



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN  
"Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali"

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. Giovanni De Cristofaro

**TUTELA CAUTELARE**  
**E**  
**QUESTIONI PREGIUDIZIALI DI LEGITTIMITÀ**  
**COSTITUZIONALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

**Dottorando**

Dott. Menegus Giacomo

---

*(firma)*

**Tutore**

Prof. Bin Roberto

---

*(firma)*

Anni 2014/2017



## PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

|                                   |   |
|-----------------------------------|---|
| <i>BB</i>                         | = <i>Der Betriebs-Berater</i>   |
| <i>Brit. Year. Int. Law</i>       | = <i>British Yearbook of International Law</i>  |
| <i>Cah. dr. eur.</i>              | = <i>Cahiers de droit européen</i>  |
| <i>Comm. mar. law rev.</i>        | = <i>Common Market Law Review</i>   |
| <i>Dir. prat. trib.</i>           | = <i>Diritto e pratica tributaria</i>   |
| <i>Dir. com. scam. int.</i>       | = <i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i>                                |
| <i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>     | = <i>Diritto pubblico comparato ed europeo</i>  |
| <i>Dir. proc. amm.</i>            | = <i>Diritto processuale amministrativo</i>   |
| <i>Dir. un. eur.</i>              | = <i>Il Diritto dell'Unione europea</i>   |
| <i>DÖV</i>                        | = <i>Die Öffentliche Verwaltung</i>   |
| <i>DtZ</i>                        | = <i>Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift</i>  |
| <i>DVBl.</i>                      | = <i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>   |
| <i>EuR</i>                        | = <i>Europarecht</i>  |
| <i>Eur. law. rev.</i>             | = <i>European Law Review</i>  |
| <i>Forum Quad. cost.</i>          | = <i>Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna</i>                                      |
| <i>Gior. dir. amm.</i>            | = <i>Giornale di diritto amministrativo</i>   |
| <i>Giust. civ.</i>                | = <i>Giustizia civile</i>   |
| <i>Giur. cost.</i>                | = <i>Giurisprudenza costituzionale</i>  |
| <i>JZ</i>                         | = <i>JuristenZeitung</i>  |
| <i>Law Quart. Rev.</i>            | = <i>The Law Quarterly Review</i>   |
| <i>NJW</i>                        | = <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>   |
| <i>NVwZ</i>                       | = <i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>  |
| <i>NZA</i>                        | = <i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>  |
| <i>Oss. cost.</i>                 | = <i>Osservatorio costituzionale</i>  |
| <i>Quad. cost.</i>                | = <i>Quaderni costituzionali</i>  |
| <i>Resp. civ.</i>                 | = <i>Responsabilità civile e previdenza</i>   |
| <i>RFDA</i>                       | = <i>Revue française de droit administratif</i>   |
| <i>RGBL</i>                       | = <i>Reichsgesetzblatt</i>  |
| <i>RGZ</i>                        | = <i>Die Entscheidungssammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i> |
| <i>Riv. dir. eur.</i>             | = <i>Rivista di diritto europeo</i>   |
| <i>Riv. dir. proc.</i>            | = <i>Rivista di diritto processuale</i>   |
| <i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i> | = <i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>                                |
| <i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>     | = <i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>  |
| <i>RTDeur</i>                     | = <i>Revue trimestrielle de droit européen</i>  |

#### AVVERTENZE:

Le sentenze della Corte costituzionale sono citate con i soli numero e anno, in ragione dell'agevole reperibilità delle stesse sul sito della Corte ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) o su *Consulta online* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)). Si indica la collocazione in rivista quando si intendono richiamare anche la nota redazionale o eventuali commenti. Le pronunce della Corte EDU sono individuate attraverso gli estremi delle parti, essendo le stesse ritracciabili nel database *HUDOC* sul sito della Corte ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* sono annotate, secondo la tradizione tedesca, facendo riferimento alla raccolta ufficiale *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, edita da J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Il primo numero indica il tomo, il secondo la prima pagina di riferimento, quello tra parentesi la pagina specifica: ad es. *BVerfGE* 104, 51 (61). Per le decisioni più significative ai fini dello sviluppo dell'argomentazione, ci si richiama anche ad ulteriori collocazioni in riviste di più semplice reperibilità (generalmente rintracciabili su [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de)). Le traduzioni dal tedesco sono prevalentemente di chi scrive (le eccezioni sono esplicitate in nota).

# INDICE

|  |    |
|--|----|
| INTRODUZIONE .....   | 9  |
| 1. Obiettivi dell'indagine. ....   | 9  |
| 2. Metodologia e delimitazione del campo d'indagine (esclusione del diritto penale)..... | 12 |

## CAPITOLO I

### IL SIGNIFICATO DELLA TUTELA CAUTELARE TRA CORTE COSTITUZIONALE E ORDINAMENTI SOVRANAZIONALI

|   |    |
|---|----|
| 1. Premessa. ....   | 15 |
| 2. Le prime pronunce della Corte costituzionale in materia cautelare. ....                                | 17 |
| 3. Parziale riconoscimento in relazione alla giurisdizione di annullamento .....                          | 18 |
| 4. <i>Reirement</i> della Corte e disconoscimento del rilievo costituzionale.....                         | 19 |
| 5. Riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare: la sentenza n. 190 del 1985. .... | 23 |
| 6. Il modello costituzionale della tutela cautelare.....  | 25 |
| 7. Tutela cautelare e diritto dell'Unione europea.....  | 29 |
| 8. Tutela cautelare e CEDU. ....  | 32 |

## CAPITOLO II

### TUTELA CAUTELARE E QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

|   |    |
|---|----|
| 1. Premessa. ....   | 36 |
| 2. Il rigetto dell'istanza cautelare.....   | 37 |
| 2.1. La tutela deteriore dei diritti di rilievo costituzionale nella fase cautelare nei confronti della legge illegittima. ....   | 44 |
| 2.2. La 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..... | 46 |
| 2.3. La differente valutazione del punto di diritto del giudice della fase cautelare rispetto a quello del merito.....  | 47 |
| 2.4. L'impossibilità di sollevare la questione dopo il rigetto. ....  | 48 |
| 2.5. L'ipotesi di una distinzione tra situazioni soggettive pre-esistenti alla norma incostituzionale e situazioni frutto di attività creativa del giudice. ....  | 49 |
| 3. La sospensione del procedimento cautelare e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale. ....   | 51 |
| 3.1. La tendenziale inammissibilità della sospensione nei procedimenti cautelari.....   | 54 |
| 3.2. Potenziale irrilevanza (e prevedibile ininfluenza) della questione per insussistenza del <i>periculum in mora</i> . ....   | 57 |
| 3.3. Due tentativi di superare la rigidità del sindacato accentrato: la proposizione di questioni di costituzionalità dell'art. 700 c.p.c. e dell'art. 23 legge n. 87/1953.....   | 59 |
| 4. La disapplicazione incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale. ....   | 62 |
| 4.1. La diversa consistenza del <i>fumus boni iuris</i> . ....  | 67 |
| 4.2. Il momento della rimessione alla Corte costituzionale.....   | 68 |
| 4.3. Esaurimento della potestas iudicandi e inammissibilità della questione. ....   | 71 |
| 5. La concessione della misura cautelare " <i>ad tempus</i> " e la contestuale rimessione della questione alla Corte costituzionale.....  | 73 |
| 5.1. Casi emblematici nella giurisprudenza della Corte costituzionale. ....   | 76 |
| 5.2. Le critiche alla tutela cautelare <i>ad tempus</i> .....   | 82 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.2.1. Disapplicazione interinale o piena attuazione della sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87/1953?.....   | 82  |
| 5.2.2. La controversa rilevanza della questione sollevata: rilevanza attenuata o irrilevanza? .....   | 85  |
| 5.2.3. Provvisorietà giuridica del provvedimento <i>ad tempus</i> e irreversibilità degli effetti: influenza sul giudizio costituzionale.....                 | 87  |
| 5.2.4. La coincidenza tra <i>fumus boni iuris</i> e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.....                                       | 90  |
| 5.2.5. L'appellabilità dell'ordinanza cautelare <i>ad tempus</i> .....  | 91  |
| 5.2.6. Un possibile revirement nel processo amministrativo?.....  | 93  |
| 6. Ipotesi di configurazione di un potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio incidentale.....  | 95  |
| 6.1. Ipotesi ricostruttive de iure condito: la sospensione delle leggi autoapplicative.....   | 95  |
| 6.2. ( <i>segue</i> ) L'applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87/1953.....                                   | 97  |
| 6.3. Inammissibilità giuridica e pratica di una sospensiva ricostruita in via analogica.....  | 98  |
| 6.4. Ipotesi de iure condendo: argomenti e prospettive.....   | 103 |
| 6.5. Quale fonte per disciplinare il potere di sospensiva nel giudizio in via incidentale: legge costituzionale, ordinaria o autonormazione della Corte?..... | 105 |
| 6.6. La dubbia opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale ( <i>rinvio</i> ).....                           | 107 |
| 6.7. Leggi-provvedimento e potere cautelare del giudice costituzionale.....   | 108 |

### CAPITOLO III

#### TUTELA CAUTELARE E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

|  |     |
|--|-----|
| 1. Premessa.....   | 113 |
| 2. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme nazionali: la sentenza <i>Factortame</i> .....                              | 115 |
| 3. ( <i>segue</i> ) La sentenza <i>Factortame</i> tra piena effettività del diritto comunitario ed effettività della tutela giurisdizionale..... | 117 |
| 4. Presupposti della tutela cautelare rispetto a norme nazionali.....  | 120 |
| 5. Sistema accentrato di controllo di validità degli atti dell'Unione europea e tutela cautelare.....  | 121 |
| 6. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme di diritto derivato dell'Unione europea: sentenza <i>Zuckerfabrik</i> ..... | 125 |
| 7. ( <i>segue</i> ) La concessione di provvedimenti positivi: sentenza <i>Atlanta</i> .....  | 128 |
| 8. La giurisprudenza successiva: sentenze <i>T. Port</i> , <i>Krüger</i> , <i>Emesa Sugar</i> e <i>ABNA</i> .....                                | 131 |
| 9. Condizioni e portata della tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale avverso norme di diritto derivato: osservazioni critiche.....        | 133 |
| 10. Tutela cautelare <i>ad tempus</i> e giurisprudenza <i>Zuckerfabrik/Atlanta</i> : un accostamento improprio.....                              | 138 |

### CAPITOLO IV

#### LA TUTELA CAUTELARE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE TEDESCA TRA *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* E GIUDICI DI MERITO

|  |     |
|--|-----|
| 1. Premessa.....   | 141 |
| SEZIONE I: IL POTERE CAUTELARE DEL <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> .....                           | 144 |
| 1. Le disposizioni rilevanti in tema di poteri cautelari del <i>Bundesverfassungsgericht</i> ..... | 144 |
| 2. Significato costituzionale e funzione del § 32 <i>BVerfGG</i> .....                             | 146 |
| 3. Accessorietà del § 32 <i>BVerfGG</i> e giudizi di competenza del <i>BVerfG</i> .....            | 149 |
| 4. Iniziativa per la pronuncia di un provvedimento cautelare.....                                  | 151 |
| 5. Requisiti di ammissibilità: contenuto del provvedimento e <i>Vorwegnahmeverbot</i> .....        | 153 |
| 5.1. ( <i>segue</i> ) L'interesse ad agire.....  | 154 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.2. Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale. ....  | 156 |
| 6. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare. ....                                      | 157 |
| 6.1. La nozione di controversia ( <i>Streitfall</i> ). ....   | 157 |
| 6.2. L'urgenza del provvedere. ....   | 157 |
| 6.3. I motivi del provvedere. ....  | 158 |
| 6.3.1. Il bene comune nella giurisprudenza costituzionale. ....   | 159 |
| 6.3.2. La gravità del pregiudizio temuto. ....  | 160 |
| 7. Modelli e tecniche decisionali del <i>BVerfG</i> . ....  | 161 |
| 7.1. <i>Folgenabwägungsmodell</i> e <i>Vorwegnahmeverbot</i> . ....                                     | 161 |
| 7.2. La prognosi dell'esito del giudizio principale. ....   | 164 |
| 7.3. La critica della dottrina tedesca al modello decisionale del <i>BVerfG</i> . ....                  | 165 |
| 8. Contenuto ed effetti della decisione. ....   | 168 |
| SEZIONE II: LA TUTELA CAUTELARE NELL' AMBITO DEL KONKRETE   |     |
| <i>NORMENKONTROLLVERFAHREN</i> . ....   | 171 |
| 1. Introduzione: il <i>konkrete Normenkontrollverfahren</i> . ....                                      | 171 |
| 2. Tutela cautelare e <i>konkrete Normenkontrollverfahren</i> : i problemi di fondo. ....               | 174 |
| 3. La prima giurisprudenza del <i>BVerfG</i> : obbligo di rinvio anche nel procedimento cautelare. .... | 175 |
| 4. Revirement del <i>BVerfG</i> : la tutela cautelare dei diritti spetta ai giudici comuni. ....        | 177 |
| 5. La giurisprudenza di merito tedesca: gli argomenti. ....   | 180 |
| 6. ( <i>segue</i> ) La giurisprudenza di merito tedesca: i casi. ....                                   | 182 |
| 7. Le variegate posizioni della dottrina tedesca. ....  | 185 |
| 8. Quadro d'insieme dell'esperienza tedesca e risposta al quesito italiano. ....                        | 188 |
| CONCLUSIONI. ....   | 191 |
| <i>Appendice</i> . ....   | 194 |
| <i>Bibliografia</i> . ....  | 197 |





# INTRODUZIONE

## 1. Obiettivi dell'indagine.

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>1</sup> – l'interrogativo proposto appare tuttora una questione aperta del Diritto costituzionale<sup>2</sup>.

Termini fondamentali del problema sono due principi di sicuro rilievo costituzionale: da una parte, il *principio di effettività della tutela giurisdizionale* di cui all'art. 24 Cost., il quale rinviene nella garanzia della tutela cautelare un suo corollario necessario e irrinunciabile; dall'altra, il *principio di sindacato accentratore di costituzionalità*, sancito dal combinato disposto degli artt. 134 Cost., 1 legge cost. 1/1948 e 23 legge n. 87/1953.

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 brevi del giudizio sulle leggi in via incidentale<sup>3</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 accentratore; 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 per ora le interpretazioni più eccentriche, possono essenzialmente distinguersi

---

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

<sup>2</sup> Giusto per dar conto dell'importanza e della persistente attualità del problema, basti pensare che la specifica questione oggetto d'indagine ha rappresentato un nodo ancora controverso nell'ambito della giurisprudenza sulla legge n. 40/2004, in quella relativa al c.d. caso *Stamina*, nonché – da ultimo – nel caso “De Magistris – De Luca” concernente la misura della sospensione ex legge Severino (d.lgs. n. 235/2012).

<sup>3</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 2016, di 344 giorni. Negli anni precedenti è stata invece di 275 giorni nel 2015 e 266 nel 2014. Complessivamente si segnala comunque una tendenza positiva (iniziata nel 2007) che evidenzia intervalli inferiori ad un anno per la trattazione della questione. Cfr. *Dati quantitativi e di analisi*, elaborati dal Servizio Studi in occasione della *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, Roma, Palazzo della Consulta, 9 marzo 2017; entrambi i documenti sono consultabili sul sito della Corte (*cortecostituzionale.it*).

quattro differenti orientamenti (a 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 cautelare.

Dopo aver a lungo evitato di prendere posizione rispetto al problema, la Corte costituzionale è venuta progressivamente aderendo all'ultima delle tesi elencate, sull'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” da parte dei giudici di merito (più omogenea e convinta presso il giudice amministrativo, meno diffusa presso quello civile); dall'altra, ha incontrato le critiche di parte della dottrina, che ne dubita, in particolare, la 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 consentito 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>4</sup>.

La Corte di Giustizia, con due note sentenze<sup>5</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

---

<sup>4</sup> Occorre tenere in considerazione che la durata delle cause pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia nel 2016 è stata in media di 15 mesi, sostanzialmente in linea con quella degli anni precedenti (15,3 mesi nel 2015 e 15 mesi nel 2014). Cfr. *Comunicato stampa n. 34/16 della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo, 18 marzo 2016; e *Comunicato stampa n. 17/17 della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo, 17 febbraio 2017; entrambi sono consultabili su [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

<sup>5</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.

diritti di matrice comunitaria: resta tuttavia da verificare se la soluzione possa essere effettivamente accostata a quella adottata dalla Corte costituzionale ed estesa così 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<sup>6</sup>, quanto la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>, indicando 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<sup>9</sup>, che può essere esercitato in tutti i giudizi di sua competenza, ivi compreso l'equivalente del nostro giudizio incidentale (*das konkrete Normekontrollverfahren*). Si potrebbe pertanto ipotizzare che la problematica in esame possa trovare una “valvola di sfogo” proprio in un potere cautelare da attribuirsi in capo allo stesso giudice cui è deputata la risoluzione dell'antinomia tra norme. L'esame del sistema tedesco dimostrerà tuttavia come la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie in Germania si siano orientate diversamente.

---

<sup>6</sup> L'esercizio di poteri cautelari da parte del giudice costituzionale italiano, com'è noto, è espressamente previsto con esclusivo riferimento al conflitto di attribuzione tra enti ai sensi dell'art. 40, l. n. 87/1953 e – successivamente alla riscrittura dell'art. 35, l. n. 87/1953, operata dalla l. n. 131/2003 – al giudizio di legittimità in via principale. Si discute in dottrina della possibilità di ricostruire, in via interpretativa, un potere cautelare anche nell'ambito dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, come pure nei giudizi in via incidentale. Le proposte in tal senso non hanno tuttavia ancora trovato conferme nella giurisprudenza della Corte. Sulle proposte di ricostruzione di un potere cautelare nel giudizio in via incidentale, v. più diffusamente Cap. II, §§ 6.

<sup>7</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.

<sup>8</sup> Cfr., tra gli altri, R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 103-104; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 679 ss., in part. 748; R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1256; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, 363. Il tema sarà ripreso più volte nel prosieguo (v. spec. Cap. II, §§ 6 ss.).

<sup>9</sup> Il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* è riconosciuto e disciplinato, in via principale, dal § 32 della legge sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*). Il contributo di riferimento in tema è senz'altro A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 157 ss.

L'indagine si propone essenzialmente tre obiettivi: innanzitutto, la chiara identificazione delle criticità di fondo che caratterizzano la questione, al fine di meglio indirizzare lo studio delle soluzioni proposte; in secondo luogo, la compiuta ricostruzione delle variegate soluzioni elaborate da giurisprudenza e dottrina nei rispettivi ordinamenti, con lo scopo di delineare lo "stato dell'arte" sul tema; infine, l'individuazione della soluzione che, nell'ordinamento italiano, sappia meglio contemperare i due principi dell'effettività della tutela giurisdizionale e del sindacato accentrato di costituzionalità, anche proponendo – laddove le tesi avanzate non risultassero pienamente soddisfacenti – eventuali ipotesi alternative *de iure condito* o *de iure condendo*.

## 2. Metodologia e delimitazione del campo d'indagine (esclusione del diritto penale).

Nella consapevolezza che nell'ambito della tutela cautelare, forse più che in altre branche del processo, l'urgenza dei fatti concreti che emergono dalla vita socio-economica 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. La tesi pertanto presta attenzione tanto alle proposte della dottrina quanto alle soluzioni emergenti nella giurisprudenza, rapportando costantemente i risultati dell'una a quelli dell'altra.

Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, l'ambito d'indagine è rappresentato, in via principale, dalla giustizia civile e da quella amministrativa: non solo perché proprio in questi settori il problema è emerso effettivamente e ha dato vita ad una variegata casistica giurisprudenziale, 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>10</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 radicale diversità dei procedimenti cautelari nei diversi 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 la radicale diversità 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

---

<sup>10</sup> Sul progressivo avvicinamento tra i due modelli processuali cfr. C. CONSOLO, *Il processo amministrativo fra snellezza e «civiltà»*, in *Corr. giur.*, 2000, 1265 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.

scoraggia ogni ulteriore approfondimento in tal senso. Allo stesso modo appare differente, rispetto al quesito di fondo che ci si è 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.

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

La tesi si divide in quattro capitoli.

Nel primo capitolo si ripercorrono le tappe salienti del riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare, delineandone il 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.

Il secondo capitolo è dedicato all'esame del rapporto tra tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale: in questa sede vengono descritti e vagliati criticamente tanto gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, quanto le tesi elaborate dalla dottrina, con una particolare attenzione all'esame della soluzione 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 accentratore.

Il terzo capitolo è integralmente dedicato all'indagine nella prospettiva europea, attraverso l'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema e l'individuazione delle condizioni e dei limiti per la concessione della tutela cautelare, nel contesto del rinvio pregiudiziale, da parte dei giudici nazionali. Lo studio di tale giurisprudenza appare particolarmente interessante non solo per l'accostamento alla soluzione della tutela cautelare *ad tempus*, 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>11</sup>.

Il quarto e ultimo capitolo esamina, infine, il problema per come emerso e affrontato nel sistema tedesco. Una volta descritti i presupposti, le tecniche di giudizio e l'ampiezza dei poteri del *Bundesverfassungsgericht* in ambito cautelare, si procederà a tracciare le soluzioni alla questione in esame proposte da dottrina e giurisprudenza, avendo particolare cura nell'evidenziare il rapporto che intercorre tra il potere cautelare conferito al Tribunale costituzionale federale e la tutela cautelare dei diritti assicurata dai giudici comuni (*Fachgerichten*). L'aspetto di maggior rilievo del sistema tedesco, ai fini dell'indagine, è

---

<sup>11</sup> Si fa riferimento 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, § 7.

rappresentato appunto dalla devoluzione di un organico potere cautelare al medesimo organo giurisdizionale deputato alla soluzione della questione di legittimità; lo studio del sistema con specifico riferimento al giudizio instaurato in via incidentale si propone, da una parte, di verificare in che misura la previsione di tale potere condizioni i termini della questione; dall'altra, di vagliare criticamente – alla luce dell'esperienza tedesca – le proposte di introduzione di un siffatto potere cautelare anche nell'ordinamento italiano.

# CAPITOLO I

## IL SIGNIFICATO DELLA TUTELA CAUTELARE TRA CORTE COSTITUZIONALE 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. *Reirement* 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. Tutela cautelare e diritto dell'Unione europea (rinvio). – 8. Tutela cautelare e CEDU.

### 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>12</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 delle misure cautelari – la possibilità di configurare la tutela cautelare come inerente alla tutela giurisdizionale era stata oggetto di un vivace confronto nella dottrina processual-civilistica italiana<sup>13</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>14</sup>, espressione del rapporto dinamico tra il celebre principio

---

<sup>12</sup> Cfr., in questo senso, A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 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.

<sup>13</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.)*, Napoli, 1955, 1-2. Per una più ampia disamina di tali orientamenti giurisprudenziali cfr. CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942, 28 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., 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*).

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>15</sup> e quello, altrettanto noto, per cui «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione»<sup>16</sup>. L'ammissibilità di un'azione assicurativa generale fu però contestata *de iure condito* dalla dottrina contemporanea; Piero Calamandrei, in particolare, pur riconoscendone «i grandi vantaggi pratici»<sup>17</sup>, non aveva esitato a sottolineare come la legge prevedesse solo talune forme di tutela cautelare nominate, 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>18</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>19</sup>. Ciononostante, la riflessione di Chiovenda aveva posto le fondamenta per l'ulteriore sviluppo degli studi sulla tutela cautelare<sup>20</sup> e di lì a breve avrebbe trovato – anche per merito dell'opera di Carnelutti e dello stesso Calamandrei<sup>21</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>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Espresso dapprima in G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, e poi nelle *Istituzioni cit.*, 41.

<sup>16</sup> Il principio si trova esplicitato, una prima volta, in G. CHIOVENDA, *Sulla «perpetuatio iurisdictionis»*, in *Foro it.*, 1923, I, 362 ss., in part. 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*, Padova, 1936, 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, 16 ss. (ora pubblicato pure ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti cit.*, 553 ss.).

<sup>17</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, 49.

<sup>18</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, 49-51. Le considerazioni di Calamandrei saranno poi riprese pure da L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza cit.*, 3-4.

<sup>19</sup> L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza cit.*, 2-3.

<sup>20</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare cit.*, 30-31.

<sup>21</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, V, 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, 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.*, 47 ss.; nonché ID., *Studi sul processo civile*, IV, 103 ss., in part. 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*, I, *Del Processo di cognizione*, Padova 1926, il cui art. 324 prevedeva appunto tale potere.

<sup>22</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. PANZAROLA A., GIORDANO R., *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 1-44, in part. 14-27, e gli ampi riferimenti in



Affinché la «carica di dinamicità»<sup>23</sup> del pensiero di Chiovenda si dispieghi compiutamente sarà tuttavia necessario attendere l'avvento della Costituzione repubblicana<sup>24</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>25</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>26</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.

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 noto; 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.

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

La prima pronuncia che tocca la questione della tutela cautelare, seppur a livello di

---

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, 749 ss.

<sup>23</sup> A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare* cit., 34.

<sup>24</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *ult. op.* cit., 31 ss.

<sup>25</sup> Cfr., in tal senso, A. PROTO PISANI, *ult. op.* cit., 31 ss.

<sup>26</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, 169 ss., spec. 170.

*obiter dictum*, è la n. 87 del 1962<sup>27</sup>, 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* giudiziale dell'esecuzione<sup>28</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<sup>29</sup> e n. 67 del 1974<sup>30</sup>: 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.

### 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>31</sup>, di poco posteriore all'ultima delle pronunce citate.

---

<sup>27</sup> Corte cost., sentenza 7 luglio 1962, n. 87, in *Giur. cost.*, 1962, 933 ss.

<sup>28</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 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).

<sup>29</sup> Corte cost., sentenza 28 dicembre 1968, n. 138, in *Giur. cost.*, 1968, II, 2305 ss.

<sup>30</sup> Corte cost., sentenza 13 marzo 1974, n. 67, in *Giur. cost.*, 1974, I, 265 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. cost.*, 1974, I, 2953 ss.; con nota di A. PROTO PISANI, *Una macroscopica manifestazione di sottocultura urbanistica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1974, 3338 ss., e A. PACE, «Effettività» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela, in *Giur. cost.*, 1974, 3349 ss.

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 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>32</sup>.

#### 4. *Reirement* 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>33</sup> e n. 8/1982<sup>34</sup>, è tuttavia smentita dalla successiva n. 63 del 1982<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Corte cost., sentenza n. 284 del 1974, *Considerato in diritto*, § 4.

<sup>33</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>34</sup> Corte cost., sentenza 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.*, 1982, 41 ss.; con note di S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 43 ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.; M. ROSSI, *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, 1234 ss.

<sup>35</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, 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.*

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.

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>36</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>37</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 della 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>38</sup>. In-

---

*proc.*, 1985, 680 ss., spec. 689-690, e C. CONSOLO, *La tutela cautelare «ritrovata» (fra le pieghe pretorie dell'ordinamento della giurisprudenza amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 323 ss., in part. 326-329.

<sup>36</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 42/1957, 81/1958, 123/1963 e 103/1964), salvo poi essere qualificate – a partire dal 1969 fino alla menzionata riforma – come organo amministrativo (cfr. Corte cost., nn. 10, 41, 42, 43, 44/1969, 123/197053 e 116/1971, 61/1972).

<sup>37</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare* cit., 1217 ss.

<sup>38</sup> In merito a tali affermazioni, cfr. A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 1217-1218, il quale, pur aderendo alla posizione della Corte circa la complessiva legittimità del sistema, nutre – relativamente alla motivazione della

fine, 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 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>39</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>40</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>41</sup>, tale preoccupazione viene chiaramente esplicitata con

---

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.

<sup>39</sup> L'espressione è di F. CARPI, *La tutela d'urgenza* cit., 689-690. In tal senso, cfr. pure C. CONSOLO, *La tutela cautelare «ritrovata»* cit., 327, che parla di «(un')«isola», non suscettibile di coerente giustificabilità», e A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 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 compreso in ossequio di un – anche se non esplicitato – *privilegium fisci*».

<sup>40</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, 21 ss.

<sup>41</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.

la sentenza n. 294 del 1984<sup>42</sup>.

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 ricorrenti 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>43</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 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.

---

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 19 dicembre 1984, n. 294, in *Giur. cost.*, 1984, 2177 ss., con nota di F. CIPRIANI, *La Corte costituzionale, il regolamento di giurisdizione e i provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1985, I, 652 ss.; cfr. anche F. CARPI, *La tutela d'urgenza cit.*, 690-692.

<sup>43</sup> Corte cost., sentenza n. 294 del 1984, *Considerato in diritto*, § 4.

## 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>44</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 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>45</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.

---

<sup>44</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, 1881 ss.; M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1297 ss.; A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 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, 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, 117 ss.; A. CORPACI, *Tutela cautelare amministrativa e controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1988, 1275 ss.; G. TARZIA, *Tutela d'urgenza e giurisdizione sul pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 1, 511 ss.

<sup>45</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*, Padova, 1958, 410 ss.; in tal senso si esprime A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare cit.*, 27 (nota 28) e 31 (nota 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 *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, 413 ss.

Infatti, secondo la Corte, proprio «dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni 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 serve a neutralizzare *pericola in mora* che assurgano agli estremi dell'irreparabilità del pregiudizio, è una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale»<sup>46</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, 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>47</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>48</sup> la Corte costituzionale 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

---

<sup>46</sup> A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 1884.

