controversa, alcune delle ipotesi summenzionate di esclusione del *periculum in mora* andrebbero senz'altro riconsiderate. Ad esempio, l'intimazione contenuta in una

<sup>33</sup> Cfr., rispetto ad atti negativi od omissioni, problematicamente A. GRAGNANI, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, cit., pp. 146-147.

<sup>34</sup> V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., p. 1029; ma già precedentemente si v. A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 175.

<sup>35</sup> Così V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., p. 1029. Ma anche v. *supra* Cap. VIII, par. 8.

sentenza penale – pur insuscettibile di esecuzione in senso stretto – potrebbe venire in rilievo per i possibili risvolti in punto di responsabilità dei funzionari regionali; la sospensione dell'atto di controllo negativo potrebbe invece «consentire all'atto (che 'si presume' indebitamente) annullato, di esplicare gli effetti suoi propri»<sup>36</sup>. E, a ben vedere, pure la sospensione di *referendum* consultivi, per definizione inidonei a far sorgere un vincolo strettamente giuridico, dovrebbe essere ammissibile, dal momento che l'eventuale svolgimento degli stessi in pendenza del conflitto potrebbe comportare significative ricadute politico-istituzionali.

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, nella giurisprudenza costituzionale sembrano invero ritrovarsi indirizzi contrastanti. Con una ormai risalente ordinanza<sup>37</sup>, la Corte ha sospeso lo svolgimento di due *referendum* consultivi indetti dalla Regione Sardegna e aventi per oggetto l'installazione di basi militari, nonché il transito e l'approdo di navi estere da guerra in porti italiani per esigenze difensive; decisioni queste assunte da organi centrali dello Stato e conseguenti ad accordi internazionali. In buona sostanza, attraverso i *referendum*, la Regione aspirava a condizionare scelte di politica internazionale della Repubblica in materia di difesa. La Corte sostiene – evidentemente valutando il danno non in termini di irreparabilità in senso stretto – che «ricorre l'esigenza di esporre la chiesta sospensione, in quanto lo svolgimento [dei *referendum*] prima della decisione di merito potrebbe pregiudicare gli effetti della medesima».

Apparentemente opposta la posizione assunta nell'ordinanza n. 102 del 2001<sup>38</sup>, con la quale la Corte rigetta l'istanza di sospensione del *referendum* consultivo lombardo «per il trasferimento delle funzioni statali in materia di sanità, istruzione, anche professionale, nonché di polizia locale, alla Regione», non ricorrendo «quelle gravi ragioni che, sole, giustificano la sospensione dell'esecuzione degli atti che danno

<sup>36</sup> V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., p. 1030.

<sup>37</sup> Corte cost., ord. n. 1040 del 1988.

<sup>38</sup> Si v. le note a commento di A. MANGIA, *I 'referendum' regionali e la sovrapposizione tra "diritto" e "politica"*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2001, p. 1670 ss.; nonché G. MOSCHELLA, *Referendum consultivi regionali: la Corte ci ripensa?*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2001, p. 644 ss.



luogo al conflitto». Autorevole dottrina aveva in effetti segnalato come, nel caso di specie, la Corte non avesse opportunamente considerato «il peso politico di una eventuale consultazione popolare e la sua possibile incidenza distorsiva su procedimenti che sono di spettanza di autorità nazionale, ovvero dello stesso corpo elettorale nazionale»<sup>39</sup>.

#### 4. Il procedimento

Venendo dunque agli aspetti procedurali, va innanzitutto osservato che il potere di sospensione *ex* l'art. 40 l. n. 87 del 1953, non essendo espressamente previsto un suo esercizio officioso (come avviene invece per l'art. 35 o per i giudizi d'accusa)<sup>40</sup>, è sempre stato considerato attivabile solo su istanza di parte, in coerenza d'altronde con la natura del conflitto fra enti come giudizio di parti.

Le Norme integrative confermano tale impostazione, tanto nella versione antecedente alla riforma del 2008 quanto in quella odierna, e prevedono che la sospensione possa «essere richiesta in qualsiasi momento». La relativa istanza può perciò essere avanzata sia unitamente al ricorso introduttivo del conflitto, sia con successivo atto separato, nell'arco di tempo che dalla presentazione del ricorso si spinge sino (ma non oltre) l'udienza di discussione della causa. Riprendendo l'analoga previsione delle precedenti Norme integrative, l'art. 26, comma 4, n.i. dispone infatti che «L'istanza può essere presentata anche all'udienza di discussione»; dal che si deduce che la richiesta di so-

<sup>39</sup> Così S. BARTOLE, *Overruling o qualification di precedente con ordinanza di reiezione della domanda di sospensiva di atto impugnato per conflitto di attribuzioni?*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2001, p. 638. L'importanza della decisione in commento per la definizione del requisito del *periculum in mora* va forse ridimensionata, proprio sulla scorta delle osservazioni della medesima dottrina: il rigetto dell'istanza è motivato soprattutto sul piano dell'infondatezza delle ragioni del ricorso (quindi della carenza del *fumus*), e la Corte appare più impegnata nella revisione dei suoi precedenti orientamenti sulla questione di merito (ossia l'inammissibilità di *referendum* consultivi regionali in materia di revisione costituzionale), che nella negazione del potenziale *periculum* connesso allo svolgimento di referendum (anche consultivi) in pendenza del conflitto.

<sup>40</sup> Sostiene invece la procedibilità d'ufficio P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, cit., pp. 516-517, facendo leva sullo «spiccato carattere ufficioso e inquisitorio» del procedimento dinanzi alla Corte.

sospensione possa assumere anche *forma orale*, purché se ne dia adeguata menzione nel processo verbale d'udienza<sup>41</sup>.

Va esclusa invece la possibilità – pur considerata in dottrina<sup>42</sup> – di un ricorso cautelare *ante causam* sulla falsariga dell'esperienza maturata nel processo amministrativo, dal momento che l'art. 40 consente la sospensione dell'atto solamente «in pendenza del giudizio».

Per la presentazione dell'istanza, anche in virtù della possibilità che la stessa venga presentata direttamente in udienza, non dovrebbe essere necessaria un'apposita autorizzazione nella delibera che decide la proposizione del ricorso<sup>43</sup>. Si tratterebbe perciò di prerogativa della difesa tecnica, derivante dalla procura *ad litem* o dal generale potere di rappresentanza dell'Avvocatura dello Stato.

La Corte pare esigere dal ricorrente una motivazione adeguata della richiesta di sospensione quanto ai presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*: vi sono stati casi in cui la domanda cautelare è stata infatti respinta proprio sulla scorta della mancata prova o insufficiente argomentazione relativa alle gravi ragioni (ordd. nn. 241 del 1986 e 487 del 1987). Il che si pone tuttavia in problematica contraddizione con la possibilità riconosciuta al Presidente di «autorizzare (...) lo svolgimento delle indagini ritenute opportune», prevista dall'art. 26, comma 2, n.i.; norma che sembrerebbe prefigurare un possibile intervento suppletivo della Corte rispetto alle incomplete allegazioni dell'istante. L'apparente contraddizione può però essere risolta, secondo una logica più affine a quella del processo amministrativo, contemperando il principio dispositivo – che parrebbe emergere dalle ordinanze appena citate – con il metodo acquisitivo. In tal senso, il ricorrente sarebbe cioè chiamato a fornire almeno un *principio di prova* rispetto al fondamento delle proprie pretese cautelari, potendo poi la Corte eventualmente esercitare i propri poteri istruttori a complemento di quanto fatto dall'istante<sup>44</sup>.

Alla luce delle aperture del giudice costituzionale all'ammissione di

<sup>41</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, cit., pp. 300-301.

<sup>42</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 148 ss.

<sup>43</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 122-123.

<sup>44</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 291.

interventi nel conflitto di soggetti ulteriori rispetto ai soli ricorrente e resistente, deve inoltre ritenersi che la Corte ben possa tener conto anche delle argomentazioni addotte da questi ultimi al fine della concessione della sospensiva richiesta dal ricorrente – che rimane però il solo a poter proporre la relativa istanza. Tale chiusura a istanze di soggetti terzi è coerente con la limitazione dei soggetti abilitati a proporre il conflitto, cui la sospensione è pur sempre strumentale, anche se può sollevare qualche perplessità in ordine all'effettività della tutela delle posizioni dei soggetti terzi che non possano accedere al giudizio amministrativo (v. *infra* par. 6).

Rispetto alla disciplina dettata dalle Norme integrative *ante* 2008, emerge un ruolo di particolare rilievo del Presidente nella gestione dell'incidente cautelare<sup>45</sup>. È il Presidente, infatti, a convocare la camera di consiglio per decidere l'istanza di sospensione, «sentito il relatore» e «qualora ravvisi l'urgenza di provvedere»; ed è sempre il Presidente ad «autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti e lo svolgimento delle indagini ritenute opportune».

La lettera dell'art. 26 n.i. sembrerebbe introdurre una sorta di *filtro preliminare* sulle istanze di sospensiva simile a quello *ex art.* 21 n.i., esercitato da parte del Presidente con la collaborazione del relatore della causa e diretto ad escludere – ragionando *a contrario* – la convocazione della camera di consiglio nei casi in cui appaia difettare *prima facie* «l'urgenza a provvedere», ossia nei casi in cui il ricorso può essere deciso tempestivamente nel merito oppure l'istanza sia manifestamente infondata o inammissibile (v. *supra* Cap. VIII, par. 7). In tali ipotesi non si darebbe corso all'incidente cautelare e non vi sarebbe una decisione espressa sull'istanza, la quale verrebbe piuttosto *assorbita* nella successiva decisione di merito (v. *infra* par. 7). Quanto questa ipotesi corrisponda alla pratica effettiva della gestione delle cause a Corte è naturalmente difficile a dirsi.

Va comunque osservato che è sempre il Presidente – assistito dall'Ufficio ruolo – a dettare i tempi per l'eventuale esame dell'istanza di sospensione.

Questo è uno dei profili sui quali, sin dalle prime pronunce, si so-

<sup>45</sup> In particolare, per quanto concerne l'attività istruttoria, cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 145

no appuntati condivisibili rilievi critici della dottrina, che ha stigmatizzato il lasso di tempo considerevole che spesso intercorre tra istanza cautelare e pronuncia sulla sospensione<sup>46</sup>.

I dati offerti dall'analisi casistica, pur riportando esempi tra loro diametralmente opposti (si va dai soli sei giorni per la pronuncia dell'ord. n. 114 del 1969 ai quasi tre anni dell'ord. n. 41 del 2001), non tracciano un quadro rassicurante. In media il tempo necessario perché la Corte decida sull'istanza di sospensione è di centosessanta giorni, contro una durata dei giudizi sui conflitti assistiti da istanza cautelare che si attesta sui seicentotredici giorni. Specialmente se raffrontato con i tempi della pronuncia cautelare garantiti dal giudice amministrativo, si tratta di un rendimento tutt'altro che positivo, che svisciva le finalità proprie dell'istituto e forse concorre – come meglio si dirà *infra* nei par. 7 e 8 – al suo progressivo inaridimento. Esempi evidenti di questa non sempre adeguata considerazione dei tempi della decisione sull'istanza cautelare sono quei casi, già menzionati, in cui lo svolgimento della camera di consiglio avviene quando gli effetti dell'atto impugnato si sono già esauriti e la Corte non può che prenderne atto e rigettare l'istanza.

Nella vigenza delle precedenti Norme integrative, la dottrina si era sforzata di trovare un correttivo, ricorrendo al rinvio operato dall'art. 22 l. n. 87 del 1953 al Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale<sup>47</sup>. In particolare, si intendeva così attivare l'art. 36 r.d. n. 642 del 1907, a mente del quale, sulla domanda di sospensiva, il giudice decide nella prima udienza successiva allo spirare del termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso (o di quello più breve fissato dal Presidente); termine entro il quale le parti e l'amministrazione potevano depositare e trasmettere memorie o istanze. Secondo tale dottrina, la previsione era da ritenersi già applicabile

<sup>46</sup> Già U. POTOTSCHNIG, *nota a ord. 83/1978*, cit., pp. 139-140. Cfr. inoltre V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., p. 1033; M. SCUDIERO, *Linee propositive*, cit., pp. 244-245, che fa riferimento ai dati esaminati nel medesimo volume da M. VILLONE, *Analisi quantitativa e notazioni ricostruttive*, pp. 202-205.

<sup>47</sup> Cfr. M. SCUDIERO, *Linee propositive*, cit., p. 245.

all'incidente cautelare, non rinvenendosi elementi per escluderne l'estensione al giudizio intersoggettivo<sup>48</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha mai dimostrato di aderire a tale impostazione e la modifica delle Norme integrative ha definitivamente escluso l'applicabilità del citato art. 36, rimettendo sostanzialmente al Presidente – ed eventualmente alle dinamiche interne al Collegio – la fissazione della camera di consiglio<sup>49</sup>.

Come si è già accennato, l'art. 26, comma 2, n.i. prevede che «il Presidente può autorizzare l'audizione dei rappresentanti delle parti», nonché disporre «lo svolgimento delle indagini ritenute opportune»; le parti invece «possono presentare documenti e memorie». Anche sul fronte istruttorio e della gestione dello svolgimento della camera di consiglio emerge dunque un ruolo di primo piano del Presidente. Il che tuttavia non esclude la possibilità che, in camera di consiglio, il Collegio possa ritenere necessari ulteriori adempimenti istruttori oltre a quelli eventualmente già disposti dal Presidente. In questo caso, si è ipotizzato che la Corte possa adottare, in analogia a quanto praticato dal giudice amministrativo, ordinanze cd. soprassessorie (v. già *supra* Cap. IV, par. 1), con le quali si concede in via meramente interinale la sospensione disponendo al tempo stesso lo svolgimento dei necessari approfondimenti istruttori. Una volta esauriti questi ultimi, il giudice può pronunciarsi “definitivamente” sulla sospensione alla luce di un quadro più completo. Va detto tuttavia che la natura prevalentemente documentale del giudizio induce ad escludere un rilievo particolare del momento istruttorio, essendo sufficiente nella maggior parte casi le sole allegazioni delle parti.

Sempre in tema di poteri istruttori, non pare debba riconoscersi rilievo particolare al fatto che, mentre gli artt. 12 e 13 n.i. discorrono di «mezzi di prova», l'art. 26 n.i. (come già il 21 n.i.) faccia riferimento più genericamente ad «indagini»: la differenza terminologica viene a dipendere verosimilmente dalla sommarietà della cognizione che contraddistingue la sede cautelare, senza che da essa possano inferirsi limi-

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Così anche A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 133-134.

tazioni quanto ai mezzi di prova cui la Corte può ricorrere per accertare i presupposti della sospensione.

Un ultimo profilo procedurale che merita di essere esaminato è quello concernente la rinuncia all'istanza di sospensiva. Questa è da ritenersi ammissibile, similmente a quanto attiene alla rinuncia al ricorso, almeno fino all'udienza di discussione del merito. La dottrina è concorde nel ritenere invece non necessaria l'adesione della controparte, tanto nel caso (ovvio) in cui questa non sia costituita, quanto nel caso contrario. La rinuncia all'istanza cautelare non sarebbe in ciò assimilabile a quella al ricorso, perché quest'ultima «incide in maniera definitiva su di una posizione sostanziale»<sup>50</sup>, mentre la prima no.

La giurisprudenza della Corte, anche in questo frangente, non offre segnali inequivocabili. Talvolta, in apparente applicazione analogica dell'art. 25, comma 5, n.i. (già art. 27), dà conto tanto della rinuncia quanto dell'adesione della controparte<sup>51</sup>; in altre occasioni, si limita ad accennare alla sola rinuncia<sup>52</sup>.

In realtà, non sembra possibile escludere del tutto un interesse della parte resistente ad insistere per la pronuncia sull'istanza cautelare rinunciata, specie quando questa sia discussa prima dell'udienza di merito. Il resistente potrebbe infatti aspirare a vedere riconosciuta l'insussistenza dei presupposti della sospensione, in modo tale da precludere la riproposizione (magari in udienza) dell'istanza rinunciata. In modo speculare a quanto si è detto in proposito della legittimazione del difensore a proporre l'istanza, pare possa riconoscersi la possibilità dello stesso di rinunciarvi senza una necessaria previa autorizzazione.

### 5. Il provvedimento

Qualora ritenga sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del

<sup>50</sup> A. PISANESCHI, *Brevi note sulla «sospensiva» nel conflitto tra Stato e Regione*, cit., pp. 73-74.

<sup>51</sup> Corte cost., ord. n. 120 del 1983; 124 del 1983; 223, 224 e 225 del 1986; 370 del 2010.

<sup>52</sup> Corte cost., ord. 141 del 1983.

*periculum in mora*, la Corte riunita in camera di consiglio sospende l'atto impugnato «con ordinanza motivata».

La motivazione del provvedimento cautelare è un altro dei profili sui quali la dottrina ha mosso le critiche più severe alla Corte<sup>53</sup>, la quale, soprattutto nei primi anni di attività, tendeva a giustificare l'accoglimento o il rigetto dell'istanza di sospensione con sintetiche formule di stile, riflettendo probabilmente la discutibile prassi già in voga presso il giudice amministrativo.

L'obbligo per la Corte di fornire un'adeguata argomentazione della propria decisione sulla sospensiva trova d'altra parte un chiaro fondamento nella legge – tanto in modo puntuale dall'art. 40, quanto più in generale nell'art. 111 Cost.<sup>54</sup> – e costituisce altresì il mezzo attraverso il quale il giudice dà conto delle proprie scelte, consentendone il relativo controllo in chiave di legittimazione democratica<sup>55</sup>.

Non pare invece si possano censurare quelle pronunce che argomentano il rigetto facendo leva sulla carenza di uno solo dei due presupposti richiesti e limitano la motivazione a tale profilo: si tratta senz'altro di una motivazione adeguata e sufficiente, che ha il pregio – specie quando registri l'assenza del *periculum in mora* – di non anticipare il merito della causa.

Si è invece giustamente osservato che un'ordinanza di accoglimento che dia conto dei profili di fondatezza del ricorso emersi dalla valutazione *prima facie* del giudice costituzionale potrebbe anche agevolare la composizione della lite tra le parti oppure – specie nei conflitti per interferenza o menomazione – tracciare la via per un corretto esercizio dell'attribuzione da parte del resistente<sup>56</sup>. In quest'ultima ipotesi, la

<sup>53</sup> Cfr. R. CHIEPPA, p. 1223; U. POTOTSCHNIG, *nota a ord. 83/1978*, cit., p. 139 s., A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, cit., p. 142 ss., V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, cit., p. 1020 ss. G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, cit., pp. 416-417.

<sup>54</sup> Già in questo senso P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, cit., pp. 514-515; negli stessi termini S. BELLOMIA, *nota a prima lettura di Corte cost. n. 136/1979*, cit., p. 1081.

<sup>55</sup> In questo senso, cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 179-180.

<sup>56</sup> Così – seppur in termini più generali – sempre A. VUOLO, *La tutela cautelare*

decisione del giudice cautelare viene a riecheggiare, in qualche misura<sup>57</sup>, la tecnica praticata nel processo cautelare amministrativo del cd. *remand*, con il quale il giudice, nell'accogliere il ricorso cautelare, non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma rivolge alla pubblica amministrazione un ordine a riesaminare la situazione tenendo conto dei motivi che hanno condotto all'accoglimento della sospensiva (si parla pertanto in proposito anche di ordinanze *propulsive*)<sup>58</sup>.

Un caso in cui la motivazione della Corte ha effettivamente promosso la composizione della lite e il corretto esercizio dell'attribuzione può riconoscersi nell'ordinanza n. 152 del 2006, con la quale era stata accolta l'istanza regionale di sospensione del decreto del Ministero dell'Ambiente che aveva confermato l'incarico del Commissario straordinario dell'Ente Parco nazionale dell'arcipelago toscano. La Corte sottolinea «l'assenza di una apprezzabile attività per addivenire all'intesa, da un lato, mancando reiterate ed effettive trattative a ciò indirizzate»; e, dall'altro, osserva come la nomina riguardi «la stessa persona la cui nomina era stata già annullata in precedenza da questa Corte». Il conflitto si chiude con la (irrituale) rinuncia al ricorso della Regione, che dà conto di come nel frattempo si sia raggiunta l'intesa sulla nuova nomina<sup>59</sup>.

Uno sviluppo ulteriore rispetto a quello appena descritto dei contenuti della misura cautelare di cui all'art. 40 l. n. 87 del 1953, che arrivi a consentire l'adozione di misure cautelari a contenuto atipico – in modo analogo a quanto avvenuto in via pretoria per la sospensione nel processo amministrativo – non è praticabile, quanto meno in via meramente interpretativa<sup>60</sup>.

*nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 189-191. Sinteticamente, con riferimento alla sospensiva nei conflitti intersoggettivi, U. POTOTSCHNIG, *nota a ord. 83/1978*, cit., p. 140.

<sup>57</sup> Le due figure non sono del tutto sovrapponibili, mancando nella sospensione ai sensi dell'art. 40 l. n. 87 del 1953 la possibilità di indirizzare un ordine alle parti in giudizio, per i motivi che si diranno *infra* nel testo.

<sup>58</sup> Sul tema, cfr. M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, Padova 2012, p. 67 ss.

<sup>59</sup> In casi come questo, in cui la fondatezza del ricorso è manifesta (e la decisione nel merito appare scontata), la sospensione dell'atto tende ad approssimarsi più ad una decisione sommaria del conflitto che a un provvedimento cautelare.

<sup>60</sup> Il che pone naturalmente il problema dell'inadeguatezza della sospensiva rispet-



L'opinione prevalente in dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale tendono a restringere il potere della Corte alla sola misura della tradizionale sospensione dell'atto, intesa come provvedimento *conservativo* rispetto allo stato di fatto e diritto sussistente al momento dell'accoglimento dell'istanza, e *anticipatorio* rispetto agli effetti della decisione sul merito, avuto riguardo al solo annullamento dell'atto impugnato<sup>61</sup>.

La stessa fondamentale strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al merito ne comporta la limitazione dei contenuti, non potendosi riconoscere alla misura cautelare effetti più ampi di quelli che può dispiegare la decisione nel giudizio principale. Implicando la pronuncia sul conflitto, come si è più volte ricordato, tanto un elemento di accertamento, quanto un elemento demolitorio (l'annullamento dell'atto), è rispetto a tali effetti che devono essere calibrati i contenuti della sospensione.

L'impossibilità, ormai generalmente riconosciuta, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del "giudicato" costituzionale sul conflitto si pone quale ulteriore conferma della correttezza di quest'approccio ristrettivo<sup>62</sup>, non potendosi rapportare i contenuti del provvedimento cautelare neppure agli effetti di questo eventuale ed ulteriore giudizio, diversamente da quanto avvenuto invece nel processo amministrativo<sup>63</sup>.

Quanto alla portata nel tempo dell'ordinanza di sospensione, deve ritenersi che – in ragione del necessario carattere di provvisorietà tipico di ogni misura cautelare – i relativi effetti si producano *ex nunc*,

to, ad esempio, a meri comportamenti od omissioni. Cfr. sinteticamente A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 292, nonché, in termini dubitativi, S. BELLOMIA, *nota a prima lettura di Corte cost. n. 136/1979*, cit., p. 1082. Cenni al problema anche in P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, cit., pp. 519-520.

<sup>61</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 292.

<sup>62</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 293. Per una risalente tentativo di apertura all'impiego del giudizio di ottemperanza rispetto alla stessa sospensione cautelare costituzionale cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, cit., pp. 307-308. Ciò non toglie che l'eventuale inottemperanza possa aprire la strada ad un nuovo conflitto; ma questo non sembra consentire un ampliamento dei contenuti del provvedimento cautelare.

<sup>63</sup> Cfr., in tal senso, M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit.

senza toccare gli effetti anteriori, che possono essere travolti solo da un accertamento definitivo e dal connesso annullamento<sup>64</sup>.

Più complessa si presenta la questione dei destinatari della pronuncia cautelare, che solo in parte è speculare a quella più nota dei limiti soggettivi dell'annullamento dell'atto da parte della Corte.

Non genera naturalmente problemi il caso di sospensione di un atto regionale, che ovviamente spiegherà i propri effetti solo rispetto a quell'atto e a quella specifica Regione (si parla in tal caso di *sospensione relativa*). Si possono poi dare casi in cui la sospensione di un atto statale di portata generale sia necessariamente *parziale*, perché l'atto si assume viziato solo rispetto alla Regione ricorrente (o ad alcune Regioni) – si pensi quando una Regione speciale lamenta la violazione di una attribuzione prevista nello Statuto o nelle relative norme d'attuazione<sup>65</sup>. Più problematico è valutare la portata della sospensione nei casi in cui l'atto statale sia potenzialmente lesivo delle attribuzioni della generalità delle Regioni<sup>66</sup>.