<sup>47</sup> C. CONSOLO, *La tutela cautelare tributaria cit.*, 327 (nota 5).

<sup>48</sup> Annotata da A. PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1986, I, 1496 ss.



questione della sospensione dell'esecuzione esattoriale sarà pressoché definitivamente risolta, dal legislatore, da una parte, e dalla Corte, dall'altra<sup>49</sup>.

Ulteriori conferme del nuovo corso giungono dalla sentenza n. 253 del 1994<sup>50</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 del 1996<sup>51</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.

## 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 individuandone 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 seguenti termini:

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

---

<sup>49</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, 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>50</sup> Corte cost., sentenza 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, con note di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*, in *Giur. it.*, I, 1, 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, 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, 2005 ss.

<sup>51</sup> Corte cost., sentenza 16 luglio 1996, n. 249, in *Giur. cost.*, 1996, 2239 ss.

pregiudizi che assurgano agli estremi dell'*irreparabilità*<sup>52</sup> e dell'*immediatezza*<sup>53</sup>;

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>54</sup>;

---

<sup>52</sup> In tal senso, *ex pluribus*, cfr. Corte cost., sentenza 25 giugno 1985, n. 190, cit.; Id., sentenza 10 dicembre 1998, n. 406, in *Giur. cost.*, 1998, VI, 3479 ss., con nota di M. BRANCA, *L'esecuzione «cautelare» della sentenza del TAR in pendenza del ricorso in appello*, *ivi*, 3488 ss.; Id., sentenza 25 maggio 2000, n. 165, in *Giur. cost.*, 2000, IV, 1478 ss., con nota di M. ESPOSITO, *Tutela cautelare e processo tributario*, *ivi*, 1483 ss.; Id., sentenza 7 maggio 2008, n. 144, in *Giur. cost.*, 2008, III, 1762 ss. 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, 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, 1881 ss. Per delimitare correttamente il perimetro di concetti di *irreparabilità* e *imminenza* non è tuttavia sufficiente guardare alla giurisprudenza costituzionale (che pure offre qualche indicazione), ma è necessario, seppur concisamente, fare riferimento al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema. Rientrano senz'altro nell'ambito del pregiudizio che può definirsi irreparabile (anche secondo le tesi più restrittive; cfr. S. SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132-133, nonché ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Padova 1986, 268 ss.) 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. (cfr. in part. A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1991; ora pure ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi cit.*, 513 ss.), 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 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 (cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 251 ss.), 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; cfr. R. CONTE, *Tutela d'urgenza cit.*, 240 ss.) per l'accoglimento di una prospettiva più ampia. Sulla nozione di irreparabilità del danno (ai sensi dell'art. 700 c.p.c.) cfr. inoltre, *ex pluribus*, L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, 79 ss., A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016, 219-232 e 242-248, con ampia ricostruzione del dibattito in dottrina; nonché ancora A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli 2003, 510-522.

<sup>53</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, PANZAROLA A., GIORDANO R., *Dei provvedimenti d'urgenza cit.*, 214 ss.

<sup>54</sup> In tal senso, *ex pluribus*, Corte cost., sentenza n. 190 del 1985; Id. n. 179 del 2002. 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*,

3) le giurisdizioni di annullamento devono necessariamente contemplare il correlato potere cautelare di sospensiva dell'atto<sup>55</sup>;

4) pur caratterizzato da snellezza e celerità, il procedimento cautelare, come ogni procedimento giurisdizionale, deve necessariamente conformarsi ai *principi del giusto processo*<sup>56</sup>;

5) la copertura costituzionale della tutela cautelare si estende quanto meno *fino alla pronuncia sul merito*<sup>57</sup>; recenti pronunce sembrano tuttavia acconsentire ad un'estensione ulteriore<sup>58</sup>;

---

dirette appunto a cristallizzare la situazione di fatto per impedire il verificarsi di danni da infruttuosità; e misure di tipo *anticipatorio*, volte a 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 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 *prentensivi* (per i quali è necessaria la previsione di misure di carattere atipico).

<sup>55</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 284 del 1974, n. 225 del 1975 (vedi *supra* §§ 3. e 4., nota 33), nonché n. 42 del 1991.

<sup>56</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, 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, 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, 2005 ss.; Id., sentenza 7 maggio 2008, n. 144, in *Giur. cost.*, 2008, III, 1762 ss., con note di R. GIORDANO, *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2009, 2, 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, 1070 ss.; Id., sentenza 26 maggio 1995, n. 197, in *Giur. cost.*, 1522 ss., con note di G. GRASSO, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 1996, I, 51 ss.; C. CONSOLO, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 369 ss.; M.F. GHIRGA, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 922 ss. In tal senso, in dottrina, cfr. spec. F. TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *Studi in onore di C. Punzi*, III, Torino 2008, 409 ss., in part. 415-416; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 18 ss., spec. 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*, III, 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>57</sup> Cfr., in part., Corte cost., sentenza n. 165 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, II, 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>58</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, 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, 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

6) le forme e i contenuti della tutela stessa possono essere differenziati rispetto a quelli del processo civile, non sussistendo un *principio di necessaria uniformità dei processi*<sup>59</sup>; il legislatore ordinario rimane tuttavia legato all'osservanza dei *canoni di ragionevolezza e non arbitrarietà*<sup>60</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>61</sup> e della tutela *ante causam*<sup>62</sup>.

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 assume 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 assicura pienamente, in conformità con il dettato costituzionale, l'esercizio della tutela cautelare<sup>63</sup>.

L'obbligo di garantire una piena ed effettiva tutela giurisdizionale *sub specie* di tutela

---

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, 744 ss.; nonché A. GIOVANNINI, *L'interpretazione secundum constitutionem come strumento di riforma del processo tributario*, *ivi*, n. 3/2013, 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.

<sup>59</sup> Cfr., per il principio in generale, Corte cost., sentenza n. 346 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, II, 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, 128, con nota di E. FAZZALARI, *Prova testimoniale o dichiarazioni di terzi addotte dall'amministrazione?*, e Corte cost., sentenza n. 356 del 1999, *ivi*, 1999, II, 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.

<sup>60</sup> Cfr., *ex pluribus*, Corte cost., nn. 18 e 165 del 2000, n. 179 del 2002.

<sup>61</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*, Milano 1996, II, 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.*, 2008, I, 31 ss.

<sup>62</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* § 7.

<sup>63</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.

cautelare non trova 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. Tutela cautelare e diritto dell'Unione europea.

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, dapprima, ha riconosciuto – nella celebre sentenza *Factortame*<sup>64</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>65</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>66</sup>. Sul tema ci si soffermerà diffusamente *infra* nel Capitolo III.

Una seconda direttrice è invece costituita dalla «forza espansiva» manifestata dai modelli processuali comunitari rispetto alle norme procedurali degli Stati membri<sup>67</sup>: laddove le istituzioni dell'Unione hanno disciplinato i profili processuali di una materia di competenza comunitaria, tale disciplina ha rappresentato lo stimolo e il punto di riferimento 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>68</sup>, che ha portato all'introduzione della tutela *ante causam* nel processo amministrativo italiano e ha provocato la

---

<sup>64</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, §§ 2 e 3.

<sup>65</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 Fruchthandels-gesellschaft mbH e altre c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 1995, I-3761; v. *infra* diffusamente Cap. III rispettivamente § 6 e § 7.

<sup>66</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, 1155 ss.

<sup>67</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, 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, 5 ss.

<sup>68</sup> La direttiva in questione coordinava le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione 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, 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, 321 ss.

riforma della tutela cautelare in Spagna e in Francia<sup>69</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>70</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>71</sup>; in un secondo momento, il giudice costituzionale si era invece pronunciato (sentenza n. 179 del 2002<sup>72</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 significativa pronuncia della Corte di Giustizia<sup>73</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 aveva pronunciato un'altra sentenza, in causa C-214/00<sup>74</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

---

<sup>69</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*, Milano 2010, 249 ss.; nonché, per maggiori dettagli, i diversi contributi di L. QUERZOLA citati alle note seguenti.

<sup>70</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, 143 ss., con nota di E. DI PALMA, *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*.

<sup>71</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 23 novembre 2000, n. 536, in *Giur. cost.*, 2000, VI, 4185 ss.

<sup>72</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, III, 1442 ss.; con nota di L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della cautela amministrativa ante causam?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1431 ss.

<sup>73</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, 384 ss.

<sup>74</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, 266 ss.; M.P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 899 ss.; E.M. BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela “ante causam”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1287 ss.

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>75</sup>.

La successiva pronuncia sulla questione pregiudiziale sollevata in rapporto alla disciplina italiana, in causa C-202/03<sup>76</sup>, non fa 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 traduce 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>77</sup>.

Per chiudere questa breve ricognizione dell'incidenza del diritto dell'Unione europea sul riconoscimento e sull'evoluzione della tutela cautelare, è opportuno ricordare l'unica disposizione che nella normativa di rango primario sancisce il diritto ad un ricorso effettivo, ovvero l'art. 47 della Carta di Nizza. In particolare, laddove la norma sancisce 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*. 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

---

<sup>75</sup> Corte giust., sentenza 15 maggio 2003, causa C-214/00, cit., § 99.

<sup>76</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, 353 ss.; R. LEONARDI, *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm.*, 2004, 1226 ss.; M.P. CHITI, *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, 57 ss.

<sup>77</sup> Cfr. R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* cit., 265 ss., con ampi riferimenti in nota.

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>78</sup>.

## 8. Tutela cautelare e CEDU.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo offre, a sua volta, ulteriori riferimenti giuridici per la configurazione della tutela cautelare quale strumento necessario ed imprescindibile per la tutela giurisdizionale dei diritti sanciti dalla Convenzione.

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 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 – 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 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>79</sup>. Oppure ancora il caso *Çonka c. Belgio*, nel quale la Corte EDU ha condannato lo Stato convenuto dinanzi ad essa per la violazione 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>80</sup>.

La Corte EDU è arrivata ad affermare, in rapporto a casi di potenziale violazione

---

<sup>78</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, 1171 ss., *passim*.

<sup>79</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, § 145.

<sup>80</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.



degli artt. 2 e 3 CEDU<sup>81</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>82</sup>.

In conclusione di questo *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale nazionale con uno sguardo al diritto dell'Unione europea (ma v. anche *infra* Cap. II) e a quello convenzionale, si possono dunque riepilogare le coordinate normative di riferimento che valgono a fondare, sia sul piano del diritto costituzionale, sia sul piano sovranazionale, il carattere necessario degli strumenti di tutela cautelare: da una parte, gli artt. 3, 24 e 113 Cost.; dall'altra, l'art. 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 alla questione di fondo dell'indagine, al cui esame si procede nel prossimo capitolo.

---

<sup>81</sup> Cfr. Corte EDU, sentenza 26 aprile 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] 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>82</sup> Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, §§ 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).



## CAPITOLO II

# TUTELA CAUTELARE E QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rigetto dell’istanza cautelare. – 2.1. La tutela dete-  
riore dei diritti di rilievo costituzionale nella fase cautelare nei confronti della legge  
illegittima. – 2.2. La violazione dell’obbligo di remessione alla Corte delle questioni  
di costituzionalità non manifestamente infondate e rilevanti: la posizione dete-  
riore del giudice cautelare rispetto alla norma incostituzionale. – 2.3. La differente posi-  
zione del giudice dell’urgenza rispetto a quello del merito nella valutazione del punto  
di diritto. – 2.4. L’impossibilità di sollevare la questione dopo il rigetto. – 2.5. L’ipotesi di una distinzione  
tra situazioni soggettive preesistenti alla norma incostituzionale e situazioni frutto di  
attività creativa del giudice. – 3. La sospensione del procedimento cautelare e la ri-  
missione degli atti alla Corte costituzionale. – 3.1. L’inammissibilità della sospen-  
sione nei procedimenti cautelari. – 3.2. Potenziale irrilevanza (e prevedibile inin-  
fluenza) della questione per insussistenza del *periculum in mora*. – 3.3. Due tentativi  
di superare la rigidità del sindacato accentrato: la proposizione di questioni di costi-  
tuzionalità dell’art. 700 c.p.c. e dell’art. 23 legge n. 87/1953. – 4. La disapplicazione  
incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale. – 4.1. La diversa consi-  
stenza del *fumus boni iuris*. – 4.2. Il momento della remessione alla Corte costituzio-  
nale. – 4.3. Esaurimento della *potestas iudicandi* e inammissibilità della questione.  
– 5. La concessione della misura cautelare “*ad tempus*” e la contestuale remessione  
della questione alla Corte costituzionale. – 5.1. Casi emblematici nella giurispru-  
denza della Corte costituzionale. – 5.2. Le critiche alla tutela cautelare *ad tempus*. –  
5.2.1. Disapplicazione interinale o piena attuazione della sospensione ex art. 23,  
comma 2, l. n. 87/1953? – 5.2.2. La controversa rilevanza della questione sollevata:  
rilevanza attenuata o irrilevanza? – 5.2.3. Provvisoriety giuridica del provvedimento  
*ad tempus* e irreversibilità degli effetti: ininfluenza sul giudizio costituzionale. –  
5.2.4. La coincidenza tra *fumus boni iuris* e non manifesta infondatezza della que-  
stione di costituzionalità. – 5.2.5. L’appellabilità dell’ordinanza cautelare *ad tempus*.  
– 5.2.6. Un possibile *revirement* nel processo amministrativo? – 6. Ipotesi di confi-  
gurazione di un potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio incidentale.  
– 6.1. Ipotesi ricostruttive de iure condito: la sospensione delle leggi autoapplicative.  
– 6.2. (*segue*) L’applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt.  
35 e 40 legge n. 87/1953. – 6.3. Inammissibilità giuridica e pratica di una sospensiva  
ricostruita in via analogica. – 6.4. Ipotesi *de iure condendo*: argomenti e prospettive.  
– 6.5. Quale fonte per disciplinare il potere di sospensiva nel giudizio in via inciden-  
tale: legge costituzionale, ordinaria o autonormazione della Corte? – 6.6. La dubbia  
opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via inci-  
dentale (*rinvio*). – 6.7. Leggi-provvedimento e potere cautelare del giudice costitu-  
zionale.

## 1. Premessa.

In questo capitolo si esaminano i vari orientamenti che giurisprudenza e dottrina italiana hanno espresso in relazione alla questione della possibilità di concedere un provvedimento cautelare che si fondi sul presupposto dell'illegittimità costituzionale della norma ordinaria.

Si possono individuare essenzialmente quattro tesi a tal proposito: una prima che propende per il mero rigetto dell'istanza (§§ 2 ss.); una seconda che è favorevole alla consueta sospensione del giudizio *a quo* con rimessione degli atti alla Corte costituzionale (§§ 3 ss.); una terza che predica la concessione del provvedimento previa disapplicazione della norma presunta illegittima (§§ 4 ss.); infine, una quarta che unisce alla disapplicazione la contestuale investitura della Corte (§§ 5 ss.).

Si cercherà di cogliere quale di queste soluzioni sia la più adatta a contemperare, senza sacrificarli, i conflittuali principi dell'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. (per la quale la fase cautelare è un elemento essenziale) e del sindacato accentrato di costituzionalità, riservato alla Corte costituzionale dal combinato disposto dell'art. 134 Cost. con dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

Passate in rassegna le diverse tesi *de iure condito*, si prenderanno in esame quelle avanzate *de iure condendo* con particolare riferimento all'attribuzione di un potere cautelare alla Corte costituzionale rispetto al giudizio in via incidentale (§§ 6 ss.); si esaminano in questa sede, per ragioni di chiarezza espositiva, anche le ricostruzioni di un potere cautelare del giudice delle leggi proposte in via interpretativa.

## 2. Il rigetto dell'istanza cautelare.

Un primo e più rigoroso orientamento identifica, quale soluzione più coerente con l'ordinamento costituzionale, quella del radicale rigetto dell'istanza cautelare che si fondi sul presupposto dell'incostituzionalità della norma ordinaria applicabile. Questa tesi emerge in numerose pronunce<sup>83</sup>, a partire dagli anni Settanta fino ad oggi, e trova autorevoli riscontri, soprattutto presso la dottrina processualcivilistica<sup>84</sup>. 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>85</sup>.

La Società Italiana per l'Esercizio Telefonico (SIP), a fronte dell'inadempimento

---

<sup>83</sup> Cfr., per la giurisprudenza civile, Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 2616 ss., in part. 2625-2629; Id. Pavia, ordinanza 14 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 640 ss.; Id. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1804 ss.; Id. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, 913 ss.; Pret. Torino, ordinanza 26 settembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2568 ss.; Trib. Macerata, ordinanza 9 giugno 1983, in *Nuovo dir. agr.*, 1983, 641 ss.; Id. Siracusa, ordinanza 12 ottobre 1983, *ivi*, 1983, 652 ss.; Pret. Roma, ordinanza 3 novembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 1, 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, 440 ss.; Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, in *Resp. civ.*, 1994, 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, 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, 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, 1579 ss.; Trib. Bologna Sez. lavoro, ordinanza 10 luglio 2013, in *biodiritto.org – Dossier Stamina* <<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>> (ultima consultazione 30 novembre 2017); 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, 2813 ss.

<sup>84</sup> Aderiscono alla tesi C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 23<sup>a</sup> edizione, IV, Torino 2014, 364; C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. proc. civ.*, 1985, 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*, Rimini 1986; A. VALLEBONA, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2757 ss.; G. VERDE, B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, Napoli 1998, 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, 2238 ss. Dello stesso parere, ma con significativi distinguo, anche G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1985; ID., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Vol. III, Tomo I, in *Trattato di diritto processuale civile*, a cura di L. Montesano e G. Arieta, Milano 2005, 702 ss.; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 696 ss.

<sup>85</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.

contrattuale, aveva provveduto al distacco di tali utenze. Ne era nato un contezioso particolarmente diffuso<sup>86</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<sup>87</sup>.

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>88</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 pregiudizio del diritto, è riferito alla eventualità ipotetica che la Corte costituzionale, investita della questione, si pronunci per la illegittimità della norma»<sup>89</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>90</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>91</sup>. Sul punto, in senso negativo, si sono pronunciati tanto la Pretura di Pavia<sup>92</sup>, quanto quella di Milano<sup>93</sup>, entrambe rigettando l'istanza cautelare di immediata reintegrazione sul posto di

---

<sup>86</sup> Diverse pronunce si possono leggere ne *Foro it.*, 1975, I, 2616 ss. Sulla vicenda giudiziaria, ad es., cfr. F. CHIOMENTI, *Un Pretore per gli autoriduttori telefonici*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 7-8, 2, 259-272.

<sup>87</sup> Più precisamente, se ne contestava l'illegittimità in rapporto all'art. 23 Cost, in forza del quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», nonché – sotto ulteriori profili – rispetto agli artt. 3, 41 e 43 Cost.

<sup>88</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 2616 ss., in part. 2625-2629. Rispetto alla stessa questione, ma con esiti differenti, cfr. Pret. Bologna, ordinanza 2 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 2616 ss., Pret. Sampierdarena, ordinanza 13 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, 2616 ss., Pret. Bologna, ordinanza 14 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, 2616 ss., Pret. Sampierdarena, ordinanza 27 ottobre 1975, *ivi*, 1975, I, 2615 ss.

<sup>89</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, cit., 2626.

<sup>90</sup> Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, cit., 2626.

<sup>91</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, 318 ss.; Pret. Napoli Barra, ordinanza 30 maggio 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 640 ss.; Pret. Voltri, ordinanza 1 settembre 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 639 ss.; Pret. Genova, ordinanza 18 novembre 1977, in *Foro it.*, 1978, I, 1068 ss.

<sup>92</sup> Pret. Pavia, ordinanza 14 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 640 e in part. 647-648.

<sup>93</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, 913 ss. In questo caso, la ricorrente, licenziata per raggiunti limiti d'età, aveva introdotto il giudizio di merito per ottenere la reintegrazione sul

lavoro.

Nel caso di specie, alcune lavoratrici avevano lamentato la presunta illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 11 l. n. 604/1966 e 9 r.d.l. n. 636/1939, 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>94</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>95</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 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. § 2.3.).

Un'ulteriore vicenda, che ha dato vita a diversi ricorsi ex art. 700 c.p.c., risolti ancora una volta in modo variegato dalla giurisprudenza di merito<sup>96</sup>, è quella dei precari universitari (contrattisti ed assegnisti), ai quali erano negate l'indennità integrativa speciale e le quote

---

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 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>94</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, 914.

<sup>95</sup> Pret. Milano, ordinanza 30 giugno 1978, in *Orien. giur. lav.*, 1978, 915.

<sup>96</sup> Cfr. Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2354 ss.; Pret. Bari, ordinanza 4 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1807 ss.; Pret. Bologna, ordinanza 24 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1805 ss.; Pret. Pisa, ordinanza 16 maggio 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 241 ss.

aggiunte di famiglia, percepite invece da altri dipendenti pubblici<sup>97</sup>.

Per il rigetto si è espresso il pretore di Firenze<sup>98</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 contrario: addirittura il non diritto alle pretese avanzate dai ricorrenti»<sup>99</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 decisorio 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>100</sup>.

Accanto ad altre pronunce<sup>101</sup>, che nulla aggiungono di nuovo sul piano degli argomenti

---

<sup>97</sup> Una disamina particolarmente attenta ed approfondita della questione è svolta da Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2354 ss. e in part. 2362-2365. I ricorrenti, contrattisti 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 contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost.

<sup>98</sup> Pret. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1804 ss.

<sup>99</sup> Pret. Firenze, ordinanza 8 aprile 1978, cit., 1804.

<sup>100</sup> Cfr. Pret. Roma, ordinanza 3 novembre 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 1, 289 ss., con nota di L. COZZOLINO, *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l'astensione referendaria*.

<sup>101</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, 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. 203/1982. 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. 203/1982) 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 tuttavia 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 indennizza-



a favore della tesi del rigetto, si collocano altre e più recenti ordinanze<sup>102</sup> che spiegano i motivi per cui, non solo vada preferito il rigetto, ma vada pure esclusa la rimessione della questione alla Corte e la conseguente sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87/1953.

---

bile»; secondo quello di Siracusa «non può il giudice *intervenire in via d'urgenza ad emettere un provvedimento 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., 2626). Precedentemente, cfr. Pret. Torino, ordinanza 26 settembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 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 *Temi rom.*, 1989, 440 ss. In questo caso si lamentava la presunta incostituzionalità dell'art. 13, comma 4, legge 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>102</sup> Accanto alle due ordinanze indicate nel testo, cfr. Trib. Roma, ordinanza 4 marzo 2003, in *Lavoro nella P.A.*, 2003, 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*, 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, 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).

È il caso di una pronuncia del pretore di Padova del 1993<sup>103</sup> il quale 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>104</sup>.

Il Tribunale di Alba<sup>105</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>106</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>107</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 disapplicata la norma vigente per garantire una tutela «in attesa del futuro ed eventuale riconoscimento dei diritti correlativi»<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> Cfr. Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, in *Resp. civ.*, 1994, 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*, 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 incostituzionalità della norma interessata (art 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 384/1992) 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>104</sup> Pret. Padova, ordinanza 13 ottobre 1993, cit., 312.

<sup>105</sup> Cfr. Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 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. 229/1999, 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., 2077).

<sup>106</sup> Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, cit., 2077-2078.

<sup>107</sup> Trib. Alba, ordinanza 31 dicembre 1999, cit., 2078.

<sup>108</sup> In tal senso, cfr. soprattutto Cass. Civ., Sez. lav., sentenza 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1819 ss., con note di B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela d'urgenza*, *ivi*, I, 7-8, 1822 ss.; e A. VALLEBONA, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*, *ivi*, 11, I, 2757 ss.; nonché Cass., SS. UU., sentenza 7 luglio 1988, n.

E pure in tempi recentissimi, l'opzione per il rigetto dell'istanza cautelare ha trovato diversi consensi, in particolare nella variegata giurisprudenza sul caso *Stamina*<sup>109</sup>: in questo frangente, tuttavia, oltre a far espresso riferimento alla giurisprudenza di Cassazione cui si è 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>110</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>111</sup>.

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 accentrativo 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. 87/1953) 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

---

4476, in *Giust. civ.*, 1988, I, 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>109</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*: <<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>> (ultima consultazione 30 novembre 2017).

<sup>110</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, 9 ss., con nota di R. ROMBOLI.

<sup>111</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'incidente 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).

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.

## 2.1. La tutela deteriore dei diritti di rilievo costituzionale nella fase cautelare nei confronti della legge illegittima.

La tesi dell'inesistenza della situazione giuridica soggettiva<sup>112</sup> dedotta nel giudizio cautelare sembrerebbe far leva sulla concezione della legge incostituzionale in termini di annullabilità<sup>113</sup>, in particolar modo, quando si richiama alla circostanza per cui la legge costituzionalmente illegittima sarebbe pienamente efficace e operativa fino alla sentenza di

---

<sup>112</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>113</sup> Il tema è 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*, Milano 1957, 40 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Volume II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1984, 389 ss.; A.A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1217 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 972 ss.; A.M. SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 41 ss.; F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, 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, 515 ss.; ID., *Conseguenze processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1035 ss.; ID., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967, 41 ss.; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova 1950, 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, 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, 298 ss.; ID., *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 831 ss.; ID., «Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?, in *Giur. cost.*, 1960, 329 ss. L'A. pone in risalto il carattere di esecutorietà che andrebbe riconosciuto alla legge incostituzionale: le norme illegittime prima 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

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>114</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 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>115</sup>.

Ma l'argomento presta il fianco a ulteriori e più decisivi rilievi critici<sup>116</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>117</sup>.

---

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*, III, Padova 1958, 540 ss.; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2239 ss.

<sup>114</sup> Cfr. G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 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.

<sup>115</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino 2005, 174-175; *idem*, in *Id.*, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015; *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 454 ss.

<sup>116</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 131-133; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 31 ss.

<sup>117</sup> G. ZAGREBELSKY, *ult. op. cit.*, 31.

In secondo luogo, dando comunque applicazione ad una legge rispetto alla quale nutre un sospetto di illegittimità costituzionale<sup>118</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 costituzionali dovrebbe mostrarsi più rapida ed efficace, anche in ragione della primaria considerazione che tali situazioni soggettive hanno nell'ordinamento costituzionale<sup>119</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>120</sup>.

## 2.2. La 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 accentratore 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 artt. 134 Cost., 1 l. cost. n. 1/1948 e 23 l. n. 87/1953. 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>121</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 professa 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 incostituzionale [...] trasforma la sua funzione istituzionale di garanzia dell'ordinamento costituito mediante

---

<sup>118</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».

<sup>119</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, 815, con nota di P. LISA.

<sup>120</sup> G. CAMPANILE, *op.cit.*, 133.

<sup>121</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale* cit., 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.

l'attuazione della legge nel potere-dovere di rimettere alla cognizione della Corte la questione d'incostituzionalità della norma»<sup>122</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>123</sup>.

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

### 2.3. La 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>124</sup>: la cognizione sommaria, tipica dei procedimenti cautelari, riguarderebbe esclusivamente gli elementi di fatto, mentre quelli 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>125</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<sup>126</sup>, riconducendo nell'ambito del *fumus boni iuris* anche gli elementi di diritto. 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

---

<sup>122</sup> *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, 403.

<sup>123</sup> G. BORRÈ, *op. cit.*, 139.

<sup>124</sup> Cfr., in tal senso, S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino 2005, 173; A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, 74, ora (ampliato e rivisto) anche ne *Le tutele giurisdizionali dei diritti cit.*, 668; C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998, 19.

<sup>125</sup> Si è detto, infatti (cfr. C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare cit.*, Torino 1998, 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>126</sup> Cfr., ad esempio, Cass., SS. UU., sentenza 1 dicembre 1978, n. 5678, in *Foro it.*, 1978, I, 2704 ss., con nota redazionale di C.M. BARONE.

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 appartenere pienamente alla realtà della prassi giuridiziarica: 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 invece avviene nel giudizio di merito.

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>127</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 che vorrebbe giustificare.

#### 2.4. L'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 oltre), si sia in tal modo spogliato della propria *potestas iudicandi* e non sia quindi abilitato ad adire la Corte<sup>128</sup>. Il procedimento per il quale il giudice è competente si esaurisce infatti con l'ordinanza cautelare e la questione risulta irrilevante

---

<sup>127</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza cit.*, 132.

<sup>128</sup> Cfr., sull'esaurimento della *potestas iudicandi* per lo specifico caso di rigetto dell'istanza cautelare, Corte cost., sentenza 15 ottobre 1990, n. 498, in *Giur. cost.*, 1990, II, 2897 ss.; Id., ordinanza 23 febbraio 2005, n. 82, in *Giur. cost.*, 868 ss. 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.



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.

## 2.5. 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>129</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>130</sup>.

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>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza cit.*, 105-110; ID., *Le tutele sommarie cit.*, 703-705; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela cit.*, 696-698.

<sup>130</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, 1993-1999, spec. 1994, il quale (riprendendo uno spunto di A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999, 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>131</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, 149-151; E.A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, 5ª edizione, Milano 1981, 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, 160 (nota 20); G.

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 tutelabile. 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>132</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.

In esito alla disamina degli argomenti impiegati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, 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 rimessione della questione alla Corte, pur quando non manifestamente infondata e rilevante, non consente al giudice costituzionale di vagliare la legittimità della disciplina interessata.

Alla luce delle finalità che si sono proposte al principio dell'indagine, la soluzione del rigetto appare del tutto inaccettabile.

---

TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 670 (nota 88); M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Milano 1995, 105 ss., spec. 109 (nota 13).