Taluni hanno ritenuto che, in tal caso, la sospensione debba essere considerata *generale*, in modo speculare a quanto avviene rispetto al successivo ed eventuale annullamento dell'atto impugnato nel conflitto, la cui efficacia interessa anche (in genere)<sup>67</sup> le Regioni che non sono

<sup>64</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, cit., p. 306; G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, cit., p. 417. Ma v. sul punto anche *supra* Cap. VIII, nt. 122.

<sup>65</sup> È questo il caso della già citata ord. n. 83 del 1978, con la quale si sospende una circolare statale «limitatamente all'applicabilità di tale atto nel territorio della Regione siciliana». Con il ricorso per conflitto di attribuzioni la Regione lamentava infatti l'invasione della competenza regionale, in violazione degli artt. 14, lett. l), e 20 dello Statuto siciliano, nonché dell'art. 1 del d.p.r. 12 novembre 1975, n. 913, per cui «la regione siciliana esercita le attribuzioni del Ministero della marina mercantile in materia di pesca nel mare territoriale».

<sup>66</sup> Finora non vi sono stati casi di sospensione di un atto statale a portata generale che fosse potenzialmente lesivo delle attribuzioni di tutte le Regioni. Le poche sospensioni decise in favore delle Regioni (o delle Province autonome) riguardano sempre atti che spiegano effetti limitati alla singola ricorrente; cfr. ord. nn. 94 del 1980, 305 del 1986, 41 del 2001, 152 del 2006.

<sup>67</sup> Per alcune eccezioni, cfr. R. BIN, *Regolamenti statali e attribuzioni legislative delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2, 2001, spec. pp. 390-391.

parte in giudizio<sup>68</sup>. D'altra parte, l'estensione degli effetti della pronuncia di sospensiva oltre la sfera del solo ricorrente, oltre a meglio garantire la legalità costituzionale, risponderebbe a principi di economia processuale e certezza del diritto<sup>69</sup>.

Non va dimenticato, tuttavia, che non è affatto detto che il *periculum in mora* che giustifica la sua concessione sia sussistente in misura eguale rispetto a tutte le Regioni, dipendendo da circostanze di fatto che possono variare anche in misura significativa. Non si spiegherebbe pertanto l'estensione dell'efficacia dell'ordinanza cautelare anche a Regioni per le quali non sussista concretamente la possibilità che si verifichino gravi pregiudizi *medio tempore*, venendo così a mancare uno dei presupposti fondamentali che giustificano l'adozione della sospensiva.

La soluzione più opportuna – sulla falsariga di quanto descritto per il giudizio principale (Cap. VIII, par. 8) – potrebbe essere quella di consentire alla Corte di calibrare la portata della sospensione, ragionando sulla portata del *periculum in mora*. Laddove emerga dall'incidente cautelare che l'esecuzione dell'atto in pendenza del giudizio potrebbe determinare pregiudizi generalizzati, la Corte potrebbe concedere una sospensione generale; negli altri casi, in cui il *periculum* risulta provato rispetto ai soli ricorrenti, una sospensione parziale.

Una soluzione di questo tipo meglio si concilia con le finalità di garanzia dell'effettività del giudizio sul conflitto e, pur contraddicendo in qualche misura il carattere dispositivo dello stesso, non altera la logica dell'incidente cautelare, richiedendosi pur sempre la sussistenza del

<sup>68</sup> In tal senso cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 185 s., il quale tratta però in modo unitario tanto gli effetti della sospensione della legge, quanto quella dell'atto nel conflitto. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit. pp. 296-297; G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, cit., p. 418. *Contra* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, Padova 1984, pp. 451-452.

<sup>69</sup> Per queste osservazioni, con riferimento però all'annullamento (e non alla sospensione) derivante dal riconoscimento di vizio "generale" e non limitato alla Regione speciale ricorrente, cfr. C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006, Giappichelli, Torino 2007, p. 95 ss., spec. 125.

*periculum in mora* anche nei casi ulteriori rispetto a quello dedotto in giudizio<sup>70</sup>.

L'ordinanza è da considerarsi revocabile al venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato la concessione<sup>71</sup>. In virtù della strumentalità rispetto alla decisione definitiva, essa cessa di avere efficacia con il rigetto del ricorso, l'estinzione del giudizio o la cessazione della materia del contendere. Si consolidano invece, in via definitiva, i suoi effetti anticipatori quando vi sia l'annullamento dell'atto impugnato.

#### 6. I rapporti tra sospensione amministrativa e sospensione costituzionale

Un profilo particolarmente problematico della sospensione nei conflitti tra enti è rappresentato dal rapporto che intercorre tra sospensione disposta dal giudice costituzionale e sospensione del giudice amministrativo. Il tema si inserisce nella più ampia questione della cd. *doppia impugnativa* e dei rapporti tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo sull'atto, ma presenta al tempo stesso profili peculiari che ne complicano ulteriormente una sistemazione soddisfacente.

Com'è noto, tanto il giudice costituzionale quanto quello amministrativo possono essere chiamati a pronunciarsi sul medesimo atto e conoscere (in un certa misura) i medesimi vizi<sup>72</sup>, pur avendo i relativi giudizi oggetti differenti: quello costituzionale si occupa della *competenza in concreto*, ma può eventualmente condurre all'annullamento dell'atto, laddove si riscontri una violazione del riparto costituzionale delle attribuzioni; quello amministrativo si occupa della *legittimità*

<sup>70</sup> Cfr., per un'analogia conclusione con riferimento al giudizio in via principale, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., p. 387.

<sup>71</sup> Cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 187-188.

<sup>72</sup> Cfr., in tal senso, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2018, p. 329. Sulla parziale difformità dei vizi dedotti nel conflitto e nel giudizio amministrativo, cfr. F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte nei conflitti tra lo Stato e le Regioni*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986), Giuffrè, Milano 1988, p. 223 ss.; nonché già S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit., p. 332.

dell'atto, ma può implicare una valutazione preliminare del vizio di incompetenza costituzionale che, traducendosi in un classico vizio dell'atto amministrativo, può condurre all'annullamento dello stesso.

Il legislatore non ha elaborato strumenti di coordinamento tra i due plessi giurisdizionali, il cui rapporto è pertanto generalmente ricostruito in termini di *separazione-indifferenza*<sup>73</sup>, escludendosi invece pregiudizialità in senso stretto della decisione costituzionale rispetto a quella amministrativa (ossia un rapporto di *separazione-esclusività*)<sup>74</sup>. Il giudice amministrativo non è quindi tenuto a sospendere il proprio giudizio per attendere la pronuncia della Corte, tanto nei casi in cui i soggetti del processo pendente dinanzi a lui siano diversi da quelli del giudizio costituzionale (ad esempio, soggetti pubblici o privati diversi dallo Stato e dalle Regioni che ricorrono contro atto regionale o statale) quanto nei casi in cui vi sia identità delle parti.

Un'autorevole dottrina minoritaria tende ad escludere almeno quest'ultima ipotesi, ritenendo che in tal caso vi sarebbe competenza esclusiva della Corte costituzionale<sup>75</sup>. La recente giurisprudenza mag-

<sup>73</sup> Cfr. L. MANNELLI, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni*, in *Associazione per gli Studi e le Ricerche parlamentari, Quaderno n. 4, Seminario 1993*, Giuffrè, Milano 1994, p. 267 ss. Per questa posizione (ossia separazione ma non alternatività) cfr. L. AZZENA, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1993, III, col. 369 ss.; G. VOLPE, *Art. 137 (terza e quarta parte)*, cit., p. 432; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 453 (ma con la possibilità evidenziata da C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, cit., p. 110, nt 48); A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, voce *Novissimo Digesto, App.* vol. II, Utet, Torino 1981, p. 369 ss.

<sup>74</sup> I primi studiosi della materia avevano tentato di configurare la possibilità per il giudice amministrativo di sollevare in via incidentale il conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte, sulla falsariga dell'incidente di costituzionalità; cfr. C. LAVAGNA, *Conflitto incidentale e giudizio di legittimità*, in *Foro amm.*, 1957, p. 190 ss.; nonché C. SELVAGGI, *I conflitti di attribuzioni tra Stato e regioni e tra regioni*, in *Foro it.*, 1956, IV, p. 134 ss.; ID., *Conflitti di attribuzioni e questioni incidentali di competenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1040 ss. Possibilità poi radicalmente esclusa tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina, sia per le difficoltà di applicare estensivamente le norme del giudizio incidentale, sia per il carattere discrezionale del ricorso alla Corte; cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 300.

<sup>75</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 297 ss.

gioritaria<sup>76</sup>, superando più risalenti orientamenti<sup>77</sup>, ritiene tuttavia ammissibile il ricorso al giudice amministrativo anche in quest'ultimo caso e consente l'esperimento della cd. doppia impugnazione nelle due sedi.

Naturalmente ciò può condurre a sovrapposizioni ed interferenze tra i due giudizi. Nella prassi, per evidenti ragioni di ordine pratico, si è talora diffusa la tendenza a sospendere il processo amministrativo ex art. 295 c.p.c.<sup>78</sup>, in modo da consentire il pronunciamento preliminare sulla questione di competenza da parte del giudice costituzionale<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6834; Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3487; Tar Sardegna, Sez. I, 26 luglio 2013, n. 574; Tar Molise, Sez. I, 28 marzo 2020, n. 103; Tar Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841. Tale orientamento recupera indirizzi giurisprudenziali affermatasi negli anni Settanta (cfr. Cass., Sez. Un., 10 novembre 1973, n. 2966, in *Foro it.*, 1974, I, col. 361 ss.; Cass., Sez. Un., 28 maggio 1977, n. 2184, *ivi*, 1977, I, col. 1352; Cass., Sez. Un., 20 maggio 1978, n. 2499, *ivi*, 1978, I, col. 1638, con nota di C.M. BARONE; Tar Emilia-Romagna, 24 giugno 1976, n. 363, in *Le Regioni*, 1977, p. 232 ss. con nota di G. BERTI, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*; Cass., Sez. Un., 28 maggio 1977, n. 2184, *ivi*, I col. 1352 ss.; Cass., Sez. Un., 20 maggio 1978, n. 2499, *ivi*, I col. 1638 ss.; Cons. St., sez. IV, 27 settembre 1979, n. 732, in *Le Regioni*, 1980, p. 718 ss., con nota di A. NOCERINO GRISOTTI, *Ancora sui rapporti tra tutela giurisdizionale e conflitto di attribuzioni*) e poi momentaneamente superati dalle decisioni di cui alla nota successiva.

<sup>77</sup> Cfr. la giurisprudenza richiamata da A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 297, e in part.: Cons. St., 28 aprile 1984, n. 660, in *Le Regioni*, 1985, p. 188 ss., con nota di V. ANGIOLINI, *Nuovi sbocchi o nuovi problemi nel rapporto tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo?*; Tar Lazio, Sez. II, 31 maggio 1985, n. 1548, in *Foro it.*, 1985, III, col. 252; Tar Lazio, Sez. II, 17 settembre 1985, n. 2295, in *Le Regioni*, 1986, p. 754 ss., con nota di V. COCOZZA, *Conflitto di attribuzioni, giudizio amministrativo, sindacato sul corretto esercizio del potere*; Tar Liguria, 15 novembre 1986, n. 593, in *Quad. reg.*, 1987, p. 329; Tar Sardegna, 16 luglio 1988, n. 1161, in *Trib. Amm. reg.*, 1988, I, p. 3208; Tar Lazio, sez. III, 11 ottobre 1991, n. 1160, in *Foro it.*, 1993, III, col. 366 ss., con nota di L. AZZENA.

<sup>78</sup> Così C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, cit., p. 109-110.

<sup>79</sup> In dottrina questa soluzione era stata prospettata da L. VANDELLI, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzioni e giurisdizione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 1815 ss.; per condivisibili rilievi critici sulla correttezza processuale di tale soluzione cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 300.

Tale strumento non pare tuttavia offrire alcun rimedio per quanto attiene alle pronunce cautelari.

Secondo un principio generale di diritto processuale – sul quale si è già avuto modo di soffermarsi *supra* Cap. II, par. 5, lett a) – la sospensione del processo principale non spiega alcun effetto rispetto alla tutela cautelare, che per evidenti ragioni di effettività della tutela giurisdizionale è sempre attivabile dalle parti. La sospensione del processo non può cioè determinare il venir meno della possibilità del ricorrente di chiedere misure cautelari e del correlato potere del giudice di consentirle nell'ambito del giudizio sospeso. Pertanto è ben possibile che, pur quando il giudice amministrativo abbia sospeso il giudizio principale ai sensi dell'art. 295 c.p.c., siano allo stesso presentate istanze cautelari volte alla sospensione dell'atto impugnato, che è contestualmente oggetto di giudizio sul conflitto intersoggettivo. Dal che possono evidentemente derivare contrasti e interferenze tra decisioni e procedimenti cautelari, che non possono tuttavia risolversi guardando alle (variegate) soluzioni prospettate in dottrina per il diverso caso di potenziali contrasti tra decisioni definitive<sup>80</sup>: non si può immaginare infatti che dalla pronuncia cautelare – dato il suo carattere provvisorio – possa derivare alcun vincolo “tecnico”, pur quando i due giudizi abbiano lo stesso oggetto e le stesse parti.

Sul merito di tali potenziali contrasti e interferenze “cautelari”, come peraltro avviene in caso di interferenze tra i due giudizi in genere, non pare possibile individuare una regola generale idonea a risolvere in modo univoco tutte le possibili ipotesi, ed è pertanto opportuno esaminarle separatamente, delineando di volta in volta i possibili rimedi<sup>81</sup>. Si vagliano quindi dapprima i casi in cui vi sia una decisione di accoglimento dell'istanza cautelare, da parte del giudice amministrativo o della Corte, e poi i casi di rigetto.

<sup>80</sup> Sul punto, cfr. F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, p. 92 ss.; L. MANNELLI, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni*, cit., p. 287 ss.

<sup>81</sup> Cfr. per questo approccio “per ipotesi”, L. MANNELLI, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni*, cit., p. 279 ss.; F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, cit., p. 84 ss.

Una prima situazione di potenziale interferenza tra incidenti cautelari si può profilare quando il giudice amministrativo abbia già concesso la sospensione dell'atto e penda un'istanza cautelare dinanzi alla Corte costituzionale. In questo caso, la soluzione va rintracciata nel venir meno del *periculum in mora* richiesto per la concessione della sospensione *ex art. 40 l. n. 87 del 1953*: come si è già visto, la Corte esclude infatti la ricorrenza delle «gravi ragioni» quando la sospensione dell'atto sia stata conseguita *aliunde*<sup>82</sup>. Qualora poi la misura cautelare concessa dal giudice amministrativo di prime cure fosse annullata in appello, nulla impedisce al ricorrente di riproporre nel conflitto tra enti (almeno fino all'udienza di discussione) l'istanza cautelare eventualmente rigettata in prima battuta.

Differente è il caso in cui sia il giudice costituzionale ad aver accolto l'istanza di sospensione, mentre il giudice amministrativo debba ancora pronunciarsi. In questo caso gli aspetti da tenere in considerazione sono la possibile *diversità di soggetti* tra i due giudizi e l'*ampiezza degli effetti* della sospensiva costituzionale.

Qualora infatti gli effetti dell'ordinanza cautelare in parola fossero per qualche ragione limitati al solo ricorrente, come si è descritto *supra*, escludendo in tal modo soggetti che si sono invece costituiti nel giudizio amministrativo, può sussistere l'interesse di questi ultimi ad ottenere una sospensiva da parte del giudice amministrativo che dispieghi i suoi effetti anche nei loro confronti<sup>83</sup>. Ciò naturalmente sul presupposto che le ragioni che hanno determinato la produzione di effetti "ristretti" nell'incidente cautelare costituzionale non valgano ad escludere l'estensione della tutela cautelare ad una platea più ampia dei beneficiari (il che si verifica, ad esempio, quando la sospensione costituzionale sia limitata ad una specifica Regione a statuto speciale in ragione della violazione delle competenze statutarie, mentre gli istanti nel giudizio amministrativo fanno valere situazioni connesse alla posizione di Regioni a statuto ordinario).

<sup>82</sup> Si v. *supra* par. 3.

<sup>83</sup> Qualora la portata della sospensiva non fosse *parziale*, dalla sospensione potrebbero trarre giovamento anche le parti del giudizio amministrativo non costituite nel giudizio costituzionale atteso che, come si è visto, la sospensione ha in genere portata *erga omnes*.



Più problematiche appaiono le ipotesi di rigetto dell'istanza cautelare. Nel caso in cui sia la Corte a rigettare l'istanza cautelare, vanno tenute in considerazione la *diversità dei soggetti* tra i due giudizi, la *portata degli effetti* dell'ordinanza e le *motivazioni* del rigetto.

Sotto il primo profilo, è ben possibile che nel giudizio amministrativo chiedano la sospensione dell'atto soggetti che non si sono costituiti nel giudizio costituzionale o il cui intervento è stato dichiarato inammissibile. In tal caso – al netto di quanto si dirà tra poco sulle motivazioni del diniego – non si può escludere in radice la possibilità che il giudice amministrativo accordi loro la tutela cautelare richiesta. Opinando diversamente si arrecherebbe infatti un chiaro *vulnus* alla tutela giurisdizionale delle relative posizioni soggettive, non potendo questi soggetti ottenere altrimenti una tutela d'urgenza.

Un analogo ragionamento vale per la portata degli effetti dell'ordinanza di rigetto: i soggetti rispetto ai quali la stessa non è stata pronunciata ben possono cercare tutela nel diverso giudizio amministrativo. Si pensi all'ipotesi di un'istanza di sospensiva negata ad una Regione ordinaria nel conflitto fra enti, e sollecitata da altra Regione dinanzi al Tar.

Risulta più problematico ammettere che il medesimo ricorrente che si è vista negata la sospensione del provvedimento dinanzi alla Corte, possa ricercarla presso il giudice amministrativo, facendo valere il medesimo vizio di incompetenza dedotto nel giudizio costituzionale: in questo caso la domanda cautelare proposta sembra infatti assumere i contorni di una sorta di mezzo di impugnazione dell'ordinanza cautelare del giudice costituzionale (non previsto), dal momento che il giudice amministrativo sarebbe chiamato a rieditare il giudizio della Corte sui medesimi profili e con riguardo ai medesimi soggetti.

In proposito, è noto tuttavia come al provvedimento cautelare in genere non possa essere riconosciuta efficacia di giudicato in senso sostanziale: la decisione sull'incidente cautelare non è idonea a far stato tra le parti perché manca – in virtù della sua provvisorietà e del carattere sommario della cognizione – un accertamento definitivo sul rapporto controverso. Non si può pertanto sostenere che la decisione di rigetto vincoli in senso tecnico il giudice amministrativo, neppure in questa ipotesi.

Ciononostante pare auspicabile che quest'ultimo non giunga a

conclusioni difformi sui medesimi punti oggetto di esame da parte della Corte. Ciò porta a domandarsi – e qui veniamo al terzo dei profili suindicati, quello della motivazione – in che misura il giudice amministrativo, nella sua valutazione, debba tener conto delle ragioni del rigetto della sospensiva nel conflitto.

Sul punto, pare opportuno che l'indagine del giudice amministrativo si limiti alle sole questioni non prospettate dalle parti nell'istanza cautelare, delle quali il giudice costituzionale non ha potuto tener conto<sup>84</sup>. Negli altri casi, ragioni di ordine pratico dovrebbero spingere il giudice amministrativo a tenere nella dovuta considerazione l'autorevole pronuncia di rigetto della Corte. Vero è che il giudice amministrativo, al fine di decidere sull'oggetto del proprio giudizio (la legittimità dell'atto impugnato), è chiamato a svolgere necessariamente un preliminare accertamento sulla competenza controversa. E pertanto la sua cognizione nel merito, pur orientata ad un oggetto difforme, tocca i medesimi profili di quella della Corte.

Andrebbe accordata tuttavia prevalenza alla valutazione della Corte, non solo (e non tanto) per la peculiare posizione che la stessa riveste nell'ordinamento, ma soprattutto per il fatto che esercita, proprio in relazione ai vizi di lesione di competenza costituzionale (seppur in via non esclusiva), una giurisdizione riconosciuta espressamente dalla Costituzione *ex art. 134 Cost.* Ed è indubbio che sia la Corte costituzionale – e non il giudice amministrativo – a possedere maggior dimestichezza nell'apprezzamento delle delicate questioni di rilievo costituzionale concernenti l'accertamento in parola. Ciò appare tanto più vero nella fase cautelare, quando si tratta di vagliare i profili di fondatezza del ricorso *prima facie*, con una cognizione a carattere sommario anche in punto di diritto. Pare pertanto più opportuno che il giudice amministrativo aderisca alle valutazioni della Corte, senza arrischiare ricostruzioni difformi.

Un ultimo potenziale conflitto tra incidenti cautelari può darsi quando, contrariamente a quanto appena descritto, sia il giudice amministrativo a pronunciarsi contro la concessione della misura cautela-

<sup>84</sup> Ipotesi di difficile realizzazione nella prassi, perché si dovrebbe chiedere la sospensione dell'atto per motivi di fatto e diritto in tutto differenti rispetto a quelli già prospettati nell'incidente cautelare costituzionale.

re. In tal caso, dovrebbe ammettersi che la Corte possa comunque sospendere l'atto impugnato, da un lato, eventualmente valutando la sussistenza di «gravi ragioni» che invece il giudice amministrativo non ha ravvisato, ancorato com'è ad una nozione più circoscritta del *periculum in mora* (si v. *supra* parr. 2-3); oppure, dall'altro lato, svolgendo una differente (e più autorevole) considerazione delle ragioni poste a sostegno del ricorso, ritenendo così sussistente il *fumus boni iuris* di sconosciuto dal giudice amministrativo.

#### *7. L'assorbimento dell'istanza cautelare nei conflitti intersoggettivi*

Le precedenti riflessioni sul provvedimento cautelare rischiano tuttavia di risolversi in un vano esercizio teorico, se solo si tiene conto della prassi con cui la Corte tende in misura crescente ad assorbire pressoché tutte le istanze di sospensione cautelare dell'atto nella decisione sul merito. Tale discutibile approccio nasce sul finire degli anni Ottanta, ma si consolida pienamente negli anni Duemila.

Guardando all'analisi casistica<sup>85</sup>, si può osservare che, mentre dagli anni Sessanta sino alla fine degli anni Ottanta le istanze di sospensione hanno quasi sempre dato luogo allo svolgimento dell'incidente cautelare e quindi sollecitato un'apposita pronuncia della Corte sul punto<sup>86</sup>, successivamente le decisioni cautelari si sono fatte più rade, con un crescente assorbimento delle relative istanze nella pronuncia sul merito del conflitto.

È facile immaginare che il mutato approccio della Corte sia dipeso, nelle prime battute, dalle impellenti esigenze di smaltimento dell'arretrato accumulatosi dopo il caso *Lockheed*. Ma una volta superata la fase critica, la gestione dell'incidente cautelare non ritorna più alla "normalità": negli anni Novanta, solo per due istanze su dodici si tiene la camera di consiglio cautelare<sup>87</sup>. Non migliorano le cose nei primi anni Duemila (fino al 2008): di quindici istanze, solo cinque so-

<sup>85</sup> Cfr. Appendice n. 3.

<sup>86</sup> Solo cinque assorbimenti su trentasei istanze sino al 1983 (incluso).

<sup>87</sup> Corte cost., ordd. nn. 12 del 1991 e 230 del 1993.

no decise dalla Corte in via autonoma rispetto al merito<sup>88</sup>. La nuova formulazione delle Norme integrative, nella quale si prevede in modo espresso l'intervento del Presidente per la fissazione della camera di consiglio, non pare incidere positivamente su questo *trend*: dal 2008 sino ad oggi, v'è stata una sola decisione (di rigetto) sulla sospensiva, mentre tutte le altre istanze (ben ventidue) sono state assorbite, anche implicitamente. Si può anzi rilevare che il previgente art. 28 n.i., limitandosi a disporre che sull'istanza cautelare la «Corte provvede in camera di consiglio con ordinanza motivata», delineava un certo automatismo nello svolgimento dell'incidente cautelare, che invece è venuto meno con il nuovo art. 26 n.i.

Una possibile spiegazione dell'affermazione della prassi descritta – accanto ad esigenze di deflazionamento delle cause – è che l'introduzione del potere di sospensiva delle leggi nel 2003, rispetto al cui esercizio la Corte ha sempre mostrato una notevole ritrosia, abbia comportato, di riflesso, un più prudente approccio anche rispetto alla sospensione *ex art.* 40. Ma non va dimenticata la progressiva, sensibile riduzione del numero dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, che può aver senz'altro inciso sul numero delle istanze cautelari e quindi delle relative pronunce.