<sup>132</sup> G. CAMPANILE, *op. cit.*, 151. L'A. osserva, peraltro, che la tesi esposta poi 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.

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

Un orientamento minoritario in dottrina<sup>133</sup>, ma largamente praticato dalla giurisprudenza<sup>134</sup> ritiene che il giudice 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>135</sup>, che offre una sorta di compendio degli argomenti impiegati nelle diverse pronunce<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Cfr. L. CHIEFFI, *Tutela cautelare e diritti di «rilevo costituzionale» (aspetti problematici)*, in *Giur. cost.*, 1986, 2577 ss.; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1977, 256-257; E.A. DINI (e M. DINI), *I provvedimenti d'urgenza*, 5ª edizione, Milano 1981, 405 ss.; E.A. DINI, *Questione di costituzionalità e art. 700 c.p.c.*, in *Nuovo Diritto*, 1980, 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, 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, 2238 ss.

<sup>134</sup> Nella giurisprudenza civile, cfr. Pret. Trasacco, ordinanza 9 dicembre 1972, in *Arch. resp. civ.* 1973, 331 ss., con nota di E.A. DINI, *Questioni di costituzionalità in sede di ricorso «ex» art. 700 cod. proc. civ., «inaudita altera parte»*; Pret. Milano, ordinanza 3 gennaio 1976, in *Foro it.*, 1976, I, 877 ss.; Pret. Roma, ordinanza 3 gennaio 1976, *ivi*, 1976, I, 877 ss.; Pret. Napoli, ordinanza 27 ottobre 1976, in *Provvedimenti di urgenza e tutela giurisdizionale in materia di lavoro*, a cura di V. Sparano, L.F. Di Nanni, A.M. Franchini, Napoli 1978, 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, 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, 285 ss. (solo nel caso in cui la questione non superi la soglia della non manifesta infondatezza, v. *infra* § 4.1.); 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, 332 ss.; Pret. Roma, ordinanza 16 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 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, 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, 243 ss.; Trib. Voghera, ordinanza 21 giugno 1983, in *Nuovo dir. agr.*, 1984, II, 78 ss; Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1990, 1111 ss. (in motivazione). Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 24 ottobre 2000, n. 5426, in *Cons. St.*, 2000, I, 2387 ss.; *Id.*, sez. V, 13 marzo 2001, n. 1572, *ivi*, 2001, I, 829 ss.

<sup>135</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1990, 1111 ss.

<sup>136</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. Napoli, ordinanza 27 ottobre 1976, *cit.*, si trattava dell'*una tantum* sulle autovetture per la ricostruzione post-sisma in Friuli. In Pret. Milano, or-

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 ai gruppi politici non rappresentati in Parlamento un determinato numero di presentatori per poter partecipare alle elezioni amministrative<sup>137</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 costituzionale 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>138</sup>.

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 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>139</sup>, *a fortiori* ciò non può essere concesso al giudice ordinario in fase cautelare<sup>140</sup>.

Altro argomento impiegato dal pretore genovese, riprendendo il menzionato

---

dinanza 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 contragga 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>137</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.

<sup>138</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1112.

<sup>139</sup> *Contra* però cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517 ss.

<sup>140</sup> Cfr. E.A. DINI, *I provvedimenti cit.*, 409. *Contra* cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, 144 (nota 53).

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>141</sup>.

Peraltro il pretore, pur non mancando di esaminare il problema della lesione arrecata al principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>142</sup>, aggira il problema, riproponendo l'argomento, già visto nell'ambito della tesi favorevole al rigetto, dell'inesistenza del diritto cautelando<sup>143</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>144</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'incombente 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>145</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>146</sup>.

Gli argomenti impiegati, come è agevole notare, si sovrappongono 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

---

<sup>141</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1112. Diverse pronunce della Corte di Cassazione si esprimono, a livello di *obiter dicta*, in questo senso. Cfr., tra le altre, Cass., SS. UU., 7 luglio 1988, n. 4476, in *Giust. civ.*, 1988, I, 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, 1819 ss., con note di B. SASSANI e A. VALLEBONA, rispettivamente 1822-1823 e 2757-2758.

<sup>142</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1113: il giudice è consapevole che «potrebbe infatti avvenire che un diritto – fondato su norme costituzionali, ma sconosciuto 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>143</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1113.

<sup>144</sup> M. MONTANARI, *op. cit.*, 155.

<sup>145</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1113.

<sup>146</sup> Pret. Genova, ordinanza 9 aprile 1990, cit., 1113. Cfr. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 2<sup>a</sup> ed., Bari 2012, 257.

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>147</sup>.

### 3.1. La tendenziale inammissibilità della sospensione nei procedimenti cautelari.

L'opzione per la mera sospensione del procedimento cautelare, 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>148</sup>.

La dottrina 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

---

<sup>147</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* il paragrafo 2.1; 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 irrimediabilmente compromesso.

<sup>148</sup> M. MONTANARI, *op. cit.*, 161.

(ovviamente prima che la disciplina di legge venisse riformata nel 1990<sup>149</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 essere un 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.

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>150</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, 1° comma, 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>151</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 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>152</sup>. Le considerazioni di Cipriani godono, d'altro canto, di un ampio

---

<sup>149</sup> Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari 2011, 120-123.

<sup>150</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1977; ID., *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione del processo di merito*, in *Foro it.*, 1978, I, 1410 ss.

<sup>151</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento* cit., 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., 238 ss.

<sup>152</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento* cit., 237.

consenso in dottrina<sup>153</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 ne 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>154</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>155</sup>.

Insomma, sulla base di pur diverse ricostruzioni, si giunge sempre e comunque all'assunto per cui la sospensione non è strutturalmente 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>156</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>157</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>158</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.

---

<sup>153</sup> Cfr., tra gli altri, G. BORRÈ, *op. cit.*, 127 (nota 24) e 141 (nota 59); G. CAMPANILE, *op. cit.*, 134 (nota 24); C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 23<sup>a</sup> edizione, Torino 2014, 282, con ampia nota di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali (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, 657 ss.

<sup>154</sup> Cfr. sempre F. CIPRIANI, voce *Sospensione del processo*. (*Diritto processuale civile*), in *Enc. giur.*, XXX, 13.

<sup>155</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione cit.*, 1411.

<sup>156</sup> Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 651 ss.

<sup>157</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Il regolamento cit.*, 255 ss.

<sup>158</sup> F. CIPRIANI, *Il regolamento cit.*, 257.



87/1953.

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>159</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 urgenti e ciò dovrebbe valere anche con riguardo alla sospensione di cui all'art. 23, comma 2, l. n. 87/1953, 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>160</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.

### 3.2. 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 erranea, 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>161</sup>. L'opzione corretta in tal caso sarebbe quella del rigetto dell'istanza

---

<sup>159</sup> Così E.A. DINI, *I provvedimenti cit.*, 409.

<sup>160</sup> Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 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>161</sup> Cfr., in tal senso, G. BORRÈ, *op. cit.*, 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 *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016, 214-218; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel*

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>162</sup> – l'emanazione della misura cautelare<sup>163</sup>.

Alla luce di questa circostanza, alcuni Autori<sup>164</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 che l'eventuale sentenza di accoglimento non potrebbe spiegare alcun effetto nel procedimento *a quo*.

Tuttavia, è necessario osservare come la Corte, nei rari precedenti che hanno riguardato il requisito della rilevanza in rapporto al *periculum in mora*, ha escluso la sua competenza a sindacare la fondatezza, limitandosi piuttosto a saggiare la plausibilità della motivazione del giudice *a quo* sul punto<sup>165</sup>. Quando la Corte si è espressa per l'inammissibilità<sup>166</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 sulla 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) 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,

---

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

<sup>162</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.*, 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.*, 216 ss.

<sup>163</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., 312; Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, in *Foro it.*, 1986, I, 815, con nota di P. LISA; Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, I, 322.

<sup>164</sup> Cfr. G. CAMPANILE, *op. cit.*, 142-143; G. BORRÈ, *op. cit.*, 141. In senso analogo anche C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 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, 2078; Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, I, 315 ss.

<sup>165</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 23 marzo 1995, n. 108, in *Giur. cost.*, 1995, I, 876 ss., con nota di P. BIANCHI, *La Corte ancora alla ricerca del suo contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*.

<sup>166</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 19 novembre 2008, n. 393, in *Giur. cost.*, 2008, VI, 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 Id., sentenza 9 giugno 2010, n. 217, in *Giur. cost.*, 2010, III, 2495 ss.

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).

Un ulteriore argomento in senso contrario alla tesi esposta sembrerebbe venire dalla costante e copiosa giurisprudenza della Corte (che si vedrà più diffusamente *infra*) che ritiene rilevanti le questioni sollevate nel corso del procedimento cautelare quando il giudice non si sia ancora pronunciato. Ma in questo caso è la prospettiva del giudice costituzionale a mutare, dal momento che la rilevanza non è considerata, in questi casi, con riguardo al *periculum in mora*, ma piuttosto con riferimento all'esaurimento della *potestas iudicandi*<sup>167</sup>.

Ad ogni modo, se la Corte costituzionale verosimilmente non si spingerà mai a dichiarare l'inammissibilità della questione per il venir meno del *periculum in mora*, questo non esclude però che l'opzione della mera sospensione del procedimento cautelare mostri qualche 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. Tanto più che, trattandosi di sopravvenienze meramente fattuali, in nessun modo queste possono incidere sul giudizio di costituzionalità.

Ma è altrettanto vero che, specialmente nei casi in cui il *periculum in mora* si prospetta con ragionevole probabilità in termini piuttosto brevi<sup>168</sup> (come avviene il più delle volte), il giudice *a quo* decide consapevolmente 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.

### 3.3. Due tentativi di superare la rigidità del sindacato accentrato: la proposizione di questioni di costituzionalità dell'art. 700 c.p.c. e dell'art. 23 legge n. 87/1953.

In due casi, il giudice investito della questione nell'ambito del procedimento d'urgenza non ha ritenuto di aderire ad alcuna delle soluzioni indicate, ma ha investito la

---

<sup>167</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 esclusivamente il fatto che il giudice *a quo*, non essendosi ancora pronunciato, non si è privato della *potestas iudicandi*.

<sup>168</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, 535 ss., il quale ritiene necessario un giudizio di verità e non di semplice verosimiglianza; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2009, 598; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 469-507, con ampi riferimenti al dibattito dottrinale.

Corte della questione di legittimità della disciplina che riteneva lesiva dell'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.

Una prima pronuncia è quella del Pretore di Genova del 1979<sup>169</sup>: in questo caso il giudice ha ravvisato un profilo di illegittimità costituzionale nella circostanza che l'art. 700 c.p.c., che egli era chiamato ad applicare, non consentisse al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza anche i diritti derivanti da norme costituzionali che fossero elisi da norme di legge ordinaria. La Corte, pur dichiarando inammissibile per difetto di rilevanza la questione, sembra suggerire una strada alternativa per la soluzione del problema<sup>170</sup>. Nell'ordinanza n. 103 del 1979, si afferma infatti che «la questione così come è prospettata è irrilevante perché non l'art. 700 [...] ma gli artt. 23 e 24 l. 11 marzo 1953 n. 87, che regolano il rilievo incidentale delle questioni di legittimità costituzionale, potrebbero frapporre ostacolo alla delibazione di tali questioni ad opera del giudice, chiamato a provvedere su istanza di provvedimenti urgenti»<sup>171</sup>.

Il problema, sembra dire la Corte, sta nel sindacato accentrato di costituzionalità, non tanto nella struttura dell'art. 700 c.p.c.

L'indicazione è colta, anche se non appieno, dal Pretore di Bologna l'anno successivo<sup>172</sup>. Questi impugna l'art. 23, comma 2°, legge n. 87 del 1953, in quanto, postulando il necessario carattere dell'incidentalità della questione di costituzionalità, esclude di sottoporre al sindacato della Corte in sede di provvedimento pretorile d'urgenza la norma da cui dipende la concessione della tutela. La Corte<sup>173</sup> però non si pronuncia nel merito, in quanto il pretore ha rimesso la questione alla stessa avendo già esaurito i propri poteri<sup>174</sup>.

Il Pretore bolognese, al di là della pronuncia di inammissibilità della Corte, aveva in realtà investito la stessa di una questione in parte diversa (e meno radicale): se il Pretore di Genova dubitava della possibilità di delibare la questione di costituzionalità, quello di Bologna invece «sposta (e limita) il dubbio unicamente sul punto della rimessione, non avvertendo l'esistenza di alcuna preclusione ad una propria diretta soluzione del dubbio di costituzionalità»<sup>175</sup>. La via di dichiarare l'illegittimità dell'art. 700 c.p.c. o dell'art. 23 l. n. 87/1953 è stata comunque presto abbandonata per altre soluzioni.

In conclusione all'analisi della tesi della sospensione, si può senz'altro affermare come la stessa disattenda 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. Tale prospettiva appare invece, in un primo momento, più rispettosa del principio di sindacato accentrato di costituzionalità in

---

<sup>169</sup> Pret. Genova, ordinanza 18 novembre 1977, in *Foro it.*, 1978, I, 1068-1069.

<sup>170</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 1 agosto 1979, n. 103, in *Giur. cost.*, 1983, 755 ss., con nota di L. CARLASSARE, «*La tecnica e il rito*»: ovvero il formalismo nel controllo sulla rilevanza.

<sup>171</sup> Corte cost., sentenza 1 agosto 1979, n. 103, in *Giur. cost.*, 1983, 765.

<sup>172</sup> Cfr. Pret. Bologna, ordinanza 11 settembre 1980, in *Foro it.*, 1982, I, 608 ss.

<sup>173</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 29 settembre 1983, n. 286, in *Giur. cost.*, 1983, 1817 ss.

<sup>174</sup> Cfr. Corte cost. ordinanza 29 settembre 1983, n. 286, in *Giur. cost.*, 1983.

<sup>175</sup> G. CAMPANILE, *op. cit.*, 138.

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).

#### 4. La disapplicazione incidentale della norma ordinaria ritenuta incostituzionale.

Un ampio seguito in giurisprudenza<sup>176</sup> e dottrina<sup>177</sup> trova invece la soluzione della disapplicazione, in via incidentale ai fini dell'urgenza, della norma ordinaria ritenuta incostituzionale. Tale orientamento presenta, al di là della comune opzione per la

---

<sup>176</sup> Nella giurisprudenza civile, cfr. Pret. Bologna, ordinanze 2 e 14 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 2616, rispettivamente in part. 2633-2635 e 2627-2629; Id. Sampierdarena, ordinanze 13 e 27 ottobre 1975, *ivi*, 2615-2616, rispettivamente in part. 2629-2633 e 2623-2625; Pret. Milano, ordinanza 26 maggio 1975, in *Mass. giur. lav.* 1975, 534 ss.; Id. Milano, ordinanza 17 dicembre 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 318 ss.; Id. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, *ivi*, 1977, I, 2354 ss.; Id. Voltri, 1 settembre 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 639 ss.; Id. Bari, ordinanza 4 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1807 ss.; Id. La Spezia, ordinanza 29 marzo 1978, *ivi*, 1979, I, 285 ss.; Pret. Pisa, 16 maggio 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 241 ss.; Cass., SS. UU., 1 dicembre 1978, n. 5678, in *Foro it.*, 1978, I, 2704 ss., con nota di A. BARONE; Pret. Roma, ordinanza 8 giugno 1981, *ivi*, 1981, I, 2064 ss.; Id. Milano, ordinanza 22 settembre 1981, *ivi*, 1981, I, 2568 ss.; Id. Napoli, ordinanza 30 settembre 1981, in *Dir. e giur.*, 1982, 414 ss.; Trib. Firenze, decreto 21 marzo 1984, in *Foro it.*, 1986, I, 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, 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, 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, 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, 1866 ss., con nota di F. PORCARI, *In tema di «quote-latte», tutela 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*: <<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>> (ultima consultazione 30 novembre 2017). Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Cons. St.*, 1999, I, 2038 ss., nonché in *Foro it.*, 2000, III, 9 ss., con nota di R. ROMBOLI.

<sup>177</sup> In dottrina appoggiano la presente tesi, seppur con argomentazioni diverse e diversa convinzione, N. BALBI, voce «Provvedimenti d'urgenza», in *Digesto Civile*, XVI, Torino, 1997, 73 ss.; G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza, in I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, 139 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 759 (nota 51); G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 124 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 1998, 242; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999, 154 ss.; A. IANNIELLO, *La giurisprudenza del lavoro nell'impatto col nuovo art. 700 cod. proc. civ.*, in *Riv. critica dir. lav.*, 1992, 593 ss.; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> edizione, IV, Milano 2000, 159 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> edizione, Napoli 1999, 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, 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, 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*, Napoli 1979, 419 ss. in part. 447 (seppur con notevoli perplessità); G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza cit.*, 27 ss.

concessione del provvedimento d'urgenza, diverse declinazioni relativamente ai presupposti, alla durata e ai caratteri del provvedimento, alla rimessione o meno della questione *ex post* alla Corte.

Nell'ambito di quest'orientamento si segnalano diverse sentenze di grande interesse per gli argomenti elaborati a favore della disapplicazione<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Si descrivono qui di seguito i casi non espressamente affrontati nel testo. In Pret. Bologna, ordinanze 2 e 14 ottobre 1975, cit., e Pret. Sampierdarena, ordinanze 13 e 27 ottobre 1975, cit., si tratta del caso, già visto (Pret. Bergamo, 26 ottobre 1975, cit.), dei c.d. autoriduttori di bolletta telefonica. I pretori aditi hanno indicato la strada della disapplicazione, ravvisando la necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso la concessione del provvedimento d'urgenza con il quale si è ordinato a SIP il ripristino delle utenze distaccate e vietato il distacco di quelle ancora in funzione. Relativamente alla rimessione alla Corte costituzionale, invece, si sono fatte scelte differenti: alcuni pretori hanno ritenuto di dover comunque investire la Corte della questione, in ragione dell'obbligo, gravante su ogni giudice, «di sollevare il procedimento incidentale di legittimità costituzionale ogni volta che si ravvisi una divergenza tra norme di legge ordinaria e norme costituzionali, che sia influente sul giudizio» (Pret. Sampierdarena, ordinanze 13 e 27 ottobre 1975, cit.). Altri hanno preferito lasciare l'onere di proporre il giudizio di costituzionalità al giudice del merito (Pret. Bologna, ordinanze 2 e 14 ottobre 1975, cit.; in realtà sembra aderire a questa tesi, se bene si intende la motivazione, anche Pret. Bergamo, decreto 26 ottobre 1975, cit., che – pur avendo rigettato l'istanza cautelare – afferma che «di fronte ad una disposizione di legge che abbia ragione di sospettare non conforme alla Costituzione l'autorità giudiziaria ha facoltà di sospendere il giudizio in attesa che la Corte costituzionale si pronunci ma non ha la facoltà di emettere la sentenza come se la incostituzionalità fosse già acclarata e la norma già colpita da inefficacia»). In Pret. Milano, ordinanza 26 maggio 1975, cit., si contestava la legittimità costituzionale dell'art. 6 dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300 del 1970), il quale consentiva al datore di lavoro di sottoporre il lavoratore a perquisizione personale (sia pure entro certi limiti e a determinate condizioni): tale norma appariva in contrasto in primo luogo con il principio dell'inviolabilità della libertà personale; in secondo luogo con gli artt. 2, 3 e 41 Cost. Pret. Milano, 17 dicembre 1976, cit., e Pret. Voltri, 1 settembre 1977, cit., sulla questione delle lavoratrici ultracinquantacinquenni, già trattata. In Pret. Roma, ordinanza 8 giugno 1981, cit., si affronta la questione dell'iscrizione obbligatoria alla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli avvocati ed i procuratori. Gli avvocati e procuratori che godevano già di un trattamento pensionistico (in quanto professori universitari) oppure che si erano iscritti agli albi professionali in età tale da non conseguire più alcun trattamento pensionistico denunciavano l'illegittimità costituzionale dell'art. 22 della legge n. 576 del 1980 nella misura in cui prevedeva indiscriminatamente la suddetta iscrizione obbligatoria, chiedendo di essere esonerati dall'iscrizione e dalla corresponsione dei contributi (visti il lungo tempo necessario per la restituzione, l'impossibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno da svalutazione, le sanzioni disciplinari in caso di mancata autoliquidazione). Cfr. anche Pret. Milano, 22 settembre 1981, cit., e Pret. Napoli, ordinanza 30 settembre 1981, cit. In Pret. Parma, ordinanza 11 dicembre 1986, cit., si discuteva della legittimità costituzionale della c.d. «tassa sulla salute». Nel caso di specie alcuni liberi professionisti avevano convenuto l'I.N.P.S. di fronte alla Pretura parmense per ottenere l'accertamento negativo della pretesa loro rivolta dall'ente previdenziale al pagamento del contributo sociale di malattia per le prestazioni a carico del S.S.N., istituito dall'art. 31 della legge n. 28 febbraio 1986, n. 41. I ricorrenti lamentavano l'illegittimità costituzionale della norma suddetta in rapporto agli artt. 3, 53 e 81 Cost. Contestualmente al ricorso principale, adivano lo stesso giudice ex art. 700 c.p.c. per ottenere la sospensione, in via d'urgenza, della procedura di riscossione. In App. Palermo, decreto 30 giugno 1992, la questione verte sulla legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge n. 349 del 1973, che discrimina irragionevolmente (a parere del ricorrente e dei giudici) il traente di un assegno bancario protestato rispetto al debitore cambiario. Nel caso di specie, l'aspetto di maggior interesse è che l'adozione del provvedimento ex art. 700 c.p.c. sia avvenuta durante la sospensione del procedimento per la soluzione del giudizio di costituzionalità, in accoglimento del reclamo fatto dal ricorrente al presidente della Corte d'Appello. Trib. Torino, ordinanza 28 agosto 2000, cit., sulla questione delle c.d. «quote-latte». Pronuncia interessante per l'intreccio tra questione di legittimità costituzionale e contrasto tra diritto interno e diritto europeo. In Trib. Roma, 3 febbraio 2003, cit., si affronta la presunta illegittimità costituzionale della normativa in tema di decadenza *ex lege* dall'incarico di funzioni dirigenziali di livello generale. Nell'ordinanza si afferma che «appare sussistere compatibilità tra il giudizio cautelare e la questione di legittimità costituzionale in quanto nel caso in cui il Giudice ritenga tale questione non manifestamente infondata e rilevante, in presenza del requisito del

Una pronuncia molto significativa è quella del Pretore di Pisa<sup>179</sup> sulla già menzionata questione dei precari dell'Università.

Innanzitutto si sottolineano, 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>180</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 diritti 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>181</sup>.

La valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale è il secondo elemento (costante nella gran parte delle pronunce) impiegato a sostegno della disapplicazione che, in questo senso, si pone in netto contrasto con l'orientamento della sospensione il quale, sostanzialmente, finiva per disattendere quest'esigenza.

Sullo stesso punto, affermazioni più nette ed articolate sono fatte dal Pretore di

---

*periculum in mora*, ben può regolamentare l'assetto di interessi in questione in modo da fare sì che l'attesa del giudizio di costituzionalità, laddove abbia esito positivo, non pregiudichi irrimediabilmente il diritto del ricorrente».

<sup>179</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2354 ss.

<sup>180</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, cit., 2367. Riproduce quest'argomento (essendo l'estensore, in entrambi i 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.

<sup>181</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, cit., 2367.



Genova<sup>182</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 inammissibilità della questione per sopravvenuta irrilevanza in relazione al procedimento cautelare»<sup>183</sup>.

Sempre nel solco della tesi in esame si muove un decreto del Tribunale di Firenze<sup>184</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>185</sup>, concernente la nota

---

<sup>182</sup> Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, in *Riv. critica lav.*, 2003, 315 ss. L'ordinanza tratta del c.d. «contratto di soggiorno». Si contesta 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.

<sup>183</sup> Trib. Genova, ordinanza 12 marzo 2003, cit., 322.

<sup>184</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>185</sup> Cfr. Cons. Stato, ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Cons. St.*, 1999, I, 2038 ss., nonché in *Foro it.*, 2000, III, 9 ss., con nota di R. ROMBOLI; su tale pronuncia, più diffusamente, cfr. A. VUOLO, *Misure cautelari*

*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 nella 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 accentratore 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 accentratore 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 indicare 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>186</sup>.

La Cassazione, nella pronuncia n. 5678 del 1978, considera 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 esistenza e la operatività giuridica della prima vanno in concreto misurate»<sup>187</sup>. Non sarebbe perciò corretto, facendo riferimento alla sola norma ordinaria, negare l'esistenza di una situazione giuridica da tutelare<sup>188</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

---

*e sindacato diffuso sulla legge*, in *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), a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino 2002, 545 ss., in part. 546-550.

<sup>186</sup> Cfr. Cass., SS. UU., 1 dicembre 1978, n. 5678, cit.

<sup>187</sup> Cass., SS. UU., 1 dicembre 1978, n. 5678, cit., 2706.

<sup>188</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.

probabilistica del *fumus boni iuris*, anche il giudizio in punto di diritto<sup>189</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, 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 nei seguenti termini:

- a) Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale ha nella tutela cautelare uno strumento costituzionalmente necessario, non può essere sacrificata 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.

#### 4.1. La diversa consistenza del *fumus boni iuris*.

Nell'ambito della giurisprudenza che ha concesso il provvedimento cautelare previa disapplicazione della norma ordinaria presunta illegittima, si possono distinguere diverse posizioni in relazione agli elementi necessari per integrare il *fumus boni iuris* che sta alla base dell'emissione della misura cautelare.

Per alcuni giudici sarebbe sufficiente il mero dubbio circa la legittimità della legge ordinaria, ovvero il riconoscimento della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità<sup>190</sup>.

Per altri giudici invece bisognerebbe spingersi fino ad una piena delibazione dell'illegittimità costituzionale della norma stessa<sup>191</sup>: il giudice della cautela dovrebbe

---

<sup>189</sup> Cass., SS. UU., 1 dicembre 1978, n. 5678, cit., 2706.

<sup>190</sup> Cfr., ad esempio, Cons. Stato, ordinanza 3 aprile 1973 n. 203, in *Giust. civ.*, 1973, II, 232 ss.; Pret. Milano, ordinanza 26 maggio 1975, in *Mass. giur. lav.* 1975, 536; Pret. Milano, ordinanza 17 dicembre 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 319; Pret. Voltri, ordinanza 1 settembre 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, 643, che afferma che «ai fini del presente giudizio cautelare, la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale si risolve automaticamente in quel *fumus boni iuris* la cui sussistenza legittima la emanazione del richiesto provvedimento d'urgenza»; Pret. Napoli, ordinanza 30 settembre 1981, in *Dir. e giur.*, 1982, 419; Pret. Parma, 11 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 173-174.

<sup>191</sup> Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2366-2367, nella quale si dice che «il forte sospetto di illegittimità costituzionale [...] non può non entrare a far parte della valutazione, cui questo pretore è chiamato, circa il *fumus boni iuris* del diritto vantato»; e ancora: «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 appaiono implicati dal giudizio

verificare, una volta riconosciuta la non manifesta infondatezza della questione, la probabilità che il giudizio davanti alla Corte costituzionale si concluda con una pronuncia di accoglimento. Il *fumus* sarebbe integrato pertanto dalla contestuale sussistenza della non manifesta infondatezza della questione e della probabilità di una declaratoria di illegittimità della Corte.

Una pronuncia interessante sotto questo profilo è quella del Pretore di La Spezia del 1978<sup>192</sup>. In questo caso, il giudice opera un distinguo: qualora il dubbio sulla legittimità della norma ordinaria applicabile dovesse assumere i connotati della semplice non manifesta infondatezza, allora la soluzione più idonea sarebbe quella di rimettere gli atti alla Corte costituzionale, sospendendo il processo *a quo*. Nel caso in cui il dubbio invece dovesse essere ben più grave, tanto da potersi pronosticare con buona probabilità una pronuncia favorevole della Corte, bisognerebbe senz'altro disapplicare la norma ordinaria per salvaguardare le ragioni degli istanti.

La scelta tra l'una o l'altra soluzione appare difficile: se si guarda alla sommarietà della cognizione richiesta al giudice della cautela e cioè a quell'apparenza o verosimiglianza del diritto cui si è soliti far riferimento, la scelta più coerente sembrerebbe quella di non spingersi a delibare a fondo la questione, limitandosi a rilevare la non manifesta infondatezza.

Se invece si valorizza maggiormente la strumentalità della misura cautelare nei confronti del giudizio di merito, si potrebbe pensare che, essendo tenuto ad anticipare gli effetti della futura sentenza, il giudice dell'urgenza debba pure risolvere la questione di costituzionalità così come farebbe la Corte stessa.

La Corte costituzionale sembra aver accolto la prima impostazione, quella che ritiene sufficiente la non manifesta infondatezza della questione ai fini dell'emissione della misura cautelare, in ragione dell'adesione della stessa Corte ad un recente orientamento giurisprudenziale che lega l'emissione della misura cautelare agli stessi presupposti dell'ordinanza di rimessione alla Corte. Ma su questo aspetto conviene soffermarsi più approfonditamente *infra* (v. §§ 5. ss.).

#### 4.2. Il momento della rimessione alla Corte costituzionale.

Le pronunce del filone della disapplicazione presentano scelte diverse anche 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>193</sup>.

---

di merito». Per il pretore, il giudice dell'urgenza sarebbe «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 del merito) quanto il giudizio sulla stessa questione (proprio della Corte costituzionale)».

<sup>192</sup> Pret. La Spezia, ordinanza 29 marzo 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 288.

<sup>193</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.

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>194</sup>.

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

La seconda invece presenta alcune incognite: 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 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 per cui il giudice in fase cautelare disapplicasse la legge, senza che la relativa questione venisse poi effettivamente sottoposta alla Corte<sup>195</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>196</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

---

<sup>194</sup> Cfr., ad esempio, Pret. Pisa, ordinanza 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 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, 2068; Pret. Parma, 11 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 173.

<sup>195</sup> Cfr., ad esempio, Pret. Genova, 9 aprile 1990, cit., 1113.

<sup>196</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015, 290 ss.

giudice competente per il merito<sup>197</sup>. Infine, in talune ipotesi, la cognizione del merito è attribuita al tribunale in funzione collegiale<sup>198</sup>. Pertanto non è affatto improbabile che, nei casi indicati, il 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 artt. 134 Cost., 1 legge cost. 1/1948 e 23 legge n. 87/1953<sup>199</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>200</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 decisione 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 (trala-

---

<sup>197</sup> Cfr. S. RECCHIONI, *ult. op. cit.*, 296; C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 585; A. SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 369.

<sup>198</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*, 292-295.

<sup>199</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>200</sup> Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 2<sup>a</sup> ed., Bari 2012, 273 ss.; anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza cit.*, 53 ss., con ulteriori riferimenti alla dottrina processualcivile sul tema.

sciando 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.

#### 4.3. Esaurimento della *potestas iudicandi* e inammissibilità della questione.

L'opzione per 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 inoltre difficilmente armonizzabile con il principio di 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>201</sup> il giudice della fase cautelare che giunga all'emissione della misura cautelare esaurisce con ciò la propria *potestas iudicandi* 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>202</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>203</sup>.

Non mancano, peraltro, sentenze della Corte che introducono una parziale deroga a questa regola: è il caso, ad esempio, della sentenza del 23 dicembre 1993, n. 457<sup>204</sup>. In

---

<sup>201</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>202</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 *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000, 693 ss., spec. 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>203</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza n. 451 del 1993.

<sup>204</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 23 dicembre 1993, n. 457, in *Giur. cost.*, 1993, 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.

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>205</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 instaurato 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* § 5.3.6.), che sembra maggiormente giustificato dalla necessità di non dichiarare inammissibile una questione che sarebbe stata inevitabilmente riproposta e comunque avrebbe influenzato la decisione del giudizio di merito già pendente.

In chiusura all'analisi della tesi della mera disapplicazione, si può certo riconoscere che, sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale, questa tesi sia, finora, la più garantista, in quanto acconsente alla concessione della tutela cautelare richiesta dal ricorrente. Tuttavia, per quanto attiene al principio del sindacato accentratore 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 questione 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).

---

<sup>205</sup> G. SILVESTRI, *op. cit.*, 454.



## 5. La concessione della misura cautelare “*ad tempus*” e la contestuale rimessione della questione alla Corte costituzionale.

Un ultimo orientamento giurisprudenziale ritiene che la soluzione più conforme al dettato costituzionale sia 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>206</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. 1034/1971, 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 tutela (in particolare, degli interessi pretensivi) sia per integrare la scarsa disciplina processuale. Tra queste sospensive atipiche, si annoverano le c.d. ordinanze *soprasessorie*<sup>207</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 altre attività processuali) che appaiano necessarie alla pronuncia della misura cautelare.

---

<sup>206</sup> Cfr., 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. 1° serie speciale – Corte costituzionale 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. 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 accentrato 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, *rinviano 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. In dottrina appoggia questa soluzione, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale in tema, M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d’urgenza: un problema ancora aperto*, in *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Milano 1995, 105 ss., spec. 120 ss.; S. PAJNO, *op. cit.*, 453 ss.

<sup>207</sup> In tema cfr., ad es., F. FIGORILLI, *Le ordinanze c.d. soprasessorie in tema di sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 487 ss.

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 accentrato 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>208</sup> e la n. 1532<sup>209</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 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>210</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>211</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>212</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

---

<sup>208</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 10 ottobre 1995, n. 1395, in *Corriere Giur.*, 1995, II, 1279 ss. Quest'ordinanza e la seguente sono commentate da F. FRANCIOSI, *Processo amministrativo e definitività dei provvedimenti cautelari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 744 ss.

<sup>209</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 734.

<sup>210</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., 743.

<sup>211</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., 743-744.

<sup>212</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, cit., 744.

rispetto alla misura cautelare definitiva»<sup>213</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<sup>214</sup> (v. *infra* § 5.1.).

Le riforme del processo amministrativo intervenute nel corso degli anni<sup>215</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>216</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>217</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 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 costituzionale, sembra che l'orientamento della tutela *ad tempus* abbia conquistato anche il processo civile<sup>218</sup> (anche *infra* § 5.1.).

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>219</sup>, non sia affatto estranea a quello civile, che già conosce, nell'art. 669-*sexies*, comma

---

<sup>213</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 28 ottobre 1995, n. 1538, *ibidem*.

<sup>214</sup> Cfr., ad es. recentemente, Corte cost., ordinanza n. 211 del 2011 e sentenza n. 83 del 2013.

<sup>215</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>216</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, 9, con nota di R. ROMBOLI.

<sup>217</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. 1° serie speciale – Corte costituzionale 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, 915 ss., spec. 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, 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* § 5.1.

<sup>218</sup> Cfr. le recenti sentenze sul caso “De Magistris-De Luca”, Corte cost., sentenze nn. 236 del 2015 e 276 del 2016.

<sup>219</sup> Ora non solo in via pretoria, ma pure nell'art. 56 c.p.a.

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>220</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 autorevolissimo riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>221</sup>. Si fa riferimento, in particolare, alle sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta* con le quali la corte di Lussemburgo ha riconosciuto ai giudici 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, 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 *infra* Cap. III). Non si è mancato infine di evidenziare come la soluzione in esame sia quella che meglio si inserisce 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>222</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.

## 5.1. 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>223</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

---

<sup>220</sup> Cfr. A. RONCO, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, 2739 ss., spec. 2743; S. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, 453 ss., spec. 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*, I, 91 ss., spec. 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>221</sup> Cfr., tra i molti, R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. appal.*, 2002, 234; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 146; V. ROMANO, *Giudizio cautelare e incidente di legittimità costituzionale*, in *Rass. avv. st.*, n. 1/2014, 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, 209, spec. 212.

<sup>222</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 28 novembre 2011, n. 6277, cit., 211.

<sup>223</sup> Cfr. *infra* Tabella n. 1 in *Appendice*.

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" del espediente 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>224</sup>.

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. 477/1973 (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 sospensiva, 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>224</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 12 ottobre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, 2647 ss.

La questione viene poi accolta nel merito: senza la concessione della sospensiva 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>225</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>226</sup>.

Ma a partire dagli anni 2000, la tutela *ad tempus* diviene chiaramente la strada maestra per l'accesso alla Corte nella fase 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>227</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. 33/1997 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. 157/1992 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

---

<sup>225</sup> Cfr. Corte cost., sentenze n. 24 del 1995, n. 359 del 1995, n. 183 del 1997 e n. 330 del 1999.

<sup>226</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza 20 dicembre 1993, n. 451, in *Giur. cost.*, 1993, 3694 ss., con nota di G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, *ivi*, 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).

<sup>227</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 12 gennaio 2000, n. 4, in *Giur. cost.*, 2000, 14 ss., con ampia nota redazionale.

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 separato provvedimento, la sospensiva stessa, in via provvisoria e temporanea, sino alla ripresa del giudizio cautelare»<sup>228</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>229</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». 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)».

Di contro – e qui si introduce la più attenta teorizzazione della tutela *ad tempus* – «la *potestas iudicandi* 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; numeri 24, 30 e 359 del 1995; n. 183 del 1997; n. 4 del 2000)».

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».

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>230</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

---

<sup>228</sup> Benché, si noti, la questione sollevata nel 1997 sia decisa nel 2000 e il decreto riguardi la stagione venatoria 1997-1998.

<sup>229</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza 27 gennaio 2006, n. 25, in *Giur. cost.*, 2006, 192 ss.

<sup>230</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. cost.*, 2008, 3324 ss., con note di A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, 3338 ss.; B. MARZIALE, *Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 2008, 1357 ss.

CE per soggiornanti di lungo periodo.

Il caso concreto portato all'attenzione del giudice *a quo*, il Tribunale di Brescia, sezione lavoro, era particolarmente pietoso: 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.

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 recente pronuncia sul caso *Stamina*, n. 274 del 2014<sup>231</sup>, concernente la legittimità costituzionale dell'art. 2, d.l. n. 24/2013, (Disposizioni urgenti in materia sanitaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. n. 57/2013, 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 200 pronunce cautelari)<sup>232</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

---

<sup>231</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giur. cost.*, 2014, VI, 4670 ss., con note di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*, *ivi*, 4678 ss.; G. D'AMICO, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, 157 ss.; C. NARDOCCI, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, *ivi*, 160 ss.; G. SERENO, *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Oss. cost.*, n. 1/2015.

<sup>232</sup> Cfr., in tal senso, A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3249 ss., spec. 3252.



controversa legittimità costituzionale della norma, l'unico a sollevare la questione di legittimità costituzionale era stato quello del Tribunale di Taranto (sezione lavoro)<sup>233</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 pronuncia 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».

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 Magistris - De Luca*" (nn. 236/2015<sup>234</sup> e 276/2016<sup>235</sup>), concernenti la

---

<sup>233</sup> Cfr. Trib. Taranto, ordinanza 24 settembre 2013, in *biodiritto.org* – *Dossier Stamina*: <<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>> (ultima consultazione 30 novembre 2017), con nota di G. MENEGUS, *Misura cautelare ad tempus nella tutela di diritti di rilievo costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 915 ss.

<sup>234</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 19 novembre 2015, n. 236, in *Giur. cost.*, VI, 2179 ss.; ricchissima la dottrina in merito: cfr., nota di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2016, I, 412 ss.; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* – *Rassegna*, n. 1/2016, 30 gennaio 2016; C. MARCHESE, *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 *Oss. cost.*, 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, 206 ss.; V. PUPO, *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Reg.*, n. 2/2016, 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, 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, 258 ss.

<sup>235</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, 129 ss.; F. BAILO, *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. It.*, n. 2/2017, 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. RIVOSACCHI, *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2385 ss.; nonché si consenta 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.

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 quo* 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 d'altra parte, la Corte stessa non ritiene di dover spendere ulteriori parole sulla validità del meccanismo della tutela cautelare *ad tempus*.

## 5.2. Le critiche alla tutela cautelare *ad tempus*.

Nonostante l'ampio seguito in giurisprudenza, l'indirizzo descritto non risulta comunque immune da critiche, anche serrate, da parte della 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 attento approfondimento.

### 5.2.1. Disapplicazione interinale o piena attuazione della sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87/1953?

Una prima critica mossa frequentemente alla soluzione in esame è quella per cui la concessione del provvedimento, seppur *tecnica e interinale*<sup>236</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>237</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 conseguenziale disapplicazione della legge.

---

<sup>236</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 444 del 1990, *Considerato in diritto*, punto 3.

<sup>237</sup> Cfr., tra gli altri, L. AZZENA, *Valorizzazione degli elementi di diffusione del sistema di giustizia costituzionale*, in *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)*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino 2002, 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*, Torino 2008, 244 ss.

Si è anche ritenuto di distinguere tra diffusione *necessaria* e diffusione *forte*<sup>238</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 dottrina che si è occupata del tema. In proposito, può essere colto uno spunto che emerge da un intervento di Giandomenico Falcon<sup>239</sup> a un convegno sulla tutela giurisdizionale dei diritti, e che viene ripreso, di lì a pochi anni, da Mario Esposito in una nota a sentenza<sup>240</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. 87/1953<sup>241</sup>.

Un primo elementare rilievo consiste nell'osservare che la sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87/1953 non rappresenta altro che il *riflesso, giuridicamente necessario, della rilevanza* della questione di costituzionalità<sup>242</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, è pure comunemente sostenuto che la sospensione

---

<sup>238</sup> Cfr. N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 248.

<sup>239</sup> Cfr. G. FALCON, *Intervento*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 157 ss., spec. 158-159.

<sup>240</sup> Cfr. M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, 1833 ss., spec. 1851-1852.

<sup>241</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*, Napoli 1990, 145 ss.); 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., da ultimo, M. ANDREIS, *Pregiudizialità costituzionale e (mera) sospensione*, in *Urb. app.*, n. 1/2015, 47 ss., spec. 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.

<sup>242</sup> Cfr. A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 137 ss.

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 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>243</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 casi in cui una delle parti si trovi in una posizione tale da poter dare applicazione da sé alla legge sospetta di incostituzionalità<sup>244</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. 87/1953 – sempre se la si ritiene atta 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. 87/1953.

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

---

<sup>243</sup> G. FALCON, *Intervento*, cit., 158.

<sup>244</sup> G. FALCON, *op. cit.*, 158-159.

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 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>245</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. 87/1953: 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 essere dunque 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. 87/1953.

### 5.2.2. 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>246</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,

---

<sup>245</sup> M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, cit., 1852.

<sup>246</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, 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*, I, Torino 2016, 91 ss., spec. 100 ss.

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>247</sup>.

Si è parlato in proposito di rilevanza *attenuata* o di nozione *elastica* della rilevanza, proprio per descrivere la non perfetta corrispondenza tra il meccanismo di creazione pretoria e il dettato dell'art. 23 l. n. 87/1953<sup>248</sup>.

Si è pure osservato che non si potrebbe neppure far salva la rilevanza della questione, «riportandosi non già alla pronuncia 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>249</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. 87/1953; 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>250</sup>. Come si è visto (v. *supra* § 3.2.), 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 a prescindere da qualsivoglia influenza (sia pratica che giuridica) della decisione della Corte sul caso di specie.

La soluzione della tutela cautelare *ad tempus*, riconsiderata nella differente prospettiva di una piena attuazione della sospensione ex art. 23, comma 2, l. n. 87/1953, 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

---

<sup>247</sup> Cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, 3.

<sup>248</sup> Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 106; L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, 100.

<sup>249</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 3.

<sup>250</sup> Cfr. F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *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)*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino 2002, 145 ss., spec. 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*, Napoli 2012; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 150 ss.

esaminata)<sup>251</sup>, è 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>252</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 recentissimi 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 più di venticinque 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 giudice costituzionale, tale indirizzo in punto di rilevanza non mostra segni di cedimento né è dato ritrovare nella giurisprudenza costituzionale (ma v. *infra* § 5.3.6.) 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.

### 5.2.3. Provvisorietà giuridica del provvedimento *ad tempus* e 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>253</sup>: 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

---

<sup>251</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 4-5.

<sup>252</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.

<sup>253</sup> Cfr. L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità cit.*, 102-103; M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Milano 1995, 105 ss., spec. 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, 19 giugno 2015, 2.

dinanzi al giudice *a quo* e l'eventuale 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>254</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 /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 ripronunciarsi 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 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'incardinamento 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

---

<sup>254</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. 7/2913, 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.



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>255</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.

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

---

<sup>255</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli 2003, 519-520.

impedita dall'eventualità che gli effetti della misura cautelare siano irremovibili.

#### 5.2.4. La coincidenza tra *fumus boni iuris* e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

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 giudice 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>256</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 giudice 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 generalmente ricondotta al *mero dubbio* in ordine alla legittimità 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.

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

---

<sup>256</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*, 23/2014, 16.

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.

### 5.2.5. L'appellabilità dell'ordinanza cautelare *ad tempus*.

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>257</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* § 3.1.): 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>258</sup>.

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

---

<sup>257</sup> Cfr., ad esempio, per l'esclusione dell'appellabilità, Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 20 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, III, 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, 451 ss. Sul tema, cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Pregiudizialità costituzionale e doppio grado di giudizio nel processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 33 ss.; R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo* cit., 345 ss.; S. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, 453 ss.

<sup>258</sup> Corte cost., sentenza 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.*, 1982, 41 ss.; con note di S. BELLOMIA, *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 43 ss.; F.G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.; M. ROSSI, *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, 1234 ss. Richiama quest'argomento A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000, 693 ss., in part. 699.

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>259</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>260</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 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 sono tuttavia risolutivi: in favore dell'inappellabilità di questo tipo di provvedimenti cautelari militano una serie di argomenti che, ad opinione di chi scrive, sono ben più 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>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Corte cost., sentenza 20 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, 2033 SS., con note di G. ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, *ivi*, 2041 ss.; C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata*, in *Giur. it.*, I, 1, 409 ss.; F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, 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, 2005 ss.

<sup>260</sup> L'Avvocatura dello Stato aveva infatti difeso la disposizione sottolineando come fosse possibile riproporre l'istanza cautelare.

<sup>261</sup> Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 30 settembre 1988, n. 653, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 487, con nota di F. FIGORILLI, *Le ordinanze c.d. soprassessorie in tema di sospensiva*.

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>262</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, l. n. 87/1953, allora non può ammettersi l'appellabilità della misura cautelare in questione<sup>263</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. Ciò non significa certo che la questione sollevata con l'ordinanza *ad tempus* poi annullata sia 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>264</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.

#### 5.2.6. Un possibile *revirement* nel processo amministrativo?

Una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 200 del 2014<sup>265</sup> (annotata da uno degli Autori che più si è dedicato al tema della tutela cautelare)<sup>266</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 misura 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>267</sup>.

---

<sup>262</sup> Cfr. anche, seppur con argomenti in parte diversi da quelli adottati nel testo, S. PAJNO, *op. cit.*, 459-460.

<sup>263</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>264</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>265</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>266</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.

<sup>267</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

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>268</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.

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.

---

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>268</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urb. appal.*, n. 2/2002, 236.

## 6. Ipotesi di configurazione di un potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio incidentale.

Come si è indicato nel corso dell'esposizione, non sono mancati da parte della dottrina costituzionalistica spunti, anche autorevoli, per la ricostruzione di un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale pure in relazione al giudizio in via incidentale.

Nell'ambito di tale dottrina 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 configurata in via interpretativa (v. §§ 6.1., 6.2., 6.3.); 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. §§ 6.4., 6.5., 6.6.).

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 (§ 6.7.).

### 6.1. Ipotesi ricostruttive *de iure condito*: la sospensione delle leggi autoapplicative.

Una prima ipotesi interpretativa è quella avanza da Alessandro Pace in uno scritto destinato agli *Studi in memoria di Carlo Esposito*<sup>269</sup>.

L'Autore osserva come l'ordinamento conosca da sempre l'esistenza di *leggi c.d. autoapplicative*<sup>270</sup>, ovvero di leggi la cui applicazione 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

---

<sup>269</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517 ss., nonché in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, 1197 ss.

<sup>270</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 *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, 377 ss., spec. 379-380), 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. 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, 3748 ss., spec. 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*, Milano 2007, 144 ss. Per una ragionevole critica di tale impostazione cfr. M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino 2015, 23-24.

amministrativa<sup>271</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>272</sup> e si pone pertanto la necessità di individuare una forma di sospensiva che sappia soddisfare le esigenze di effettività della tutela giuridizionale 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>273</sup>, l'Autore si chiede allora se il suo esercizio da parte della Corte possa essere introdotto 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>274</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>275</sup>; per quanto riguarda la seconda si tratterebbe piuttosto di verificare l'effettività delle norme *extra ordinem natae*<sup>276</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>277</sup>, la ricostruzione mostra nondimeno alcuni limiti quando dalle argomentazioni in merito al suo fondamento in diritto (che può anche condividersi) si passa alla sua applicazione in concreto, ovvero alle forme e

---

<sup>271</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare* cit., 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*, Milano 2010, 251 ss., *passim*. È costante l'affermazione dell'insussistenza di una riserva di amministrazione nella giurisprudenza costituzionale.

<sup>272</sup> Cfr. A. PACE, *ult. op.* cit., 518-521.

<sup>273</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, 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. 131/2003) v. *infra* § 6.5.

<sup>274</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, 537-539.

<sup>275</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, 539-540.

<sup>276</sup> Cfr. A. PACE, *ivi*, 540-541.

<sup>277</sup> V. *infra* § 6.7.



ai modi dell'esercizio del potere sospensivo della Corte<sup>278</sup>.

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 andrebbe 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. 642/1907, richiamato dall'art. 22 l. n. 87/1953<sup>279</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 § 6.7. dedicato appunto all'esercizio di poteri cautelari in rapporto a leggi-provvedimento.

## 6.2. (*segue*) L'applicazione in via analogica dei poteri sospensivi di cui agli artt. 35 e 40 legge n. 87/1953.

Un'altra ipotesi ricostruttiva fa leva invece sulle disposizioni (artt. 35 e 40 l. n. 87/1953) 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.

La tesi, già avanzata in dottrina<sup>280</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>281</sup>. Nel caso di specie – lo si ricorda qui brevemente – si lamentava la dubbia conformità alla l. n. 352/1970 e alla

---

<sup>278</sup> Sembra peraltro opportuno tenere in considerazione, come osserva S. BARTOLE (*Considerazioni sulla funzionalità della Corte Costituzionale*, in *Regioni e Corte costituzionale. L'esperienza degli ultimi quindici anni*, a cura di S. Bartole, M. Loiodice, M. Scudiero, Milano 1988, 13 ss., in part. 80), il fatto che l'enunciazione della tesi in esame risale ad un periodo in cui la dottrina prestava particolare attenzione ai profili espansivi dei poteri della Corte che andavano emergendo dalla stessa giurisprudenza costituzionale; mentre in tempi più recenti la Corte ha optato per una maggiore cautela; atteggiamento contro il quale in definitiva verrebbe realisticamente a scontrarsi l'ipotesi di un'autoassunzione del potere di sospensiva immaginata da Alessandro Pace.

<sup>279</sup> Cfr. A. PACE, *ult. op. cit.*, 541-542.

<sup>280</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*, Bologna 1988, 388.

<sup>281</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 *Oss. cost.*, n. 1/2017, 15 febbraio 2017; si consenta di rinviare anche a G. MENEGUS, *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; 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>> (ultima consultazione 30 ottobre 2017). Per il link all'ordinanza, v. nota successiva.

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. 87/1953 – 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>282</sup>, per ragioni attinenti prevalentemente alla carenza di strumentalità della misura cautelare richiesta e di incidentalità dell'eccezione di costituzionalità sollevata dai ricorrenti.

Ma lo spunto avanzato in quell'occasione può essere utilmente ripreso per riconsiderare in chiave più generale l'ammissibilità di una ricostruzione interpretativa nel senso prefigurato dai ricorrenti.

### 6.3. Inammissibilità giuridica e pratica di una sospensiva ricostruita in via analogica.

Un primo ostacolo di carattere giuridico all'applicazione in via analogica degli artt. 35 e 40 l. n. 87/1953 sembra derivare dal carattere eccezionale di tali disposizioni<sup>283</sup>.

L'art. 40 l. n. 87/1953<sup>284</sup> è stato a lungo (fino al 2003) l'unica disposizione in tema di poteri cautelari della Corte costituzionale: la sua stessa presenza ha indotto alcuni a sostenere l'eccezionalità (non solo della norma, ma anche) del potere connesso, poiché altrimenti non vi sarebbe stata ragione per il legislatore di esplicitare il potere rispetto al solo conflitto tra enti. La mancata previsione di ulteriori disposizioni attributive di un potere cautelare alla Corte si sarebbe cioè dovuta interpretare come una consapevole omissione del legislatore, legata alla volontà dello stesso di escludere l'esercizio di poteri cautelari negli altri giudizi

---

<sup>282</sup> Cfr. Trib. Milano, 7 novembre 2016, n. 37657, consultabile su *laCostituzione.info*: <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2016/11/09/il-testo-integrale-delle-due-ordinanze-del-giudice-loreta-dorigo/>> (ultima consultazione 30 ottobre 2017).

<sup>283</sup> Cfr., *ex pluribus*, A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *www.federalismi.it*, 18 aprile 2002, 6-7; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale (Commento all'art. 9)*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003, 183 ss., in part. 193.

<sup>284</sup> In tema di potere sospensivo della Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni, cfr., tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 295 ss.; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano 1984, 271 ss.; A. PISANESCHI, *Brevi note sulla "sospensiva" nel conflitto tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1991, 71 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 381-383; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 229-231.

costituzionali<sup>285</sup>.

A confermare il carattere di una disciplina che si attaglia al solo caso dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni è lo stesso tenore della disposizione – il cui testo risale all’originaria formulazione della legge – che prevede la sospensione dell’«esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto» all’occorrenza di «gravi ragioni».

Si tratta di un’espressione chiaramente mutuata dall’art. 39 del r.d. n. 1054/1924<sup>286</sup>, sul presupposto che oggetto del conflitto sarebbero stati per lo più atti di natura amministrativa; a dire il vero, l’impiego pratico della misura sospensiva ha poi mostrato i limiti di tale concezione, arrivando a incidere anche su atti di altra natura, soprattutto dell’autorità giudiziaria<sup>287</sup>. Ma rimane comunque pacifica, al di là dell’evoluzione della prassi applicativa, l’esclusione dall’ambito di operatività della norma degli atti di natura legislativa<sup>288</sup>.

La differente sospensiva di cui all’art. 35 l. n. 87/1953<sup>289</sup> è invece il frutto della modifica della disposizione originaria, realizzata con la legge n. 131 del 2003 in seguito alla modifica del Titolo V e prevede, com’è noto, che qualora «l’esecuzione dell’atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all’interesse pubblico o all’ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio

---

<sup>285</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell’ordinamento costituzionale italiano*, Padova 2008, 35-36.

<sup>286</sup> Cfr. M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2/ 2002, 256-257. Il testo dell’art. 39 r.d. n. 1054/1924 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) è il seguente: «I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell’atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato dalla sezione sopra istanza del ricorrente».

<sup>287</sup> Cfr. A. RUGGERI; A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 311.

<sup>288</sup> Cfr. A. RUGGERI; A. SPADARO, *ibidem*; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 356; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 18ª ed., Torino 2017, 508; va fatta eccezione, tuttavia, per gli atti di promulgazione delle leggi, cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *ibidem*.

<sup>289</sup> In tema di sospensiva nel giudizio sulle leggi in via principale cfr., tra gli altri, L.A. MAZZAROLLI, *Sulla sospensione degli effetti della legge nel giudizio principale: una disposizione illegittima o inutile*, in *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, vol. IV di *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 1429 ss.; C. PINELLI, *Commento all’art. 9*, in *Legge “La Loggia”. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini 2003, 180 ss.; E. LAMARQUE, *Commento all’art. 9*, in *L’attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di P. Cavaleri e E. Lamarque, Torino 2004, 230 ss., spec. 250 ss.; ID., *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, in *Quad. cost.*, 2002, 96 ss.; G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003, 11 ss.; R. DICKMANN, *Osservazioni sull’esercizio del potere sostitutivo mediante sospensione in via legislativa di leggi regionali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2007; M. D’AMICO, *Le modifiche al processo costituzionale nell’art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, a cura di B. Caravita, Milano 2004, 387 ss.; F. DAL CANTO; E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R. Romboli, Torino 2005, 159 ss.; A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, 2444 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale* cit., 183 ss. Per considerazioni in merito all’opportunità di tale potere, prima della riforma, cfr. V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione. Profili processuali. Considerazioni in tema di tutela cautelare*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno svoltosi a Trieste il 26-28 maggio 1986, Milano 1988, 181 ss., spec. 196 ss.

grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini», la Corte possa adottare «d'ufficio [...] i provvedimenti di cui all'articolo 40».

Sebbene la *ratio* originaria della disposizione sembrerebbe doversi rinvenire in via principale nella necessità di dotare lo Stato di uno strumento alternativo al meccanismo di controllo preventivo che veniva meno con la riforma<sup>290</sup>, dall'esame dei lavori preparatori emerge comunque come alla previsione introdotta dall'art. 9, comma 4, l. n. 131/2003 vada senz'altro riconosciuta una portata più ampia.

Lo schema di disegno di legge varato dal Consiglio dei Ministri il 19 aprile 2002 inizialmente riconduceva alla mera impugnazione della legge, statale o regionale, la produzione di un effetto sospensivo automatico, che si sarebbe protratto fino alla decisione del giudice costituzionale (che nelle intenzioni del Governo si sarebbe dovuta pubblicare entro 45 giorni dal deposito del ricorso introduttivo); tale previsione era giustificata allora proprio dal «nuovo sistema di verifica, successivo alla pubblicazione della legge regionale (e non più preventivo)» che «rende necessario disporre di uno strumento processuale per evitare eventuali gravi lesioni dell'ordine costituzionale delle competenze»<sup>291</sup>.

Il disegno di legge presentato al Senato appare però depurato di questa previsione e non contiene neppure riferimenti ad alcun tipo di potere cautelare<sup>292</sup>; la sospensiva in parola viene introdotta solo successivamente con gli emendamenti della Commissione Affari costituzionali al Senato<sup>293</sup>. In quell'occasione però è indicato come presupposto il solo caso di «irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica»<sup>294</sup>.

Il dibattito, piuttosto asciutto, svoltosi in Commissione sul tema<sup>295</sup>, ci consegna ad ogni modo l'impressione di una sospensiva che non serve esclusivamente a supplire al

---

<sup>290</sup> Cfr., in questo senso, E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino 2003, 150-151; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., 191-192.