Ad ogni modo, le criticità già palesate dalla pratica dell'assorbimento in relazione alla sospensiva delle leggi *ex art.* 35 l. n. 87 del 1953 in termini di effettività della giustizia costituzionale si ripropongono anche in questo frangente. Senza riprendere diffusamente quanto si è detto *supra*, si segnala che anche rispetto ai casi di assorbimento nei conflitti fra enti non sempre è dato ritracciare quelle ipotesi che era parso potessero giustificare in qualche misura tale prassi, ossia i casi di tempestiva fissazione del merito oppure di manifesta infondatezza o inammissibilità dell'istanza cautelare. Avuto riguardo per gli ultimi vent'anni, nei quali l'assorbimento si è definitivamente imposto, si possono riscontrare diversi casi in cui il giudice costituzionale non ha sospeso gli atti impugnati, pur essendo evidente la sussistenza delle gravi ragioni, e abbia poi tardivamente accolto il ricorso, quando ormai gli effetti pregiudizievoli dell'atto si erano completamente dispiegati.

<sup>88</sup> Corte cost., ordd. nn. 41 del 2001, 102 del 2001, 535 del 2002, 195 del 2004 e 152 del 2006.

Si vedano, ad esempio, alcuni atti di nomina adottati dallo Stato in violazione del principio di leale collaborazione (sentt. nn. 21 del 2006<sup>89</sup>, 255 e 264 del 2011): si trattava di incarichi di durata piuttosto breve (si va dai tre ai sei mesi), in rapporto ai quali era perciò chiara *in re ipsa* la sussistenza del *periculum in mora*. Quanto al *fumus boni iuris*, la fondatezza del ricorso era rilevabile *prima facie* per la patente contrarietà del comportamento statale rispetto ad una consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>90</sup>. Risulta quindi difficile cogliere le motivazioni dell'assorbimento dell'istanza nel merito, tanto più che nel caso pressoché identico dell'ordinanza n. 152 del 2006 (già richiamata *supra*, par. 2) la Corte non ha esitato ad accordare la sospensione.

Particolarmente significativo è poi il recente annullamento del Piano territoriale paesistico regionale (PTPR) della Regione Lazio, anch'esso adottato in palese violazione della leale collaborazione. In estrema sintesi, il ricorso statale censurava il mancato coinvolgimento del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo nell'adozione del nuovo Piano paesistico da parte del Consiglio regionale, il quale – contraddicendo un percorso di condivisione portato avanti sino al 2016 – aveva approvato un PTPR non concordato, difforme rispetto al precedente Piano del 2007 e agli accordi raggiunti con il Ministero nel 2015.

Il fatto che l'applicazione del Piano nelle more del giudizio sul conflitto potesse generare pregiudizi gravi e diffusi era inequivocabile, dipendendo dallo stesso Piano la generalità dell'attività urbanistica e edilizia nella Regione: un suo eventuale annullamento avrebbe quindi potenzialmente travolto, oltre agli atti attuativi e consequenziali, pure tutti i permessi di costruire concessi frattanto (divenuti annullabili in autotutela), generando gravi incertezze per gli investimenti e le opere già avviate o programmate.

<sup>89</sup> Su questa pronuncia, cfr. le annotazioni di G. BOTTINO, *Il potere di organizzazione degli Enti pubblici: "leale collaborazione" e coordinamento amministrativo nei rapporti tra lo Stato e le Regioni...*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2006, p. 158 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Effetti del giudicato costituzionale reso in sede di conflitto intersoggettivo e validità degli atti amministrativi*, *ivi*, p. 167 ss.

<sup>90</sup> Sul punto, si v. C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, *cit.*, p. 103 ss.

L'Avvocatura di Stato aveva avanzato istanza di sospensione, prefigurando un «gravissimo e irreparabile danno che l'esecuzione della deliberazione del consiglio regionale (...) impugnata può arrecare allo Stato italiano e alla collettività, non solo creando aspettative tutelabili nei soggetti interessati ma, anche, consentendo la piena attuazione delle disposizioni censurate, difformi da quelle concordate con il Ministero e paramtrate ad un più basso livello di tutela ambientale e paesaggistica»<sup>91</sup>. A fronte di pregiudizi così gravi e diffusi – pienamente confermati *ex post* – e della piuttosto evidente fondatezza delle censure statali, è arduo ritracciare una giustificazione della mancata fissazione della camera di consiglio per l'incidente cautelare. Si tenga conto, peraltro, che tra il ricorso e la decisione trascorrono ben otto mesi e non è quindi ravvisabile una qualche accelerazione nella fissazione dell'udienza sul merito.

L'analisi casistica insinua pertanto il dubbio che talvolta l'assorbimento sia il frutto, più che di una scelta deliberata, di una svista o di una non adeguata considerazione dell'istanza cautelare<sup>92</sup>, in termini tutto sommato non dissimili da quelli evidenziati in relazione al giudizio in via principale.

Sotto questo profilo, un valido contributo ad una più attenta gestione delle istanze cautelari – e soprattutto delle tempistiche di fissazione della camera di consiglio – può venire da quelli che sono stati efficacemente definiti i «gangli vitali dell'accesso alla Corte»<sup>93</sup>, ossia il Servizio di cancelleria, l'Ufficio ruolo e gli assistenti del Presidente. Perché l'istanza di sospensione possa essere vagliata in tempi adeguati, è infatti necessario che la stessa sia portata tempestivamente all'attenzione del Presidente, il quale dovrebbe essere altresì posto nella condizione di poter decidere rapidamente se è il caso di fissare la camera di consiglio oppure non vi sia «l'urgenza a provvedere» richiesta dall'art. 26 n.i.

A quanto risulta, l'Ufficio ruolo, che si occupa della redazione de-

<sup>91</sup> Cfr. ricorso per conflitto di attribuzione 17 aprile 2020, n. 2, in G.U. n. 19 del 6-5-2020.

<sup>92</sup> Specie in quei casi in cui il ricorso sia successivamente accolto nel merito.

<sup>93</sup> Così A. FUSCO, *Un problema di civic constitutional culture: la legittimazione del giudice costituzionale tra nuovi canali di dialogo con la società civile e l'effettiva conoscibilità dell'organo e della sua fisiologia*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2020, p. 156 ss.

gli “oggetti” destinati alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e sul sito della Corte (ma anche di una scheda interna “di approfondimento”)<sup>94</sup>, generalmente segnala all’attenzione degli assistenti del Presidente la presenza di questioni cui assegnare una “corsia preferenziale” per la trattazione<sup>95</sup>, tra le quali rientrano senz’altro le istanze di sospensione. Il fatto che talora alcune istanze, pur meritevoli di trattazione, siano state comunque tralasciate, sembra però suggerire che questa “segnalazione” non sia sufficiente: potrebbe essere allora opportuno – anche per ridurre il carico di lavoro del Presidente, che in questa fase difficilmente può approfondire il merito delle singole cause – un coinvolgimento più attivo del relatore (e dei relativi assistenti) nel vaglio preliminare delle istanze, peraltro in aderenza alla lettera dell’art. 26 n.i., che prevede il parere del relatore ai fini della convocazione della camera di consiglio.

Non pare invece opportuno irrigidire eccessivamente i tempi per la camera di consiglio, come invece si è suggerito in dottrina, né prevederne lo svolgimento in via automatica<sup>96</sup>. Vero è che i tempi per la pronuncia cautelare, come si è visto, sono stati spesso eccessivamente lunghi, ma una certa flessibilità nella gestione dei tempi della causa può offrire vantaggi non indifferenti. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la Corte ritenga inizialmente di poter decidere con tempestività la causa nel merito, ma poi per l’evoluzione della situazione di fatto o imprevisti nella gestione del ruolo la discussione debba essere posticipata e sorga l’urgenza di provvedere alla sospensione: termini troppo rigidi non consentirebbero né di attendere quanto necessario per una decisione sul merito comunque tempestiva, né di ricalibrare i tempi per la camera di consiglio cautelare. Costringere poi la Corte a pronunciarsi sempre e comunque anche sulle istanze manifestamente inammissibili o infondate non solo appare contrario ad un principio di economia processuale, ma rischia di determinare una torsione

<sup>94</sup> In proposito (sebbene con riferimento al giudizio in via incidentale), cfr. A. FUSCO, *Un problema di civic constitutional culture*, cit., p. 162 ss.

<sup>95</sup> D’altra parte, una prassi analoga è seguita, nell’ambito del giudizio di legittimità, per i giudizi *a quibus* che interessano soggetti sottoposti a restrizioni alla libertà personale; v. sempre A. FUSCO, *Un problema di civic constitutional culture*, cit., p. 167.

<sup>96</sup> Cfr. per tutti A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., *passim*.

dell'incidente cautelare, che tenderebbe a trasformarsi in uno strumento di risoluzione sommaria del conflitto.

#### 8. *Preferenza cautelare per giudice amministrativo e "fuga dal conflitto"*

La prassi dell'assorbimento e i tempi lunghi per la pronuncia sull'istanza cautelare non sollevano esclusivamente serie questioni di effettività della giurisdizione costituzionale sui conflitti Stato e Regioni e di "buona gestione" delle cause da parte della Corte.

Vi sono infatti valide ragioni per ritenere che l'inefficienza della tutela cautelare offerta dalla Corte possa portare lo Stato e le Regioni ad evitare il ricorso al conflitto, pur in presenza di controversie sulle rispettive attribuzioni aventi "tono costituzionale".

Stante l'ammissibilità di una doppia impugnazione e l'insussistenza di una giurisdizione esclusiva della Corte, è indubbio che il ricorrente che aspira ad ottenere la sospensione dell'atto in via d'urgenza, per ragioni di strategia processuale, si rivolga in via preferenziale al giudice amministrativo. Quest'ultimo può garantire una decisione in tempi brevissimi – considerata anche la disponibilità del ricorso cautelare *ante causam* e la connessa possibilità di pronunciare provvedimenti *inaudita altera parte* – e in ogni caso è certo che presto o tardi si esprimerà sull'istanza, contrariamente alla Corte che richiede tempi lunghi e spesso non adotta neppure un'apposita decisione.

La questione può apparire relativamente problematica quando il ricorrente impugni l'atto dinanzi al giudice amministrativo e contestualmente sollevi il conflitto dinanzi alla Corte; un'evenienza piuttosto comune, specie laddove il ricorrente dubiti del "tono costituzionale" del conflitto e si voglia così cautelare da un'eventuale pronuncia negativa della Corte. In questo caso, il ricorrente si potrebbe giovare infatti della tutela cautelare del giudice amministrativo e, al contempo, non verrebbe meno la giurisdizione della Corte in punto di accertamento sulla competenza, sempre che beninteso la stessa ravvisi il tono costituzionale (e l'annullamento dell'atto nel giudizio amministrativo non intervenga prima della pronuncia costituzionale<sup>97</sup>).

<sup>97</sup> In questo caso infatti la Corte dichiara «cessata la materia del contendere»; cfr.



Vi sono tuttavia segnali preoccupanti del diffondersi di una crescente preferenza per il ricorso al solo giudice amministrativo, con l'esclusione in radice del conflitto a Corte. Un saggio di questa tendenza lo si è avuto durante la recente emergenza pandemica, nell'ambito del contenzioso insorto tra Stato e Regioni sulle misure di contenimento e gestione.

Il fattore tempo in questo contesto è chiaramente decisivo: da un lato, la rapida e spesso imprevedibile diffusione del *virus* impone l'adozione di provvedimenti di contenimento in tempi brevissimi (di qui l'impiego di d.p.c.m. e ordinanze); dall'altro lato, la costante evoluzione del quadro epidemico fa sì che i provvedimenti così adottati producano effetti per un arco di tempo ristrettissimo (talora pochi giorni), per poi essere sostituiti da nuove misure. Chi volesse contestare la legittimità (ed eventualmente la violazione delle competenze costituzionali perpetrata per via) di questi provvedimenti, e ottenerne la sospensione, non può che rivolgersi al giudice amministrativo, l'unico capace di garantire giustizia nei tempi imposti dalla rapidissima evoluzione della situazione di fatto e di diritto.

Ed è infatti ciò che è avvenuto. Già al primo "scontro" tra Stato e Regioni, la sede del conflitto è divenuta quella dei Tar, dinanzi ai quali sono stati dedotti insieme vizi di legittimità e vizi relativi alle competenze costituzionali.

È il caso del decreto presidenziale con il quale il Tar Marche sospende l'ordinanza adottata dal Presidente della Regione nelle primissime fasi della pandemia, quando ancora sul territorio marchigiano non erano stati registrati contagi<sup>98</sup>. La pronuncia si appunta su un profilo di interpretazione del d.l. n. 6 del 2020 – ossia la portata da riconoscersi alle "ulteriori misure" di cui all'art. 2 – e risolve così il procedimento cautelare *ante causam* secondo una logica tutta interna al processo amministrativo.

Ma già in quella occasione traspare, sia dal decreto cautelare sia

A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 299.

<sup>98</sup> Cfr. Tar Marche, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, sul quale sia consentito rinviare a G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, n. 1, 2020, spec. p. 190 ss.

dalla cronaca dello scontro, come le questioni centrali fossero piuttosto quelle – più propriamente di rilievo costituzionale – della sussistenza di una competenza regionale ad adottare autonome misure di contenimento e gestione del contagio, da un lato, e quello della violazione della leale collaborazione con lo Stato nel dispiegamento delle misure emergenziali differenziate, dall'altro. La Presidenza del Consiglio lamentava infatti il venir meno agli accordi da parte della Regione Marche; mentre la Regione evidenziava come in altri casi lo Stato avesse acconsentito l'adozione di ordinanze simili a quella marchigiana sulla base di analoghi presupposti, riconoscendo così implicitamente (secondo la tesi difensiva) una siffatta competenza.

La violazione del principio di leale collaborazione è centrale poi nella motivazione della sentenza *ex art. 60 c.p.a.* (adottata cioè in forma semplificata all'esito dell'udienza cautelare) del Tar Calabria, che annulla l'ordinanza regionale n. 37 del 29 aprile 2020<sup>99</sup>. La Regione con tale provvedimento consentiva, tra le altre cose, la riapertura delle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande (con servizio al tavolo all'aperto e nel rispetto di alcune precauzioni igienico-sanitarie) in contrasto con le più restrittive disposizioni statali.

Il Tar Calabria motiva l'annullamento non solo per profili di illegittimità dell'atto di natura squisitamente amministrativa (in estrema sintesi, il contrasto con la normativa statale e l'insufficiente istruttoria regionale); ma evoca in maniera espressa la violazione della leale collaborazione da parte della Regione, non risultando «che l'emanazione dell'ordinanza oggetto di impugnativa sia stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo»<sup>100</sup>. Traducendosi tale condotta – secondo il Tar Calabria – in un vizio d'eccesso di potere, il giudice amministrativo ben potrebbe conoscerlo ed anzi, «per esigenze di concentrazione,

<sup>99</sup> Cfr. Tar Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, con annotazioni di F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020, p. 374 ss.; e G. SOBRINO, *Misure "anti-Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, *ivi*, n. 5, 2020, p. 185 ss.

<sup>100</sup> Tar Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, punto 22.

l'Ente in conflitto ben può scegliere se, anziché proporre due giudizi e devolvere alla Corte costituzionale l'esame dei profili sul difetto di attribuzione, sia il caso di proporre un solo ricorso al giudice amministrativo, deducendo tutti i possibili motivi di illegittimità dell'atto»<sup>101</sup>.

Come è stato notato nei primi commenti alla pronuncia, è chiaro che in questo frangente il giudice amministrativo ha assunto «più la veste di Corte dei conflitti che quella di giudice della legittimità dell'azione amministrativa»<sup>102</sup>. Ed è vero, come osserva la stessa dottrina, che la possibilità di accedere, in questi casi, al giudice amministrativo in luogo della Corte dipende dalla mancata previsione legislativa di meccanismi che regolino i rapporti tra giudizio costituzionale e giudizio amministrativo<sup>103</sup>. Ma è pure evidente – come si tenta di argomentare – che la preferenza per il foro amministrativo è legata all'urgenza di ottenere rapidamente una decisione sul provvedimento amministrativo impugnato, cosa che la Corte, attraverso la sua giurisprudenza pregressa, ha mostrato di non essere in grado di assicurare.

Ad ulteriore conferma di questa tendenza, va menzionata infine la strategia processuale adottata dall'Avvocatura di Stato con riguardo al “corso autonomo” assunto nella gestione della pandemia dalla Regione Valle d'Aosta nel dicembre 2020. Si è già detto *supra* dell'impugnazione della legge regionale valdostana n. 11 del 2020 e della concessione da parte della Corte della prima storica sospensione in un giudizio in via principale (ord. n. 4 del 2021). Meno noto è il fatto che, quasi contestualmente, il Governo avesse impugnato dinanzi al Tar Valle d'Aosta – per l'annullamento, previa sospensione – un'ordinanza adottata dal Presidente della Regione speciale in applicazione di tale legge<sup>104</sup>. Al di là dell'esito del ricorso cautelare, che vede il Tar negare la sospensione, è interessante rilevare come, pur sulla scorta dei medesimi motivi che giustificheranno di lì a breve il ricorso in via principale (ossia l'incompetenza regionale in materia), l'Avvocatura preferisca ri-

<sup>101</sup> Tar Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, punto 10.3.

<sup>102</sup> Cfr. F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria*, cit., p. 409.

<sup>103</sup> F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria*, cit., p. 386 ss.

<sup>104</sup> Ordinanza 11 dicembre 2020, n. 522.

volgersi al Tar piuttosto che alla “sede naturale” del conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte<sup>105</sup>.

In tutti e tre i casi menzionati, il “conflitto” si è svolto esclusivamente dinanzi al giudice amministrativo, senza doppia impugnazione e senza il coinvolgimento del giudice costituzionale.

Tale tendenza a preferire la giurisdizione speciale amministrativa si mostra gravida di conseguenze negative per l’ordine delle attribuzioni costituzionali tra Stato e Regioni. Il ricorso al giudice amministrativo può infatti garantire la finalità primaria e immediata dei ricorrenti, ossia la sospensione e quindi l’annullamento dell’atto impugnato, risultando così soddisfacente degli interessi contingenti. Non garantisce tuttavia quella componente essenziale di accertamento sulle attribuzioni dedotte nella controversia, che – pur legata alla situazione in concreto – è invece assicurata dalla decisione della Corte sul conflitto.

Ancora una volta appare paradigmatica l’esperienza della pandemia: a fronte delle diverse decisioni in sede d’urgenza adottate via via dal giudice amministrativo, non è dato riscontrare un chiarimento decisivo in merito al riparto delle attribuzioni in materia tra Stato e Regioni, che pure è stato al centro del dibattito pubblico sin dall’inizio della pandemia. Per quanto fossero capitali nella gestione dell’emergenza, le questioni della competenza costituzionale per la gestione dell’emergenza sono giunte a Corte solo a fine 2020, e per il solo fatto che la Regione Valle d’Aosta ha approvato una legge, la cui sospensione non rientra tra le prerogative del giudice amministrativo<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Come si è prospettato *supra*, se l’Avvocatura avesse impugnato contestualmente legge e ordinanza di esecuzione/attuazione della stessa, la Corte avrebbe potuto riunire i giudizi e sospendere entrambi gli atti. Il solo conflitto di attribuzioni forse si sarebbe scontrato contro la giurisprudenza costituzionale che esclude l’impugnazione di atti meramente esecutivi per vizi derivanti dalla legge; cfr. per questo aspetto A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 287 s.

<sup>106</sup> Il caso era peraltro assai peculiare, giacché diversamente da quanto avviene di norma, non pareva percorribile la strada della tutela cautelare *ad tempus* descritta nel Cap. IV. In genere, infatti, la sospensione interinale contemplata da tale articolazione processuale colpisce esclusivamente un “momento applicativo” della legge di dubbia incostituzionalità, senza interessarla integralmente. In questo caso invece – dato che i provvedimenti amministrativi assicuravano una tutela maggiore della legge stessa – era necessario sospendere l’efficacia della fonte primaria. Il che avrebbe tuttavia portato il giudice amministrativo a “sostituirsi” alla Corte, dal momento che la sospensione così

Questa “fuga dal conflitto” tra Stato e Regioni rischia di lasciare nell’incertezza le questioni più rilevanti in punto di competenza e dar vita a una polverizzazione del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, con pronunce che assicurano l’utilità immediata del momento, ma non godono di quell’autorevolezza che può concorrere a dipanare definitivamente i nodi conflittuali tra le parti in causa. Peraltro, va pure sottolineato come in casi in cui vi sia attrazione in sussidiarietà delle competenze regionali o sussista un particolare intreccio di competenze (come avvenuto per la gestione dell’emergenza), solo la Corte può eventualmente delineare protocolli di leale collaborazione, indicando gli adempimenti necessari per il corretto esercizio delle rispettive attribuzioni, non certo il Tar né il Consiglio di Stato.

Lo scivolamento verso il giudizio amministrativo provocato dall’inefficacia della tutela cautelare costituzionale porta, in definitiva, a consegnare al giudice amministrativo non solo quelle controversie tra Stato e Regioni di rilievo più modesto, ma pure quelle assistite da sicuro “tono costituzionale”, che implicano pertanto delicati apprezzamenti e complesse ricostruzioni della situazione e del riparto delle attribuzioni, rispetto ai quali sarebbe opportuno che fosse la Corte ad esprimersi – in virtù della sua peculiare posizione nell’ordinamento costituzionale – e non il meno attrezzato giudice amministrativo.

Il recupero di una buona funzionalità della tutela cautelare costituzionale risulta, in definitiva, necessaria ad evitare una progressiva “amministrativizzazione” dei conflitti, anche di tono costituzionale, che sottrae nei fatti alla Corte il suo imprescindibile ruolo di arbitro del riparto delle competenze; con evidenti ricadute negative sulla chiarezza dei ruoli e dei compiti, quali sono emerse con drammatica urgenza nel contesto pandemico.

pronunciata avrebbe dovuto necessariamente avere efficacia *erga omnes* (e non *inter partes*, come vorrebbe la soluzione della tutela *ad tempus*). Si spiega così probabilmente anche la ritrosia mostrata dal Tar Valle d’Aosta nell’intervenire nella vicenda.



## CAPITOLO X

### IL POTERE CAUTELARE NEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE TRA POTERI DELLO STATO

SOMMARIO: 1. L'assenza di un potere cautelare. – 2. La tutela cautelare come strumento di effettività della giustizia costituzionale: l'ordinanza n. 225 del 2017. – 3. Disciplina processuale e contenuti del provvedimento. – 4. Un potere (per ora) inutile, ma teoricamente necessario.

#### 1. *L'assenza di un potere cautelare*

Com'è noto, le scarse disposizioni dettate per il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato non contemplano un potere di sospensiva analogo a quello previsto nel conflitto intersoggettivo ai sensi dell'art. 40 l. n. 87 del 1953.

Nella sua celebre monografia sui conflitti, Manlio Mazziotti spiega la scelta del Legislatore con la convinzione che non fosse «consentaneo alla natura dei poteri dello Stato di assoggettare i loro atti alla potestà di sospensiva della corte». Ma lo stesso Mazziotti osserva poco più innanzi che «si può dubitare dell'opportunità di questa omissione, specie se si riflette che, come è stato osservato, la sospensione è il mezzo atto ad impedire che, attraverso l'esecuzione dell'atto, venga eluso il giudizio della corte»<sup>1</sup>.

Qualche anno prima, Alberto Predieri<sup>2</sup> aveva in effetti risolto diversamente la questione, ritenendo che l'assenza di previsioni espresse

<sup>1</sup> M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, vol. II, Giuffrè, Milano 1972, pp. 165-166.

<sup>2</sup> A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi editore, Firenze 1966, p. 203 ss. Una posizione analoga è quella di A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss., spec. p. 533, il quale sostiene che la lacuna possa essere colmata con il riferimento alle norme del processo amministrativo.

non impedisse alla Corte – qualora ve ne fosse la necessità – di sospendere l'atto impugnato<sup>3</sup>; una facoltà questa che doveva desumersi d'altra parte da norme principio immanenti nell'ordinamento, cui non ostava – secondo l'Autore – il preteso carattere eccezionale dell'art. 40 l. n. 87 del 1953<sup>4</sup>.

Su posizioni in parte differenti si colloca Federico Sorrentino, il quale – pur riconoscendo le ragioni favorevoli alla previsione di poteri cautelari della Corte – osserva che questi, «improntati a larga discrezionalità e con effetti molto incisivi sugli atti e sugli organi supremi dello Stato, non sembra che possano giustificarsi, in uno Stato di diritto, se non in base a precise disposizioni legislative»<sup>5</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>6</sup> aveva poi ipotizzato che la causa della mancata previsione della sospensiva andasse ricondotta al fatto che la presenza di un atto nel conflitto interorganico fosse meramente eventuale, così implicitamente confermando l'esistenza di una volontà precisa del Legislatore nell'escludere il rimedio cautelare.

Se tuttavia si considerano le notevoli incertezze che – tanto in Assemblea costituente, quanto in sede di attuazione dell'art. 134 Cost. attraverso la legge n. 87 del 1953 – circondavano natura e caratteri del conflitto tra poteri stesso, non pare debba escludersi l'eventualità che l'omissione legislativa, più che certificare una precisa *intentio* del Legislatore in tal senso, stia a dimostrare più semplicemente che la questione delle esigenze cautelari non fosse contemplata tra i temi di dibattito sul conflitto, perché tutto sommato secondaria rispetto alla dif-

<sup>3</sup> Predieri esclude peraltro la necessità di una previsione di legge, diversamente da quanto sostenuto in relazione al diverso caso della sospensione delle leggi nei giudizi di legittimità, in quanto il procedimento dei conflitti sarebbe escluso dalla riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137, comma 1, Cost.; cfr. A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 203.

<sup>4</sup> Per questa posizione A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, Giuffrè, Milano 1957, p. 246.

<sup>5</sup> F. SORRENTINO, *Art. 137 (quinta parte)*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro it., Bologna-Roma 1981, p. 493.

<sup>6</sup> S. GRASSI, voce *Conflitti costituzionali*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino 1989, p. 385; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 2, Cedam, Padova 1984, p. 416.



ficile definizione dei fondamenti stessi della nuova competenza del giudice costituzionale.

La sollecitazione ad una più approfondita riflessione sull'ammissibilità di poteri cautelari nel conflitto tra poteri dello Stato scaturisce in effetti, in un momento successivo, dalla concretezza della casistica dei conflitti tra poteri: a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso – quando l'istituto è finalmente “decollato” dopo anni di scarsa applicazione<sup>7</sup> – cominciano infatti ad essere proposte dalle parti ricorrenti, unitamente al ricorso, istanze volte a sospendere l'atto impugnato nel conflitto<sup>8</sup>.

Le prudenti posizioni della prima dottrina che si è occupata del tema vengono quindi abbandonate negli studi successivi che – anche sulla scorta delle più generali riflessioni di Predieri e Pace sui poteri cautelari della Corte – aprono alla possibile integrazione di quella che viene percepita come una vera e propria lacuna. Variano modalità prospettate e accenti, ma la dottrina costituzionalistica tende a convergere quasi unanime verso la necessità (almeno potenziale) di misure cautelari anche nei conflitti interorganici<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 308.

<sup>8</sup> Il primo ricorso in relazione al quale è stata avanzata un'istanza di sospensione è stato dichiarato inammissibile con l'ord. 82 del 1978. Seguono: Corte cost., ord. 406 del 1989; sent. 118 del 1995; 161 del 1995; ord. 226 del 1995 (estinzione per rinuncia, non citata); ord. n. 13/1997 e sent. n. 102/1997; 131 del 1997; ordd. nn. 9 e 172 del 1997; 384 del 2004; 198 del 2005; 79 del 2006; 296 del 2006; 38 del 2008; 197 del 2011.

<sup>9</sup> Su questa posizione: G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988, p. 388, nonché ID., voce *Conflitti di attribuzione: I*, in *Enc. giur. Treccani*, Treccani, Roma 2005, p. 8; E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 410-411; I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti tra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3, 1997, p. 1735 ss.; B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2000, p. 1335 ss.; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 1992, p. 396 ss.; M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2002, p. 255 ss.; A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019, p. 336; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012, p. 433 ss.; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli 2009, p. 74 ss. *Contra* S.M. CICONETTI, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti*

Una presa di posizione netta da parte della Corte tarda tuttavia ad arrivare, dal momento che il giudice costituzionale – a fronte di un numero non indifferente di istanze cautelari – preferisce ricorrere, in genere, ad un'accelerazione dei tempi per la trattazione nel merito oppure ad un'oculata gestione del ruolo (v. *infra* par. 3), lasciando sullo sfondo la questione.

Così avviene, ad esempio, nel conflitto di attribuzioni sollevato dai promotori di una serie di *referendum* abrogativi – in tema di Ordine dei giornalisti, incarichi extragiudiziari dei magistrati, carriera dei magistrati, esercizio della caccia, obiezione di coscienza e “golden share” – nei confronti della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, del Parlamento, della Camera dei deputati, del Senato della Repubblica e del Governo (ord. n. 171 del 1997)<sup>10</sup>. I promotori lamentavano il fatto che il regolamento adottato il 20 maggio 1997 dalla Commissione di Vigilanza – che prevedeva un ciclo di dibattiti televisivi al quale potevano partecipare i soli gruppi parlamentari – avrebbe sostanzialmente compromesso la *par condicio* tra fautori del SI e del NO, non essendo affatto assicurato che gli stessi gruppi parlamentari, unici soggetti ammessi al dibattito, si sarebbero equamente ripartiti sulle diverse posizioni. Stante la prossimità temporale dei *referendum*, i ricorrenti chiedevano dunque la sospensione del regolamento.

In quell'occasione, la Corte nega la misura cautelare, affermando che, «impregiudicata ogni valutazione in ordine alla configurabilità, nel giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato, dell'istituto della sospensione dell'atto impugnato non v'è ragione di far luogo alla sollecitata misura *extra ordinem*». Al contempo però abbrevia a soli dieci giorni il termine per la notificazione del ricorso e dell'ordinanza di ammissibilità.

Nella successiva ordinanza n. 137 del 2000<sup>11</sup>, sempre in materia re-

*ti tra poteri in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, pp. 1869-1875; A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, ivi, pp. 2184-2185.

<sup>10</sup> Cfr. I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti tra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*, cit.

<sup>11</sup> Cfr. B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, cit. Nel caso di specie, il conflitto era promosso dal Comitato promotore dei *referendum*

ferendaria, sembra invece riconoscere la sussistenza del potere cautelare, tanto che – dopo aver ribadito che resta impregiudicata «la questione in ordine all'ammissibilità della sospensione dell'atto impugnato» – rileva che «non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare». E in termini analoghi si pone anche l'ordinanza n. 120 del 2009<sup>12</sup> che, pur non accogliendo l'istanza avanzata dal ricorrente, acconsente anche qui all'accelerazione della trattazione del ricorso, anticipando la discussione nel merito (si verteva in questo caso in materia di elezioni al Parlamento europeo).

abrogativi indetti per il 21 maggio 2000 nei confronti della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. In particolare, secondo i ricorrenti, la Commissione e l'Autorità avrebbero «fatto cattivo uso dei poteri loro spettanti», in quanto gli atti impugnati nel conflitto (adottati in vista della campagna referendaria del 2000) non avrebbero applicato correttamente l. n. 28 del 2000, recante «Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica», così pregiudicando, in violazione dell'art. 75 della Costituzione, la formazione della volontà dei cittadini chiamati ad esprimere il proprio voto il 21 maggio 2000. Sul tema cfr. anche G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2001, p. 63 ss., spec. p. 86 ss., la quale evidenzia come l'istanza cautelare rientri fra gli strumenti che i promotori tentano di utilizzare per tutelare la corretta formazione della volontà di coloro che esprimono il voto nel referendum, riconoscendovi «una potenziale funzione di garanzia di un diritto politico fondamentale che necessita di una difesa davvero “in grado di unire all'immediatezza l'efficacia”» (p. 88).

<sup>12</sup> Si v., per un'analisi della pronuncia (di inammissibilità), M. MEZZANOTTE, *Partiti politici e legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?*, in *Forum Quad. cost.*, 2009. Il conflitto in questo caso era sorto in ragione dell'approvazione, da parte del Senato della Repubblica, di un progetto di legge in materia di elezioni al Parlamento europeo, che introduceva una soglia di sbarramento al quattro per cento. Il partito politico «Lista consumatori C.O.D.A.CON.S.» aveva sollevato il conflitto, sostenendo che l'approvazione definitiva della proposta di legge avrebbe comportato una rilevante e discriminatoria innovazione rispetto alla previgente disciplina, e aveva chiesto la sospensione del provvedimento impugnato, affinché non avesse luogo la votazione definitiva sul testo.

2. *La tutela cautelare come strumento di effettività della giustizia costituzionale: l'ordinanza n. 225 del 2017*

La conferma definitiva dell'ammissibilità di poteri cautelari anche nei conflitti interorganici si ha solo con l'ordinanza n. 225 del 2017 (rel. Cartabia), una pronuncia di grande rilievo anche per le considerazioni generali in punto di tutela cautelare, capaci di offrire importanti indicazioni per una ricostruzione autonoma del fondamento dello stesso potere cautelare della Corte.

Il giudizio in esame è promosso dalla Presidenza della Repubblica nei confronti della Corte dei Conti. Nel caso di specie, la Presidenza lamentava come il giudice contabile – nel perseguire e condannare per danno erariale alcuni dipendenti della Presidenza (già condannati in sede civile e penale su impulso del Segretariato generale) – avrebbe sostanzialmente agito in giudizio nell'interesse del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, senza che quest'ultimo avesse sollecitato tale intervento, così contravvenendo alle prerogative costituzionali riconosciute alle Camere e alla Presidenza stessa nella sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 1981, la quale aveva affermato che rientrava «nell'esclusiva disponibilità di detti organi (...) l'attivazione dei corrispondenti rimedi, amministrativi od anche giurisdizionali»<sup>13</sup>. Ne sarebbe derivata, in definitiva, una lesione della sfera di autonomia costituzionalmente garantita della stessa Presidenza, che chiedeva di conseguenza, a difesa delle proprie prerogative, la sospensione cautelare degli atti impugnati nel conflitto.

La Corte è così chiamata ad interrogarsi (ancora una volta) sulla possibilità di estendere la misura della sospensiva al caso dei conflitti interorganici. La risposta affermativa poggia su una motivazione che, pur sintetica, ha il notevole pregio di mettere finalmente a sistema lo strumentario cautelare del giudice costituzionale e, al contempo, fornire solidi argomenti a giustificazione della previsione del potere cautelare in ogni branca della giustizia costituzionale. Il passo saliente dell'ordinanza merita di essere riportato per intero, stante la limpida e asciutta argomentazione della Corte.

Si afferma, innanzitutto, che «la disponibilità di misure cautelari

<sup>13</sup> Corte. cost., sent. n. 129 del 1981, *Considerato in diritto*, § 4.

assolve alla necessità che il provvedimento finale del giudice interven-  
ga *re adhoc integra* e consenta la soddisfazione dell'interesse protetto  
(sentenze n. 8 del 1982 e n. 284 del 1974), sicché la tutela cautelare è  
strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e, pur potendo  
venire variamente configurata e modulata (sentenza n. 281 del 2010),  
essa è necessaria e deve essere effettiva, come questa Corte ha rilevato  
in molteplici occasioni (si vedano ad esempio, oltre a quelle già citate,  
le sentenze n. 236 del 2010, n. 437 e n. 318 del 1995, n. 253 del 1994,  
n. 190 del 1985)<sup>14</sup>. Aggiunge quindi la Corte «che ai medesimi prin-  
cipi, del resto, risulta ispirato lo stesso sistema della giustizia costitu-  
zionale, sia pure con le particolarità che lo connotano, anche in rela-  
zione alle singole tipologie processuali in cui si articola: (...) infatti, nei  
giudizi di legittimità costituzionale in via principale trova applicazione  
l'art. 35 della legge n. 87 del 1953, come sostituito dall'art. 9, comma  
4, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento  
dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre  
2001, n. 3), mentre nei giudizi di legittimità costituzionale in via inci-  
dentale la tutela cautelare può essere concessa dal giudice *a quo* (fra le  
molte, sentenza n. 274 del 2014)<sup>15</sup>. E infine: «(...) nei conflitti di at-  
tribuzione tra enti, l'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al con-  
flitto può essere sospesa, in pendenza del giudizio, per gravi ragioni,  
con ordinanza motivata, ai sensi dell'art. 40 della legge n. 87 del 1953  
(e dell'art. 26 delle vigenti Norme integrative per i giudizi davanti alla  
Corte costituzionale)<sup>16</sup>. Pertanto, conclude il giudice costituzionale,  
«anche nei conflitti tra poteri dello Stato può porsi la necessità di assi-  
curare in tempi brevi una protezione interinale alle attribuzioni della  
parte ricorrente sicché, per le ragioni che precedono, il citato art. 40  
della legge n. 87 del 1953 deve ritenersi *analogicamente applicabile* an-  
che a questi giudizi<sup>17</sup>».

Come si può agevolmente osservare, la Corte prende invero le  
mosse dalla propria giurisprudenza in materia di tutela cautelare nei  
giudizi comuni: tutte le sentenze menzionate riguardano disposizioni

<sup>14</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 40.

<sup>15</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* nn. 41-42.

<sup>16</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 43.

<sup>17</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 45 (corsivo aggiunto).

del processo amministrativo o civile di cui si è già trattato nel Capitolo I. Ma il richiamo a tali precedenti non è volto ad importare tralattivamente nel giudizio sul conflitto i principi ivi definiti, quanto piuttosto una strategia argomentativa attraverso la quale la Corte – ancorandosi a una consolidata giurisprudenza – arriva a distillare la regola generale per cui «la disponibilità di misure cautelari assolve alla necessità che il provvedimento finale del giudice intervenga *re adhuc integra* e consenta la soddisfazione dell'interesse protetto»<sup>18</sup>. L'argomentazione viene però “depurata” di ogni chiaro riferimento alla tutela dei diritti o degli interessi legittimi<sup>19</sup>, sostituiti da un generico riferimento all’“interesse protetto” nel giudizio, e predispone così il principio ad essere esteso anche alla giustizia costituzionale – chiaramente non riducibile alle esperienze processuali civile e amministrativa – secondo la formula generale per cui «la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale»<sup>20</sup>. Non si richiamano più gli artt. 24 e 113 Cost., che pure hanno costituito il punto di partenza per tutta la riflessione antecedente, ma in via diretta le disposizioni di legge che attribuiscono strumenti cautelari alla Corte, ossia gli artt. 35 e 40 l. n. 87 del 1953. E si sottolinea come l'ispirazione ai medesimi principi di effettività non vada disgiunta dalle particolarità della giustizia costituzionale e dei singoli giudizi.

La Corte non va oltre, data la brevità della motivazione. Ma l'importanza della pronuncia emerge con evidenza dalle parole del giudice costituzionale, che superano il solo conflitto d'attribuzioni per interessare tutti i giudizi di pertinenza della Corte: se la funzione della *tutela cautelare costituzionale* è quella di consentire alla Corte di pronunciare una decisione definitiva *re adhuc integra*, salvaguardando con ciò l'interesse protetto dal singolo giudizio, la sua giustificazione risiede nell'attribuzione stessa alla Corte del potere di decidere le controversie attribuite alla sua giurisdizione e, più in generale, di garantire la legalità costituzionale dell'ordinamento. Non va cioè ricercata soltanto

<sup>18</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 40.

<sup>19</sup> Che riecheggiano più avanti nell'argomentazione ove il giudice costituzionale richiama la necessità di «una protezione interinale alle attribuzioni della parte ricorrente»; si v. Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 45.

<sup>20</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 40.

negli artt. 24 e 113 Cost., ma piuttosto nell'art. 134 Cost. Il che non è affatto irrilevante, perché in tal modo si offre finalmente copertura costituzionale alle misure cautelari previste normativamente (e non) nei giudizi costituzionali in una misura che supera il ristretto interesse delle parti (sul quale si reggeva in definitiva tutta la giurisprudenza pregressa in tema di tutela cautelare di cui al Cap. I), per riguardare più complessivamente le esigenze di legalità costituzionale perseguite dalla giustizia costituzionale.

Per quanto concerne più precisamente la specifica istanza di sospensione, anche in questo frangente, in realtà, la Corte non ha accolto la richiesta misura cautelare: osserva infatti che «non sussistono (...) i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, nei termini in cui è formulata nel ricorso, per l'assorbente rilievo che né in esso, né nel decreto con cui si è deciso di sollevare il conflitto, si *motiva* in ordine al verificarsi o all'imminenza di *pregiudizi gravi, specifici e concreti* per l'autonomia del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica (anche con riguardo a ipotetiche interferenze nelle iniziative, peraltro descritte solo genericamente, per il recupero del danno subito), non potendosi ritenere sufficiente, in questa prospettiva, il mero invio della citata nota della Procura regionale»<sup>21</sup>.

### *3. Disciplina processuale e contenuti del provvedimento*

Dalla sent. n. 225 del 2017 emergono comunque alcuni elementi essenziali per la ricostruzione del potere cautelare nei conflitti di attribuzioni tra poteri: da un lato, in assenza di una disciplina di legge, l'integrazione della lacuna va effettuata guardando alla sospensiva nel conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, ossia agli artt. 40 l. n. 87 del 1953 e al connesso art. 26 n.i.; dall'altro, l'innesto della tutela cautelare su di un modello processuale a carattere prevalentemente contenzioso esige che l'eventuale istanza di sospensione non solo sia avanzata dalla parte ricorrente, ma anche sufficientemente motivata.

Si tratta di indicazioni che, per quanto sintetiche, orientano in mo-

<sup>21</sup> Corte cost., ord. n. 225 del 2017, *Ritenuto* n. 46 (corsivo aggiunto).

do preciso la riflessione sulla disciplina e sui contenuti del potere cautelare.

Il riferimento all'art. 40 ha infatti il merito di richiamare la più consolidata esperienza di giustizia cautelare nei conflitti intersoggettivi e di porre un argine a quelle proposte di parte della dottrina che – forse con eccessiva disinvoltura – aspira a trasporre nel giudizio sui conflitti il ricco apparato cautelare di cui dispone il giudice amministrativo<sup>22</sup>. Si è sostenuto infatti che, a fronte di esigenze che non potrebbero essere soddisfatte con la mera sospensiva *ex art. 40*, la Corte non solo dovrebbe ricorrere a misure cautelari atipiche sul modello dell'art. 55 c.p.a., capaci di andare oltre a provvedimenti meramente conservativi; ma dovrebbe anche poter adottare, nei casi più urgenti, provvedimenti monocratici *ex art. 56 c.p.a.* o addirittura esercitare la tutela cautelare *ante causam* ai sensi dell'art. 61 c.p.a.<sup>23</sup>.

I casi in cui questa esigenza si sarebbe posta in passato sono diversi.

Quanto alla necessità di misure cautelari atipiche si ricorda, ad esempio, il caso già citato dell'ord. n. 137 del 2000, nel quale l'istanza cautelare non mirava a conseguire esclusivamente la sospensione del provvedimento impugnato nel conflitto (ossia la deliberazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi in merito alle operazioni referendarie dello stesso anno), ma pure a fungere da «stimolo a provvedere» nei confronti della stessa Commissione, affinché la stessa adottasse una disciplina con più ampi spazi per la cd. «comunicazione istituzionale». Si è osservato che la semplice sospensione nel caso di specie non avrebbe garantito la pretesa dei ricorrenti, limitandosi a inibire l'applicazione dell'atto impugnato senza assicurare la riscrittura della disciplina «positiva»<sup>24</sup>. Simile il ricorso dichiarato inammissibile con l'ord. n. 198 del 2005: in quel caso i Comitati referendari chiedevano una sospensione che solle-

<sup>22</sup> Cfr. J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato. Verso l'estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, p. 199 ss.

<sup>23</sup> Ivi, p. 223 ss.

<sup>24</sup> Cfr. B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, cit., p. 1338 ss.



citasse «la fissazione di una nuova data [per il referendum] a seguito di concertazione con i comitati»<sup>25</sup>.

La possibilità di provvedimenti monocratici (*ex art. 56 c.p.a.*) si sarebbe invece presentata, da ultimo, con il ricorso promosso dal Comitato promotore del *referendum* costituzionale del 2020 (ord. n. 195 del 2020), il quale sosteneva l'illegittimità dell'abbinamento delle elezioni amministrative e regionali con la consultazione referendaria<sup>26</sup>. Il deposito del ricorso era stato effettuato il 23 luglio (dopo l'emanazione del d.p.r. 17 luglio 2020 di convocazione dei comizi elettorali) mentre le operazioni di voto erano state fissate per i giorni 20-21 settembre 2020, lasciando quindi un margine ristretto per lo svolgimento del giudizio costituzionale. Nel caso di specie, si sosteneva pertanto che «laddove la camera di consiglio *ex art. 37* della legge n. 87 del 1953 dovesse essere fissata in data successiva a quella di svolgimento delle consultazioni elettorali in questione, il ricorrente chiede la concessione di misure cautelari monocratiche *ex art. 56* del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (...) applicabili al giudizio per conflitto ai sensi dell'art. 22 della legge n. 87 del 1953, che richiama le norme regolatrici del processo amministrativo»<sup>27</sup>.

Secondo la dottrina favorevole alla prospettiva descritta, l'impiego degli artt. 55 ss. c.p.a. si giustificerebbe, da un lato, sulla scorta di un argomento di carattere generale, con la necessità di assicurare la pienezza della tutela giurisdizionale<sup>28</sup>; dall'altro lato, con il richiamo all'art. 22, comma 1, l. n. 87 del 1953, che com'è noto, dispone che, nei giudizi costituzionali, «si osservano, in quanto applicabili, anche le

<sup>25</sup> Richieste di analogo tenore "positivo" si possono ritrovare anche nell'istanza connessa al ricorso dichiarato inammissibile da Corte cost., ord. n. 38 del 2008, laddove i ricorrenti chiedevano «in via cautelare [di] accordare i necessari provvedimenti d'urgenza per consentire lo svolgimento dei referendum il 18 maggio 2008 o comunque entro il 15 giugno 2008» (si v. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 81 nt. 30).

<sup>26</sup> Cfr., tra gli altri, per un commento alla pronuncia, R. PINARDI, *Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020*, in *Consulta Online*, n. 3, 2020, p. 478 ss.

<sup>27</sup> Corte cost., ord. n. 195 del 2020, *Ritenuto* n. 30.

<sup>28</sup> J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato*, cit., *passim*.

norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale»<sup>29</sup>.

Il richiamo operato dalla Corte all'art. 40 l. n. 87 del 1953 dovrebbe tuttavia consentire di escludere radicalmente quest'ultima opzione: logica vorrebbe infatti che, nel menzionare la disciplina cautelare nel conflitto intersoggettivo, la Corte abbia inteso riferirsi anche alla disciplina complessiva di tale potere, dettata pure nelle Norme integrative e, segnatamente, dall'art. 26 n.i. (che d'altronde è citato nella motivazione dell'ordinanza n. 225 del 2017). Come si è visto *supra*, è opinione diffusa in dottrina che le Norme integrative *ex art. 22*, comma 2, l. n. 87 del 1953, a prescindere dalla natura che si intende loro riconoscere, prevalgano sul rinvio alle norme del processo amministrativo. Laddove la Corte è intervenuta a disciplinare aspetti procedurali dei giudizi di sua competenza, nell'esercizio del proprio potere di autonormazione, non troverebbero dunque applicazione le regole processuali dei giudizi amministrativi e andrebbe pertanto esclusa l'estensione della tutela cautelare atipica amministrativa al conflitto interorganico attraverso l'art. 22.

Ma anche volendo consentire l'operatività di quest'ultimo rinvio, non si vede la necessità né l'opportunità dell'impiego di strumenti siffatti, che implicano una serie di forzature difficilmente accettabili: non solo si tratterebbe di adottare la sospensione prima della pronuncia sull'ammissibilità del ricorso (con il rischio che il ricorso sia ritenuto successivamente inammissibile nell'apposita camera di consiglio), ma si esporrebbe pure il Presidente (dato che si invoca l'adozione di provvedimenti monocratici) a una grave responsabilità, essendo lo stesso chiamato a pronunciarsi su questioni potenzialmente dotate di altissi-

<sup>29</sup> J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato*, cit., p. 225 ss.; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., p. 76. Un richiamo alla disposizione in parola si ritrova anche nell'ordinanza n. 225 del 2017, nella quale il giudice costituzionale sottolinea che «a norma dell'art. 22 della legge n. 87 del 1953, nel procedimento davanti a questa Corte si osservano, a titolo integrativo, in quanto applicabili, anche le norme relative al processo amministrativo, anch'esso conformato ai principi di cui sopra». L'affermazione appare tuttavia solo un ulteriore argomento a supporto del ragionamento della Corte, diretto pertanto a giustificare il riconoscimento della necessità di misure cautelari, più che richiamare la disciplina cautelare del processo amministrativo.

ma rilevanza politico-istituzionale in totale solitudine, per di più in contrasto con il fondamentale principio di collegialità che regola i lavori della Corte. Peraltro, come si avrà modo di argomentare meglio a breve, sfugge l'utilità di questa vistosa "amministrativizzazione" dell'incidente cautelare, dal momento che la tempestività dell'eventuale pronuncia di sospensiva può ben essere assicurata dalla rapidissima convocazione della relativa camera di consiglio (come avvenuto proprio nel caso dell'ord. n. 195 del 2020).

Resta invece da valutare se un ampliamento dei poteri cautelari della Corte, oltre la sola misura sospensiva, si possa giustificare sulla scorta dell'*esclusivo* riferimento alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale. Come si è visto, tale questione non è invero estranea neppure al conflitto intersoggettivo, nel quale si è posta ad esempio l'esigenza di prestare tutela urgente rispetto ad atti negativi, né al giudizio in via principale dove è emersa talora la necessità di misure cautelari regolatorie. E d'altra parte non si può neppure escludere l'opportunità di interventi in via d'urgenza rispetto a comportamenti omissivi<sup>30</sup>.