<sup>291</sup> Cfr. M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2010, 10 febbraio 2010, 2-3 (nota 4); P. CARETTI, *op. cit.*, 192; nonché G. D'ALESSANDRO, *Varato il nuovo schema di disegno di legge per l'adeguamento dell'ordinamento repubblicano alle modifiche del titolo V della Costituzione (il c.d. Ddl La Loggia)*, in *associazione deicostituzionalisti.it* - sezione Cronache, consultabile in: <<http://archivio.rivistaaic.it/cronache/file/ddllaloggia.html>> (ultima consultazione 30 ottobre 2017); *ibidem* è disponibile anche il testo della *Relazione illustrativa*. La previsione di un tale effetto sospensivo automatico era stata fortemente criticata da M. D'AMICO, *Corte costituzionale e riforma costituzionale del Titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *www.federalismi.it*, 2 maggio 2002, 52-53.

<sup>292</sup> Cfr. Senato della Repubblica, *Disegno di legge (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3)*, n. 1545, XIV Legislatura, 26 giugno 2002. Per una sommaria ricostruzione dei passaggi salienti che hanno portato alla formulazione odierna cfr. anche A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009, 93-94 (note 55-57).

<sup>293</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario*, XIV Legislatura, Seduta n. 208 (nott.), 5 novembre 2002.

<sup>294</sup> L'opportunità di riformulare il comma 4 dell'articolo 7 del ddl, prevedendo la possibilità che la Corte costituzionale adotti d'ufficio, qualora sussistano gravi ragioni, i provvedimenti di cui all'articolo 40 della legge n. 87 del 1953 è stata prospettata dapprima dallo stesso Ministro La Loggia, mentre l'indicazione dei nuovi presupposti è da ricondursi al successivo intervento del senatore Bassanini.

<sup>295</sup> Cfr. Senato della Repubblica, Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario* cit.

controllo governativo e all'impugnativa preventiva, quanto piuttosto a fungere da strumento di garanzia tanto nei confronti della legge statale quanto di quella regionale. Strumento che trova la sua giustificazione (per quanto emerge dai lavori della Commissione), da una parte, nella necessità di assicurare la certezza del diritto, altrimenti pregiudicata se si consentisse la piena produzione degli effetti della legge (specie a fronte di un giudizio costituzionale che può richiedere tempi lunghi); dall'altra, nell'opportunità di non costringere lo stesso giudizio costituzionale in tempi contingentati<sup>296</sup>.

Molti, soprattutto tra i primi commentatori, hanno letto nell'espressione impiegata la riproposizione del vecchio interesse nazionale<sup>297</sup> e hanno suggerito che l'applicazione del provvedimento sospensivo avrebbe dovuto riguardare le sole leggi regionali<sup>298</sup>. Tale interpretazione, fortemente riduttiva della portata della disposizione, è tuttavia smentita dallo stesso dibattito in Commissione e, più in generale, dall'impianto complessivo della riforma costituzionale nell'ambito della quale va ad inserirsi<sup>299</sup>. Una lettura orientata ai principi ispiratori della revisione del Titolo V consente di ricondurre nell'area dell'*interesse pubblico* non solo quello statale, ma pure quello regionale; e di vedere nell'*ordinamento giuridico della Repubblica* tutelato dalla sospensiva, l'assetto delle competenze tracciato dalla riforma. La sospensiva così riconfigurata risponde pertanto ad una logica propria del giudizio in via principale, come "conflitto di competenza".

Pone maggiori problemi interpretativi l'ulteriore presupposto del «rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini», al quale – proprio in virtù dell'evocazione dei «diritti dei cittadini» – si ricollegano i fautori di un'applicazione

---

<sup>296</sup> In proposito, il senatore Bassanini ha osservato che «la modifica dell'articolo 127 della Costituzione, a norma del quale era possibile interrompere l'efficacia della legge regionale lesiva dell'interesse nazionale, 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. Per il caso particolare in cui tale legge produca effetti irreparabili, a suo avviso è opportuno stabilire un rimedio che, esclusa l'ipotesi di costringere l'attività della Corte entro termini rigidi di discussione, non può che essere quello di una sospensione degli atti adottati in esecuzione di atti anche legislativi» (Senato della Repubblica, Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario* cit.). In senso analogo l'intervento del ministro La Loggia, i cui contenuti sono riportati *infra* nella nota 299.

<sup>297</sup> Cfr., ad esempio, C. PINELLI, *Commento all'art. 9, in Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131* cit., 188, il quale traccia un parallelismo tra le ipotesi di esercizio del potere cautelare di sospensiva ai sensi del "nuovo" art. 35 e ipotesi di esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120 Cost.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9, in L'attuazione del nuovo Titolo V* cit., 251.

<sup>298</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *op. cit.*, 251; F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 11 aprile 2003, <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=1095>> (ultima consultazione 30 novembre 2017).

<sup>299</sup> In Commissione, si segnala l'intervento del ministro La Loggia, il quale – in risposta al senatore Viliani che criticava la previsione di una sospensiva di atti legislativi – «sottolinea come tutt'oggi pendano innanzi alla Corte ricorsi delle regioni nei confronti di importanti leggi dello Stato, quali la legge finanziaria per il 2002 e la cosiddetta "legge obiettivo": una sia pure parziale censura da parte della Corte che intervenisse dopo un lunghissimo periodo di efficacia di quelle norme produrrebbe, a suo avviso, effetti devastanti per la certezza dell'ordinamento giuridico. Esempi analoghi esistono anche per l'ipotesi inversa, nella quale cioè lo Stato abbia avanzato ricorso avverso le leggi regionali. È dunque evidente, a suo parere, la necessità di disciplinare il caso in cui una legge su cui lo Stato o la regione abbiano presentato ricorso rischi di provocare un grave danno all'ordinamento o all'interesse pubblico. Peraltro, la soluzione consistente nella fissazione di termini stringenti per l'attività della Corte costituzionale appare inopportuna» (Senato della Repubblica, Commissione I Affari costituzionali, *Resoconto sommario* cit.).

analogica dell'art. 35 per giustificare l'estensione del potere di sospensiva al giudizio incidentale<sup>300</sup>.

L'introduzione dell'ultimo presupposto è legata, diversamente dal primo, all'intervento della Camera dei Deputati<sup>301</sup> ed in effetti, a prima vista, può sembrare disarticolato rispetto alla finalità di tutelare il riparto di competenze tracciato dalla riforma.

Invero, anche questo presupposto possa essere calato coerentemente nell'ambito del giudizio in via principale, dal momento che risponderebbe all'esigenza di conciliare il principio di uguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti con il nuovo ordinamento delle autonomie e fornire così alla Corte uno strumento per tutelare in via cautelare il livello delle prestazioni essenziali<sup>302</sup>.

In conclusione, si può senz'altro affermare che, tanto l'art. 35 quanto l'art. 40, rappresentano disposizioni disegnate specificamente su misura per il giudizio in via principale ed il conflitto di attribuzione tra enti, la cui trasposizione in un giudizio come quello incidentale, in via analogica, appare assai problematica.

Corroborata ulteriormente l'impressione complessiva di una disciplina speciale, non estendibile al giudizio incidentale, la circostanza che il potere di sospensiva ex art. 35 sia stato disegnato dal legislatore come ufficioso, derogando apertamente al generale principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 27 l. n. 87/1953.

Ma è soprattutto sotto il profilo dell'opportunità pratica che la ricostruzione di un simile potere in via pretoria e il suo conseguente esercizio in assenza di una puntuale disciplina di legge appaiono opinabili.

Pur ammettendosi che la tutela cautelare rappresenti una componente irrinunciabile della funzione giurisdizionale anche costituzionale – anche se la specificità della giustizia costituzionale dovrebbe suggerire cautela nel tratteggiare facili accostamenti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa –, è evidente come la Corte sarebbe chiamata a ricostruire in via giurisprudenziale l'intera disciplina dell'esercizio del potere, facendo ricorso a principi e disposizioni propri di differenti tipologie processuali per poi adattarli alle esigenze peculiari del giudizio di costituzionalità incidentale.

Un tale approccio creativo pare quanto meno improbabile da parte della Corte, che già nell'ambito del giudizio in via principale è apparsa chiaramente riluttante a far uso del potere pur concesso in via legislativa<sup>303</sup>; ma soprattutto allontanerebbe pericolosamente il

---

<sup>300</sup> Cfr., ad es., il menzionato ricorso "Onida-Randazzo", v. *supra* nota 281.

<sup>301</sup> L'introduzione si deve all'emendamento 8.4 presentato dal deputato Boato ed altri; dai resoconti non emerge un dibattito in sede referente sul punto; cfr. Camera dei Deputati, Commissione permanente I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), *Resoconto*, XIV Legislatura, Seduta 18 marzo 2003.

<sup>302</sup> In tal senso, già A. GRAGNANI, *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* - Università di Pisa, pubblicata in *www.forumcostituzionale.it* - Sezione Paper, 28 giugno 2004, 292 ss.; E. LAMARQUE, *op. cit.*, 251, vi legge (con Pinelli) un richiamo ai presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo da parte del Governo ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost.

<sup>303</sup> Sintomatica della ritrosia della Corte è l'attenzione suscitata in dottrina da un'ordinanza di rigetto con la quale si è svolto per la prima volta l'esame del merito di un'istanza cautelare (ordinanza n. 107 del 2010). Cfr., in proposito, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt. (Nota all'ordinanza 107/2010)*, in *Giur. cost.*, 2010, V, 3966 ss.; P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, n.

giudice costituzionale dal tracciato sicuro delle norme che regolano i giudizi di sua competenza, la cui osservanza concorre senz'altro alla legittimazione della Corte stessa nel quadro costituzionale.

Se poi si considera che la necessità di un siffatto esercizio creativo si presenterebbe verosimilmente (come peraltro sarebbe avvenuto proprio nel caso del referendum costituzionale del 2016) nell'ambito di questioni rispetto alle quali il confronto politico è particolarmente acceso, ci si avvede di come si rischi di esporre la Corte al fuoco incrociato degli opposti schieramenti politici. L'impiego di un potere di sospensiva della legge che fuoriesce dalle prerogative espressamente concesse potrebbe essere infatti letto come una creazione giurisprudenziale *ad hoc* per il caso di specie, una concessione ad una delle parti in conflitto e collocare 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. A ciò si aggiunga, che l'iniziativa, secondo la ricostruzione proposta, sarebbe ufficiosa, un aspetto che – come si è detto – mal si concilia con un processo improntato al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La ricostruzione di un potere di sospensiva in via interpretativa risulta pertanto non solo di difficile configurazione sotto il profilo prettamente giuridico, ma altamente inopportuno sotto quello meramente pratico, rappresentando un esercizio eccessivamente creativo, che può condurre la Corte nel pieno dell'agone politico e delegittimarne il ruolo di garante della legalità del sistema.

#### 6.4. 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>304</sup>. Le ragioni che militano in favore di un siffatto potere sono molteplici.

In primo luogo, l'attribuzione del potere cautelare alla Corte costituzionale può risolvere la conflittualità tra i principi di effettività della tutela giurisdizionale e sindacato accentratore di costituzionalità, consegnando nelle mani del medesimo organo costituzionale deputato alla cognizione della legittimità delle leggi il connesso e strumentale potere di

---

6/2010, 1339 ss.; A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio (nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale)*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 2 aprile 2010.

<sup>304</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, 173 ss., spec. 194 ss.; R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 71 ss., spec. 103-104; P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 679 ss., in part. 748-751 (con breve *excursus* comparatistico); E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 182 e 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*, Milano 2004, 357 ss., spec. 389 ss. e 391 ss.; anche P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 2008, 157 ss.; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, 347 ss., spec. 363; R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1250 ss., spec. 1256.

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. 87/1953, 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 disparte ovviamente l'ipotesi di una cautela concessa dal giudice *a quo* di cui si è parlato *supra*)<sup>305</sup>.

Si è rappresentata, inoltre, l'opportunità di porre rimedio a una deprecabile prassi diffusa tra i giudici comuni, secondo la quale si procede alla sospensione del procedimento (senza rimessione) non appena si viene a conoscenza della pendenza di una questione di legittimità costituzionale relativa ad una norma rilevante per il medesimo giudizio<sup>306</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>307</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 doppione della misura cautelare concessa dai giudici *a quo*<sup>308</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 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>309</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. 87/1953<sup>310</sup> (che richiedono comunque un'integrazione

---

<sup>305</sup> Cfr. C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, 347 ss., spec. 363;

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> Cfr., in part., R. CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1250 ss., spec. 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. 28/2010, che ha aveva introdotto il tentativo obbligatorio di mediazione per una serie notevole di controversie.

<sup>308</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.

<sup>309</sup> C. PANZERA, *ibidem*.

<sup>310</sup> In tal senso, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 356-357.



interpretativa, stante la genericità del relativo dato testuale).

## 6.5. Quale fonte per disciplinare il potere di sospensiva nel giudizio in via incidentale: legge costituzionale, ordinaria o autonomazione della Corte?

Nell'ipotesi in cui si volesse ammettere la necessità e l'opportunità di un potere cautelare della Corte per il giudizio in via incidentale, è bene porsi il tema della fonte idonea a istituire e disciplinare tale strumento.

L'introduzione del potere di sospensiva degli atti legislativi statali e regionali realizzata mediante legge ordinaria ha sollevato a suo tempo notevoli dubbi in dottrina sulla costituzionalità dell'art. 9, comma 4, l. n. 131/2003 per un presunto contrasto con la *riserva di legge costituzione* di cui all'art. 137, comma 1, Cost., il quale dispone espressamente che «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale»<sup>311</sup>.

Il problema si porrebbe tanto nel caso in cui si intendesse dare forma *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>312</sup>. Si è osservato che interventi che incidano sull'efficacia di un atto legislativo (sia pure in via temporanea), la cui disciplina è integralmente dettata in Costituzione, non possano che trovare fondamento in una legge costituzionale<sup>313</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>314</sup>. Si è pure osservato come l'art. 137, comma 1, Cost. sia volto a regolare, con legge costituzionale, il solo accesso alla Corte, delegando invece alla normazione ordinaria (in conformità all'art. 137, comma 2, Cost.) gli

---

<sup>311</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 *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, vol. IV di *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 1429 ss.; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino 2002, 206; G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, 11 ss., spec. 16-17; E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, cit., 151, il quale ritiene «più lineare» l'opzione per una soluzione di rango costituzionale.

<sup>312</sup> Cfr., in tal senso, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari* cit., 201-202.

<sup>313</sup> Cfr., in tal senso, S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte Costituzionale*, cit., 80-81. Per certi versi concettualmente contiguo è l'argomento della problematica ammissibilità di atti che predispongano strumenti per sospendere l'esecutorietà di atti parordinati; cfr. C. PINELLI, *Commento all'art. 9*, in *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131* cit., 188-189.

<sup>314</sup> Cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare* cit., 528-529.

altri aspetti del processo costituzionale<sup>315</sup>. Altri hanno ancora 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. 1/1948. 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>316</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>317</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. 87/1953 nella parte in cui istituisce la sospensiva in via principale<sup>318</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 fonti diverse dalla legge, quali ad esempio il regolamento della Corte<sup>319</sup> o le Norme integrative, è sostenuto da una dottrina minoritaria, che potrebbe far propria in tal senso la tesi risalente, avanzata da Vezio Crisafulli<sup>320</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.

Quest'ultima tesi, tuttavia, appare oramai recessiva e sembra pertanto che si possa concludere – conformemente alla dottrina maggioritaria – che l'introduzione di un potere cautelare nel giudizio incidentale debba avvenire quanto meno con disposizioni di legge ordinaria.

---

<sup>315</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, 1980 ss., spec. 1999 ss.

<sup>316</sup> Cfr., per un compendio degli argomenti contrari alla sussistenza di una riserva di legge costituzionale, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009, 95 ss.

<sup>317</sup> Cfr. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi cit.*, 48 ss.; implicitamente A. VUOLO, *op. cit.*, 95 ss.

<sup>318</sup> Cfr. A. VUOLO, *ivi*, 99-100.

<sup>319</sup> Così, in via ipotetica, E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, cit., 151.

<sup>320</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Osservazioni sul nuovo «Regolamento generale» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 563.

## 6.6. La dubbia opportunità di un potere cautelare del giudice costituzionale nel giudizio in via incidentale (*rinvio*).

Le ragioni che inducono a ritenere non necessario, se non addirittura inopportuno, un potere di sospensiva *de iure condendo* nel giudizio in via incidentale sono molteplici.

In primo luogo, alla luce della soluzione della tutela *ad tempus* (v. *supra* §§ 5. ss.), la necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, quanto meno rispetto ai processi *a quo*, risulta pienamente assicurata dai rispettivi giudici *a quo*, 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>321</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 senza rimessione della questione alla Corte, a parere di chi scrive, sembra che la soluzione debba essere quella di un radicale e drastico superamento della prassi stessa e non quello 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.

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 limitarsi 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 mal si concilia con la natura del processo di legittimità in via incidentale e rappresenterebbe un'ulteriore deroga al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Risulta arduo infatti ipotizzare 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*; 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.

Altro aspetto che non può essere sottovalutato è l'eventualità che la pronuncia cautelare possa divenire – specie se compiutamente motivata – un «forte precedente

---

<sup>321</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*.

infraprocessuale» per la successiva decisione definitiva<sup>322</sup>. La soluzione potrebbe essere senz'altro quella di incentrare la concessione della sospensiva sulla sussistenza del *periculum in mora*, eventualmente richiedendo che lo stesso si presenti in termini piuttosto gravi e lasciando più sfumata la motivazione sul *fumus* della fondatezza della questione. Ma questo espediente, se consente di tenere aperta la strada per una pronuncia definitiva di segno opposto rispetto a quella adottata in fase cautelare per quanto attiene alle argomentazioni, non toglie la difficoltà di prendere posizione, in via provvisoria, su questioni che possono avere un alto tasso di complessità e non esclude il pericolo per la Corte di esporsi eccessivamente in situazioni di acceso conflitto politico.

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>323</sup> e, più in generale, dal modello di sindacato incidentale di costituzionalità accolto nel nostro ordinamento<sup>324</sup>.

Ad ogni modo, le osservazioni che sono qui mosse alla proposta *de iure condendo* avanzata in dottrina scontano inevitabilmente il limite di essere osservazioni 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 il sistema tedesco di giustizia costituzionale, nel quale tale potere è espressamente previsto e impiegato dal *Bundesverfassungsgericht* in tutti i giudizi di sua competenza (v. *infra* Cap. IV, spec. Sez. II, § 8, nonché le *Conclusioni*).

## 6.7. 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 sul sistema tedesco), conviene ora tornare al tema già in parte toccato delle *leggi-provvedimento* (v. *supra* § 6.1.).

---

<sup>322</sup> Cfr., in senso analogo, M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002, 255 ss., spec. 257.

<sup>323</sup> G. CAMPANILE, *Procedimento d’urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 145 (nota 56); osserva peraltro C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 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 iuris* e del *periculum in mora*, elementi che pro-mano dalle circostanze complessive del giudizio *a quo*».

<sup>324</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 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.

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>325</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 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>326</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>327</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>328</sup>.

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>329</sup>. La Corte osserva, in primo luogo, che – pur non essendo sprovvista di strumenti cautelari (segnatamente l'art. 35 l. n. 87/1953, 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

---

<sup>325</sup> Cfr. da ultimo M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino 2015, 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, 130 ss.; L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1986, 1488 ss.

<sup>326</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, 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>327</sup> Cfr., oltre agli scritti di Pace già più volte menzionati, R. MANFRELLOTTI, *ult. op. cit.*, 3745-3746.

<sup>328</sup> Cfr., ad es., oltre alla pronuncia richiamata *infra*, la sentenza n. 271 del 2008.

<sup>329</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*, 2012, 3, 559 ss.; C. CHIOLA, *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, in *Federalismi.it*, n. 11/2012, 30 maggio 2012.

Regione)<sup>330</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>331</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>332</sup>.

Gli argomenti evocati dalla Corte per segnalare 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 deteriorata 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. Il pregio di tale 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>333</sup>, un mero strumento di sospensiva, quale quello disegnato dall'art. 35 l. n. 87/1953. 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 conformazione del giudizio di costituzionalità delle leggi-provvedimento su un modello assai prossimo a

---

<sup>330</sup> Corte cost., sentenza n. 20 del 2012, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> Cfr., ad esempio, R. MANFRELLOTTI, *ult. op. cit.*, 3745.

quello del giudizio amministrativo<sup>334</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, non solo le obiezioni sul piano teorico della possibilità per la Corte di auto-attribuirsi un potere cautelare (v. *supra*), ma soprattutto la difficoltà pratiche che incontrerebbe in ogni caso 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.

Anche volendo ritrovare nella stessa giurisprudenza costituzionale – specialmente nelle sent. nn. 284 del 1974 e 227 del 1975<sup>335</sup> – degli argomenti per ritenere immanente alla giurisdizione (costituzionale) di annullamento (della legge-provvedimento) il potere di sospensiva della stessa legge, non sembra che quest'ultimo sia comunque sufficiente a far fronte alla complessità di situazioni sollevate dalla legge-provvedimento stessa.

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>336</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. Ma sembra che, in ipotesi di erronea concessione del rimedio giurisdizionale da parte del giudice *a quo*, l'inconveniente possa essere efficacemente corretto con una pronta decisione della questione. 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 celermente.

---

<sup>334</sup> Cfr., in part., C. MORTATI, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, III, Milano 1969, 1353 ss.; Id., *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 166 ss.

<sup>335</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 284 del 1974, cit., con note di A. PROTO PISANI, *Una macroscopica manifestazione di sottocultura urbanistica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1974, 3338 ss., e A. PACE, «Effettività» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela, in *Giur. cost.*, II, 1974, 3349 ss. (v. *supra* Cap. I, § 3.).

<sup>336</sup> In questo non si concorda con R. MANFRELOTTO, *ult. op. cit.*, 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.





## CAPITOLO III

# TUTELA CAUTELARE E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela cautelare dinanzi ai giudici nazionali rispetto a norme nazionali: 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. Tutela cautelare *ad tempus* e giurisprudenza *Zuckerfabrik/Atlanta*: un accostamento improprio.

### 1. Premessa.

Nel capitolo precedente si è esaminata la questione del rapporto tra tutela cautelare di diritti costituzionali e principio di sindacato accentrato di costituzionalità nell'ordinamento italiano. Si visto come la soluzione che si sta progressivamente affermando sia quella della tutela c.d. *ad tempus* che comporta l'articolazione del procedimento cautelare su due fasi: una prima fase indirizzata alla pronuncia di un provvedimento cautelare meramente interinale e alla contestuale rimessione della questione di costituzionalità alla Corte costituzionale; una seconda fase, successiva alla pronuncia della Corte sui dubbi di legittimità sollevati dal giudice *a quo*, funzionale alla conferma o alla revoca del provvedimento, in conformità alle statuizioni del giudice delle leggi.

Si è pure evidenziato come tale soluzione procedurale sia stata ripetutamente accostata all'indirizzo assunto dalla Corte di Giustizia negli *arrêt Zuckerfabrik* e *Atlanta* in merito ad una problematica per molti tratti analoga<sup>337</sup>. La Corte europea ha infatti riconosciuto al giudice nazionale la possibilità non solo di sospendere 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, pure nell'ambito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, il procedimento cautelare appare 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.

<sup>337</sup>

V. *supra* Cap. II, §§ 5 ss.

Questo capitolo è dedicato all'indagine della giurisprudenza europea menzionata e dei suoi ulteriori sviluppi, allo scopo di individuare presupposti, contenuti e portata del potere cautelare riconosciuto in capo ai giudici nazionali in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. L'esame approfondito di tali aspetti appare necessario, in primo luogo, per verificare l'effettiva consonanza tra la soluzione della tutela *ad tempus* italiana e quella elaborata dalla Corte di Giustizia e, in secondo luogo, per valutare la potenziale *vocazione espansiva* di quest'ultima nell'ordinamento italiano anche rispetto a diritti di matrice non europea<sup>338</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'ambito 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<sup>339</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 finisce, in tali circostanze, 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.

---

<sup>338</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, 353 ss., spec. 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».

<sup>339</sup> 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». 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, 148-149. In dottrina, cfr. M. BROMBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford 2010, 322 ss., in part. 329; nonché A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 752.

## 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, la Corte di Giustizia si è pronunciata nella celebre sentenza *Factortame* del 19 giugno 1990<sup>340</sup>.

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>341</sup>.

La società *Factortame* ed altre già attive nel settore ittico britannico, ma di proprietà spagnola, avevano contestato dinanzi 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 nell'ambito delle libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali<sup>342</sup>. Si chiedeva pertanto che fosse dichiarata l'inapplicabilità nei loro confronti della nuova disciplina e che fossero considerate

---

<sup>340</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, 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.*, 2/1991, 261 ss.; M. MUSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 1057 ss.; M. SICA, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia della Cee*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1110 ss.; A.G. TOTH, in *Com. mar. law rev.*, 1990, 573 ss.; M. AKEHURST, *Parliamentary Sovereignty and the Supremacy of Community Law*, in *Brit. Year. Int. Law*, 60, 1, 1 January 1990, 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, 593 ss.; S. BOYRON, L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, in *RFDA*, 1994, 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, 192 ss.; N. P. GRAVELLS, *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, 180 ss.

<sup>341</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.

<sup>342</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

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>343</sup>.

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

---

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, 3125).

<sup>343</sup> Cfr. W. WADE, *Injunctive Relief against the Crown and Ministers*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, 4 ss.; J. BELL, *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne*, in *RFDA*, 1990, 920 ss.

provvedimenti provvisori»<sup>344</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 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>345</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>346</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. 1034/1971.

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>347</sup>, cui il giudice comunitario fa peraltro esplicitamente riferimento.

---

<sup>344</sup> Ulteriore conferma della soluzione indicata dalla Corte si avrebbe nello stesso art. 177 del Trattato, il cui effetto utile sarebbe compromesso (§ 22).

<sup>345</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.*, 2/1991, 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, 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, 619 ss., spec. 625, il quale afferma che la sentenza costituisce «l'un des «grands arrêts» du droit communautaire».

<sup>346</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, 70 ss., spec. 77 ss.

<sup>347</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 *Cah. dr. eur.*, 1978, 265 ss.; ID., *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 321 ss.; P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 641 ss.; S.M. CARBONE, F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, *ivi*, 654 ss.; L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, *ivi*, 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*, 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, 328 ss.; F. CAPELLI, *Conflitto fra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte costituzionale*

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 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>348</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 dall'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

---

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.

<sup>348</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare cit.*, 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.*, 625 ss.; N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2002, 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.*, 1155 ss., spec. 1159.

la tutela cautelare e l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, facendo ampi riferimenti alla dottrina italiana (Chiovena e Calamandrei su tutti<sup>349</sup>) e tedesca (Hellwig<sup>350</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, come in quello tedesco – nel senso di assicurare una tutela in via d'urgenza a tali diritti<sup>351</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>352</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>353</sup>.

---

<sup>349</sup> Cfr. G. CHIOVENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1° ed., Napoli 1933, n. 12; ID., *Principi di diritto processuale civile*, 1° ed., Napoli 1906, 137; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936.

<sup>350</sup> Cfr. K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1913, II, 22 ss.

<sup>351</sup> § 24 delle *Conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesauero* presentate il 17 maggio 1990.

<sup>352</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>353</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, 619 ss., spec. 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 le documentate e chiare affermazioni di E. CHITI, *Il ricorso per annullamento e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, 1170 ss., in part. 1175 ss.; *amplius* ID., *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, *ivi*, 1996, 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*, Bari 2015, 29 ss., spec. 32-36.

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>354</sup>.

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 ra-

---

<sup>354</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. comp. eur.*, 2007, III, 1487 ss., spec. 1492-1494; A. ARNULL, in *Comm. mar. law rev.*, 2007, 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, 1065 ss.



gione di una certa tendenza «protezionistica» che possono palesare taluni sistemi giurisdizionali)<sup>355</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 concessione 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>356</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 *Simenthal*.

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 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

---

<sup>355</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, 3 ss., spec. 10; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communauté Européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di G. Cohen-Jonathan, J.F. Flauss, Brussels 2005, 123 ss.

<sup>356</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, 750 ss.

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>357</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.

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>358</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

---

<sup>357</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).

<sup>358</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, 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, 667 ss., e J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Court de Justice des Communautés européennes*, in *RTDeur*, 1976, 648 ss., spec. 660 ss. Così anche U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2072.

ordinamenti nazionali<sup>359</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>360</sup>.

La Corte di Giustizia, tuttavia, interrogata sul punto dal *Finanzgericht* di Amburgo, con la sentenza *Foto-Frost* del 22 ottobre 1987<sup>361</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 *in-cidenter 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 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>362</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>363</sup>. E proprio in tale frangente, il rinvio alla Corte

---

<sup>359</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, 170 (nota 133).

<sup>360</sup> Cfr. I.M. BRAGUGLIA, *op. cit.*, 672;

<sup>361</sup> Corte giust., sentenza 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, in *Racc.*, 1987, 4199; annotata da A. GLAESNER, *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *EuR*, 1990, 143 ss.; L. GOFFIN, *De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires*, in *Cah. droit eur.*, 1990, 211 ss.; G. BEBR, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty*, in *Comm. mar. law rev.*, 1988, 667 ss.; A. ARNULL, *National Courts and the Validity of Community Acts*, in *Eur. law rev.*, 1988, 125-131. Cfr. sul tema inoltre A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, 170 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano 1997, 153 ss.

<sup>362</sup> § 13.

<sup>363</sup> § 14.

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>364</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>365</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 chiedere – alle istituzioni comunitarie che non sono parti in causa – tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo<sup>366</sup>.

Lasciando in disparte le numerose critiche mosse alla lettura dell'art. 177 CEE offerta dalla Corte<sup>367</sup>, è fondamentale per la nostra indagine sottolineare come proprio tale pronuncia – che ha dato vita ad un indirizzo più volte riconfermato<sup>368</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

---

<sup>364</sup> § 15.

<sup>365</sup> § 16.

<sup>366</sup> § 18.

<sup>367</sup> Cfr., tra gli altri, J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Court de Justice* cit., spec. 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, 3 ss., spec. 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 *Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis*, Paris 1991, 1 ss.

<sup>368</sup> Cfr., in tal senso, R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, 2647 ss., 2647 (nota 3).

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 monopolio, sostenendo che nei procedimenti sommari il principio affermato potesse «subire temperamenti, date certe condizioni»<sup>369</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>370</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>371</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 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

---

<sup>369</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>370</sup> 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; con note di W. DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz. Hat er seine Kompetenzen überschritten?*, in *BB*, 1991, 1015-1018; A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 3 ss.; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992 p.131-138; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 253 ss.

<sup>371</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).

singoli. In genere deve infatti essere assicurata la possibilità di contestare l'eventuale invalidità degli atti di diritto derivato dinanzi 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>372</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>373</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 opposta 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>374</sup>.

In 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>375</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>376</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 *provvisorietà*, essendo i suoi effetti limitati al tempo strettamente necessario alla Corte per pronunciarsi sulla questione pregiudiziale<sup>377</sup>.

Tuttavia, sempre rispondendo alla questione sui presupposti, il giudice comunitario

---

<sup>372</sup> Cfr. §§ 16-17.

<sup>373</sup> Cfr. §§ 18-20.

<sup>374</sup> Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile cit.*, 188-189.

<sup>375</sup> Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, cit., § 20.

<sup>376</sup> § 23.

<sup>377</sup> Cfr. § 24.

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>378</sup>.

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>379</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>380</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>381</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>382</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 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>383</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 di precisare le proprie affermazioni.

---

<sup>378</sup> Cfr. §§ 25-26.

<sup>379</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, 1155 ss.

<sup>380</sup> Cfr. § 27.

<sup>381</sup> Cfr. §§ 28-29.

<sup>382</sup> Cfr. §§ 30-32.

<sup>383</sup> In tal senso anche R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, 2647 ss., in part. 2651. Per riferimenti sul tema v. *infra* nota 411.

## 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 Fruchthandelsgesellschaft 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 possibilità 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>384</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>385</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.

---

<sup>384</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, 795 ss.; E. CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 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, 991 ss.; R. CARANTA, *L’ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva “comunitarizzazione” delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, 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, 77 ss.

<sup>385</sup> Cfr. §§ 24-30.



Si prendono le mosse dal presupposto della sussistenza di gravi dubbi di validità: al giudice non è sufficiente indicare l'occorrenza di 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>386</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>387</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>388</sup>; dall'altra, della «specificità della situazione del richiedente che lo differenzia dagli altri operatori economici interessati»<sup>389</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>390</sup>.

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 colpiscono 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

---

<sup>386</sup> § 36.

<sup>387</sup> § 37.

<sup>388</sup> § 44.

<sup>389</sup> *Ibidem*.

<sup>390</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-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 conseguenziale rigetto dell'istanza cautelare).

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>391</sup>.

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>392</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

---

<sup>391</sup> Cfr. P. OLIVER, *Interim Measures: Some Recent Developments*, in *Comm. mar. law rev.*, 1992, 7 ss., spec. 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 cooperazione 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 1'2000'000 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>392</sup> Cfr., ad es., G. BEBR, *ult. op. cit.*, 802-803.

richiesti per la pronuncia di provvedimenti cautelari in caso di contrasto tra norme comunitarie. 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>393</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>394</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. CEE n. 404/1993, proprio in virtù del caso estremo in cui versava la *T. Port*<sup>395</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 le relative esistenza e portata. Per di più, il rinvio pregiudiziale

---

<sup>393</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, 248 ss.; C. OHLER, W. WEIB, *Einstweiliger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten und Gemeinschaftsrecht*, in *NJW*, 1997, 2221-2222; C. KOENIG, C. ZEISS, in *JZ*, 1997, 461-463.

<sup>394</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.

<sup>395</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).

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>396</sup>. Tra le altre questioni proposte dal *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>397</sup>, vede la Corte pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto dal Presidente

---

<sup>396</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, 308 ss.; U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2072 ss.

<sup>397</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, 753 ss.; P. OLIVER, in *Comm. mar. law rev.*, 2002, 349-351.

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>398</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 concessione 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>399</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

---

<sup>398</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, 2647 ss.

<sup>399</sup> Cfr., tuttavia, le osservazioni particolarmente critiche sul punto di R. GIORDANO, *ult. op. cit.*, 2655-2657.

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>400</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>401</sup>.

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>402</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>403</sup>.

---

<sup>400</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>401</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.

<sup>402</sup> Cfr., in part., R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo «ius commune»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 353 ss.; A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 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, 77 ss., che parla di uno «statut des mesures provisoires».

<sup>403</sup> Cfr. in tal senso spec. R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, 2647 ss. Posizioni fortemente critiche rispetto alla conformazione del potere del giudice dell'urgenza sono state assunte anche da O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, in *Measures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di Cohen-Jonathan G., Flauss J.F., Brussels 2005,

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>404</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>405</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 che il giudice è tenuto a garantire rispetto a norme nazionali incompatibili.

Si tratta infatti di un *fumus* generalmente più gravoso 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>406</sup>: benché la giurispru-

---

spec. 110; W. DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, cit., 1015 ss.

<sup>404</sup> Critico in tal senso, A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano 1998, 48 (nota 254).

<sup>405</sup> In tema cfr. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova 2004, 33 ss.; D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, The Hague 2006, 113 ss.

<sup>406</sup> Cfr. R. MEHDI, *op. cit.*, 95; R. GIORDANO, *op. cit.*, 2652-2653; C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, 153-156 e 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.).

denza 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 giustifichino *prima facie* l'adozione del provvedimento»<sup>407</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 trascendere i limiti della cognizione sommaria entro cui il giudicante si muove nella fase cautelare<sup>408</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>409</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>410</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 ragioni 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

---

<sup>407</sup> Cfr., sul *fumus boni iuris* richiesto dalla Corte di Giustizia per la pronuncia di provvedimenti cautelari nei ricorsi diretti, C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, 149 ss.; D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, The Hague 2006, 17 ss.; più risalente G. BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Comm. mar. law rev.*, 1985, 203 ss., in part. 209 ss.;

<sup>408</sup> Critico R. MEHDI, *op. cit.*, 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>409</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.*, 177 ss. (per il danno *grave*, 198 ss.; per danno *irreparabile*, 200 ss.).

<sup>410</sup> Cfr. R. GIORDANO, *ivi*, 2652.



ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE<sup>411</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>412</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 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 ampiamente 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, quand'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, quand'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>413</sup>. I poteri cautelari del giudice nazionale

---

<sup>411</sup> Cfr., tra i molti contributi in tema di bilanciamento degli interessi del giudice comunitario, C. MORVIDUCCI, *ult. op. cit.*, 216 ss.; ID., *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1999, 705 ss., in part. 724; B. PASTOR, E. VAN GRINDERACHTER, *Le procédures en référé*, in *RTDeur*, 1989, 561 ss., spec. 610; G. BORCHARDT, *op. cit.*, 221 ss.

<sup>412</sup> Esprime perplessità in proposito A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale cit.*, 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».

<sup>413</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, 336 ss.

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 anzitutto 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. Tutela cautelare *ad tempus* e giurisprudenza *Zuckerfabrik/Atlanta*: un accostamento improprio.

Le osservazioni svolte finora non possono che condurre ad una necessaria rivisitazione dell'accostamento frequentemente tra operato tra tutela cautelare *ad tempus* di diritti di rilievo costituzionale e il sistema di tutela cautelare elaborato nella giurisprudenza *Zuckerfabrik* e *Atlanta*.

L'unico profilo che sembra davvero accumunare le due soluzioni, seppur significativo, è quello della possibilità di articolare il procedimento cautelare su due fasi distinte: la prima fase preordinata alla concessione della tutela cautelare e alla contestuale rimessione della questione di legittimità al giudice competente; la seconda fase, successiva alla decisione sulla questione, funzionale alla conferma o alla revoca della misura già concessa provvisoriamente.

Ma le analogie tra le due soluzioni finiscono qui, anche perché, mentre la tesi della tutela cautelare *ad tempus* appare chiaramente strumentale alla piena effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, la soluzione elaborata dalla Corte di Giustizia risulta particolarmente attenta piuttosto 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 sbilanciato in favore «dell'interesse della Comunità» (*rectius* dell'Unione europea)<sup>414</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

---

<sup>414</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, 317 ss., spec. 325 ss. (con opportuni riferimenti giurisprudenziali); emblematica la descrizione della prassi applicativa offerta da C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 224 ss.

la necessità di garantire la piena efficacia di un atto normativo o di un provvedimento amministrativo di dubbia legittimità non possono 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, § 5.2.3) che consiste nella necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti pregiudizi che possono derivare 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 va realizzata tuttavia senza accordare in via prioritaria ed astratta la preferenza ad un interesse specifico, pubblico o privato che fosse.

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'analoga 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 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, 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 NELLA GIUSTIZIA  
COSTITUZIONALE TEDESCA TRA  
*BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* E GIUDICI DI MERITO

SOMMARIO: 1. Premessa. – SEZIONE I. Il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*: 1. Le disposizioni rilevanti in tema di poteri cautelari del *Bundesverfassungsgericht*. – 2. Significato costituzionale e funzione del § 32 *BVerfGG*. – 3. Accessorietà del § 32 *BVerfGG* e giudizi di competenza del *BVerfG*. – 4. Iniziativa per la pronuncia di un provvedimento cautelare. – 5. Requisiti di ammissibilità: contenuto del provvedimento e *Vorwegnahmeverbot*. – 5.1. (*segue*) L'interesse ad agire. – 5.2. Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale. – 6. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare. – 6.1. La nozione di controversia (*Streitfall*). – 6.2. L'urgenza del provvedere. – 6.3. I motivi del provvedere. – 6.3.1. Il bene comune nella giurisprudenza costituzionale. – 6.3.2. La gravità del pregiudizio temuto. – 7. Modelli e tecniche decisionali del *BVerfG*. – 7.1. *Folgenabwägungsmodell* e *Vorwegnahmeverbot*. – 7.2. La prognosi dell'esito del giudizio principale. – 7.3. La critica al modello decisionale del *BVerfG*. – 8. Contenuto ed effetti della decisione. – SEZIONE II. La tutela cautelare nell'ambito del *konkrete Normenkontrollverfahren*. – 1. Introduzione: il *konkrete Normenkontrollverfahren*. – 2. Tutela cautelare e *konkrete Normenkontrollverfahren*: i problemi di fondo. – 3. La prima giurisprudenza del *BVerfG*: obbligo di rinvio anche nel procedimento cautelare. – 4. *Revirement* 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. Quadro d'insieme dell'esperienza tedesca e risposta al quesito italiano.

## 1. Premessa.

Come anticipato, l'ultimo capitolo 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 il miglior banco di prova per verificare l'ipotesi, avanzata da autorevole dottrina, di configurare un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale italiana anche in relazione al giudizio in via incidentale (v. *supra* Cap. II, §§ 6 ss.).

Poteri di natura cautelare del giudice costituzionale sono contemplati in diversi ordinamenti continentali<sup>415</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

---

<sup>415</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 *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 679 ss., spec. 751 ss., con brevi cenni a Belgio, Austria e Spagna (che non preve-

dell'atto impugnato, qualora sussistano i presupposti dei seri motivi e del pregiudizio grave difficilmente riparabile<sup>416</sup>. Ancora più articolati sono i poteri del *Tribunal Constitucional* spagnolo, il quale dispone dello strumento della sospensiva nell'ambito dei giudizi tra Stato e Comunità autonome e di misure particolarmente incisive nell'ambito del *recurso de amparo constitucional*<sup>417</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>418</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* Sez. I, § 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 l'attenzione e la riflessione della dottrina tedesca sul tema risulta di gran lunga tra le più interessanti nel panorama europeo.

Il capitolo si divide in due sezioni: nella prima si descrive il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* ai sensi del § 32 *BVerfGG* (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – Legge che disciplina il *BVerfG*), guardando in particolare a funzione, presupposti, contenuti e metodologie decisionali elaborate dalla giurisprudenza costituzionale tedesca. 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>419</sup>.

---

dono però poteri cautelari del giudice costituzionale nei giudizi in via incidentale); nonché nei due voll. *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, 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*, Tomo II, 363) e alla sospensiva nel ricorso per annullamento nella giustizia costituzionale belga (N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, *ivi*, Tomo II, 411 ss., spec. 426-427). Ormai assai risalenti gli spunti di A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, 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>416</sup> Cfr. N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, cit., spec. 426-427; M. VERDUSSEN, *L'accesso alla Corte costituzionale del Belgio attraverso il ricorso per annullamento*, in *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità (Atti del Convegno di Pisa 19-20 settembre 2008)*, a cura di R. Tarchi, 197 ss., in part. 206-207.

<sup>417</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, 666 ss., spec. 705 ss.

<sup>418</sup> Cfr. D. PERRONE, *La sospensione cautelare nel giudizio costituzionale spagnolo: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011.

<sup>419</sup> Per un ampio e approfondito studio del tema in lingua italiana, cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 157 ss.; nonché ID., *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*,

La seconda sezione del capitolo è invece dedicata all'indagine del rapporto tra il potere cautelare esercitato dal *BVerfG* nel giudizio in via incidentale e quello esercitato dai giudici comuni remittenti, al fine di verificare se e come la configurazione del potere cautelare in capo al giudice costituzionale sia strumento idoneo a risolvere il problema oggetto d'indagine. In questa sezione ci si soffermerà tanto sulle soluzioni individuate dalla giurisprudenza (costituzionale e non), tanto sulle proposte avanzate dalla dottrina.

## SEZIONE I

### IL POTERE CAUTELARE DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

#### 1. 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>420</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>421</sup>.

La versione odierna del § 32 *BVerfGG*, frutto anche di interventi successivi alla formulazione originaria<sup>422</sup>, è la seguente:

«(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.

---

<sup>420</sup> Così D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München 1971, 29-30; R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, 542-543; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach, T. Clemens, F.-W. Dollinger, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005, 530-531 Rn. 1; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di C. Burkiczak, F.-W. Dollinger, F. Schorkopf, Heidelberg 2015, 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.*, 172 ss.

<sup>421</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 7<sup>a</sup> ed., München 2015, 318.

<sup>422</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 mesi (1985). Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale cit.*, 178.



(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>423</sup>.

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>424</sup> non si sia espressa sull'ammissione di alla decisione una *Verfassungsbeschwerde* (ricorso

---

<sup>423</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 ergehen. Bei 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>424</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 *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova 2009, 151-152.

costituzionale individuale)<sup>425</sup>, la singola Camera (*Kammer*) può emanare 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'analoga 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>426</sup>.

## 2. 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>427</sup>.

In primo luogo, attraverso il provvedimento cautelare è garantita l'*effettività della*

---

<sup>425</sup> Per un'agile descrizione dell'istituto della *Verfassungsbeschwerde* in lingua italiana, cfr. P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano 2000. In particolare, sull'ammissione alla decisione del ricorso (§ 93 *BVerfGG*), cfr. ID., *ivi*, 59 ss.

<sup>426</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.

<sup>427</sup> Cfr., *ex pluribus*, J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 531 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2015, 324 ss.; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 7<sup>a</sup> ed., München 2015, 314 ss.; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, Tübingen 2001, I, 695 ss., spec. 699 ss.; K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, H. Klein, G. Ulsamer, F. Bethge, 14<sup>a</sup> ed., München 2013, 4 ss.

*giurisdizione costituzionale*: si parla, in proposito, di una funzione c.d. *assicurativa del processo* (*prozessuale Sicherungsfunktion*)<sup>428</sup>, oppure – con uno sguardo rivolto alla sentenza finale – anche di *Offenhaltefunktion*<sup>429</sup>. Il provvedimento cautelare mira infatti ad impedire che nelle more del giudizio si verifichino *fatti compiuti* (*vollendete Tatsachen*)<sup>430</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>431</sup>.

Accanto a questa funzione, che si potrebbe dire “classica” della misura cautelare costituzionale, se ne colloca una seconda, definita come *funzione satisfattiva interinale* (*interimistische Befridigungsfunktion*)<sup>432</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>433</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>434</sup>.

---

<sup>428</sup> Cfr. H. LECHNER, R. ZUCK, *ivi*, 314 Rn. 4; K. GRABHOF, *op. cit.*, 4-13; J. BERKEMANN, *op. cit.*, 532 Rn. 11-12.

<sup>429</sup> Cfr. F. SCHOCH, *op. cit.*, 699.

<sup>430</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>431</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).

<sup>432</sup> Cfr., in part., F. SCHOCH, R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg 1995, 265 ss., spec. 279; F. SCHOCH, *op. cit.*, 700; anche C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 325; H. LECHNER, R. ZUCK, *op. cit.*, 314 Rn. 5; J. BERKEMANN, *op. cit.*, 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>433</sup> Così F. SCHOCH, *op. cit.*, 700.

<sup>434</sup> Cfr., ad es., K. GRABHOF, *op. cit.*, 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*.

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 dei diritti di rilievo costituzionale<sup>435</sup>. In più occasioni, tale prospettiva è stata messa chiaramente in luce dallo stesso *BVerfG*<sup>436</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>437</sup>. Particolarmente significativa in questo senso è una notissima (e assai discussa) sentenza del 1996<sup>438</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>439</sup>. L'indicazione 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

---

<sup>435</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *op. cit.*, 533 Rn. 14-15.

<sup>436</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>437</sup> In senso negativo, cfr. spec. K. GRABHOF, *op. cit.*, 10 Rn. 2 ss., la quale ritiene che l'art. 19, comma 4, *GG* possa semmai venire in considerazione esclusivamente in rapporto a *Verfassungsbeschwerde* 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.*, 702.

<sup>438</sup> *BVerfG*, sentenza 14 maggio 1996 - 2 BvR 1516/93, in *BVerfGE* 94, 166 (211), nonché in *NVwZ*, 1996, 678 ss.

<sup>439</sup> Cfr., per una ricostruzione del caso, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, cit., 219 ss.; in merito alla riforma costituzionale in parola cfr. G. MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Milano 1994, con ampi riferimenti alla dottrina tedesca sul tema.

supplire la carenza di tutela presso il giudice comune<sup>440</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>441</sup>.

La decisione in parola ha suscitato la redazione di una *dissentig opinion (abweichende Meinung)* da parte dei giudici Limbach, Böckenförde e Sommer<sup>442</sup>, nonché svariate critiche in dottrina<sup>443</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>444</sup>.

### 3. 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>445</sup>. Perciò il provvedimento in parola può essere potenzialmente adottato in tutti i giudizi di competenza del *BVerfG*, come di seguito descritto:

---

<sup>440</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* § 7.1.

<sup>441</sup> *BVerfG*, sentenza 14 maggio 1996, cit., in *NVwZ*, 1996, 686.

<sup>442</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>443</sup> Cfr. F. SCHOCH, *op. cit.*, 702; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 533 Rn. 15, il quale parla di un'eccessiva enfasi posta dai giudici costituzionali sui profili oggettivi della *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>444</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, 882-883; Id., 18 dicembre 2014 – 2 BvR 1978/13, in *NJW*, 2015, 465 ss.

<sup>445</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 325 ss. Il procedimento ex § 32 *BVerfGG* è pertanto comunemente definito come un sub-procedimento (*Nebenverfahren*) del giudizio principale.

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>446</sup>;

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>447</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>448</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>449</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>450</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);

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>451</sup>.

---

<sup>446</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 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 140-142 e 144-145.

<sup>447</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>448</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>449</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>450</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.

<sup>451</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.

#### 4. 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>452</sup>.

I soggetti ammessi a presentare osservazioni, invece, non potendo costituirsi in giudizio, non possono parimenti presentare alcuna istanza ex § 32 *BVerfGG*<sup>453</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, soprattutto, 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>454</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>455</sup>.

---

<sup>452</sup> Cfr. K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.], cit., 25-26 Rn. 44; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di C. Burkiczak [et al.], cit., 516 Rn. 50; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 328 ss.

<sup>453</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*, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2001, 496; K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.] cit., 25-26; LECHNER H., ZUCK R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 7<sup>a</sup> ed., München 2015, 328.

<sup>454</sup> Oltre a W. GRUNSKY (v. nota succ.), esprimono perplessità sulla possibilità di configurare un esercizio *ex officio* del potere cautelare C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>a</sup> ed., München 1991, 244-245; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2015, 329, Rn. 819, il quale osserva 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*, Berlin 1952, 120, il quale fa leva soprattutto sui lavori preparatori del § 32 *BVerfGG* (cfr. *amplius* A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 198-199); R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 5<sup>a</sup> ed., München 2017, Rn. 1125 (nota 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>455</sup> W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, 217 ss., spec. 218.

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>456</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>457</sup>. Potrebbe infatti rivelarsi necessaria un'iniziativa d'ufficio, ad 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>458</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>459</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>460</sup>.

Ad ogni modo, la dottrina maggioritaria ritiene che nei casi di esercizio d'ufficio debba comunque essere già pendente un processo principale<sup>461</sup>; e in questo senso sembra andare pure il *BVerfG*, nei rarissimi casi in cui si è effettivamente pronunciato *motu proprio*<sup>462</sup>.

---

<sup>456</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 74-75, con ampi riferimenti in nota.

<sup>457</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 15 maggio 1952 - 1 BvQ 6/52, in *BVerfGE* 1, 281 (282); 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>458</sup> Così J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 540 Rn. 67; K. SCHNEIDER, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 517 Rn. 54. *Contra* però C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 329-330, Rn. 820; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, Tübingen 2001, I, 719.

<sup>459</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. GRABHOF, *op. cit.*, 21 (nota 33).

<sup>460</sup> Cfr., la già menzionata, *BVerfG*, 15 luglio 1952 - 1 BvB 1/51, in *BVerfGE* 1, 349.

<sup>461</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 329 Rn. 819; così anche J. BERKEMANN, *ult. op. cit.*, 540 Rn. 65-66; R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, 542 ss., spec. 543; E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2ª ed., Heidelberg 2001, 494-495.

<sup>462</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 (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., 69 ss.



## 5. 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>463</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 potrebbe determinare una situazione di incostituzionalità irreversibile (v. infatti *infra* § 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 § 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*

---

<sup>463</sup> Cfr. cfr. J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 536.

*del merito* della causa (v. *infra* § 7.1)<sup>464</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.

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>465</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>466</sup>.

### 5.1. (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>467</sup>.

È opportuno segnalare sin da subito come tale requisito di ammissibilità finisca frequentemente per sovrapporsi con il presupposto sostanziale dell'*urgenza del provvedere* (v.

---

<sup>464</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 *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, Tübingen 2001, I, 703 (nota 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.

<sup>465</sup> Cfr. K. GRABHOF, *op. cit.*, 27-28.

<sup>466</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.*, 217 (ma cfr. anche l'istanza cautelare dei familiari di Schleyer, volta alla liberazione dei prigionieri, 126-127).

<sup>467</sup> Così J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, *cit.*, 549, che discorre di "ultimo controllo preliminare"; K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.], 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.*, 50. Cfr. anche R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, 542 ss., spec. 543; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 7<sup>a</sup> ed., München 2015, 182 ss., il quale riporta però l'interesse ad agire nell'ambito del merito; H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Stark, *cit.*, 182 ss.

*infra* § 6.2.), per l'ovvia ragione che, in mancanza di urgenza, non è ravvisabile neppure la necessità di ricorrere in via cautelare al *BVerfG*<sup>468</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>469</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>470</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>471</sup>;

c) il ricorso sia stato proposto tardivamente, nel senso che le conseguenze pregiudizievoli paventate si sono oramai compiutamente realizzate<sup>472</sup>;

d) il ricorrente possa provvedere in via autonoma alla tutela richiesta adottando "in prima persona" le misure opportune<sup>473</sup>;

e) il ricorrente riproponga la medesima istanza già rigettata dal *BVerfG*, senza che

---

<sup>468</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*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Stark, cit., 182.

<sup>469</sup> Cfr. N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, Herdecke 1999, 169.

<sup>470</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>471</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 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>472</sup> Cfr. *BVerfG*, 19 dicembre 1967 - 2 BvQ 2/67, in *BVerfGE* 23, 42 (48), relativamente a rimborsi elettorali già corrisposti.

<sup>473</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.*, 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., 22 ss.

siano intervenute nel frattempo modificazioni della situazione fattuale o giuridica<sup>474</sup>.

Il *BVerfG* si pronuncia in tali frangenti assai succintamente, dichiarando che l'istanza è "infondata", ormai "esaurita" oppure "superflua".

## 5.2. Sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale.

Un ulteriore requisito particolarmente significativo – che viene frequentemente accostato ai profili di ammissibilità dell'istanza<sup>475</sup>, ma che presenta tuttavia elementi di interferenza anche con l'urgenza del provvedere<sup>476</sup> – è quello della sussidiarietà della tutela cautelare costituzionale<sup>477</sup>.

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 al 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. Sez. II).

---

<sup>474</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>475</sup> Cfr., ad es., J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 550.

<sup>476</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>477</sup> Cfr., in merito a tale requisito, E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., 499-500; H. LECHNER, R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* cit., 316-317.

## 6. 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.

### 6.1. La nozione di controversia (*Streitfall*).

Il provvedimento cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG* può essere emanato esclusivamente in caso di controversia (*Streitfall*)<sup>478</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* § 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 della litispendenza indicato nel disegno di legge governativo del *BVerfGG* è stato cassato dal legislatore<sup>479</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.).

### 6.2. 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'in-

---

<sup>478</sup> Cfr., in tal senso, K. GRABHOF, *op. cit.*, 33. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., 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*.

<sup>479</sup> Cfr. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>a</sup> ed., München 1991, 246-247.

tervento 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>480</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>481</sup>;

b) il *BVerfG* ritenga, sulla scorta del calendario dei lavori, di poter addivenire in tempo utile alla pronuncia nel merito<sup>482</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).

### 6.3. 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>483</sup>.

---

<sup>480</sup> A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., 183, la quale riprende la limpida definizione di K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.], 33.

<sup>481</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.*, 188-189.

<sup>482</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>483</sup> Cfr. in tal senso, ad es., E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., 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* § 6.3.1.).

D'altro canto, non risulta che sia mai stata 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>484</sup>.

### 6.3.1. 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>485</sup> – sono stati riconosciuti come *gravi pregiudizi al bene comune* i “danni permanenti all'economia nazionale”<sup>486</sup>, gli ostacoli significativi all'impiego per un gruppo specifico<sup>487</sup>, le conseguenze dell'annullamento di una fusione comunale<sup>488</sup>, lo svolgimento di elezioni comunali senza un sicuro fondamento legale<sup>489</sup>, la perdita della fiducia degli altri Stati rispetto ad un'alleanza con la Germania<sup>490</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>491</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>492</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>493</sup>. Secondo un'interpretazione piuttosto risalente, andrebbe 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

---

<sup>484</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., 189-190.

<sup>485</sup> E. BENDA, E. KLEIN, *op. cit.*, 501.

<sup>486</sup> Cfr. *BVerfG*, 8 ottobre 1956 - 1 BvR 190/56, in *BVerfGE* 6, 1 (4).

<sup>487</sup> Cfr. *BVerfG*, 5 maggio 1992 - 2 BvH 1/92, in *BVerfGE* 86, 65 (70).

<sup>488</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>489</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>490</sup> Cfr. *BVerfG*, 8 aprile 1993 - 2 BvE 5/93 e 2 BvQ 11/93, in *BVerfGE* 88, 173 (182) – AWACS.

<sup>491</sup> Cfr. *BVerfG*, 12 ottobre 1989 - 2 BvF 2/89, in *BVerfGE* 81, 53 (55).

<sup>492</sup> Cfr. soprattutto l'ampia e documentata rassegna di A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, 61 ss.

<sup>493</sup> Cfr. sul tema A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., 192 ss.

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>494</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>495</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>496</sup>.

### 6.3.2. La gravità del pregiudizio temuto.

Anche in rapporto alla gravità del pregiudizio che giustifica il rilascio 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>497</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 antitetico.

---

<sup>494</sup> Cfr. E.-W. FUB, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsrechtlichen Verfahren*, in *DÖV*, 1959, 201 ss., spec. 205.

<sup>495</sup> Cfr., in senso analogo, C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 251.

<sup>496</sup> Cfr., in tal senso, A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 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., 502.

<sup>497</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ivi*, 194.



Lesioni a diritti fondamentali, al di fuori delle ipotesi da ultimo descritte, sono tendenzialmente considerate gravi, salvo che siano di lieve entità<sup>498</sup>.

## 7. 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 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>499</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.

### 7.1. *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,

---

<sup>498</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.

<sup>499</sup> A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale cit.*, 201.

in via di principio, non devono essere presi in considerazione»<sup>500</sup>. La decisione del giudice costituzionale non si appunta, quindi, sulla verosimiglianza delle allegazioni delle parti, che rimangono tendenzialmente escluse dalla valutazione del *BVerfG* e attendono 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>501</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>502</sup>; dall'altra, si afferma che il modello adottato non sarebbe altro che il prodotto di un certo pragmatismo giurisprudenziale (*Kind richterlicher Pragmatik*)<sup>503</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 *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>504</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

---

<sup>500</sup> Cfr., ad es., *BVerfG*, 8 aprile 1993 - 2 BvE 5/93 und 2 BvQ 11/93, in *BVerfGE* 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>501</sup> Cfr. F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., 704.