Come nel caso dei conflitti intersoggettivi (Cap. IX, par. 5), il principio guida resta quello della *strumentalità* della tutela cautelare rispetto alla decisione definitiva che, com'è noto, implica insieme ad un accertamento sulla spettanza dell'attribuzione controversa anche l'eventuale annullamento degli atti impugnati. Rispetto alla componente demolitoria della decisione, è chiaro che la misura della sospensione si presta ad essere pienamente soddisfacente delle esigenze cautelari.

Diversa è la questione della componente di accertamento: specie nei conflitti da interferenza, la decisione finale della Corte implica infatti l'illustrazione, anche piuttosto elaborata, delle regole cui il resistente è chiamato a conformarsi per esercitare correttamente la relativa attribuzione. La soluzione più coerente sarebbe quella di consentire alla Corte di *sollecitare* una regolazione provvisoria dei rapporti tra le parti, capace di conservare lo stato di fatto per il tempo strettamente necessario a raggiungere una decisione definitiva sul conflitto.

Naturalmente in queste ipotesi la decisione della Corte risulta par-

<sup>30</sup> Per alcuni spunti in proposito, cfr. B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, cit., p. 1338 ss.

ticolarmente invasiva rispetto alle sfere competenziali dei poteri in conflitto, dal momento che la Corte non si limiterebbe a inibire l'esercizio dell'attribuzione ritenuto *prima facie* incostituzionale, ma arriverebbe a tracciarne attivamente le coordinate di sviluppo<sup>31</sup>. Una possibilità che, se raffrontata con i contenuti che può assumere la decisione definitiva, non stupisce più di tanto, ma va comunque considerata con grande cautela, atteso che le prescrizioni alle parti poggiano pur sempre su una cognizione sommaria dell'oggetto della causa.

L'esercizio di un siffatto potere deve pertanto essere improntato, ancor più che nel caso di mera sospensione, ad un rigoroso *self-restraint* del giudice costituzionale o, per dirla con il *Bundesverfassungsgericht*, ad un principio di *intervento minimo*. È inoltre essenziale che rimanga sempre ben salda la finalità cautelare, di salvaguardia e garanzia della decisione finale, rifuggendo dal perseguimento di altri e diversi fini (quale ad esempio una decisione sommaria del conflitto).

Venendo ora brevemente alle questioni procedurali, l'applicazione analogica dell'art. 40 l. n. 87 del 1953 determina che, in quanto compatibili, possano valere per il conflitto interorganico le stesse norme previste per il conflitto intersoggettivo. Non mancano tuttavia profili problematici, connessi soprattutto alla peculiare articolazione bifasica del conflitto tra poteri dello Stato.

Una prima questione sembrerebbe risiedere nel rapporto tra l'eventuale sospensione e il giudizio di ammissibilità del conflitto: ci si è chiesto, in particolare, se l'eventuale non manifesta inammissibilità e infondatezza del ricorso vengano a coincidere con il *fumus* necessario per la concessione della sospensiva<sup>32</sup>; dal che deriverebbe che l'istanza cautelare connessa al ricorso che superi la delibazione della Corte sul punto andrebbe accolta laddove sussista anche il *periculum in mora*.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale sembrano invero deporre in senso contrario: nelle già citate ordd. nn. 171 del 1997, 137 del 2000, la Corte ritiene infatti ammissibile il ricorso, ma rigetta l'istanza di sospensione dell'atto impugnato, formulando

<sup>31</sup> Segnala la delicatezza di un tale potere della Corte, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 452-453, la quale propende per un "ordine a provvedere" che tuttavia salvaguardi la discrezionalità dell'organo cui è diretto.

<sup>32</sup> Cfr. M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, cit., p. 258.

osservazioni che paiono escludere la sussistenza del *fumus boni iuris* (più che l'insussistenza dell'altro requisito del *periculum in mora*). Il *fumus* per la concessione della sospensiva assume dunque – nel giudizio della Corte – una consistenza maggiore dell'“ammissibilità”, richiedendosi la consueta verosimile fondatezza del ricorso. Da tali considerazioni deriva logicamente che, ai fini della concessione della sospensiva, la Corte debba in via preliminare sciogliere la questione dell'ammissibilità del ricorso<sup>33</sup>.

Assai più difficile è definire il rapporto tra la camera di consiglio per la decisione sull'ammissibilità e l'eventuale camera di consiglio per l'esame dell'istanza cautelare ai sensi dell'art. 26 n.i.

Le esigenze di celerità connaturate allo strumento cautelare farebbero propendere per convogliare nella medesima sede la decisione sull'ammissibilità e quella sull'istanza di sospensione, evitando di “sdoppiare” la convocazione del Collegio. Tale concentrazione dei lavori è peraltro avvalorata dalla prassi della Corte (di cui si dirà *infra* par. 3), apparsa incline ad accelerare la trattazione nel merito in presenza di istanze cautelari: se l'urgenza è tale da consentire lo svolgimento dell'udienza pubblica di discussione in tempi brevi, non v'è motivo per frapporre tra quest'ultima e la camera di consiglio sull'ammissibilità anche un'ulteriore camera di consiglio per l'istanza cautelare. Delle due, l'una: o si ritiene che vi sia margine per decidere tempestivamente nel merito (sfruttando la flessibilità dei termini processuali) e l'istanza cautelare finirà assorbita nella rapida pronuncia; oppure l'urgenza è tanto intensa da non lasciar spazio per ritardare ulteriormente l'intervento della Corte e la decisione cautelare va assunta già in sede di giudizio di ammissibilità<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Pare un'inutile complicazione, logica e procedimentale, che questa valutazione sia svolta dalla Corte “al solo fine” di decidere sull'istanza cautelare (come invece avviene nel conflitto tra enti) – eventualmente in un momento precedente alla stessa camera di consiglio sull'ammissibilità – e non piuttosto una volta che l'ammissibilità del conflitto sia ormai decisa (considerato pure che i tempi per tale pronuncia possono essere brevissimi e si evita l'inconveniente che il ricorso sia poi dichiarato inammissibile). In senso contrario, A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit., p. 400 (ma richiamandosi al conflitto tra enti).

<sup>34</sup> L'alternativa prospettata non si pone laddove la Corte – deviando dalla prassi seguita costantemente finora – ritenga di intervenire con la pronuncia cautelare per

Naturalmente questa soluzione comporta il grave inconveniente per cui la Corte si trova ad assumere una pronuncia cautelare non solo in assenza del contraddittorio con gli organi interessati (individuati nella medesima camera di consiglio)<sup>35</sup>, ma ancor prima che il rapporto processuale con questi venga instaurato (il che, com'è noto, avviene attraverso la successiva notifica del ricorso). Ciò rende evidente come l'impiego alla sospensione sia configurabile esclusivamente in casi estremi e del tutto eccezionali, in cui non v'è il minimo margine per rinviare la pronuncia sul punto.

La circostanza che la sospensione venga disposta al momento della pronuncia sull'ammissibilità rende più rilevante di quanto non lo sia negli altri giudizi costituzionali la questione della revocabilità della misura cautelare. Pare infatti del tutto ragionevole che la Corte possa ritornare sulla propria ordinanza, prima ancora di pronunciarsi definitivamente sul ricorso, dal momento che il giudizio potrebbe non essere correttamente instaurato<sup>36</sup>; oppure gli organi controinteressati, una volta costituitisi, potrebbero offrire buone ragioni contrarie al provve-

conservare un più ampio margine per la decisione nel merito; una soluzione che potrebbe consentire una più adeguata ponderazione delle questioni sollevate dal ricorso. Il che talvolta potrebbe essere opportuno, specie alla luce di alcuni recenti casi in cui la decisione è apparsa «non priva di errori e di omissioni» (cfr. R. PINARDI, *Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020*, cit., p. 478 ss., in part. p. 483). In questo caso, ben si potrebbe avere una differente articolazione processuale, con la fissazione della camera di consiglio cautelare ex art. 26 n.i. nell'ordinanza che ammette il conflitto, dando modo agli organi controinteressati di costituirsi, contro-dedurre ed eventualmente alle parti di essere audite. La fissazione dell'udienza pubblica si avrebbe quindi in un momento successivo alla decisione sull'istanza cautelare. Cfr. anche A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 86-87, il quale evidenzia i problemi che potrebbero derivare per un'adeguata difesa della parte resistente nel conflitto dai tempi eccessivamente contratti per la convocazione dell'udienza pubblica.

<sup>35</sup> Favorevole alla concessione prima dell'instaurazione del contraddittorio, vista la particolare lunghezza del relativo procedimento A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit., pp. 400-401.

<sup>36</sup> Per la tardiva o mancata notificazione del ricorso e dell'ordinanza, oppure per il mancato o tardivo deposito del ricorso dichiarato ammissibile con le prove delle avvenute notificazioni.

dimento cautelare<sup>37</sup>; o ancora, il conflitto potrebbe frattanto essere stato composto tra le parti<sup>38</sup>.

#### 4. *Un potere (per ora) inutile, ma teoricamente necessario*

Al netto di ogni considerazione su forme e contenuti che può assumere il potere cautelare, va comunque rilevato come la Corte costituzionale tende saggiamente a far fronte alle esigenze di celerità nella decisione del conflitto facendo leva sull'accelerazione dei tempi del processo, preferendo così evitare di pronunciare provvedimenti cautelari in ambiti così delicati.

Una recente ricerca empirica<sup>39</sup> ha chiaramente dimostrato che nei conflitti nei quali, in virtù della proposizione di una istanza cautelare di parte, emergano esigenze di sollecita definizione del merito, la Corte ha sempre reso delle “pronunce lampo”.

È il caso delle decisioni nn. 118 e 161 del 1995, 226 e 383 del 1995<sup>40</sup>, nonché delle ordinanze nn. 131<sup>41</sup> e 171 del 1997<sup>42</sup>, 137 del 2000<sup>43</sup>, 198 del 2005<sup>44</sup>, 79 del 2006<sup>45</sup> e 38 del

<sup>37</sup> In questo caso la Corte potrebbe revocare la disposta misura cautelare prima dell'udienza pubblica.

<sup>38</sup> In tale ipotesi, non verrebbe meno l'interesse all'accertamento sull'attribuzione (salvo il caso di rinuncia con accettazione della controparte), ma probabilmente non permarrebbe il *periculum in mora*.

<sup>39</sup> R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato: spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica*, in *Consulta Online*, n. 2, 2020, p. 442 ss.

<sup>40</sup> Il conflitto articolatosi tra l'ord. n. 226 del 1995 e sent. n. 383 del 1995 (che lo dichiara estinto per rinuncia dei ricorrenti) verteva in materia referendaria. In questo caso la Corte si riunisce in camera di consiglio appena due giorni dopo il deposito del ricorso e assegna solo dieci giorni ai ricorrenti per le notifiche previste.

<sup>41</sup> Il conflitto – sempre in materia di *referendum* abrogativi – viene dichiarato inammissibile a distanza di soli tredici giorni.

<sup>42</sup> V. *supra* nt. 893.

<sup>43</sup> Il ricorso è dichiarato inammissibile a quindici giorni dal deposito.

<sup>44</sup> Il ricorso è dichiarato inammissibile a ventisette giorni dal deposito.

<sup>45</sup> Il ricorso è dichiarato inammissibile a diciassette giorni dal deposito. In questo caso, diversamente dagli altri casi qui citati (tutti in materia referendaria), si trattava di un conflitto in materia elettorale, sollevato dall'associazione politica “La Rosa nel Pu-

2008<sup>46</sup> (cui si possono aggiungere anche le decisioni nn. 196 e 197 del 2011)<sup>47</sup>. Particolarmente significativo è il caso deciso con la sentenza n. 161 del 1995<sup>48</sup>, che ha annullato il divieto di pubblicità a partire dal trentesimo giorno precedente alla consultazione referendaria introdotto con il d.l. n. 83 del 1995. In quella circostanza, la Corte aveva deciso l'ammissibilità del ricorso a soli nove giorni dal deposito, assegnato soltanto dieci giorni ai ricorrenti per le notificazioni e deciso nel merito il conflitto in quarantadue giorni complessivi. Il tutto in tempo utile, dato che il deposito della pronuncia è intervenuto esattamente trenta giorni prima dello svolgimento dei *referendum* abrogativi.

Da un lato la Corte può quindi ridurre il termine di sessanta giorni<sup>49</sup> previsto per le notifiche del ricorso e dell'ordinanza di ammissibilità<sup>50</sup>: si

gno – Laici Socialisti Liberali Radicali” in rapporto alle norme per le elezioni nazionali (e più in particolare alle regole dettate, dalla riforma elettorale del 2005, per la raccolta delle firme necessarie alla presentazione delle liste dei candidati). Cfr. sul punto, tra gli altri, S. CURRERI, *Non varcate quella soglia!*, in *Forum Quad. cost.*, 2006; P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organizzazione dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2006, p. 668 ss.; A. MANNINO, *La “Rosa nel pugno” davanti alla Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2006, p. 564 ss.

<sup>46</sup> Il ricorso è dichiarato inammissibile in soli sei giorni.

<sup>47</sup> La definizione di “pronuncia lampo” è riferita dagli Autori (R. Pinardi e S. Scagliarini) – sulla base del calcolo complessivo della durata dei conflitti (intesa come lasso di tempo tra deposito del ricorso e deposito della decisione) – al 10% dei conflitti “più rapidi”; in questo caso la durata si attesta sui 42 giorni; le due decisioni nn. 196 e 197 del 2011 arrivano appena due giorni dopo questo termine “convenzionale”. Cfr. R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato*, cit., p. 446 (per il metodo di calcolo) e p. 456 (per le “decisioni lampo”).

<sup>48</sup> Si v. E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino 1996, p. 411, i quali osservano che la decisione, essendo «intervenuta in tempi rapidissimi», risulta tale «da soddisfare le pretese dei ricorrenti».

<sup>49</sup> Com'è noto, in assenza di puntuali indicazioni da parte dell'art. 37 l. n. 87 del 1953, il termine è stato ricavato in virtù del rinvio di cui all'art. 22 dal regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (in connessione con l'art. 36 del testo unico delle leggi sul Consiglio stesso, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054) (cfr. per tutte Corti cost., ord. n. 304 del 2006).

<sup>50</sup> In relazione ai termini già M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*. Atti del Seminario di Firen-



ricordano casi in cui la Corte ha assegnato al ricorrente un lasso di soli quindici<sup>51</sup>, dieci<sup>52</sup>, sette<sup>53</sup>, o addirittura cinque giorni<sup>54</sup>.

Dall'altro lato, anche la gestione del ruolo può avere un peso: si ricordi la già citata sequenza costituita dall'ord. n. 181 del 1995 e sent. n. 161 del 1995. Oppure l'ord. n. 120 del 2009<sup>55</sup>, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso promosso dal C.O.D.A.CON.S. in relazione alle proposte di legge di modifica della disciplina nazionale per le elezioni del Parlamento europeo. In quell'occasione non solo la camera di consiglio era stata fissata circa un mese prima delle elezioni, ma era stata pure anticipata su istanza dei ricorrenti.

Tali pronunce, nel dimostrare che il più delle volte la Corte dispone già degli strumenti per ovviare ad esigenze di natura cautelare, consentono di sdrammatizzare e ridimensionare la questione dell'impiego del potere cautelare nei conflitti interorganici.

Va peraltro evidenziato che la Corte ha provveduto ad un'accelerazione del giudizio anche a prescindere da un'istanza cautelare di parte, quando ha rilevato autonomamente una sorta di *periculum in mora* nel caso sottoposto al suo scrutinio<sup>56</sup>. Sarebbero ricondu-

ze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino 2000, p. 375, rilevava «come la Corte provveda a “modularli” oculatamente secondo le esigenze che emergono, di volta in volta, nel caso concreto». In tal senso anche E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, cit., p. 408 ss.

<sup>51</sup> Corte cost., ord. n. 251 del 1997.

<sup>52</sup> Così, ad esempio, le ordd. nn. 214, 215, 216 e 226 del 1995 (in quest'ultimo caso era presente un'istanza cautelare), 132 del 1997.

<sup>53</sup> Come nella ord. n. 470 del 1995.

<sup>54</sup> Si v. l'ord. n. 13 del 1997. Il ricorrente – il Comitato promotore del referendum abrogativo concernente la riserva all'ENEL delle attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica – aveva proposto conflitto di attribuzione nei confronti dell'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte suprema di cassazione, in relazione all'ordinanza depositata il 13 dicembre 1996, con la quale aveva ritenuto non conforme a legge la richiesta referendaria. Anche in questo caso il ricorso era assistito da istanza di sospensione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum.

<sup>55</sup> Anche in questo caso il ricorso risulta accompagnato da richiesta di sospensione degli atti impugnati. Cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, p. 284 ss.

<sup>56</sup> Cfr. R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *La durata del processo della Corte nei conflitti*

cibili a questa tendenza della Corte una serie di decisioni attinenti al segreto di stato (ord. n. 426 del 1997 e sent. n. 110 del 1998; ord. n. 266 del 1998 e sent. n. 410 del 1998; ord. nn. 320 e 321 del 1999 e sent. n. 487 del 2000; sent. n. 106 del 2009 e la n. 24 del 2014), nonché il famoso caso delle intercettazioni di comunicazioni che coinvolgevano il Presidente della Repubblica (sent. n. 1 del 2013). Ma un'attitudine ad abbreviare i tempi decisionali si registra anche con riferimento a quei conflitti che sorgono nel corso di procedimenti con una tempistica normativamente scandita, quali sono soprattutto quelli in ambito referendario ed elettorale (rispetto ai quali peraltro sono più ricorrenti le istanze cautelari)<sup>57</sup>. Quanto alla materia referendaria, si può ricordare la sequenza formata dall'ord. n. 172 del 2009 e dalla sent. n. 174 del 2009, che chiude in appena quindici giorni il giudizio, con abbreviazione dei termini «in quanto l'osservanza di essi avrebbe prodotto una irrimediabile lesione dei diritti costituzionali coinvolti»<sup>58</sup>. In materia elettorale si può invece citare l'ord. n. 117 del 2006<sup>59</sup>, adottata il giorno successivo al deposito, considerata l'imminenza delle operazioni elettorali che si sarebbero svolte a distanza di poco più di due settimane<sup>60</sup>.

La possibilità che le esigenze di celere risoluzione dei conflitti siano risolte attraverso un'attenta gestione dei tempi e del ruolo non

*tra poteri dello Stato*, cit., p. 460 ss.

<sup>57</sup> Ivi, p. 457 ss.

<sup>58</sup> Per osservazioni critiche su quest'accelerazione, anche con riguardo agli effetti concreti, cfr. A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., pp. 87-88. Giova sottolineare come non fosse stata proposta un'istanza cautelare.

<sup>59</sup> Si trattava di un ricorso del C.O.D.A.CON.S, depositato il 22 marzo e deciso il giorno successivo (23 marzo).

<sup>60</sup> La sensibilità dimostrata in questi casi dalla Corte per la necessità di «evitare che una decisione tardiva produca un danno non rimediabile e renda di fatto vana la tutela giurisdizionale» (così R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato*, cit., p. 457) potrebbe indurre a riconsiderare la possibilità che la Corte stessa, qualora si presentasse l'eventualità e non vi fosse un'apposita istanza di parte, possa adottare anche *ex officio* i necessari provvedimenti cautelari. Questa evidente deroga al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato si giustificerebbe d'altronde in virtù del canone di residualità che connota il conflitto; ma si v. *infra* nel testo.

esclude però radicalmente che la Corte debba comunque ricorrere all'impiego di strumenti cautelari in casi estremi.

Tale conclusione si giustifica d'altra parte, sul piano teorico, con il carattere di *residualità* che caratterizza il conflitto stesso. Se il conflitto rappresenta il momento di chiusura della giustizia costituzionale, l'*ultima fortezza* posta a garanzia della legalità costituzionale dell'ordinamento, la Corte non solo deve poter derogare alle poche norme processuali, in vista dell' «esigenza di un corretto ed equilibrato funzionamento della forma di governo» e di una «giusta collocazione» della Corte costituzionale in essa<sup>61</sup>; ma deve altresì disporre di strumenti che le consentano, laddove per qualsiasi ragione non sia possibile addivenire tempestivamente alla decisione definitiva, di evitare che *medio tempore* si producano pregiudizi irreparabili per l'interesse affidato alla sua cura.

<sup>61</sup> Così R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, p. 161, il quale cita a sua volta C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 67.



## CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Tutela cautelare e giustizia costituzionale: un quadro articolato. – 2. Per un ragionevole recupero degli strumenti cautelari da parte della Corte.

### 1. *Tutela cautelare e giustizia costituzionale: un quadro articolato*

L'indagine e le riflessioni svolte nelle pagine precedenti restituiscono, nel complesso, un quadro piuttosto articolato dei rapporti tra tutela cautelare e giustizia costituzionale. Benché in tutti i giudizi di competenza della Corte costituzionale esaminati nel corso della trattazione sia emersa, pur con diversa intensità, l'esigenza di disporre di strumenti cautelari, le risposte offerte dal dato normativo e dalla prassi sono significativamente differenti tra loro.

Una prima linea di "frattura" corre tra le istanze di tutela d'urgenza avanzate nell'ambito dell'instaurazione dei giudizi di legittimità in via incidentale, da un lato, e quelle avanzate negli altri giudizi costituzionali, dall'altro.

Nel primo caso, si è visto infatti come il compito di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tramite l'esercizio della tutela cautelare costituzionalmente necessaria (Cap. I), ricada essenzialmente sui giudici *a quibus* e non sulla Corte costituzionale.

Il rapporto tra concessione della tutela cautelare e controllo di costituzionalità si mostra, in questo frangente, particolarmente problematico, delineando un «rompicapo giuridico»<sup>1</sup> apparentemente insolubile. Il giudice comune chiamato a tutelare in via d'urgenza una situazione soggettiva compressa o negata da norme di dubbia costituzionalità si trova dinnanzi all'alternativa tra la disapplicazione della legge a fini cautelari – che assicura l'effettività della tutela giurisdizionale, ma viola il principio di sindacato accentrato di costituzionalità – e la mera rimessione della questione di legittimità a Corte – che presta

<sup>1</sup> G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1994, p. 452.

formale ossequio al modello di controllo accentrato, ma sacrifica la tutela del diritto.

Il panorama delle soluzioni emerse dalla prassi e dalla riflessione dottrinale (ricostruito nei Capitoli II e IV) è molto frastagliato, contemplando almeno quattro differenti orientamenti che hanno avuto tutti applicazione, anche in tempi recenti. L'analisi ha mostrato, tuttavia, come almeno tre di queste soluzioni (in breve: rigetto, sospensione e disapplicazione incidentale) presentino diverse criticità, vuoi sul fronte della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, vuoi su quello del controllo di costituzionalità (Cap. II)

La soluzione da preferire è apparsa dunque quella della cd. tutela cautelare *ad tempus*, in virtù della quale – disposta provvisoriamente la misura d'urgenza – il giudice subordina l'esito del procedimento cautelare alla pronuncia della Corte costituzionale, adita contestualmente alla concessione della cautela. In questo modo si assicura la protezione interinale delle situazioni *sub iudice* pregiudicate dalla norma illegittima e si evita, al contempo, che la questione sollevata vada incontro a una pronuncia di inammissibilità per irrilevanza, non avendo il giudice esaurito il procedimento cautelare. Questa prospettiva d'altronde non solo mostra evidenti analogie sotto il profilo dell'articolazione procedimentale con la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia in rapporto a problematiche analoghe emerse nell'ambito del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (Cap. III); ma trova pure un rilevante riscontro nella giurisprudenza costituzionale, che ha riconosciuto in molteplici occasioni come le questioni di legittimità sollevate secondo lo schema descritto siano senz'altro rilevanti.

Quanto alle perplessità che parte della dottrina nutre rispetto all'effettiva conformità della soluzione al modello di controllo di costituzionalità italiano – in quanto verrebbe meno la rilevanza della questione e vi sarebbe comunque una disapplicazione della legge – pare assai persuasiva la tesi, avanzata da Giandomenico Falcon e ripresa da Mario Esposito, per cui la concessione della misura cautelare non andrebbe riguardata come una disapplicazione interinale della legge ritenuta incostituzionale, ma piuttosto come “automatica” conseguenza della sospensione del processo *a quo* – che pure implica la sospensione dell'applicazione della legge – connessa alla remissione della questione di costituzionalità (art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953). La misura cau-

telare, sia essa conservativa o anticipatoria, avrebbe pertanto lo scopo di assicurare la *non applicazione*, peraltro solo *inter partes*, della legge sospetta di incostituzionalità per il tempo necessario a che sia decisa la questione sollevata dinanzi alla Corte, in coerenza con la *ratio* della menzionata sospensione del giudizio *a quo* (Cap. IV, par. 2).