<sup>502</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 172-177 e 204.

<sup>503</sup> Cfr., tra gli altri, F. SCHOCH, *op. cit.*, 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 rifletterebe 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., 344 Rn. 875, il quale richiama, in via principale, i tempi necessariamente stretti del procedimento cautelare, che scongiurerebbero una cognizione approfondita del caso (da rinviarsi al merito).

<sup>504</sup> Cfr. in merito K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.], 48; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., 702 ss., spec. 703; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 341 ss.

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>505</sup>. Nei casi in cui oggetto dell'intervento cautelare del *BVerfG* è una legge, risulta evidente come il giudice costituzionale debba prendere 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>506</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>507</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>508</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>509</sup>. Un ruolo considerevole nella configurazione del bilanciamento in concreto è inoltre giocato dalla specificità dei processi principali in rapporto ai

---

<sup>505</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.

<sup>506</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 207-208.

<sup>507</sup> Cfr. *BVerfG*, 12.10.1989 - 2 BvF 2/89, in *BVerfGE* 81, 53.

<sup>508</sup> Cfr. *BVerfG*, 04.08.1992 - 2 BvQ 16/92, 2 BvQ 17/92, in *BVerfGE* 86, 390.

<sup>509</sup> Cfr., in tal senso, l'ampia e penetrante critica di F. SCHOCH, *op. cit.*, 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 (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*). Perplesità solleva poi l'ambivalenza palesata da argomenti come la *carenza 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'Ammini-

quali è chiesta la pronuncia del provvedimento cautelare<sup>510</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 *Maßnahmeverwegnahme* 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>511</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.

## 7.2. 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 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>512</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

---

strazione o dei giudici comuni; 705-706); o ancora come l'*irreparabilità* del danno (706-708), talvolta argomento decisivo per la concessione del provvedimento cautelare, talvolta completamente sconosciuto. Con analogo approccio critico, ma rispetto all'argomento della *certezza del diritto*, cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 343-344.

<sup>510</sup> Cfr. A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 210 ss., la quale infatti esamina separatamente – evidenziandone le specificità – i casi di controversie tra organi costituzionali (211-212), controversie federali (216-219), *Verfassungsbeschwerde* (213), nonché le ipotesi peculiari nelle quali i provvedimenti cautelari che andrebbero ad incidere sulla formazione della volontà di organi politici (210-211), su scelte di politica estera (213-216) oppure comportino la sospensione della legge (219-226).

<sup>511</sup> Nel senso indicato nel testo A. GRAGNANI, *ult. op. cit.*, 228 ss.

<sup>512</sup> Cfr. *BVerfG*, sentenza 13 novembre 1957 - 1 BvR 78/56, in *BVerfGE* 7, 175, con nota critica di A. ARNDT, in *NJW* 1958, 337 ss., spec. 338. Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, cit., 226-227.

*manifesta fondatezza* della censura sollevata renda evidente l'urgenza di un intervento del giudice costituzionale<sup>513</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>514</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>515</sup>.

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>516</sup>.

### 7.3. 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>517</sup>.

In primo luogo, si censura in radice il fatto che il giudice costituzionale abbia optato per una tecnica decisionale che lo porta a disconoscere 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

---

<sup>513</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 *Verfassungsbeschwerde*) è decisa sulla base del consueto bilanciamento delle conseguenze.

<sup>514</sup> Cfr. *BVerfG*, 17 novembre 1972 - 2 BvR 820/72, in *BVerfGE* 34, 160.

<sup>515</sup> In tal senso chiarissima l'analisi di A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale* cit., 228 ss.

<sup>516</sup> Cfr. *BVerfG*, sentenza 12 settembre 2012 - 2 BvR 1390/12, in *BVerfGE* 132, 195; in dottrina, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 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>517</sup> Il rilievo è piuttosto diffuso tra gli Autori che si sono occupati del tema; cfr., ad esempio, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 346; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 569.

giudice vincolato al diritto? Il *BVerfG* non sarà costretto forse dalla sua impostazione a ricorrere ad un'argomentazione politica?»<sup>518</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>519</sup>.

Secondo tale impostazione, non vi sono argomentazioni sufficientemente convincenti per giustificare l'allontanamento del *BVerfG* dal modello di giudizio prognostico tipico del processo cautelare che si svolge dinanzi ai giudici comuni<sup>520</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 discosti 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>521</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>522</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>523</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 – addirittura *particolarmente stringente (besonders strenger Maßstab)*<sup>524</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>525</sup>. Sempre in tal senso, il *BVerfG* ha pure più volte affermato che l'esercizio del potere cautelare deve

---

<sup>518</sup> Cfr. F. SCHOCH, R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg 1995, 266.

<sup>519</sup> Cfr. F. SCHOCH, R. WAHL, *ivi*, 300.

<sup>520</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 346-347

<sup>521</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 342.

<sup>522</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 343.

<sup>523</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, cit., 321; F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., 701 ss.

<sup>524</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *ibidem*; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 338-339.

<sup>525</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *ivi*, 322.

essere informato alla *massima cautela* (*größte Zurückhaltung*)<sup>526</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>527</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>528</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>529</sup>.

Infine, va menzionato il contributo di Jörg Berkemann<sup>530</sup>, il quale – 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>531</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*

---

<sup>526</sup> Cfr. H. LECHNER; R. ZUCK, *ivi*, 321; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 338 Rn. 856.

<sup>527</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 337.

<sup>528</sup> F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, cit., 701 ss.

<sup>529</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ivi*, 344 ss.

<sup>530</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, 161-171; ID., § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 569-570.

<sup>531</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., 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).

praticherebbe una valutazione sommaria anticipata delle questioni rilevanti ai fini del merito<sup>532</sup>.

## 8. 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>533</sup>. Il carattere oggettivo della tutela cautelare costituzionale 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>534</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>535</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>536</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>537</sup>.

Come si è visto anche *supra*, l'ambito soggettivo di applicazione 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

---

<sup>532</sup> Cfr. J. BERKEMANN, *ult. op. cit.*, 171.

<sup>533</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, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz [et al.], 70-71; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 350; J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 584 ss.

<sup>534</sup> Cfr. K. GRABHOF, *op. cit.*, 71-72.

<sup>535</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., 139-140.

<sup>536</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.*, 194-195.

<sup>537</sup> Cfr., in part., J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 585 Rn. 327; ripreso anche da C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 350.



misura possano influenzare o modificare lo stato di fatto *sub iudice*<sup>538</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>539</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>540</sup>, oppure la sospensione integrale o relativa a talune disposizioni se è già vigente<sup>541</sup>. Talora si è invece previsto che la legge controversa possa avere provvisoriamente applicazione, ma secondo determinate modalità indicate dal giudice costituzionale<sup>542</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>543</sup>. I provvedimenti giurisdizionali sono generalmente soggetti alla sola sospensione<sup>544</sup>. La regolamentazione provvisoria ai sensi del § 32 *BVerfGG* può, infine, consistere eventualmente in uno specifico ordine

---

<sup>538</sup> Cfr. K. GRABHOF, *op. cit.*, 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>539</sup> Cfr., per una ricostruzione più puntuale ed approfondita, l'ampia casistica descritta da J. BERKEMANN, § 32 *Einstweilige Anordnung*, cit., 586 ss. Rn. 331 ss.

<sup>540</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, 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 alla “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>541</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 *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 (*Schwangerenhilfereergänzungsgesetz*), 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.*, 198-199.

<sup>542</sup> Cfr. in tal senso *BVerfG*, 5 luglio 1995 - 1 BvR 2226/94, in *BVerfGE* 93, 181.

<sup>543</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>544</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.

di *facere* o *non facere* rivolto a un soggetto, anche con istruzioni particolarmente dettagliate<sup>545</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 periodo, *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*.

---

<sup>545</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 dopo la (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.

## SEZIONE II

### LA TUTELA CAUTELARE NELL'AMBITO DEL *KONKRETE NORMENKONTROLLVERFAHREN*.

#### 1. Introduzione: il konkrete Normenkontrollverfahren.

Per meglio comprendere le problematiche di fondo che stanno alla base delle soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca con riferimento alla questione della tutela cautelare di situazioni soggettive di rilievo costituzionale che appaiano compromesse da leggi incostituzionali, è necessario individuare – seppur sommariamente – i tratti distintivi del *konkrete Normenkontrollverfahren*, l'equivalente tedesco del giudizio di costituzionalità in via incidentale italiano<sup>546</sup>.

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 della presente *Grundgesetz* da parte del diritto di un *Land* oppure dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con la legge federale»<sup>547</sup>. Accanto a tale disposizione, vanno ricordati poi i §§ 13 n. 11 e 80-82 *BVerfGG*, che sviluppano

---

<sup>546</sup> Entrambi i procedimenti si caratterizzano per incidentalità e concretezza, nonché per diversi aspetti anche sotto il profilo 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, 464 ss.; cenni anche in J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, Torino 2000, II, 159 ss., spec. 169 ss.; in lingua tedesca, cfr., tra gli altri, H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, a cura di R. Herzog, H.H. Klein, U. Di Fabio, H.-J. Papier, F. Kirchhof, H. Kube, C. Langenfeld, 80<sup>a</sup> ed., München 2017; C. DEGENHART, *GG Art. 100 Richtlinien vorlagen zum Bundesverfassungsgericht*, in *Grundgesetz. Kommentar*, a cura di M. Sachs, 7<sup>a</sup> ed., München 2014; K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, in *Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*, a cura di C. Stark, Tübingen 1976, 323 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2015, 238 ss. Cfr. anche R. MÜLLER-TERPITZ, *BVerfGG § 80 [Vorlage]*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, a cura di B. Schmidt-Bleibtreu, G. Ulsamer, R. Mellinghoff, D. Hömig, K. Grasshof, 51<sup>a</sup> ed., München 2017; F.-W. DOLLINGER, § 80 [Vorlage-Beschluß], in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach e T. Clemens, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005, 995 ss.

<sup>547</sup> Il testo 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».

ulteriormente i profili essenziali della disciplina processuale già tracciati nella *Grundgesetz*<sup>548</sup>.

La *ratio* primaria del *giudizio di costituzionalità concreto* è quella di assicurare il primato della *Grundgesetz* sulle leggi ordinarie (art. 1, comma 3, e 20, comma 3, *GG*)<sup>549</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, federale o statale<sup>550</sup>.

Alla luce di tali finalità (garanzia del primato della *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>551</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che il *konkrete Normenkontrollverfahren* non possa rappresentare (e costituisca frequentemente), seppur in via mediata, anche uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti<sup>552</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>553</sup>, federali e statali, che siano stati emanati successivamente all'entrata in vigore della *Grundgesetz*: diversamente dalla Corte costituzionale italiana, il *BVerfG* si è infatti espresso nel

---

<sup>548</sup> Il § 13, n. 11 prevede che: «sulla compatibilità di una legge federale o di una legge statale (dei *Länder*) con la *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>549</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, cit., 16 Rn. 19; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 239 Rn. 569.

<sup>550</sup> Cfr. in tal senso, C. HILLGRUBER, C. GOOS, *ult. op.* cit., 238 Rn. 567; K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, cit., 328.

<sup>551</sup> Il carattere oggettivo del procedimento emerge chiaramente dalla lettera del § 81 *BVerfGG*, la quale prevede che «il *Bundesverfassungsgericht* decide solo sulla questione di diritto» (*Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nur über die Rechtsfrage*). Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, cit., 21 Rn. 32; G. ULSAMER, R. MÜLLER-TERPITZ, *BVerfGG § 81 [Entscheidung]*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, cit., 2 ss. Rn. 1 ss.

<sup>552</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *GG Art. 100*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, cit., 21 Rn. 33; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, cit., 239 Rn. 571.

<sup>553</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 sub-legislative.

senso di mantenere in capo ai singoli giudici la possibilità di dichiarare illegittime per contrasto con la *Grundgesetz* le disposizioni di legge pre-costituzionali, ovvero emanate prima del 1949<sup>554</sup>.

Il parametro del giudizio è rappresentato – in via generale – naturalmente dalla *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>555</sup>. Presupposti del rinvio – che si configura come un vero e proprio dovere del giudice (*Vorlagepflicht*), una volta verificata la sussistenza dei requisiti<sup>556</sup> – sono la rilevanza della questione (*Entscheidungserheblichkeit*)<sup>557</sup>, intesa nel senso più rigoroso del termine come *effettiva influenza* della decisione della questione sulla definizione della controversia; e la convinzione del giudice *a quo* circa l'incostituzionalità della legge (*Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm*)<sup>558</sup>, non essendo pertanto sufficiente un semplice dubbio (*Zweifel*) in merito<sup>559</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>560</sup>.

Un profilo particolarmente rilevante del giudizio di costituzionalità concreto è rappresentato dalla circostanza (cui si è già accennato *supra*) 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>561</sup>. Possono intervenire invece il *Bundestag*, il *Bundesrat*, il Governo federale, nonché i Parlamenti e i Governi dei singoli *Länder*.

---

<sup>554</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., 467.

<sup>555</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 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*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, cit., 35 ss.

<sup>556</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>557</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., 78 ss.

<sup>558</sup> Cfr. H.-G. DEDERER, *ivi*, 65 ss.; C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 253-254 Rn. 612.

<sup>559</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>560</sup> Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *op. cit.*, 254 Rn. 613;

<sup>561</sup> Cfr. § 82, comma 3, *BVerfGG*.

Le decisioni del *BVerfG*, che possono essere di incompatibilità, 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.

Tracciati concisamente 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*: i problemi di fondo.

La questione del rapporto conflittuale tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello del sindacato accentrato di costituzionalità si presenta, in termini sorprendentemente affini a quelli del caso italiano, anche nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca.

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>562</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 tutela dei singoli<sup>563</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>564</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

---

<sup>562</sup> Cfr., ad es., E. SCHMIDT-ABMANN, *GG Art. 19 Abs. 4*, in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di T. Maunz e G. Dürig, 80<sup>a</sup> ed., München 2017, spec. 202 ss.

<sup>563</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>564</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.*, 180 ss.

*Verwerfungsmonopol* del *BVerfG*, ovvero con l'attribuzione in via esclusiva al giudice costituzionale della competenza di dichiarare l'illegittimità delle leggi incompatibili con la *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 svolto sul sistema tedesco) dell'ampio potere cautelare riconosciuto al giudice costituzionale tedesco, assente invece in capo all'omologo italiano.

L'esame delle soluzioni si concentra in via principale sulle pronunce nelle quali il *BVerfG* ha preso posizione rispetto al problema, per poi ricostruire 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>565</sup>. Il giudizio, introdotto da un rinvio del *OVG Hamburg*, concerneva la disciplina della Città di Amburgo in materia di formazione dei giuristi (*Hamburgische Juristenausbildungsvereinbarung – 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>566</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 l'esclusione di soggetti dagli ideali apertamente contrari a quelli democratici (pur non espressa nella *JAO*) trova 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

---

<sup>565</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., 234.

<sup>566</sup> Cfr. *BVerfG*, 5 ottobre 1977, cit., *ivi*, 37-38, *Zum Sachverhalt*.

del merito, in realtà, potrebbe assicurare – proprio perché la disposizione incostituzionale può essere caducata solo dal *BVerfG* – il giudice di merito deve considerarsi tenuto a 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 investire previamente il *BVerfG*, in virtù sia del – seppur non esplicitato – *Vorwegnahmeverbot* sia del *Verwerfungsmonopol* sussistente in capo al giudice costituzionale.

A distanza di qualche anno, nel 1983, un’altra pronuncia del *BVerfG*<sup>567</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>568</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 di provvedimenti cautelari, escludendo però espressamente la successiva instaurazione di un giudizio di merito<sup>569</sup>.

Il *BVerfG*, nel riconoscere l’ammissibilità della questione, osserva che proprio la circostanza che non vi sia un successivo giudizio di merito giustifica la necessità che il giudice dell’urgenza rinvii la questione al giudice costituzionale nella fase cautelare. Ragionando diversamente, e cioè lasciando ai giudici comuni la possibilità di concedere direttamente la tutela cautelare richiesta, 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*: ovvero 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 giu-

---

<sup>567</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, *ult. op. cit.*, 234-235.

<sup>568</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*. È possibile consultare il testo dell’accordo online sul sito dell’emittente *NDR*: <[https://www.ndr.de/der\\_ndr/unternehmen/staatsvertrag100.pdf](https://www.ndr.de/der_ndr/unternehmen/staatsvertrag100.pdf)> (ultima consultazione 30 novembre 2017).

<sup>569</sup> Dimodoché il procedimento in parola non si configurava, in realtà, come un vero e proprio procedimento cautelare, quanto piuttosto come un procedimento sommario che per la propria disciplina faceva riferimento a quella cautelare civilistica.



dizio 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>570</sup>.

Seguono, a queste prime pronunce, altre due decisioni nelle quali si lascia aperta<sup>571</sup> la possibilità di investire il *BVerfG* nell'ambito di procedimenti 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. *Reirement* del *BVerfG*: la tutela cautelare dei diritti spetta ai giudici comuni.

Un netto *reirement* di questa giurisprudenza si incontra tuttavia nel 1992, in relazione al giudizio su una *Verfassungsbeschwerde* promossa avverso il Trattato di unificazione (*Einigungsvertrag*)<sup>572</sup>. In particolare, 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

---

<sup>570</sup> Cfr. *BVerfG* (I Senat), 8 febbraio 1983, cit., in *GRUR*, 1983, 318.

<sup>571</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, 827, con nota di R. URBAN, *Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO*, in *NVwZ*, 1989, 433 ss.; nonché di H. MAURER, in *JZ*, 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 impedisce la sua fede cristiana; al tempo stesso però si rende disponibile a dimostrare la propria fedeltà alla *Grundgesetz* altrimenti. 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 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.*, 435; H. MAURER, *op. cit.*, 295. Tuttavia J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, cit., 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>572</sup> Cfr. *BVerfG*, 24 giugno 1992 - 1 BvR 1028/91, in *BVerfGE* 86, 382 (389), nonché in *NJW*, 1992, 2749-2750

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 (*Gewinnugsrecht*), avevano fatto ricorso al *BVerfG*. Ma benché avessero dimostrato di essere affetti in modo attuale e diretto dalla normativa impugnata, il loro ricorso è dichiarato inammissibile in rapporto alla sussidiarietà della giurisdizione costituzionale.

L'argomentazione del *BVerfG* si incardina, in primo luogo, sull'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>573</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 impedisce agli stessi di concedere l'opportuna tutela interinale<sup>574</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 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>575</sup>, assai 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.

---

<sup>573</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>574</sup> Cfr. *BVerfG*, 24 giugno 1992 cit., 2750.

<sup>575</sup> Cfr. *BVerfG* (I *Kammer* del II *Senat*), 4 marzo 2014 – 2 BvL 2/13, in *NVwZ-RR*, 2014, 369 ss.

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>576</sup>.

In secondo luogo, scartata la proponibilità dell'istanza cautelare 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>577</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. Circonstanza 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>578</sup>.

L'ultima notazione del *BVerfG* vale 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>579</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.

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.

---

<sup>576</sup> *Aus den Gründen*, § 12, *BVerfG* (I Kammer della II Senat), 4 marzo 2014 cit., 369.

<sup>577</sup> *Aus den Gründen*, §§ 13-14, *ibidem*.

<sup>578</sup> *Aus den Gründen*, § 16, *ibidem*.

<sup>579</sup> *Aus den Gründen*, § 17, *ibidem*.

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 drastica 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 si siano stati ancora 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 persona 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 per-

tanto 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 variegate, 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, se non può 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>580</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 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>581</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.

---

<sup>580</sup> Cfr., ad es., *OLG Hamburg*, 23 maggio 1980, in *JZ*, 1983, 63 ss., in relazione alla sospensione di un atto amministrativo emesso nell'ambito di una procedura di espropriazione.

<sup>581</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 *Verfassungsbeschwerde*; *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.

In proposito, si è osservato con chiarezza di argomentazione in una recente pronuncia del *VGH München*<sup>582</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 sospendere 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.

## 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>583</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>584</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

---

<sup>582</sup> Cfr. *VGH München*, 13 gennaio 2015 – 22 CS 14.2323, in *BayVBl.*, 2015, 390 ss.

<sup>583</sup> *VGH Bad.-Württ.*, 5 maggio 1976 – I 785/76, in *DÖV*, 1976, 678 ss., con note di H. KLÜCKMANN, in *DÖV*, 1976, 324-325; C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, *DÖV* 1976, 678, in *JuS* 1978, 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, 173 ss., con nota di J. WIDTMANN, in *DÖV*, 1964, 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>584</sup> L'art. 21 *GG* detta la disciplina fondamentale dei partiti politici nell'ambito della *Grundgesetz*.

della causa – attraverso l'elusione dell'obbligo di rinvio 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>585</sup>.

Appena due mesi prima, un'altra decisione in materia elettorale (*VG Würzburg* del 5 marzo 1976<sup>586</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>587</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 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 indicare la assegnazione provvisoria di un posto di studio all'Università<sup>588</sup>, la sospensione di un atto amministrativo emesso nell'ambito di una procedura di espropriazione<sup>589</sup>, la sospensione di un avviso di pagamento<sup>590</sup>, la sospensione della chiusura di una singola scuola adottata con legge-provvedimento<sup>591</sup>, nonché la sospensione del servizio civile sostitutivo<sup>592</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

---

<sup>585</sup> Cfr. *VGH Bad.-Württ.*, 5 maggio 1976, cit., 679.

<sup>586</sup> Cfr. *VG Würzburg*, 5 marzo 1976 – W 54 III 76, in *NJW*, 1976, 1651 ss.; con nota di C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg, NJW 1976, 1651 und VGH Mannheim, DÖV 1976, 678*, in *JuS*, 1978, 312 ss.

<sup>587</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.

<sup>588</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, 19.05.1978 - XVI B 3026/77, in *NJW*, 1979, 330.

<sup>589</sup> Cfr. *OLG Hamburg*, 23 maggio 1980, in *JZ*, 1983, 63 s., con nota di H. GOERLICH, *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, ivi, 57 ss.

<sup>590</sup> Cfr. *BFH*, sentenza 23 novembre 1983, in *NJW* 1984, 1488 ss.

<sup>591</sup> Cfr. *OVG Hamburg*, 14 settembre 1984 - Bs IV 20/84, in *NVwZ*, 1985, 51 ss.

<sup>592</sup> Cfr. *VG Hamburg*, 8 gennaio 1985 - 3 VG W 42/85, in *NVwZ* 1985, 514 ss.

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>593</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>594</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 compatibilità 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 vanno un due pronunce, piuttosto recenti, in materia di tasse per gli studi superiori. *In primis* una decisione del *OVG Hamburg* del 27 ottobre 2005<sup>595</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 artt. 12, comma 1, 33, comma 1, e 3, comma 1, *GG*. In secondo luogo, viene una interessante pronuncia del *VG Gießen* del 30 ottobre 2007<sup>596</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 remunerazione 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 *HStGH* comporterebbe un inaccettabile ritardo nella tutela giurisdizionale e si risolverebbe in un diniego di giustizia;

---

<sup>593</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, 23 ottobre 1990, in *DVBl.*, 1991, 118, con nota di A. KRUSE, *Anmerkung zum Vorlagebeschuß des OVG NRW vom 23. 10. 1990*, in *DÖV*, 1991, 1002.

<sup>594</sup> Cfr. *OVG Nordrh.-West.*, B. 23.10.1990, in *DVBl.* 1991, 118 ss., con nota di C. FUCHSLOCH, *Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?*, in *NVwZ*, 1991, 442 ss. Una decisione analoga, sempre in tema di quote rosa nel pubblico impiego, è *OVG Berlin*, 16 aprile 1992, in *DVBl.* 1992, 919 ss.; entrambe le pronunce si possono leggere anche in *NVwZ*, 1992, 1226 ss.

<sup>595</sup> Cfr. *OVG Hamburg*, 27 ottobre 2005, in *NVwZ*, 2006, 949 ss.

<sup>596</sup> Cfr. *VG Gießen*, 30 ottobre 2007 – 3 G 3758/07, in *BeckRS*, 2007, 27958.



infine, la sospensione non comporta alcuna anticipazione del merito, ma si limita a 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>597</sup>, soprattutto in prossimità della riforma costituzionale che aveva fortemente limitato le possibilità di accesso alla tutela cautelare dei richiedenti asilo<sup>598</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 ovvie distinzioni legate all'ordinamento di riferimento – l'intero spettro di soluzioni già considerate nello studio della dottrina italiana<sup>599</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

---

<sup>597</sup> Cfr., *ex pluribus*, *VG Ansbach*, 9 luglio 1993 – AN 20593.39597, in *NVwZ-Beil.*, 1993, 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, 13 ss.; *BayVGH*, 28 ottobre 1993 – 24 CE 93.31582, 93.31631, 93.31632, in *DVBl.*, 1994, 61 ss., nonché in *NVwZ-Beil.*, 1994, 4 ss., con nota di B. HUBER, *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, in *NVwZ*, 1994, 138-139.

<sup>598</sup> Legge per la modifica della *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 dispone 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*, Milano 1999; Id., *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Milano 1994;

<sup>599</sup> Per una visione d'insieme delle diverse tesi cfr. J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, cit., 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*, Berlin 1997, 283 ss.

studio sulla *konkrete Normenkontrolle*<sup>600</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>601</sup>.

Tale prospettiva non trova tuttavia il consenso della dottrina maggioritaria che, da una parte, sottolinea l'evidente incoerenza di una presunzione di validità della legge con l'ordinamento costituzionale disegnato dalla *Grundgesetz*, e dall'altra, ne censura l'inaccettabile compressione della tutela giurisdizionale dei singoli<sup>602</sup>.

Un secondo orientamento<sup>603</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>604</sup>.

Come si è avuto modo di osservare nella Sezione I, 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>605</sup>. Se poi si considera anche il carattere sussidiario della tutela cautelare ex § 32 *BVerfGG*<sup>606</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.

---

<sup>600</sup> Cfr. K.A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, a cura di C. Stark, Tübingen 1976, 323 ss., spec. 355-356.

<sup>601</sup> Cfr. K.A. BETTERMANN, *op. cit.*, 356.

<sup>602</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., 283-286.

<sup>603</sup> Cfr. H.-U. ERICHSEN, *Die konkrete Normenkontrolle*, in *Jura*, 1982, 88 ss., in part. 96; A. GERONTAS, *Das konkrete Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *DVBl.*, 1981, 1089 ss., in part. 1090.

<sup>604</sup> Cfr. in tal senso K. FINKELNBURG, K.P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4<sup>a</sup> ed., München 1998, 446-447.

<sup>605</sup> Così T. SCHMITT, *op. cit.*, 286.

<sup>606</sup> Esprime dubbi in questo senso J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, cit., 634-635.

Una terza corrente di pensiero<sup>607</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 stringenti 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>608</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>609</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 Zweifel*), 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 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*.

---

<sup>607</sup> Cfr. C. PESTALOZZA, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg, NJW 1976, 1651 und VGH Mannheim, DÖV 1976, 678, in JuS 1978, 312 ss., spec. 318.*

<sup>608</sup> Cfr. T. SCHMITT, *op. cit.*, 287-288.

<sup>609</sup> Cfr. T. SCHMITT, *ivi*, 292-295. Si tratta sostanzialmente della tesi che emerge dalla giurisprudenza di merito.

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>610</sup>, il giudice della fase cautelare dovrebbe concedere la 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>611</sup>.

## 8. Quadro d’insieme dell’esperienza tedesca e risposta al quesito italiano.

All’esito dello studio condotto sull’ordinamento tedesco con riguardo alla questione investigata nella tesi – il conflitto tra principio di effettività della tutela giurisdizionale e

---

<sup>610</sup> Cfr. F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1988, 1598 ss., in part. 1608; A. VON MUTIUS, *Zum Verhältnis zwischen vorläufigem verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz, Wahlprüfungsverfahren und Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG*, in *VerwArch*, 1977, 197 ss.; H. GOERLICH, *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, in *JZ*, 1983, 57 ss.; H. KLÜCKMANN, in *DÖV*, 1976, 324-325; J. PIETZCKER, *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, 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 *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach, T. Clemens, Heidelberg 2002, 1108 ss., spec. 1125-1126; H. KLEIN, § 80 [*Vorlage; Beschluß; Verfahren*], in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach, T. Clemens, Heidelberg 1992, 1032 ss., spec. 1042; K. FINKELNBURG, M. DOMBERT, C. KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 5<sup>a</sup> ed., München 2008, 324. Altri distinguono a seconda che la disposizione di dubbia legittimità fondi il diritto 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, 433 ss.; H. HUBA, *Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO*, in *JuS*, 1990, 983 ss.

<sup>611</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., 301 ss.

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 nel senso opposto.

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; 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. 87/1953) di cui dispone il giudice costituzionale italiano.

La circostanza che lo stesso giudice costituzionale tedesco, il quale esercita questo ricco e articolato strumentario cautelare, non abbia ancora 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 tutte 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, invece, 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 non solo non sembra essere una scelta opportuna per le ragioni già descritte nel Cap. II, §§ 6 ss.; ma – alla luce dell'indagine svolta sul sistema tedesco – rischia di rivelarsi uno strumento marginale, se non del tutto inutile, ai fini per i quali ci si propone di introdurlo.

## CONCLUSIONI

Alla domanda che ci si era posti in apertura – *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?* – sembra lecito rispondere, all’esito della ricerca condotta, in senso affermativo.