La soluzione della problematica offerta dalla tutela *ad tempus*, che appare dunque soddisfacente tanto sotto il profilo pratico quanto sotto quello dommatico, non ha comunque impedito che in dottrina si affacciassero proposte per l'attribuzione direttamente al giudice costituzionale (in via interpretativa o per legge) di un potere di sospensiva nei giudizi incidentali (Cap. VI). Il modello di riferimento è stato indicato soprattutto nella giustizia costituzionale tedesca, che contempla strumenti cautelari in tutti i giudizi di competenza del *Bundesverfassungsgericht* (Cap. V). L'indagine sull'esperienza tedesca e sull'impiego del potere cautelare del Tribunale costituzionale federale in rapporto all'omologo tedesco del giudizio incidentale (*konkrete Normenkontrollverfahren*) ha tuttavia rivelato come la prassi si sia attestata su soluzioni procedurali assai prossime a quelle italiane, con i giudici *a quibus* chiamati a garantire la tutela d'urgenza e il giudice costituzionale che non è mai intervenuto in via cautelare, pur avendone astrattamente la competenza (Cap. VII).

Un ridotto margine per la configurazione di un potere di sospensiva nel giudizio incidentale italiano è dunque ipotizzabile quasi esclusivamente (ma si v. possibili eccezioni Cap. VII, ult. par.) con riferimento alle leggi-provvedimento. Non tanto perché non possa trovare una soluzione nel modello descritto della tutela *ad tempus*, quanto piuttosto per ragioni di coerenza con quella giurisprudenza costituzionale che esige di trasferire integralmente nel giudizio instaurato dinanzi alla Corte la tutela delle posizioni soggettive e degli interessi eventualmente lesi dalla legge-provvedimento di dubbia costituzionalità (Cap. VI, par. 7).

La riflessione, così conclusa, su un ipotetico potere di sospensione delle leggi nel giudizio incidentale conduce finalmente a ragionare dei poteri cautelari esercitati dalla stessa Corte costituzionale.

Anche in quest'ambito è apparso complesso ricomporre in un quadro unitario la diversità dei dati normativi, delle prassi e delle problematiche emergenti in rapporto ai diversi giudizi e strumenti cautelari costituzionali.

Quanto alla sospensiva delle leggi nel giudizio in via principale (Cap. VIII), introdotta dalla legge n. 131 del 2003, un primo problema è stato quello di verificare se le severe critiche mosse in dottrina a molti aspetti dell'istituto (dall'iniziativa officiosa alla tipizzazione dei *pericula in mora*) lasciassero o meno margini per un recupero dello stesso. Uno sforzo interpretativo del dato legislativo, teso a valorizzare l'istanza di effettività sottesa all'istituto della sospensiva, ha tuttavia permesso di riconsiderare e superare la gran parte delle censure dottrinali e ha evidenziato come la sospensiva *ex art. 35 l. n. 87 del 1953*, contrariamente ad un'opinione diffusa, si presti ad un impiego anche in favore delle Regioni, risultando nel complesso coerente con finalità e forme del giudizio in via principale cui è strumentalmente connessa.

Accanto alle perplessità teoriche, un ulteriore problema con il quale ci si è dovuto confrontare è quello della sostanziale inoperatività dell'istituto, che ha visto la sua prima applicazione solo nel 2021 (ord. n. 4 del 2021). Sotto questo profilo, si è ritenuto di non muovere una critica radicale alla consolidata prassi dell'assorbimento dell'istanza cautelare nella decisione definitiva, che pure è stata indicata tra le principali "responsabili" dello scarso impiego dello strumento. Questa soluzione, se legata alla manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza, oppure alla possibilità di decidere tempestivamente la causa nel merito, presenta infatti indubbi vantaggi di concentrazione ed economia processuale.

Al tempo stesso, tuttavia, si è evidenziato come la Corte non sempre ne abbia fatto un uso corretto e motivato, essendosi verificati diversi casi in cui l'assorbimento dell'istanza (pur *prima facie* fondata) ha comportato il concretizzarsi dei pregiudizi paventati dal ricorrente e determinato, in definitiva, l'ineffettività della declaratoria di incostituzionalità.

Problemi in parte analoghi si sono presentati anche con riferimento alla sospensiva nei conflitti intersoggettivi, che pure in passato aveva avuto un modesto impiego (Cap. IX). Anche in quest'ambito la prassi dell'assorbimento – pur giustificata nei casi summenzionati – ha visto un'applicazione discutibile, con istanze cautelari che, pure in tempi recenti, sono state decise unitamente al merito, acconsentendo così che nelle more del giudizio costituzionale si producessero danni gravi e irreparabili. Peraltro, mentre nel giudizio in via principale si è assistito



ad un'inattesa riattivazione del potere cautelare con la sospensione della legge regionale della Valle d'Aosta (con la già citata ord. n. 4 del 2021), l'attuale tendenza nel conflitto tra enti è quella di un progressivo abbandono dello strumento della sospensiva, impiegato una sola volta negli ultimi quindici anni (ord. n. 152 del 2006).

Quanto al conflitto tra poteri, in relazione al quale non è prevista espressamente la sospensiva, la possibilità di applicare analogicamente l'art. 40 (previsto per i conflitti intersoggettivi) – oggetto di discussione in dottrina – è stata finalmente riconosciuta in un'ordinanza “di sistema”, la n. 225 del 2017, con la quale la Corte costituzionale ha pure affermato a chiare lettere che la giustizia costituzionale partecipa, pur con le sue peculiarità, delle medesime esigenze di effettività che contraddistinguono gli altri plessi giurisdizionali e che, pertanto, la disponibilità di rimedi di natura cautelare deve intendersi come necessaria anche nei giudizi di sua competenza (Cap. X, par. 2).

Nei conflitti interorganici, l'analisi della prassi ha evidenziato tuttavia come la Corte, in presenza di istanze cautelari di parte, abbia sempre preferito far leva sulla flessibilità delle regole processuali e accelerare la decisione del conflitto piuttosto che acconsentire alla sospensione dell'atto impugnato (Cap. X, par. 4). La possibilità di un ricorso a misure cautelare in questo frangente appare pertanto piuttosto remota.

Per quanto concerne, più in generale, la riflessione dottrinale sul tema indagato, un elemento significativo è rappresentato dal ricorso assai frequente al processo amministrativo quale termine di confronto e fonte di integrazione e sviluppo per la disciplina della tutela cautelare costituzionale. L'influenza della processualistica amministrativa sullo studio e l'interpretazione dei poteri cautelari della Corte – che per certi versi è giustificata dalla maggiore affinità rispetto ad altri modelli processuali – sfocia talvolta in una “amministrativizzazione” della tutela cautelare costituzionale, non sempre coerente con il singolo giudizio cui è strumentale né del tutto consentanea alla stessa giustizia costituzionale. In via esemplificativa, nei conflitti tra enti è apparso eccessivo il condizionamento esercitato dal modello di giudizio impugnatorio amministrativo sulla ricostruzione del requisito («gravi ragioni») per la sospensione ai sensi dell'art. 40 l. n. 87 del 1953. E tendenze analoghe sono riscontrabili anche nel conflitto tra poteri dello Stato e nel giudizio in via principale, sia quanto agli aspetti procedurali – per cui, se-

condo alcuni, si dovrebbe introdurre una tutela *ante causam* – sia quanto agli aspetti sostanziali – per cui la tipologia del provvedimento cautelare dovrebbe andare oltre la mera sospensione per abbracciare la varietà di misure di cui dispone il giudice amministrativo.

Ragioni giuridiche e di opportunità, di cui si è dato ampiamente conto nell'analisi (Cap. VIII, par. 8; Cap. IX, parr. 2, 3 e 5; Cap. X, par. 3), non consentono e anzi sconsigliano un eccessivo appiattimento dello strumentario cautelare della Corte sul modello di quello del giudice amministrativo. Va però sottolineato come le proposte avanzate in dottrina siano tutte mosse dall'esigenza di rafforzare e migliorare i rimedi cautelari di cui dispone il giudice costituzionale, percepiti come inadeguati e incompleti a fronte di necessità di tutela che divengono sempre più articolate e complesse.

## *2. Per un ragionevole recupero degli strumenti cautelari da parte della Corte*

L'indagine condotta consente tuttavia di sostenere che – piuttosto che in una presunta inadeguatezza delle misure cautelari, che pure talvolta sembra sussistere (specie per quanto concerne la tipologia degli strumenti) – i limiti della tutela cautelare costituzionale vadano ricercati nella scarsa attenzione mostrata dalla Corte costituzionale per le esigenze cautelari.

Rispetto alla sospensiva delle leggi nel giudizio principale, il giudice costituzionale ha sempre mostrato una certa ritrosia – giustificata probabilmente dall'incisività che lo strumento cautelare ha sulla funzione legislativa – e ha “rotto gli indugi”, sospendendo una legge regionale, solo in un frangente oggettivamente eccezionale quale è la crisi pandemica (Cap. VIII). Con riferimento invece tanto ai conflitti intersoggettivi quanto al giudizio in via principale, si è dato conto di come la Corte abbia sviluppato e largamente praticato la prassi dell'assorbimento dell'istanza cautelare nel merito, tralasciando in molte occasioni, insieme a istanze chiaramente infondate o inammissibili, altre che invece apparivano meritevoli di accoglimento (Cap. VII, par. 10; Cap. IX, par. 7). A ciò si aggiunga che spesso i tempi per la trattazione delle (poche) camere di consiglio cautelari sono stati ecces-

sivamente lunghi, arrivando a pregiudicare gli stessi interessi che si sarebbero dovuti tutelare (Cap. IX, par. 4).

Questa gestione non sempre oculata della fase cautelare ha evidenti ripercussioni sulla giustizia costituzionale.

In primo luogo, si ha naturalmente una ricaduta in termini di effettività: sono emblematici, in tal senso, i casi delle leggi regionali in materia di caccia, chiaramente illegittime, che hanno avuto piena applicazione nelle more del giudizio (sentt. nn. 190 del 2011 e 63 del 2011; Cap. VIII); oppure, per quanto concerne i conflitti intersoggettivi – per citare un altro caso significativo – si pensi alla “mancata” sospensione del PTRC del Lazio (sent. n. 240 del 2020; Cap. IX).

Ma la scarsa attenzione per la tutela cautelare costituzionale sembra produrre riflessi anche sulla vitalità dei giudizi di competenza della Corte cui la stessa è strumentalmente connessa. In particolare, l’inefficienza della tutela d’urgenza concretamente offerta nel conflitto tra enti sembra aver contribuito, durante la recente emergenza pandemica, a spostare lo scontro tra Stato e Regioni sulle competenze normative emergenziali in via esclusiva presso il giudice amministrativo. Con la conseguenza che la questione del riparto di competenze – tema centrale nella gestione dell’emergenza – è arrivata tardi dinanzi al giudice costituzionale e il tracciamento dei confini tra compiti statali e regionali è stato rimesso, sino ad allora, ad una tanto capillare quanto incoerente giurisprudenza cautelare amministrativa (Cap. IX, par. 8).

Dinnanzi a questo quadro, che chiama in causa più l’*attitudine* del giudice costituzionale che non l’adeguatezza dei rimedi cautelari esistenti, si è ritenuto di proporre pochi correttivi, che mirano non tanto a rivoluzionare i poteri cautelari della Corte o ad introdurre articolazioni processuali o tipologie di provvedimenti radicalmente innovative, quanto piuttosto a mettere a punto gli strumenti esistenti. Tra le varie indicazioni offerte nel corso dell’analisi, si ricorda, ad esempio, la necessità di meglio valorizzare il momento del filtro presidenziale sulle istanze cautelari – presente tanto nel giudizio in via principale (art. 21 n.i.), quanto nei conflitti tra enti (art. 26 n.i.) – quale passaggio decisivo per una tempestiva convocazione della camera di consiglio cautelare. Oppure si tratta di sfruttare appieno i margini interpretativi consentiti dal dato testuale per adattare gli strumenti esistenti (si v. le indicazioni sui presupposti della sospensiva – Cap. VII, par. 5 e Cap. IX,

parr. 2-3 – o sui contenuti del provvedimento cautelare – Cap. VII, par. 8; Cap. IX, par. 5; Cap. X, par. 3).

Che lo scarso impiego dei poteri cautelari da parte della Corte derivi essenzialmente non da carenze intrinseche degli stessi, ma dall'approccio del giudice costituzionale suggerisce quindi di non riformare radicalmente il sistema – introducendo trasformazioni verso il pur affascinante modello tedesco (Cap. V) – né di portare il ricorso alle misure cautelari ai livelli conosciuti nel processo amministrativo e civile. I numeri tutto sommato contenuti delle istanze avanzate nel corso degli anni nei diversi giudizi (Appendici nn. 2 e 3) restituiscono d'altra parte l'immagine di uno strumento che, nella giustizia costituzionale, conserva comunque un carattere d'eccezionalità, o quanto meno di non frequente applicazione.

Quello che serve è piuttosto un ragionevole recupero degli strumenti cautelari, che dovrebbero finalmente essere “presi sul serio”, per poter essere impiegati in quei rari casi in cui risulta effettivamente necessario.

L'esperienza recente della pandemia ha imposto anche alla Corte costituzionale di recuperare rimedi, come la sospensione delle leggi, che sembravano destinati a «una progressiva desuetudine applicativa»<sup>2</sup>, e spinto la dottrina a riflettere sull'adeguatezza delle forme del processo costituzionale – “messe alla prova” dalla produzione normativa emergenziale, in continua e rapidissima evoluzione – nel rispondere alle connesse esigenze di tutela in tempi brevi.

Naturalmente è difficile, al momento in cui si scrive, valutare se questa tendenza verso un maggiore rilievo del momento cautelare anche nella giustizia costituzionale sia confinata alla vicenda pandemica o costituisca l'epifania di trasformazioni più ampie e durature. In proposito, tuttavia, non sembra che si possa sottovalutare il fatto che la produzione normativa, nel suo complesso, tenda sempre più ad essere precaria ed emergenziale<sup>3</sup>, assumendo quel carattere provvedimentale,

<sup>2</sup> Così C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, BUP, Bologna 2020, p. 159.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino 2017.

temporaneo e contingente che ha caratterizzato – portato a livelli estremi – l’approccio della legislazione pandemica.

Se dunque è in questa direzione che si muove la normazione, sia essa di rango primario o secondario, diverrà necessario che la Corte, per rispondere efficacemente alle nuove e più urgenti istanze di giustizia costituzionale, recuperi e metta a regime il proprio strumentario cautelare, tanto nei giudizi sulle leggi, quanto nei conflitti, eventualmente anche riconsiderando prassi consolidate come quella del cd. assorbimento nel merito dell’istanza cautelare.

Sotto questo profilo, la sospensione disposta con l’ordinanza n. 4 del 2021 potrebbe non essere solo un’eccezione legata alla risonanza del caso specifico, ma rappresentare l’occasione per ripensare l’approccio della Corte alle istanze cautelari, in modo che i poteri d’urgenza di cui dispone divengano uno strumento del quale fare buon uso, diversamente da quanto avvenuto in passato.



APPENDICE N. 1

*Accesso al giudizio costituzionale secondo la tecnica della tutela cautelare ad tempus*

<i>Anno</i>	<i>Pronuncia della Corte costituzionale</i>	<i>Autorità remittente</i>
1990	Sentenza n. 444 del 1990	T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
1991	Sentenza n. 367 del 1991	T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
1995	Ordinanza n. 24 del 1995	T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
	Sentenza n. 359 del 1995	Consiglio di Stato, Sezione IV
1996	Sentenza n. 223 del 1996	T.A.R. Lazio
1997	Sentenza n. 183 del 1997	T.A.R. Lazio
1998	Sentenza n. 185 del 1998	Consiglio di Stato, Sezione IV
1999	Sentenza n. 330 del 1999	T.A.R. Puglia, Sezione staccata di Lecce T.A.R. Emilia-Romagna
2000	Sentenza n. 4 del 2000	T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
2001	Sentenza n. 210 del 2001	T.A.R. Friuli-Venezia Giulia
2003	Sentenza n. 227 del 2003	T.A.R. Trentino-Alto Adige, sede di Trento
2006	Ordinanza n. 25 del 2006	Commissione tributaria provinciale di Genova Commissione tributaria provinciale di Roma

	Sentenza n. 194 del 2006	T.A.R. Lazio
2007	Sentenza n. 11 del 2007	T.A.R. Molise T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
	Sentenza n. 220 del 2007	T.A.R. Lazio
2008	Sentenza n. 306 del 2008	Tribunale di Brescia
	Sentenza n. 350 del 2008	T.A.R. Lombardia
2009	Sentenza n. 236 del 2009	T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania
2010	Sentenza n. 236 del 2010	T.A.R. Liguria
2011	Ordinanza n. 211 del 2011	T.A.R. Veneto
	Ordinanza n. 307 del 2011	T.A.R. Friuli-Venezia Giulia
2012	Sentenza n. 172 del 2012	T.A.R. Calabria
2013	Sentenza n. 81 del 2013	T.A.R. Sardegna
	Sentenza n. 83 del 2013	Consiglio di Stato T.A.R. Molise
	Ordinanza n. 111 del 2013	T.A.R. Veneto
	Ordinanza n. 325 del 2013	Tribunale di Melfi
2014	Ordinanza n. 3 del 2014	Tribunale di Nocera Inferiore
	Ordinanza n. 59 del 2014	T.A.R. Lazio
	Sentenza n. 274 del 2014	Tribunale di Taranto
2015	Sentenza n. 188 del 2015	T.A.R. Piemonte
	Sentenza n. 236 del 2015	T.A.R. Campania
2016	Ordinanza n. 47 del 2016	T.A.R. Umbria
	Sentenza n. 133 del 2016	T.A.R. Emilia-Romagna T.A.R. Lombardia T.A.R. Lazio



	Sentenza n. 276 del 2016	Tribunale di Napoli
2017	Sentenza n. 214 del 2017	Tribunale di Napoli
2018	Sentenza n. 99 del 2018	Consiglio di Stato
2019	Sentenza n. 160 del 2019	T.A.R. Lazio
	Sentenza n. 130 del 2019	Consiglio di Stato
2020	Sentenza n. 186 del 2020	Tribunale di Ancona Tribunale di Salerno

APPENDICE N. 2

*Sospensive nel giudizio di legittimità in via principale*

<b>Ord. sosp.</b>	<b>Ricorrente</b>	<b>Resistente</b>	<b>Tempo sosp.</b>	<b>Esito sosp.</b>	<b>Decisione definitiva</b>	<b>Tempo dec.</b>	<b>Esito decisione</b>
<b>116/2004</b>	Campania, Marche, Toscana, Emilia- Romagna	Stato	166	rinv.	sent. 196/2004	247	acc. parz. inamm. rig.
<b>117/2004</b>	Stato	Toscana	52	rinv.	sent. 198/2004	133	acc.
<b>118/2004</b>	Stato	Friuli- Venezia Giulia	38	rinv.	sent. 198/2004	119	acc.
<b>119/2004</b>	Stato	Marche	37	rinv.	sent. 198/2004	118	acc.
-	Stato	Emilia- Romagna	-	n.l.p.	sent. 198/2004	97	acc.
-	Basilicata	Stato	-	n.l.p.	sent. 62/2005	318	acc. parz.

-	Stato	Marche	-	rin. sent. 3/2006	332	inamm. rig.
<b>245/2006</b>	Emilia-Romagna	Stato	66	n.l.p. sent. 225/2009	1182	cess. inamm. rig.
-	Calabria	Stato	-	ass. sent. 367/2007	497	inf. inamm. cess.
-	Veneto	Stato	-	n.d. sent. 401/2007	505	inamm.
-	Stato	Calabria	-	ass. sent. 277/2008	131	acc.
-	Piemonte, Calabria	Stato	-	ass. sent. 200/2009	251	acc. inamm. cess.
-	Calabria, Piemonte, Abruzzo, Puglia	Stato	-	n.l.p. sent. 232/2009	1134	inamm. rig.
-	Calabria	Stato	-	n.d. sent. 234/2009	1139	inamm.
-	Calabria, Puglia	Stato	-	n.l.p. sent. 235/2009	1132	
-	Abruzzo, Puglia, Toscana	Stato	-	ass. sent. 246/2009	1133	inamm. rig.
-	Abruzzo, Campania, Puglia	Stato	-	ass. sent. 249/2009	1133	rig. inamm.
-	Puglia	Stato	-	n.l.p. sent. 250/2009	1130	rig. inamm.

-	Abruzzo, Puglia	Stato	-	n.l.p.	Sent. 251/2009	1133	inamm. rig.
-	Calabria	Stato	-	n.d.	Sent. 284/2009	373	rig.
-	Calabria	Stato	-	ass.	Sent. 341/2009 Sent. 16/2010	427 449	rig. inamm. rig.
-	Calabria	Stato	-	n.d.	Sent. 52/2010	477	inamm. rig.
-	Stato	Abruzzo	-	ass.	Sent. 68/2010	242	acc.
<b>107/2010</b>	Lazio	Stato	7	rig.	ord. 204/2010	91	manif. inamm.
-	Campania	Stato	-	ass.	Sent. 326/2010	257	acc. parz. inamm.
-	Campania	Stato	-	n.d.	ord. 372/2010	292	est.
-	Stato	Toscana	-	ass.	Sent. 182/2011	106	acc. parz.
-	Stato	Marche	-	n.d.	Sent. 187/2011	141	acc.
-	Stato	Basilicata	-	ass.	Sent. 189/2011	106	acc.
-	Stato	Lombardia	-	ass.	Sent. 190/2011	197	acc.
-	Stato	Toscana	-	ass.	Sent. 190/2011	197	acc.
-	Stato	Liguria	-	ass.	Sent. 263/2011	240	acc.

-	Stato	Lombardia	-	rin.	sent.	208	acc.
					160/2012		
-	Piemonte, Veneto, Lazio	Stato	-	ass.	sent.	321	inamm. rig.
					299/2012		
-	Piemonte, Veneto, Toscana, Sicilia	Stato	-	n.l.p.	sent.	296	cess. rig.
					311/2012		
-	Veneto	Stato	-	n.d.	sent.	335	rig.
					121/2013		
-	Piemonte, Veneto, Molise	Stato	-	ass.	sent.	543	acc.
					220/2013		
-	Veneto	Stato	-	ass.	sent.	254	cess. inamm. rig
					273/2013		
-	Veneto	Stato	-	ass.	sent.	512	acc. parz.
					44/2014		
<b>233/2014</b>	Stato	Calabria	57	n.l.p.	ord.	125	est.
					285/2014		
-	Veneto	Stato	-	ass.	sent.	470	inamm. rig.
					141/2016		
					sent. 145/2016		
-	Puglia	Stato	-	ass.	sent.	476	cess.
					155/2016		
-	Veneto	Stato	-	ass.	sent.	177	rig. inamm. cess.
					5/2018		
-	Lombardia	Stato	-	ass.	sent.	303	acc. parz.
					137/2018		

-	Stato	Sicilia	-	ass. sent.	262	acc.
				168/2018		
-	Stato	Veneto	-	ass. sent.	356	acc. parz.
				183/2018		
-	Sardegna	Stato	-	n.d. ord.	229	est.
				183/2019		
4/2021	Stato	Valle d'Aosta	23	acc. sent.	81	acc. parz.
				37/2021		

Nel caso di più ricorsi assistiti da istanze cautelari poi riuniti per la decisione, come termine iniziale per il calcolo, si fa riferimento al ricorso più risalente. Per il computo si è tenuto conto, quale termine iniziale, della data del deposito del ricorso (benché il giudizio sia pendente dalla notificazione), perché la Corte viene a conoscenza dell'istanza in quel momento; quale termine finale si è optato per il deposito dell'ordinanza (o della sentenza), che – essendo intermedio tra la decisione (che dovrebbe dar conto della rapidità con il quale il giudice si esprime) e la pubblicazione (momento dal quale decorrono gli effetti) – è apparso più idoneo a offrire una visione d'insieme dei tempi decisionali connessi a istanze cautelari (o a ricorsi assistiti da tali istanze). Istanze di sospensione racchiuse in un singolo ricorso ma rivolte contro diverse disposizioni del medesimo atto legislativo e poi decise con pronunce separate sono state considerate come istanze distinte (si v. ad es. i ricorsi contro il Codice dell'ambiente o il d.l. 112/2008).

**Legenda:** acc. = accoglimento; rig. = rigetto; rin. = rinuncia (\*) con adesione; ass. = assorbimento; - = non trattata separatamente al merito; n.d. = non discussa né espressamente assorbita; n.l.p. = non luogo a provvedere

## APPENDICE N. 3

*Sospensive nel giudizio su conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni*

<b>Ord. sosp.</b>	<b>Ricorrente</b>	<b>Resistente</b>	<b>Tempo sosp.</b>	<b>Esito sosp.</b>	<b>Decisione definitiva</b>	<b>Tempo dec.</b>	<b>Esito decisione</b>
<b>21/1960</b>	Stato	Prov. BZ Trentino- Alto Adige	20	acc.	sent. 43/1960	105	acc.
<b>id.</b>	Trentino-Alto Adige	Stato	16	rig.	id.	101	rig.
-	Stato	Sicilia	-	rinv.	sent. 3/1962	242	cess.
<b>74/1965</b>	Stato	Sardegna	123	acc.	sent. 21/1966	234	acc.
<b>70/1966</b>	Valle d'Aosta	Stato	23	rig.	sent. 101/1966	180	est.
<b>74/1967</b>	Stato	Sicilia	30	acc.	sent. 117/1967	192	cess.
<b>71/1968</b>	Stato	Sicilia	124	acc.	sent. 105/1968	150	acc.
<b>82/1968</b>	Stato	Sicilia	15	acc.	ord. 130/1968 sent. 128/1969	389	acc.
<b>113/1969</b>	Stato	Sicilia	27	rig.	sent. 150/1969	186	rig.
<b>114/1969</b>	Stato	Sardegna	6	acc.	ord. 144/1969	148	est.
-	Stato	Friuli- Venezia	-	n.l.p.	sent. 81/1971	88	inamm.

		Giulia				
-	Stato	Lazio	-	rin.- ass.	sent. 176/1971	90 acc.
<b>1/1972</b>	Stato	Sicilia	97	acc.	sent. 66/1972	133 acc.
<b>253/1974</b>	Friuli- Venezia Giulia	Stato	64	rig.	sent. 289/1974	221 inamm.
<b>80/1975</b>	Sicilia	Stato	34	rig.	sent. 206/1975	146 acc. parz.
<b>122/1975</b>	Stato	Sicilia	20	rig.	sent. 247/1976	598 acc.
<b>13/1976</b>	Sicilia	Stato	119	rig.	sent. 166/1976	300 rig.
<b>115/1976</b>	Sicilia	Stato	13	rig.	sent. 4/1978	633 est.
<b>50/1977</b>	Stato	Prov. BZ	77	acc.	sent. 157/1988	4052 acc.
<b>83/1978</b>	Sicilia	Stato	238	acc.	sent. 473/1988	3662 acc.
<b>36/1979</b>	Sicilia	Stato	116	rig.	ord. 332/1985	2532 cess.
-	Stato	Campania	-	ass.	sent. 121/1979	239 rig.
<b>136/1979</b>	Trentino-Alto Adige	Stato	117	rig.	sent. 100/1980	334 acc.
<b>94/1980</b>	Sicilia	Stato	57	acc.	sent. 183/1981	590 acc. parz.
<b>115/1981</b>	Stato	Prov. BZ	48	acc.	sent. 191/1987	2200 acc.

<b>168/1981</b>	Stato	Toscana	191	rig. sent.	2718	rig.
				730/1988		
-	Sicilia	Stato	-	n.d. sent.	350	acc.
				58/1982		
<b>118/1983</b>	Trentino-Alto Adige	Stato	566	rig. sent.	2329	inamm.
				215/1988		
<b>119/1983</b>	Sardegna	Stato	561	rig. ord.	2450	rig.
				759/1988		
<b>120/1983</b>	Abruzzo	Stato	396	rin.* sent.	1738	rig.
				298/1986		
<b>121/1983</b>	Marche	Stato	330	rig. sent.	973	acc.
				21/1985		
<b>122/1983</b>	Friuli-Venezia Giulia	Stato	307	rig. sent.	2033	cess.
				2/1988		
<b>123/1983</b>	Sicilia	Stato	279	rig. ord.	1830	est.
				296/1987		
<b>124/1983</b>	Veneto	Stato Trentino- Alto Adige Prov. TN	92	rin.* sent.	1981	rig.
				743/1988		
<b>125/1983</b>	Friuli-Venezia Giulia	Stato	77	rig. sent.	376	acc.
				39/1984		
<b>141/1983</b>	Trentino-Alto Adige	Stato	677	rin. sent.	708	inamm.
				172/1983		
-	Stato	Prov. BZ	-	n.d. sent.	317	acc.
				287/1985		
-	Sardegna	Stato	-	ass. sent.	386	inamm.
				358/1985		
-	Lombardia,	Stato	-	rin. sent.	181	inamm.



	Emilia- Romagna			152/1986		
				n.d.		
	Toscana, Umbria, Puglia, Molise					
<b>223/1986</b>	Prov. TN	Stato	124	rin.* sent. 201/1987	341	rig. <i>in parte qua</i>
<b>224/1986</b>	Lombardia	Stato	156	rin.* sent. 201/1987	373	acc. <i>in parte qua</i>
<b>225/1986</b>	Lombardia	Stato	133	rin.* sent. 201/1987	350	rig. <i>in parte qua</i>
<b>241/1986</b>	Lombardia	Stato	162	rig. sent. 1001/1988	871	inamm.
<b>305/1986</b>	Prov. BZ	Stato	215	acc. sent. 798/1988	776	acc.
<b>487/1987</b>	Toscana	Stato	157	rig. sent. 307/1988	255	cess.
-	Trentino-Alto Adige	Stato	-	rin. ord. 244/1988	1119	manif. inamm.
-	Sardegna	Stato	-	ass. sent. 626/1988	1130	rig.
-	Sardegna	Stato	-	ass. sent. 627/1988	1229	rig.
-	Molise	Stato	-	ass.- rig. sent. 977/1988	320	rig.
-	Lombardia	Stato	-	n.d. sent. 30/1989	180	acc.
<b>1040/1988</b>	Stato	Sardegna	15	acc. sent. parz. 256/1989	192	acc.

<b>12/1991</b>	Toscana	Stato	73	rig. sent. 148/1991	165	inamm.
-	Piemonte	Valle d'Aosta	-	rin. sent. 51/1991	235	acc.
-	Valle d'Aosta	Stato	-	ass. sent. 383/1991	156	acc.
-	Prov. BZ	Stato	-	n.l.p.sent. 228/1993	185	acc.
<b>230/1993</b>	Emilia- Romagna	Stato	53	n.l.p.ord. 287/1993	93	est.
-	Sicilia	Stato	-	n.d. sent. 209/1994	150	rig.
-	Prov. TN BZ	eStato	-	rin. sent. 417/1994	230	rig.
-	Puglia	Stato	-	ass. sent. 127/1995	99	acc. parz.
-	Campania	Stato	-	n.d. sent. 36/1995	235	rig. cess.
-	Sicilia	Stato	-	n.d. sent. 199/1998	470	cess.
-	Friuli- Venezia Giulia	Stato	-	ass. sent. 422/1998	407	acc.
-	Lombardia	Stato	-	rin. sent. 392/1999	647	acc.
<b>41/2001</b>	Sicilia	Stato	998	acc. sent. 133/2002	1432	acc.
-	Prov. TN Trentino-Alto Adige	Stato	-	ass. sent. 292/2001	272	rig.

<b>102/2001</b>	Stato	Lombardia	121	rig. ord.	388	est.
				444/2001		
<b>535/2002</b>	Lombardia	Stato	7	rig. sent.	515	acc.
				129/2004		
-	Emilia-Romagna	Stato	-	ass. sent.	225	acc.
				88/2003		
<b>195/2004</b>	Emilia-Romagna	Stato	183	rig. sent.	205	acc.
				233/2004		
-	Sicilia	Stato	-	ass. sent.	1090	acc.
				337/2005		
-	Toscana	Stato	-	ass. sent.	168	acc.
				21/2006		
-	Lombardia	Stato	-	ass. sent.	569	acc.
				31/2006		
<b>152/2006</b>	Toscana	Stato	57	acc. ord.	533	est.
				332/2007		
-	Sardegna	Stato	-	ass. sent.	100	inamm.
				2/2007		
-	Emilia-Romagna	Stato	-	n.d. ord.	256	cess.
				41/2007		
-	Valle d'Aosta	Stato	-	n.d. sent.	219	rig.
				66/2007		
-	Valle d'Aosta	Stato	-	n.d. ord.	113	est.
				230/2007		
-	Sicilia	Stato	-	ass. sent.	208	inamm.
				380/2007		
-	Lombardia	Stato	-	rin.* ord.	643	rig.
				370/2010		
-	Puglia	Stato	-	ass. sent.	126	acc.
				255/2011		

-	Puglia	Stato	-	ass. sent.	176	acc.
				264/2011		
<b>302/2011</b>	Campania	Stato	34	rig. sent.	181	inamm.
				81/2012		
-	Sicilia	Stato	-	sent.	246	inamm.
				319/2011		
-	Puglia	Stato	-	n.d. ord.	212	est.
				42/2012		
-	Sardegna	Stato	-	n.d. sent.	219	rig.
				9/2013		
-	Sardegna	Stato	-	ass. sent.	384	inamm.
				52/2013		
-	Sicilia	Stato	-	ass. sent.	262	inamm.
				144/2013		
-	Prov. BZ	Stato	-	ass. sent.	311	inamm.
				252/2013		
-	Sicilia	Stato	-	ass. sent.	540	inamm.
				71/2014		
-	Campania	Stato	-	ass. sent.	930	improc.
				258/2014		
-	Basilicata	Stato	-	ass. sent.	181	inamm./rig.
				263/2014		
-	Calabria	Stato	-	ass. ord.	175	inamm.
				15/2015		
-	Sicilia	Stato	-	n.d. sent.	1319	acc./inamm.
				103/2016		
-	Abruzzo	Stato	-	ass. sent.	729	acc.
				198/2017		
-	Puglia	Stato	-	ass. ord.	728	inamm.
				202/2017		

-	Calabria	Stato	-	ass. sent.	183	rig.
				200/2019		
-	Sicilia	Stato	-	ass. sent.	241	rig.
				17/2020		
-	CODACONS	Lombardia-		ass. ord.	97	manif.
		Veneto		175/2020		inamm.
-	Stato	Lazio	-	ass. sent.	214	acc.
				240/2020		

Per il computo dei tempi si è tenuto conto, quale termine iniziale, della data del deposito del ricorso (o dell'istanza se successiva) e quale termine finale quello del deposito dell'ordinanza (o della sentenza). **Legenda:** *ut supra*.



## BIBLIOGRAFIA

ACCORDINO P., *Considerazioni in tema di non impugnabilità dell'ordinanza collegiale di sospensione cautelare nel processo tributario: una scelta viziata dalla asistematicità*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1, 2008, p. 31 ss.;

ACONE M., *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 321 ss.;

ADAMO U., *L'amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, n. 3, 2015;

ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Unione eur.*, 2001, p. 41 ss.;

—, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Giuffrè, Milano 1997;

ANDOLINA I., VIGNERA G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Giappichelli, Torino 1997;

ANDREIS M., *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 1996;

—, *Pregiudizialità costituzionale e (mera) sospensione*, in *Urb. app.*, n. 1, 2015, p. 47 ss.;

ANDRIOLI V., *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 398 ss.;

—, *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli 1964;

ANGIOLINI V., *Nuovi sbocchi o nuovi problemi nel rapporto tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo?*, in *Le Regioni*, 1985, p. 188 ss.;

ANZON A., *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino 2002;

ARIETA G., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Vol. III, Tomo I, in L. MONTESANO, G. ARIETA (a cura di), *Trattato di diritto processuale civile*, Cedam, Padova 2005, p. 702 ss.;

—, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2041 ss.;

—, *I provvedimenti d'urgenza*, Cedam, Padova 1985;

AZZENA A., *Irreparabilità del danno e «gravi ragioni» per la sospensione nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1980, p. 142 ss.;

AZZENA L., *La rilevanza: nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli 2012;

—, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una (parziale) soluzione*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino 2016, p. 91 ss.;

—, *Valorizzazione degli elementi di diffusione del sistema di giustizia costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D’Orazio, Giappichelli, Torino 2002;

—, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1993, III, 366 ss.;

BAILO F., *Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, n. 2, 2017, p. 449 ss.;

—, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, n. 1, 2016, p. 206 ss.;

BALBI C.E., voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 73 ss.;

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2012;

—, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2011;

BARAV A., *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, vol. II, Giuffrè, Milano 1998, p. 1 ss.;

—, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L’Europe et le droit. Mélanges en l’hommage à Jean Boudouis*, Dalloz, Paris 1991, p. 1 ss.;

—, *Enforcement of Community Rights in the National Courts: The Case for jurisdiction to grant an Interim Relief*, in *Comm. mar. law rev.*, 1989, p. 369 ss.;

—, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in *RTDE*, 1985, p. 313 ss.;

—, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Cab. dr. eur.*, 1978, p. 265 ss.;

BARBIERI E.M., *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela “ante causam”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1287 ss.;

BARILE P. [et al.], *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, a cura del Centro nazionale di difesa sociale, Milano 1978;

—, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1978, I, p. 641 ss.;



BARLETTA A., *La riproposizione della domanda cautelare*, Giuffrè, Milano 2008;

BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 3 ss.;

BARTOLE S., *Overruling o qualification di precedente con ordinanza di reiezione della domanda di sospensiva di atto impugnato per conflitto di attribuzioni?*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2001;

—, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte Costituzionale*, in S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, *Regioni e Corte costituzionale. L'esperienza degli ultimi 15 anni*, FrancoAngeli, Milano 1988;

BATTISTI A.M., *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, p. 3338 ss.;

BEHR G., *Reinforcement of the Constitutional Review of Community Act under Article 177 EEC Treaty*, in *Comm. mar. law rev.*, 1988, p. 667 ss.;

—, *Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté*, in *Cah. droit eur.*, 1975, p. 379 ss.;

BELL J., *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne*, in *RFDA*, 1990, p. 920 ss.;

BELLOMIA S., *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 43 ss.;

—, *nota a prima lettura di Corte cost. n. 136/1979*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1979, p. 1081 ss.;

BELLONI P., *Differimento della quiescenza per effetto del c.d. decreto Amato, disparità di trattamento tra lavoratori e provvedimenti d'urgenza*, in *Resp. civ.*, 1994, p. 311 ss.;

BENDA E., KLEIN E., E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2001;

BERKEMANN J., § 32 *Einstweilige Anordnung*, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS, F.-W. DOLLINGER (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2005, p. 527 ss.;

—, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, p. 161 ss.;

BERTI G., *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in *Le Regioni*, 1977, p. 232 ss.;

BETTERMANN K.A., *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, in *Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di C. STARK (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-*

*jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1976, p. 323 ss.;

BLAVATI P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. un. eur.*, IV, 2000, p. 717 ss.;

BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, p. 757 ss.;

—, *Sulle “leggi di reazione”*, in *Le Regioni*, n. 6, 2004, p. 1374 ss.;

—, *Regolamenti statali e attribuzioni legislative delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2, 2001, p. 387 ss.;

—, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996;

—, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992;

BISSARO S., *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2107;

BONICHOT J.C., *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, in *RFDA*, 1990, p. 192 ss.;

BORCHARDT G., *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Comm. mar. law rev.*, 1985, p. 203 ss.;

BORRÈ G., *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, p. 139 ss.;

BOTTINO G., *Il potere di organizzazione degli Enti pubblici: “leale collaborazione” e coordinamento amministrativo nei rapporti tra lo Stato e le Regioni...*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2006, p. 158 ss.;

BOYRON S., NEVILLE BROWN L., *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, in *RFDA*, 1994, p. 77 ss.;

BRAGUGLIA I.M., *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del trattato Cee*, in *Dir. com. scam. int.*, 1978, p. 667 ss.;

BRANCA M., *L'esecuzione «cautelare» della sentenza del TAR in pendenza del ricorso in appello*, in *Giur. cost.*, 1998, VI, p. 3488 ss.;

BRIGUGLIO A., *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3273 ss.;

—, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova 1996;

BRUNELLI G., *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2001, p. 63 ss.;

BROMBERG M., FENGER N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, OUP, Oxford 2010;

CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova 1936;

CAMERLENGO Q., *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Le Regioni*, n. 3, 2012, p. 559 ss.;

CAMMEO F., *L'impugnabilità dei decreti di sospensione emessi da una G.p.a.*, in *Giur. it.*, III, 1911, p. 15 ss.;

CAMPANILE G., *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 124 ss.;

CANNADA BARTOLI E., *Processo cautelare amministrativo e doppio grado di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 548 ss.;

CAPONI R., *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1250 ss.;

CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1957;

CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 83 ss.;

—, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2554 ss.;

—, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo «ius commune»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 353 ss.;

—, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, p. 1885 ss.;

CARETTI P., *Il contenzioso costituzionale*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, Bologna 2003;

CARLASSARE L., *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1488 ss.;

CARNELUTTI F., *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile*, vol. I, *Del Processo di cognizione*, Cedam, Padova 1926;

CARNEVALE P., «*Ecce iudex in ca(u)sa propria*»: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (Prime riflessioni sulla posizione della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario), in

P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 35 ss.;

CARPI F., *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss.;

CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli 2006, p. 679 ss.;

CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, BUP, Bologna 2020;

CASSARINO S., *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, I, p. 1225 ss.;

CECCHETTI M., *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Giappichelli, Torino 2000, p. 339 ss.;

CERRI A., *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2019;

—, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012;

—, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2444 ss.;

CERVATI A.A., *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1217 ss.;

CHIARA G., *Il controllo successivo delle leggi regionali si estende anche alla Regione siciliana: un overruling forzato, ma felice*, in *Forum Quad. cost.*, 2015;

CHIEPPA R., *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2010;

CHIOLA C., *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2012, 30 maggio 2012;

CHIOMENTI F., *Un Pretore per gli autoriduttori telefonici*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 7-8, 2, p. 259 ss.;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1° ed., Jovene, Napoli 1933;

—, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Jovene, Napoli 1935;

—, *Principi di diritto processuale civile*, 1° ed., Jovene, Napoli, 1906;

—, *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Jovene, Napoli 1923;

—, *Sulla «perpetuatio iurisdictionis»*, in *Foro it.*, 1923, I, 362 ss.;

CHITI E., *Il ricorso per annullamento e l'effettività della tutela*

giurisdizionale, in *Gior. dir. amm.*, 2002, p. 1170 ss.;

—, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, p. 336 ss.;

CHITI M.P., *La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, a cura di M.A. Sandulli, in *Quad. Foro amm.*, 2005, p. 57 ss.

—, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, p. 897 ss.;

CICCONETTI S.M., *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1869 ss.;

CIPRIANI F., *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 749 ss.;

—, *La Corte costituzionale, il regolamento di giurisdizione e i provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1985, p. 3330 ss.;

—, *Il regolamento di giurisdizione*, Jovene, Napoli 1981;

—, *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione del processo di merito*, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1410 ss.;

—, voce *Sospensione del processo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giuridica Treccani*, XXXIV, Roma 1992, p. 1 ss.;

CLEMENS T., *Art. 100 Richtervorlagen*, in D.C. UMBACH, T. CLEMENS (a cura di), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2002;

COCOZZA V., *La questione di legittimità in sede cautelare. Una recente vicenda ripropone un problema da risolvere*, in *Forum Quad. cost.*, n. 6, 2015, 19 giugno 2015;

—, *Conflitto di attribuzioni, giudizio amministrativo, sindacato sul corretto esercizio del potere*, in *Le Regioni*, 1986;

CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Giuffrè, Milano, 1942;

CONSOLO C., *Il processo amministrativo fra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1265 ss.;

—, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Giappichelli, Torino 1998;

—, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1123 ss.;

—, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in

- Dir. proc. amm.*, n. 2, 1991, p. 261 ss.;
- , *La tutela cautelare “ritrovata” (fra le pieghe pretorie dell’ordinamento della giurisprudenza amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 323 ss.;
- , *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 535 ss.;
- CONZUTTI A., *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia di sospensiva*, in *Le Regioni*, n. 3, 2021;
- CORASANITI G., *Ancora sul riconoscimento della tutela cautelare nei gradi successivi al primo: brevi note a margine di un intervento della Corte di Cassazione*, in *Dir. prat. trib.*, n. 4, 2012, p. 744 ss.;
- COREA U., *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 2072 ss.;
- CORVAJA F., *Lo straniero e i suoi giudici*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 2, 2020, p. 141 ss.;
- COUZINET J.F., *Le renvoi en appréciation de validité devant la Court de Justice des Communautés européennes*, in *RTDeur*, 1976, p. 648 ss.;
- COZZOLINO L., *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l’astensione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 293 ss.;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. Volume II. L’ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 1984;
- , *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 206 ss.;
- , *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 ss.;
- CURRERI S., *Non varcate quella soglia!*, in *Forum Quad. cost.*, 2006;
- DAL CANTO F., *Il sistema giustizia alla prova dell’emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021;
- , *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D’Orazio, Giappichelli, Torino 2002, p. 145 ss.;
- DAL CANTO F., ROSSI E., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino 2005;
- DALMOTTO E., *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 267 ss.;
- D’AMICO G., *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, in *Quad. cost.*, n. 1,

2015, p. 157 ss.;

—, *Dal primo Statuto all'ultimo Commissario. Variazioni sul tema dell'impugnazione delle leggi siciliane*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 484 ss.;

D'AMICO M., *Le modifiche al processo costituzionale nell'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in B. CARAVITA, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano 2004;

—, *Corte costituzionale e riforma costituzionale del titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *Il DDL La Loggia*, in *Federalismi.it*, 6 maggio 2002;

—, *Un'importante questione di costituzionalità sulla tutela ante causam davanti al giudice amministrativo fra le strettoie del giudizio costituzionale incidentale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1998 ss.;

D'AMICO M., FIANO N., *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2020, p. 161 ss.;

DÄNZER-VANOTTI W., *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, in *BB*, 1991, p. 1015 ss.;

DE ANGELIS P., *Collocamento a riposo dei docenti di materie cliniche: commento a Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 83*, in *Forum Quad. cost.*, n. 7, 2014;

DEGENHART C., *GG Art. 100 Richtervorlagen zum Bundesverfassungsgericht*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck, München 2014;

DELLA VALLE F., *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 884 ss.;

DE PRETIS A., *Gli strumenti europei di finanziamento all'esame di Karlsruhe*, in *Diritti comparati*, <[www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)>, 6 maggio 2021;

DE SCHUTTER O., *Les mesures provisoires devant la Court de Justice des Communauté Européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, in G. COHEN-JONATHAN (a cura di), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, J.F. Flauss, Brussels 2005, p. 93 ss.;

DEDERER H.-G., *GG Art. 100*, in R. HERZOG, H.H. KLEIN, U. DI FABIO, H.-J. PAPIER, F. KIRCHHOF, H. KUBE, C. LANGENFELD (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, CH. Beck, München 2017;

DICKMANN R., *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14*

gennaio 2021, n. 4), in *Federalismi.it*, n. 4, 2021;

DI COSIMO G., *Nuova disciplina del controllo sulle leggi regionali. Il caso delle Regioni a statuto speciale*, in *Ist. fed.*, n. 2, 2002, p. 355 ss.;

DI COSIMO G., MENEGUS G., *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, Special Issue, n. 1, 2020;

DI PALMA E., *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, I, p. 148 ss.;

DOLLINGER F.-W., § 80 [Vorlage-Beschluß], in D.C. UMBACH E T. CLEMENS (a cura di) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2005;

DRAGO F., *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *Federalismi.it*, 2003;

EHLE X., *Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Gemeinschaftsorgane*, in *18 Monatschrift für deutsches Recht*, 1964;

ERICHSEN H.-U., *Die konkrete Normenkontrolle*, in *Jura*, 1982;

—, *Die einstweilige Anordnung*, in C. STARK (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Mohr Siebeck, Tübingen 1976;

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 298 ss.;

—, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 831 ss.;

—, *«Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 329 ss.;

ESPOSITO M., *Tutela cautelare e processo tributario*, in *Giur. cost.*, 2000, IV, p. 1483 ss.;

—, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1833 ss.;

FALCON G., *Intervento*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 157 ss.;

FALZONE G., *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano 1967;

FERRACUTI J., *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato. Verso l'estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021;



FIGORILLI F., *Le ordinanze c.d. soprassessorie in tema di sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1990;

FINKELNBURG K., DOMBERT M., KÜLPMANN C., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, München 2011;

—, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, München 2008;

FINKELNBURG K., JANK K.P., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, C.H. Beck, München 1998;

FINOCCHIARO G., *Riflessioni minime in tema di effettività della tutela costituzionale e della necessità della sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati (osservazione a C. cost. 15 giugno 2011 n. 190)*, in *Giustizia civile*, n. 7, 2011, I, p. 1652 ss.;

FIORILLO L., *La Corte costituzionale introduce nel processo amministrativo la tutela cautelare atipica (nota a C. cost. 28 giugno 1985, n. 190)*, in *Foro amm.*, 1986, 9, p. 1675 ss.;

FOLLIERI E., *Sentenza di merito «strumentale» all'ordinanza di sospensione di atto negativo; «effetto di reciprocità» e adozione, da parte del giudice amministrativo, dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela di interessi pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 117 ss.;

FRANCARIO F., *Processo amministrativo e definitività dei provvedimenti cautelari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 744 ss.;

FUCHSLOCH C., *Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?*, in *NVwZ*, 1991, p. 442 ss.;

FUSCO A., *Un problema di civic constitutional culture: la legittimazione del giudice costituzionale tra nuovi canali di dialogo con la società civile e l'effettiva conoscibilità dell'organo e della sua fisiologia*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2020;

GAETANI E., *La nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2008, p. 3195 ss.;

GAMBARDELLA M., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. 'legge Severino'*, in *Giur. Pen.*, n. 5, 2016, p. 1884 ss.;

GARBAGNATI E., *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Cedam, Padova 1950, p. 191 ss.;

GARCÍA DE ENTERRIA E., *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contro el derecho: la Sentencia Zuckerfabrick del Tribunal de Justicia*

*de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991*, in *Rev. esp. der. adm.*, 1991, p. 537 ss.;

GASPARINI CASARI V., *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 1983, p. 120 ss.;

—, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, S.T.E.M. Mucchi, Modena 1982;

GEIGER W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin-Frankfurt am Main 1952;

GERONTAS A., *Das konkrete Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *DVBl.*, 1981, p. 1089 ss.;

GIANGASPERO P., *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2021;

GIACOLI NACCI P., *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, in *AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano 1988;

GIORDANO R., *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2009, 2, p. 299 ss.;

—, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2647 ss.;

GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli 1999;

GIOVAGNOLI R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. appal.*, n. 2, 2002, p. 224 ss.;

GIOVANNINI A., *L'interpretazione secundum constitutionem come strumento di riforma del processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3, 2013, p. 1057 ss.;

GLAESNER A., *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *Eur. Recht*, 1990, p. 143 ss.;

GLENDI C., *Verso la costituzionalizzazione della tutela cautelare oltre il primo grado*, in *Corr. trib.*, 2010, p. 2401 ss.;

—, *La tutela cautelare del contribuente nel processo tributario riformato (Articolo 47 del d.lgs. n. 546 del 1992 e norme complementari)*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 21 ss.;

GOERLICH H., *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, in *JZ*, 1983, p. 57 ss.;

GOLETTI G.B., *I procedimenti sommari nazionali e comunitari e la validità degli atti comunitari*, in *Foro amm.*, 1998, p. 308 ss.;

GRAGNANI A., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma 2012;

—, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2010, p. 3965 ss.;

—, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss.;

—, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, Tesi di dottorato discussa il 16 dicembre 2004 nel corso di *Dottorato in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* dell'Università di Pisa, pubblicata in *www.forumcostituzionale.it* - Sezione Paper, 28 giugno 2004;

—, *I conflitti di attribuzione tra poteri: la tutela cautelare*, in G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI, P.P. SABATELLI (a cura di), *Le Norme Integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*. Atti del Seminario del 26 ottobre 2001, Giappichelli, Torino 2002, p. 136 ss.;

GRANDERATH R., *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, p. 542 ss.;

GRASSI S., voce *Conflitti costituzionali*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino 1989;

—, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e regioni e tra regioni*, Giuffrè, Milano 1985;

GRABHOF K., § 32, in T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. KLEIN, G. ULSAMER, F. BETHGE (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München 2013;

GRAVELLS N.P., *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, p. 180 ss.;

GRAY C., *Interim Measures of Protection in the European Court*, in *Eur. Law Rev.*, 1979, p. 80 ss.;

GREMENTIERI V., *Le misure cautelari nel processo comunitario*, in *Jus*, 1988, p. 91 ss.;

—, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. com. sc. int.*, 1979, p. 1 ss.;

GROTTANELLI DE' SANTI G., *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e le regioni*, Giuffrè, Milano 1961;

GRUNSKY W., *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss.;

- , *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *JuS*, 1976, p. 277 ss.;
- GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 356 ss.;
- HÄBERLE P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, trad. it. di A. D'Atena, Giuffrè, Milano 2000;
- HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Deichert, Leipzig 1913;
- HILLGRUBER C., GOOS C., *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2015;
- HUBER B., *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, in *NVwZ*, 1994;
- HUBER N., *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, GCA, Herdecke 1999;
- JOLIET R., *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 253 ss.;
- KRUSE A., *Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OVG NRW vom 23. 10. 1990*, in *DÖV*, 1991, p. 1002;
- LABAYE H., *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *RFDA*, 1992, p. 619 ss.;
- LA CHINA S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, Jovene, Napoli 1970;
- LAMARQUE E., *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021;
- , *Art. 9*, in EAD., P. CAVALERI, *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Milano 2004;
- , *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 96 ss.;
- LAVAGNA C., *Conflitto incidentale e giudizio di legittimità*, in *Foro amm.*, 1957, p. 190 ss.;
- LAZZARA P., *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 1167 ss.;

LECHNER H., ZUCK R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, C.H. Beck, München 2015;

LEIPOLD D., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, C.H. Beck, München 1971;

LEHNER E., *La Corte costituzionale e il decreto "salva-liste"*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2010, p. 1201 ss.;

LEONARDI R., *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 2010;

—, *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm.*, 2004, p. 1226 ss.;

LIEBMAN E.T., *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, p. 540 ss.;

—, *Sulla sospensione "propria" ed "impropria" del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 153 ss.;

—, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 248 ss.;

—, *Il giudice, la Costituzione e la legge Silana*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 19 ss.;

LIMBERTI L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti provvisori cautelari "positivi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 991 ss.;

LIPARI M., *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2017;

LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 896 ss.;

—, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2225 ss.;

LO CALZO A., *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica (Osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2021;

LOLLI I., *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti tra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3, 1997, p. 1735 ss.;

LONGHI L., *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*,

in *Federalismi.it*, n. 3, 2016;

LONGO E., *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino 2017;

LOSANA M., *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino 2015;

—, *La tutela, in sede cautelare, dei diritti costituzionali disconosciuti da una legge ordinaria: la sottile (ma pur sempre praticabile) distinzione tra interpretazione conforme e disapplicazione della legge*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1993;

LUDOVICO G., *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità nel regime transitorio di cessazione degli incarichi dirigenziali di livello generale, in Lavoro nella P.A.*, 2003, p. 339 ss.;

LUMETTI M.V., *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam, Milano 2012;

LUTHER J., *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, p. 159 ss.;

MAGIONCALDA M., *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in P. COSTANZO (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1995, p. 105 ss.;

MALFATTI E., *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino 2011;

MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016;

E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino 1996;

MANDRIOLI C., *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 657 ss.;

MANFRELLOTTI R., *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2014, VI, p. 4678 ss.;

—, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3740 ss.;

MANGIA A., *I 'referendum' regionali e la sovrapposizione tra "diritto" e "politica"*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2001, p. 1670 ss.;

MANGIONE G., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*,

Giuffrè, Milano 1999;

—, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Giuffrè, Milano 1994;

MANNELLI L., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni*, in *Associazione per gli Studi e le Ricerche parlamentari, Quaderno n. 4, Seminario 1993*, Giuffrè, Milano 1994;

MANNINO A., *La “Rosa nel pugno” davanti alla Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2006, p. 564 ss.;

MARCELLI F., GIAMMUSSO V. (a cura di), *La legge 5 giugno 2003, n. 131: Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3; commento agli articoli con i lavori preparatori su CD*, Senato della Repubblica. Servizio Studi, Roma 2003;

MARCHESE C., *Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1, 2016, 30 gennaio 2016;

MAROLDA G., *La non irragionevolezza della “legge Severino”: nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 1, 2016, 30 gennaio 2016;

MARONE F., *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Editoriale scientifica, Napoli 2011;

MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano 2005;

MARZIALE B., *Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1357 ss.;

MASING J., *Das Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung*, in *NJW*, 1990, p. 1830 ss.;

MASSA M., [Sentenze nn. 189 e 190 del 2011] *L'istanza cautelare è assorbita e qualcuno (forse) ci lascia le penne*, in *Diritti regionali*, 21 giugno 2011;

—, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2002, p. 255 ss.;

MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union*, Giappichelli, Torino 2018;

—, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è “più realista del re”?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 92 ss.;

MASUCCI A., *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 1155 ss.;

MAZZAROLLI L.A., *Sulla sospensione degli effetti della legge nel giudizio*

*principale: una disposizione illegittima o inutile*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, vol. IV di *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli 2009, p. 1429 ss.;

MEHDI R., *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, in *RTDeur*, 1996, p. 77 ss.;

MENEGUS G., *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ord. n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Le Regioni*, n. 3, 2021;

—, *La sospensione di diritto ex "legge Severino" supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. n. 276/2016*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017;

—, *L'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale alla luce della decisione sul ricorso "Onida - Randazzo"*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2017, 19 gennaio 2017;

—, *Giudizio di costituzionalità pendente e translatio iudicii*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016;

—, *Misura cautelare ad tempus nella tutela di diritti di rilievo costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2014, p. 915 ss.;

MEZZANOTTE C., *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990;

MEZZANOTTE M., *Partiti politici e legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?*, in *Forum Quad. cost.*, 2009;

MILAZZO P., *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1, 2007, p. 153 ss.;

MINISCALCO N., *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021;

MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1729 ss.;

MONTANARI M., *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 151 ss.;

MONTELEONE G., *Introduzione*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Giuffrè, Milano 2004;



- , *Leggi incostituzionali, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 146 ss.;
- MONTESANO L., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss.;
- , *Provvedimenti d'urgenza "ante causam" nei giudizi amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 1192 ss.;
- , *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile. (Artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.)*, Jovene, Napoli 1955;
- MOR G., *La sentenza sospesa*, in *Le Regioni*, 1980;
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano 2001;
- , *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 825 ss.;
- MORSELLI C., *La Consulta bocchia l'art. 13 d.l. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) sul veto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo ma lo scrutinio ablativo risulta monopolizzato dal parametro dell'art. 3 C. (in un cono d'ombra l'art. 10, co. 3, C.)*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2020;
- MORTATI C., *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, III, Giuffrè, Milano 1969;
- , *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano 1968;
- MORVIDUCCI C., *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova 2004;
- , *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 705 ss.;
- MOSCHELLA G., *Referendum consultivi regionali: la Corte ci ripensa?*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2001, p. 644 ss.;
- MÜLLER-TERPITZ R., *BVerfGG § 80 [Vorlage]*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, G. ULSAMER, R. MELLINGHOFF, D. HÖMIG, K. GRASSHOF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, C.H. Beck, München 2017;
- MUSCARDINI M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 1057 ss.;
- VON MUTIUS A., *Zum Verhältnis zwischen vorläufigem verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz, Wahlprüfungsverfahren und Ververfungsmonopol des Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG*, in *VerwArch*, 1977, p. 197 ss.;

NARDOCCI C., *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2015, p. 160 ss.;

NICOTRA GUERRERA I., *Pregiudizialità costituzionale e doppio grado di giudizio nel processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 33 ss.;

NIGRO M., *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 1297 ss.;

NOCERINO GRISOTTI A., *Ancora sui rapporti tra tutela giurisdizionale e conflitto di attribuzioni*, in *Le Regioni*, 1980;

NOCILLA D., *osservazione a Corte cost. n. 94 del 1980*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1980, p. 736 ss.;

—, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2003 ss.;

OLIVER P., *Interim Measures: Some Recent Developments*, in *Comm. mar. law rev.*, 1992, p. 7 ss.;

ONIDA V., *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione. Profili processuali*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano 1988, p. 181 ss.;

—, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 515 ss.;

—, *Conseguenza processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1035 ss.;

—, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano 1967;

ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Società Editrice Libreria, Milano 1901;

PACE A., *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3748 ss.;

—, *«Effettività» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela*, in *Giur. cost.*, II, 1974, p. 3349 ss.;

—, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss.; nonché in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, p. 1197 ss.;

PADULA C., *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi*

*amministrativi e ordinari*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006, Giappichelli, Torino 2007, p. 95 ss.;

—, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Cedam, Padova 2005;

PAGANO F.F., SAITTA A., SAITTA F., *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020;

PAGOTTO C., *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano 2008;

PAIS ANTUNES L.M., *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, in *Yearbook of European law*, 1993, p. 83 ss.;

PAJNO S., *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, p. 453 ss.;

PALEOLOGO G., *Sospensione dell'esecuzione: II) Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1993, XXX, p. 8 ss.;

—, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Cedam, Padova 1971;

PALERMO F., *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova 2009;

PANUNZIO S., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Cedam, Padova 1970;

PANZAROLA A., GIORDANO R., *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna 2016;

PANZERA C., *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 347 ss.;

PARIS D., *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Giappichelli, Torino 2013;

PASSAGLIA P., *«Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (sito precedente), ora anche in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Vol. V, Giappichelli, Torino 2011;

PASTOR B., VAN GRINDERACHTER E., *Le procédures en référé*, in *RTDeur*, 1989;

A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo». Profili problematici e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli 2012;

PEREZ R., *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, p. 340 ss.;

- PERRONE D., *La sospensione cautelare nel giudizio costituzionale spagnolo: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011;
- PENSOVECCHIO LI BASSI A., *Il conflitto di attribuzioni*, Giuffrè, Milano 1957;
- PESCATORE P., *Le mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris 1987;
- , *The Protection of Human Rights in the European Communities*, in *Comm. mar. law rev.*, 1972;
- PESTALOZZA C., *Verfassungsprozessrecht*, C.H. Beck, München 1991;
- , *Einstweilige Anordnung statt Richtervorlage?*, in *NJW*, 1979, p. 1341 ss.;
- , *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, *DÖV* 1976, 678, in *JuS* 1978, p. 312 ss.;
- PICARDI N., *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 324 ss.;
- PICIOCCHI P., *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*, in *Giur. cost.*, 2008, VI, p. 4615 ss.;
- PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962;
- PIETZCKER J., *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in J. IPSEN, H.-W. RENGELING, J.M. MÖSSNER, A. WEBER (a cura di), *Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1995, p. 623 ss.;
- PIGNATELLI N., *Le «interazioni» tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Giappichelli, Torino 2008;
- , *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *Federalismi.it*, n. 6, 2021;
- PINARDI R., *Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020*, in *Consulta Online*, n. 3, 2020;
- PINARDI R., SCAGLIARINI S., *La durata del processo della Corte nei conflitti tra poteri dello Stato: spunti e riflessioni a partire da una ricerca empirica*, in *Consulta Online*, n. 2, 2020;
- PINELLI C., *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3739 ss.;
- , *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in F. BASSANINI (a cura di),

Legge "La Loggia". *Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, Rimini 2003;

PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 1992;

—, *Brevi note sulla "sospensiva" nel conflitto tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 71 ss.;

PIZZORUSSO A., *Conflitto*, voce *Novissimo Digesto*, App. vol. II, Utet, Torino 1981;

—, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Jovene, Napoli 1979, p. 295 ss.;

—, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 1, 1972, p. 57 ss.;

POLI M.D., *Il procedimento in via incidentale in Germania: das konkrete Normenkontrollverfahren*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, I, p. 464 ss.;

—, *Sindacato concreto di conformità e integrazione multi-direzionale*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, III, p. 1487 ss.;

POTOTSCHNIG U., *nota a ord. 83/1978*, in *Le Regioni*, 1979, p. 139 ss.;

PREDIERI A., *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi editore, Firenze 1966, p. 173 ss.;

PROTO PISANI A., *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V;

—, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli 2003;

—, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, p. 65 ss.;

—, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 21 ss.;

—, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma 1992;

—, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16 ss.;

—, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 1881 ss.;

—, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare e di potere di sospensione dei giudici tributari*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1216 ss.;

—, *Una macroscopica manifestazione di sottocultura urbanistica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1974, p. 3338 ss.;

PUGIOTTO A., *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, in *Giur. cost.*,

1989, p. 2174 ss.;

PUPPO V., *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Le Regioni*, n. 2, 2016, p. 361 ss.;

QUERZOLA L., *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel regolamento Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1479 ss.;

—, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di provvedimento anticipatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787 ss.;

—, *Colpo d'ariete della Corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 353 ss.;

—, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 317 ss.;

—, *La Corte di giustizia come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 266 ss.;

—, *La parola alla Corte di giustizia sulla tutela cautelare amministrativa ante causam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 701 ss.;

—, *L'atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della cautela amministrativa ante causam?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1431 ss.;

—, *Il reclamo cautelare approda ai giudizi innanzi ai Tribunali delle acque, tra processo civile e processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1239 ss.;

—, *La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 821 ss.;

—, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 501 ss.;

—, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 173 ss.;

RANDAZZO B., *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2000, p. 1335 ss.;

RANDAZZO B., ONIDA V., *Note minime sull'illegittimità del quesito referendario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016;

RANDAZZO F., *Poteri di sospensione del giudice di secondo grado in pendenza del ricorso in cassazione: un importante passo in avanti verso la pienezza della tutela cautelare*, in *Riv. giur. trib.*, 2010, p. 841 ss.;

RAUTI A., *“Il diario degli errori”. Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2020;

—, *Le nuove “Norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2010;

RECCHIONI S., *Diritto processuale cautelare*, Giappichelli, Torino 2015;

—, *Il processo cautelare uniforme*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, Giappichelli, Torino 2005;

—, *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione fra eventi*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, vol. II, Giuffrè, Milano 2005, p. 1431 ss.;

REPETTO G., *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2020, p. 18 ss.;

—, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2017;

—, *La Corte mette fine al controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi siciliane (e si riappropria delle sue funzioni)*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2014, p. 4501 ss.;

RIDOLA P., *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2006, p. 668 ss.;

RIVOSECCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2016, p. 2385 ss.;

—, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso “Onida-Randazzo” al Tribunale civile di Milano*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2017;

ROCCO F., *Il rimedio della sospensione della esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Cedam, Padova 1940;

RODRÍGUEZ IGLESIAS G.C., *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 5 ss.;

ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2491 ss.;

ROMANO A.A., *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1070 ss.;

ROMANO V., *Giudizio cautelare e incidente di legittimità costituzionale*, in *Rass. avv. st.*, n. 1, 2014;

ROMBOLI R., *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivizzazione" dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2010;

—, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Giuffrè, Milano 2004, p. 71 ss.;

ROMBOLI R., TARCHI R., *La giustizia costituzionale in Spagna*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, p. 285 ss.;

ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci, Bari 2015;

RONCO A., *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2739 ss.;

ROSSI E., *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2021;

—, *Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 473 ss.;

—, *Le parti necessarie nel giudizio in via principale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 1998, p. 191 ss.;

—, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 338 ss.;

ROSSI M., *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, p. 1234 ss.;

ROSSI S., *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2020;

RUGGERI A., *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in *Riv.*



*Gruppo di Pisa*, n. 3, 2016, 30 settembre 2016, (anche in *Consulta Online*, n. 3, 2016);

—, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Giuffrè, Milano 2004;

—, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. CARAVITA, *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano 2004;

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019;

—, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014;

SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2006;

SAITTA N., *I procedimenti in camera di consiglio nel nuovo regolamento di procedura davanti alla Corte Costituzionale (Prime impressioni a caldo)*, in *Giustizia amministrativa*, n. 4, 2008, p. 127 ss.;

—, *I procedimenti in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa*, Giuffrè, Milano 1980;

SAITTO F., *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli 2002, p. 43 ss.;

SALVAGO M., *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2010, 10 febbraio 2010;

SANDULLI A.M., *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, p. 41 ss.;

SAPORITO G., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, Jovene, Napoli 1982;

SASSANI B., *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela d'urgenza*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1822 ss.;

SATTA S., *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, p. 132 ss.;

SCARSELLI G., *Virgilio Andrioli, giudice della Corte costituzionale*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2006, p. 413 ss.;

SCHMIDT-ARMANN E., *GG Art. 19 Abs. 4*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (a

cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, München 2017;

SCHMITT T., *Richtervorlagen in Eilverfahren? Ein Beitrag zum Verhältnis verfassungsgerichtlicher konkreter Normenkontrollverfahren und „Vorabentscheidungsverfahren“ nach Art. 177 EG-Vertrag zu Verfahren des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach VwGO*, Duncker & Humblot, Berlin 1997;

SCHOCH F., *Einstweilige Anordnung*, P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, p. 695 ss.;

—, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg 1988;

SCHOCH F., WAHL R., *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, C.F. Müller, Heidelberg 1995, p. 265 ss.;

SCHNEIDER K., § 32 *Einstweilige Anordnung*, in C. BURKICZAK, F.-W. DOLLINGER, F. SCHORKOPF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg 2015, p. 492 ss.;

SCHUMANN R., *Deutscher Richter und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *ZZP*, 1965, p. 77 ss.;

SCOCA F.G., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 311 ss.;

SCUDIERO M., *Linee propositive*, in S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, *Regioni e Corte costituzionale. L'esperienza degli ultimi 15 anni*, FrancoAngeli, Milano 1988;

SERENO G., *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2015;

SELVAGGI C., *Conflitti di attribuzioni e questioni incidentali di competenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1040 ss.;

—, *I conflitti di attribuzioni tra Stato e regioni e tra regioni*, in *Foro it.*, 1956, IV, p. 134 ss.;

SICA M., *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia della Cee*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1110 ss.;

SILVESTRI G., *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1994;

SIMON D., BARAV A., *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Rev. mar. com. un. eur.*, 1990, p. 593 ss.;

SINANIOTIS D., *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, Kluwer, The Hague 2006;

SLUSNY M., *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in RBDI, 1967, p. 127 ss.;

SOBRINO G., *Misure "anti-Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria (nota a T.A.R. Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020;

SORRENTINO F., *La giurisprudenza della Corte nei conflitti tra lo Stato e le Regioni*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986), Giuffrè, Milano 1988;

—, *Art. 137 (quinta parte)*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro it., Bologna-Roma 1981;

SPADARO A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990;

STRAZZARI D., *Access to Justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, n. 3, 2018, p. 157 ss.;

TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.;

—, *Tutela d'urgenza e giurisdizione sul pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 1, p. 511 ss.;

TESAURO G., *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 996 ss.;

TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 13 ss.;

—, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi Allievi*, Jovene, Napoli, 1979, p. 360 ss.;

TOMASEVIC D.A., *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des États membres de la Communauté européenne*, in *Rev. Marché Un. Eur.*, 1999;

TOMMASEO F., *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *Studi in onore di C. Punzi*, vol. III, Giappichelli, Torino 2008, p. 409 ss.;

—, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss.;

—, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano

1986, p. 856 ss.;

TORRETTA P., «Legge Severino»: la Corte conferma la sua legittimità costituzionale, in *Quad. cost.*, n. 1, 2017, p. 129 ss.;

—, *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, n. 3, 2016, p. 258 ss.;

TRAVI A., *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3249 ss.;

TRISORIO LIUZZI G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 727 ss.;

—, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari 1987;

TROCKER N., “Civil Law” e “Common Law” nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 421 ss.;

—, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'“azione” nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35 ss.;

—, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'“azione” nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 439 ss.;

—, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.;

—, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1974;

TRUCCO L., *La regolamentazione della caccia tra complessità (del presente) e continuità (col passato)*, in *Consulta Online*, Studi, 2012;

ULSAMER G., MÜLLER-TERPITZ R., *BVerfGG § 81 [Entscheidung]*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, G. ULSAMER, R. MELLINGHOFF, D. HÖMIG, K. GRASSHOF (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, C.H. Beck, München 2017;

UMBACH D.C., CLEMENS T., DOLLINGER F.-W., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2005;

—, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 1992;

UMBACH D.C., CLEMENS T., *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg 2002;

URBAN R., *Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO*, in *NVwZ*, 1989, p. 433 ss.;

VALLEBONA A., *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2757 ss.;

VANDELLI L., *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzioni e giurisdizione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 1815 ss.;

VERDE G., *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, Jovene, Napoli 1970, p. 407 ss.;

VERDUSSEN M., *L'accesso alla Corte costituzionale del Belgio attraverso il ricorso per annullamento*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*. Atti del Convegno di Pisa 19-20 settembre 2008, Giappichelli, Torino 2012, p. 197 ss.;

VIPIANA P., *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensiva di una legge*, in *Le Regioni*, n. 2, 2015, p. 449 ss.;

—, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, n. 6, 2010, p. 1339 ss.;

—, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova 2008;

VIRGA P., *I tribunali amministrativi regionali*, Giuffrè, Milano 1972;

VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2018;

VIZIOLI N., *La giustizia costituzionale in Belgio*, J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, p. 411 ss.;

VULLO E., *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2072 ss.;

—, *Dei procedimenti cautelari in generale. Art. 660 bis-669 quaterdecies*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna 2017;

VUOLO A., *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2021;

—, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale (nota a Corte cost. sent. n. 200 del 2014)*, in *Federalismi.it*, 23, 2014;

—, *Crollo di un altro antico feticcio (nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale)*, in *Forum Quad. cost.*, 2010;

—, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009;

—, *La tutela cautelare nel processo costituzionale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Atti del convegno svoltosi a Siena in data 8-9 giugno 2007, Giappichelli, Torino 2008, p. 155 ss.;

—, *Misure cautelari e sindacato diffuso sulla legge*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2011 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, Torino 2002, p. 545 ss.;

—, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2000, p. 693 ss.;

WADE W., *Injunctive Relief against the Crown and Ministers*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, p. 4 ss.;

ZAGREBELSKY G., voce *Conflitti di attribuzione: I*, in *Enc. giur. Treccani*, Treccani, Roma 2005;

—, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, p. 27 ss.;

—, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988;

—, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1987, p. 521 ss.;

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2018;

ZUCK R., *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, C.H. Beck, München 2017.

Finito di stampare presso la Tipografia *Arti Grafiche Licenziato* (Na)  
nel mese di novembre 2021