Il problema di fondo sollevato dal quesito è quello dell’annoso conflitto tra le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale – che trovano nella tutela cautelare uno strumento irrinunciabile – e il sindacato accentratore di costituzionalità. Obiettivi dell’indagine erano, innanzitutto, la chiara identificazione delle criticità di fondo che caratterizzano la questione; in secondo luogo, la compiuta ricostruzione delle variegate soluzioni elaborate da giurisprudenza e dottrina, con lo scopo di delineare lo “stato dell’arte” sul tema; infine, l’individuazione di una soluzione che potesse contemperare i due principi dell’effettività della tutela giurisdizionale e del sindacato accentratore di costituzionalità.

Con l’intento di ricostruire con chiarezza il significato della tutela cautelare, quale strumento essenziale per la garanzia di una piena tutela giurisdizionale, si è esaminata – nel Capitolo I – la giurisprudenza costituzionale che ha condotto al riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela cautelare (§§ 2-5), delineandone poi sinteticamente gli aspetti salienti (§ 6). Con il medesimo intento, si sono pure individuati i riferimenti più rilevanti nell’ordinamento dell’Unione europea e nella CEDU (§§ 7-8).

Nel Capitolo II si sono invece diffusamente esaminate le diverse soluzioni al problema proposte dalla giurisprudenza e dottrina italiane.

Si è visto che la tesi del rigetto dell’istanza cautelare si risolve essenzialmente in un diniego di giustizia e non appare neppure conforme all’obbligo di rimessione delle questioni rilevanti e non manifestamente infondate (Cap. II, §§ 2. ss.). La tesi della mera sospensione ha invece palesato evidenti limiti rispetto alla fondamentale esigenza di fornire una tutela effettiva: la sospensione *tout court* del procedimento cautelare non può che comportare, nelle more del giudizio di costituzionalità, la verosimile lesione del diritto *sub iudice* (Cap. II, §§ 3. ss.). La terza soluzione esaminata, quella della disapplicazione della disposizione di dubbia costituzionalità, sebbene coerente con la direttiva di effettività tracciata dagli artt. 24 e 113 Cost., è apparsa inadeguata sotto il profilo di una corretta articolazione del sindacato di legittimità costituzionale, dal momento che il doveroso intervento della Corte costituzionale è affidato alla successiva ed eventuale rimessione della relativa questione nel giudizio di merito (Cap. II, §§ 4. ss.).

Si è ritenuto pertanto che la tesi che meglio si prestava a contemperare i contrapposti principi di effettività e sindacato accentratore di costituzionalità fosse quella della tutela cautelare *ad tempus* (Cap. II, §§ 5. ss.), che garantisce, da un lato, la concessione del provvedimento cautelare richiesto, e dall’altro, lo scrutinio della Corte costituzionale sulla relativa questione di costituzionalità. Alle censure di parte della dottrina, soprattutto in punto di rilevanza della questione sollevata contestualmente alla concessione del provvedimento cautelare, si è obiettato che la concessione della tutela d’urgenza – la cui conferma è condizionata alla pronuncia della Corte costituzionale – non rappresenta il momento di *definizione* del procedimento cautelare (successivo alla sentenza della Corte), ma piuttosto una piena attuazione delle finalità latamente cautelari perseguite dalla sospensione di cui all’art. 23, comma 2, l. n. 87/1953 (Cap. II, § 5.2.1.).

Si è osservato peraltro come la soluzione in parola trovi riscontri nella consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale – in rapporto ad una questione per molti versi analoga – ha elaborato un’espedito simile, consentendo ai giudici nazionali, nell’ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale di validità regolato dall’art. 267 TFUE, di concedere la tutela richiesta e contestualmente di rinviare la relativa questione.

A questo punto si è voluto verificare, nel Capitolo III, attraverso un esame della giurisprudenza rilevante della Corte di Giustizia, se le due soluzioni in parola (italiana ed europea) potessero essere effettivamente accostate e, in secondo luogo, se eventualmente il modello europeo si prestasse a conformare la soluzione italiana, in virtù della forza espansiva mostrata dal diritto europeo rispetto alle norme procedurali degli ordinamenti nazionali. All’esito dell’indagine – che ha preso le mosse dalla nota sentenza *Factortame* (Cap. III, §§ 2-3), passando poi ai casi *Zuckerfabrik, Atlanta* e alle successive pronunce del giudice di Lussemburgo (Cap. III, §§ 4. ss.) – si è potuto osservare come l’analogia tra le due soluzioni si limiti in realtà alla sola suddivisione del procedimento cautelare in due fasi; sotto il diverso e decisivo profilo dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, la soluzione europea è apparsa invece particolarmente deficitaria, al punto da far preferire senz’altro la soluzione offerta nell’ordinamento italiano (Cap. III, §§ 9-10).

Un’indagine che si fosse limitata all’esame degli indirizzi attualmente praticati nella giurisprudenza, vagliandone pregi e criticità (anche alla luce della soluzione europea), è parsa tuttavia insufficiente a realizzare lo scopo dichiarato di individuare la soluzione che meglio si presta a risolvere la problematica di fondo dell’indagine. Si è ritenuto pertanto di dover estendere il campo d’indagine pure a tutte quelle proposte, avanzate anche da autorevole dottrina, volte a introdurre un potere cautelare in capo al giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi in via incidentale, vuoi in via interpretativa vuoi per via normativa (Cap. II, §§ 6. ss.).

La prima strada, quella della ricostruzione interpretativa, è parsa tuttavia di difficile attuazione, sia per questioni prettamente giuridiche (su tutte, il carattere eccezionale degli artt. 35 e 40 l. n. 87/1953 che ne ostacolano un’interpretazione analogica) sia per questioni pratiche (Cap. II, §§ 6.2.-6.3.). La seconda strada, quella dell’introduzione per legge di un apposito strumento cautelare, incontrava invece per lo più dubbi di opportunità, che però scontavano il limite di essere obiezioni puramente astratte (Cap. II, §§ 6.4. ss.).

Nel IV Capitolo, si è inteso allora verificare – attraverso lo studio del sistema di giustizia costituzionale tedesco che prevede un organico e articolato potere cautelare in capo al giudice costituzionale – se effettivamente la previsione di un simile potere possa rappresentare una soluzione al problema di fondo e, in tal caso, come si articolino i rapporti tra la cautela concessa nel giudizio costituzionale e quella assicurata nei processi comuni.

L’indagine ha prima riguardato il potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht* nel suo complesso (Cap. IV, Sez. I), allo scopo di individuarne i caratteri e l’ampiezza, per poi muoversi ad esaminare più attentamente la questione della tutela cautelare nell’ambito dell’omologo tedesco del giudizio in via incidentale, il *konkrete Normenkontrollverfahren* (Cap. IV, Sez. II). Si è così potuto rilevare come l’attribuzione del potere cautelare al giudice costituzionale non vada ad incidere significativamente sulla soluzione del problema investigato nella tesi, dal momento che – secondo la dottrina e la giurisprudenza (anche costituzionale) maggioritarie tedesche – la tutela dei diritti dei singoli rimane affidata ai giudici co-



muni, mentre il controllo di costituzionalità sulla disposizione ritenuta incostituzionale risulta rimesso alla successiva iniziativa del giudice di merito (Cap. IV, Sez. II, §§ 4. ss.). La circostanza che il potere cautelare costituzionale, anche nel sistema di giustizia costituzionale (tra quelli a noi più affini) che più ne ha valorizzato il ruolo, non trovi applicazione con specifico riguardo al giudizio sulle leggi in via incidentale, è apparsa ragione sufficiente per ridimensionare l'utilità e l'opportunità dell'introduzione di un tale potere nel giudizio incidentale italiano (Cap. IV, Sez. II, § 8.).

In conclusione, la tesi che è apparsa più adatta a contemperare i due principi in conflitto è senz'altro quella della tutela cautelare *ad tempus*, cui ha aderito la stessa Corte costituzionale con una giurisprudenza inaugurata con la sentenza n. 444 del 1990 e che può ormai 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. Resta ad ogni modo la necessità di accreditare e diffondere la soluzione proposta presso la giurisprudenza di merito (specie civile) che – nonostante la chiara presa di posizione della Corte costituzionale – pratica ancora diffusamente anche le altre soluzioni esaminate: è emblematica, in tal senso, la poliedrica giurisprudenza prodotta sul *caso Stamina*<sup>612</sup>.

La rinnovata attenzione per il problema e la salda posizione della Corte costituzionale potrebbero tuttavia favorire finalmente il superamento delle incertezze nella giurisprudenza di merito, con sicuri benefici non solo per l'effettività della tutela giurisdizionale, ma pure per il corretto funzionamento del sindacato di costituzionalità delle leggi.

---

<sup>612</sup> Cfr., *ex pluribus*, per il rigetto Trib. Bologna, Sez. lav., ordinanza 10 luglio 2013 e Trib. Pavia, ordinanza 17 settembre 2013; per la mera disapplicazione Trib. Monza, Sez. lav., ordinanza 13 maggio 2012 e Trib. Messina, ordinanza 13 settembre 2013; per la tutela *ad tempus* Trib. Taranto, Sez. lav., ordinanza 24 settembre 2013; consultabili su *biodiritto.org* – *Dossier Stamina*: <<http://www.biodiritto.org/notizia/news/item/330-dossier-staminali>> (ultima consultazione 30 novembre 2017).

## APPENDICE

TABELLA n. 1: Giudizi di costituzionalità in via incidentale instaurati secondo il modello della tutela cautelare *ad tempus*.

| <i>Anno</i> | <i>Pronuncia della Corte costituzionale</i> | <i>Autorità remittente</i>   |
|-------------|---|--|
| 1990        | Sentenza 12 ottobre 1990, n. 444            | T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania  |
| 1991        | Sentenza 23 luglio 1991, n. 367             | T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania  |
| 1995        | Ordinanza 19 gennaio 1995, n. 24            | T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania  |
|             | Sentenza 24 luglio 1995, n. 359             | Consiglio di Stato, Sezione IV   |
| 1996        | Sentenza 27 giugno 1996, n. 223             | T.A.R. Lazio   |
| 1997        | Sentenza 18 giugno 1997, n. 183             | T.A.R. Lazio   |
| 1998        | Sentenza 26 maggio 1998, n. 185             | Consiglio di Stato, Sezione IV   |
| 1999        | Sentenza 20 luglio 1999, n. 330             | T.A.R. Puglia, Sezione staccata di Lecce<br>T.A.R. Emilia-Romagna                          |
| 2000        | Sentenza 12 gennaio 2000, n. 4              | T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania  |
| 2001        | Sentenza 4 luglio 2001, n. 210              | T.A.R. Friuli-Venezia Giulia   |
| 2003        | Sentenza 4 luglio 2003, n. 227              | T.A.R. Trentino-Alto Adige, sede di Trento   |
| 2006        | Ordinanza 27 gennaio 2006, n. 25            | Commissione tributaria provinciale di Genova<br>Commissione tributaria provinciale di Roma |
|             | Sentenza 11 maggio 2006, n. 194             | T.A.R. Lazio   |
| 2007        | Sentenza 26 gennaio 2007, n. 11             | T.A.R. Molise<br>T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania                               |
|             | Sentenza 19 giugno 2007, n. 220             | T.A.R. Lazio   |
| 2008        | Sentenza 30 luglio 2008, n. 306             | Tribunale di Brescia   |
|             | Sentenza 24 ottobre 2008, n. 350            | T.A.R. Lombardia   |
| 2009        | Sentenza 24 luglio 2009, n. 236             | T.A.R. Sicilia, Sezione staccata di Catania  |
| 2010        | Sentenza 7 luglio 2010, n. 236              | T.A.R. Liguria   |
| 2011        | Ordinanza 13 luglio 2011, n. 211            | T.A.R. Veneto  |
|             | Ordinanza 11 novembre 2011, n. 307          | T.A.R. Friuli-Venezia Giulia   |
| 2012        | Sentenza 6 luglio 2012, n. 172              | T.A.R. Calabria  |
| 2013        | Sentenza 3 maggio 2013, n. 81               | T.A.R. Sardegna  |

|      |                                    |   |
|------|------------------------------------|---|
|      | Sentenza 9 maggio 2013, n. 83      | Consiglio di Stato<br>T.A.R. Molise                       |
|      | Ordinanza 29 maggio 2013, n. 111   | T.A.R. Veneto   |
|      | Ordinanza 23 dicembre 2013, n. 325 | Tribunale di Melfi  |
| 2014 | Ordinanza 13 gennaio 2014, n. 3    | Tribunale di Nocera Inferiore                             |
|      | Ordinanza 27 marzo 2014, n. 59     | T.A.R. Lazio  |
|      | Sentenza 5 dicembre 2014, n. 274   | Tribunale di Taranto                                      |
| 2015 | Sentenza 24 luglio 2015, n. 188    | T.A.R. Piemonte   |
|      | Sentenza 19 novembre 2015, n. 236  | T.A.R. Campania   |
| 2016 | Ordinanza 3 marzo 2016, n. 47      | T.A.R. Umbria   |
|      | Sentenza 10 giugno 2016, n. 133    | T.A.R. Emilia-Romagna<br>T.A.R. Lombardia<br>T.A.R. Lazio |
|      | Sentenza 16 dicembre 2016, n. 276  | Tribunale di Napoli                                       |



## 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.*, 2008, 1, 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, 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, 666 ss.;

ADINOLFI A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Unione eur.*, 2001, 42 ss.;

—, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano 1997;

ANDOLINA I., VIGNERA G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1997;

ANDREIS M., *Pregiudizialità costituzionale e (mera) sospensione*, in *Urb. app.*, n. 1/2015, 47 ss.;

ANDRIOLI V., *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, 398 ss.;

—, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964;

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 *Trattato di diritto processuale civile*, a cura di L. Montesano e G. Arieta, Milano 2005;

—, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, 2041 ss.;

—, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1985;

AZZARITI G., *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, 159 ss.;

AZZENA L., *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, 91 ss.;

—, *Valorizzazione degli elementi di diffusione del sistema di giustizia costituzionale*, in *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)*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino 2002, 383 ss.;

BAILO F., *Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?*, in *Giur. It.*, n. 2/2017, 449 ss.;

—, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, n. 1/2016, 206 ss.;

BALBI C.E., voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss.;

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Bari 2012;

—, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari 2011;

BARAV A., *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano, 1998, 1 ss.;

—, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Mélanges en l’hommage à Jean Boulouis*, Paris 1991, 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, 369 ss.;

—, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in *RTDE*, 1985, 313 ss.;

—, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Cah. dr. eur.*, 1978, 265 ss.;

BARBIERI E.M., *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela “ante causam”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 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, 641 ss.;

BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 3 ss.;

BARTOLE S., *Considerazioni sulla funzionalità della Corte Costituzionale*, in *Regioni e Corte Costituzionale. L’esperienza degli ultimi quindici anni*, a cura di S. Bartole, M. Loiodice, M. Scudiero, Milano 1988, 13 ss.;

BARTOLINI F., REPREGOSI M.L., *Il codice del nuovo processo tributario*, Piacenza 1996;

BATTISTI A.M., *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, 3338 ss.;

BEHR G., *Reinforcement of the Constitutional Review of Community Act under Article 177 EEC Treaty*, in *Comm. mar. law rev.*, 1988, 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, 379 ss.;

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

BELLOMIA S., *Corte costituzionale e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 43 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, 311-315;

BENDA E., KLEIN E., *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2001;

BERKEMANN J., § 32 *Einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach, T. Clemens, F.-W. Dollinger, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005, 527 ss.;

—, *Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, 161-171;

BETTERMANN K.A., *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen, in Verfassungsgerichtsbarkeit*, vol. I di *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, a cura di C. Stark, Tübingen 1976, 323 ss.;

BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano 2005;

—, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. un. eur.*, IV, 2000, 717 ss.;

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992;

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, 18<sup>a</sup> ed., Torino 2017;

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, 192 ss.;

BORCHARDT G., *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Comm. mar. law rev.*, 1985, 203 ss.;

BORRÈ G., *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, XX;

BOVE M., *Art. 111 Cost e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479 ss.;

BOYRON S., NEVILLE BROWN L., *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, in *RFDA*, 1994, 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, 667 ss.;

BRANCA M., *L'esecuzione «cautelare» della sentenza del TAR in pendenza del ricorso in appello*, in *Giur. cost.*, 1998, VI, 3488 ss.;

BRIGUGLIO A., *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 1999, 3273 ss.;

- , *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996;
- BROMBERG M. – FENGER N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford 2010;
- CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936;
- CAMERLENGO Q., *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Le Regioni*, 2012, 3, 559 ss.;
- CAMPANILE G., *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 124 ss.;
- CAPONI R., *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1250 ss.;
- CAPPELLETTI M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957;
- CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 83 ss.;
- , *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, 2554 ss.;
- , *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo «ius commune»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 353 ss.;
- , *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1885 ss.;
- CARETTI P., *Il contenzioso costituzionale. Commento all'articolo 9*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna 2003, 183 ss.;
- CARNELUTTI F., *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile*, I, *Del Processo di cognizione*, Padova 1926;
- CARPI F., *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 680 ss.;
- CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 679 ss.;
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012;
- , *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 2006, 2444 ss.;
- CERVATI A.A., *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1217 ss.;
- 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, 259-272;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1° ed., Napoli 1933;

—, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Napoli 1935;

—, *Principi di diritto processuale civile*, 1° ed., Napoli, 1906;

—, *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., 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, 1170 ss.;

—, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 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, 57 ss.

—, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 899 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, 3330 ss.;

—, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1981;

—, *Atti urgenti e provvedimenti cautelari durante la sospensione del processo di merito*, in *Foro it.*, 1978, I, 1410 ss.;

—, voce *Sospensione del processo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giuridica Treccani*, XXXIV, Roma 1992, 1 ss.;

CLEMENS T., *Art. 100 Richtervorlagen, in Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach, T. Clemens, Heidelberg 2002, 1108 ss.;

COCOZZA V., *La questione di legittimità in sede cautelare. Una recente vicenda ri-propone un problema da risolvere*, in *Forum Quad. cost.*, n. 6/2015, 19 giugno 2015;

COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova 1970;

CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1942;

CONSOLO C., *Il processo amministrativo fra snellezza e «civiltà»*, in *Corr. giur.*, 2000, 1265 ss.;

—, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998;

—, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 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.*, 2/1991, 261 ss.;

—, *La tutela cautelare "ritrovata" (fra le pieghe pretorie dell'ordinamento della giurisprudenza amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 323 ss.;

—, *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 535 ss.;

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, 744 ss.;

COREA U., *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2072 ss.;

COUZINET J.F., *Le renvoi en appréciation de validité devant la Court de Justice des Communautés européennes*, in *RTDeur*, 1976, 648 ss.;

COZZOLINO L., *Accesso «cautelare» alle tribune radiotelevisive e il diritto di propagandare l'astensione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, 293 ss.;

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. Volume II. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 1984;

DA CRUZ VILLACA J.L., *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, 256 ss.;

DALMOTTO E., *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 267 ss.;

D'AMICO G., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, 157 ss.;

D'AMICO M., *Corte costituzionale e riforma costituzionale del Titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *www.federalismi.it*, 2 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, 1998 ss.;

DÄNZER-VANOTTI W., *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, in *BB*, 1991, 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, 9 luglio 2014;

DEGENHART C., *GG Art. 100 Richtervorlagen zum Bundesverfassungsgericht, in Grundgesetz. Kommentar*, a cura di M. Sachs, 7<sup>a</sup> ed., München 2014;

DELLA VALLE F., *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 884 ss.;

DELLI PRISCOLI L.; DEMARCHI P.G., *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologna 2008;

DE SCHUTTER O., *Les mesures provisoires devant la Court de Justice des Communautés Européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di Cohen-Jonathan G., Flauss J.F., Brussels 2005, 93 ss.;

DERERER H.-G., *GG Art. 100*, in *Grundgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz e G. Dürig, a cura di R. Herzog, H.H. Klein, U. Di Fabio, H.-J. Papier, F. Kirchhof, H. Kube, C. Langenfeld, 80<sup>a</sup> ed., München 2017;

DI PALMA E., *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, I, 148 ss.;

DOLLINGER F.-W., § 80 [Vorlage-Beschluß], in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D.C. Umbach e T. Clemens, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005, 995 ss.;

DOLSO G.P., *Art. 134*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2008, 1147 ss.;

DRAGO F., *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 11 aprile 2003, <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=1095>>;

EHLE X., *Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Gemeinschaftsorgane*, in *18 Monatsschrift für deutsches Recht*, 1964, 719 ss.;

ERICHSEN H.-U., *Die konkrete Normenkontrolle*, in *Jura*, 1982, 88 ss.;

—, *Die einstweilige Anordnung*, A. in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Stark, vol. II, Tübingen 1976, 170 ss.;

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, 298 ss.;

—, *Illegittimità costituzionale e abrogazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 831 ss.;

—, *«Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzative?*, in *Giur. cost.*, 1960, 329 ss.;

ESPOSITO M., *Tutela cautelare e processo tributario*, in *Giur. cost.*, 2000, IV, 1483 ss.;

—, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, 1833 ss.;

FALCON G., *Intervento*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 157 ss.;

FIGORILLI F., *Le ordinanze c.d. soprassessorie in tema di sospensiva*, in *Dir. proc. amm.*, 487 ss.;

FINKELNBURG K., DOMBERT M., KÜLPMANN C., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 6<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, München 2011;

—, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 5<sup>a</sup> ed., München 2008;

FINKELNBURG K., JANK K.P., *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4<sup>a</sup> ed., München 1998;

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, 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, 117 ss.;

FRANCARIO F., *Processo amministrativo e definitività dei provvedimenti cautelari*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 744 ss.;

FUCHSLOCH C., *Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?*, in *NVwZ*, 1991, 442 ss.;

HÄBERLE P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano 2000;

HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Leipzig 1913;

HILLGRUBER C., GOOS C., *Verfassungsprozessrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2015;

HUBER B., *Prozessuale Besonderheiten asylrechtlicher Eilverfahren auf Gestattung der Einreise*, in *NVwZ*, 1994, 138-139;

HUBER N., *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, Herdecke 1999;

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, 1884 ss.;

GARBAGNATI E., *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova 1950, 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, 537 ss.;

GEIGER W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1952;

GERONTAS A., *Das konkrete Normenkontrollverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *DVBl.*, 1981, 1089 ss.;

GIORDANO R., *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2009, 2, 299 ss.;

—, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.*, 2006, 2647 ss.;

GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli 1999;

GIOVAGNOLI R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e*

*processuali*, in *Urb. appal.*, n. 2/2002, 224 ss.;

GIOVANNINI A., *L'interpretazione secundum constitutionem come strumento di riforma del processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2013, 1057 ss.;

GLAESNER A., *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *Eur. Recht*, 1990, 143 ss.;

GLENDI C., *Verso la costituzionalizzazione della tutela cautelare oltre il primo grado*, in *Corr. trib.*, 2010, 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, 21 ss.;

GOERLICH H., *Vorlagepflicht und Eilverfahren*, in *JZ*, 1983, 57 ss.;

GOLETTI G.B., *I procedimenti sommari nazionali e comunitari e la validità degli atti comunitari*, in *Foro amm.*, 1998, 308 ss.;

GRAGNANI A., *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 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](http://www.forumcostituzionale.it) - Sezione Paper, 28 giugno 2004;

GRANDERATH R., *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, 13, 542 ss.;

GRABHOF K., § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, H. Klein, G. Ulsamer, F. Bethge, 14<sup>a</sup> ed., München 2013, 1 ss.;

GRAVELLS N.P., *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, 180 ss.;

GRAY C., *Interim Measures of Protection in the European Court*, in *Eur. Law Rev.* 1979, 80 ss.;

GREMENTIERI V., *Le misure cautelari nel processo comunitario*, in *Jus*, 1988, 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, 1 ss.;

GRUNSKY W., *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, 217 ss.;

—, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *JuS*, 1976, 277 ss.;

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.;

JACOBS J.I.H., *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* a cura di Bernhardt, Berlin - Heidelberg - New York 1994, 38 ss.;

JOLIET R., *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir.*

eur., 1992, 253 ss.;

JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano 2002;

KRUSE A., *Anmerkung zum Vorlagebeschluß des OVG NRW vom 23. 10. 1990*, in *DÖV*, 1991, 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, 619 ss.;

LA CHINA S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, Napoli 1970, 154 ss.;

LAMARQUE E., *Commento all'art. 9*, in *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge 'La Loggia' (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di P. Cavaleri e E. Lamarque, Torino 2004, 230 ss.;

—, *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, in *Quad. cost.*, 2002, 96 ss.;

LAZZARA P., *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1167 ss.;

LECHNER H., ZUCK R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 7<sup>a</sup> ed., München 2015;

LEIPOLD D., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München 1971;

LEONARDI R., *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*, Milano 2010;

—, *La Corte di giustizia interviene nel controverso dibattito italiano in materia di tutela cautelare ante causam*, in *Foro amm.*, 2004, 1226 ss.;

LIEBMAN E.T., *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 540 ss.

—, *Sulla sospensione "propria" ed "impropria" del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss.;

—, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 248 ss.;

—, *Il giudice, la Costituzione e la legge Silana*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 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, 991 ss.;

LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 896 ss.;

—, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2225 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;

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, 1993 ss.;

LÖWER W., *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in *Demokratie - Bundesorgane*, vol. III di *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee, P. Kirchhof, E. W. Böckenförde, 3<sup>a</sup> ed., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2005, 1285 ss.;

LUBRANO F., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Roma 1997;

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, 339-354;

LUTHER J., *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, II, Torino 2000, 159 ss., spec. 169 ss.;

MAGIONCALDA M., *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Milano 1995, 105 ss.;

MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Torino 2016;

MANDRIOLI C., *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 657 ss.;

MANFRELLOTTI R., *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2014, VI, 4678 ss.;

—, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010, 3740 ss.;

MANGIONE G., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milano 1999;

—, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, Milano 1994;

MARCHESE C., *Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quad. cost. - Rassegna*, 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. - Rassegna*, n. 1/2016, 30 gennaio 2016;

MARZIALE B., *Stranieri extracomunitari e prestazioni di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 2008, 1357 ss.;

MASING J., *Das Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung*, in *NJW*, 1990, 1830 ss.;

MASSA M., *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002, 255 ss.;

MASTROIANNI R., *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è “più realista del re”?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 92 ss.;

MASUCCI A., *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una «tutela cautelare europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 1155 ss.;

MAZZAROLLI L.A., *Sulla sospensione degli effetti della legge nel giudizio principale: una disposizione illegittima o inutile*, in *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, vol. IV di *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 1429 ss.;

MEHDI R., *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, in *RTDeur*, 1996, 77 ss.;

MENEGUS G., *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;

—, *Misura cautelare ad tempus nella tutela di diritti di rilievo costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2014, 915 ss.;

MODUGNO F., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. cost.*, 1963, 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, XX;

MONTELEONE G., *Introduzione*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2004, VII-XXVII;

—, *Leggi incostituzionali, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, 146 ss.;

MONTESANO L., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 309 ss.;

—, *Provvedimenti d'urgenza “ante causam” nei giudizi amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1192 ss.;

—, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile. (Artt. 700-702 Cod. Proc. Civ.)*, Napoli 1955;

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano 2001;

—, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, 825 ss.;

MORTATI C., *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, III, Milano 1969, 1341 ss.;

—, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968;



- , *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946;
- 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, 705 ss.;
- MÜLLER-TERPITZ R., *BVerfGG § 80 [Vorlage]*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, a cura di B. Schmidt-Bleibtreu, G. Ulsamer, R. Mellin-ghoff, D. Hömig, K. Grasshof, 51<sup>a</sup> ed., München 2017;
- MUSCARDINI M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 1057 ss.;
- VON MUTIUS A., *Zum Verhältnis zwischen vorläufigem verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz, Wahlprüfungsverfahren und Vervorfungsmonopol des Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG*, in *VerwArch*, 1977, 197 ss.;
- NICOTRA GUERRERA I., *Pregiudizialità costituzionale e doppio grado di giudizio nel processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 33 ss.;
- NIGRO M., *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1297 ss.;
- NOCILLA D., *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 2003 ss.;
- OLIVER P., *Interim Measures: Some Recent Developments*, in *Comm. mar. law rev.*, 1992, 7 ss.;
- ONIDA V., *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 515 ss.;
- , *Conseguenza processuali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1035 ss.;
- , *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967, 41 ss.;
- PACE A., *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, in *Giur. cost.*, 2010, 3748 ss.;
- , *«Effettività» del diritto di difesa e potere giudiziario di cautela*, in *Giur. cost.*, II, 1974, 3349 ss.;
- , *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517 ss.; nonché in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, 1197 ss.;
- PAGOTTO C., *La disapplicazione della legge*, Milano 2008;
- PAIS ANTUNES L.M., *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, in *Yearbook of European law*, 1993, 83 ss.;
- PAJNO S., *Accesso alla Corte costituzionale e «cautela di secondo grado»*, in *Foro it.*, 2000, 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, 8 ss.;

PALERMO F., *La giustizia costituzionale in Germania*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova 2009, 145 ss.;

PANZAROLA A., GIORDANO R., *Dei provvedimenti d'urgenza. Art. 700-702*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016;

PANZERA C., *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, 347 ss.;

PEREZ R., *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, 340 ss.;

PERRONE D., *La sospensione cautelare nel giudizio costituzionale spagnolo: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011;

PESCATORE P., *Le mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris 1987, 315 ss.;

—, *The Protection of Human Rights in the European Communities*, in *Comm. mar. law rev.*, 1972, 73 ss.;

PASTOR B., VAN GRINDERACHTER E., *Le procédure en référé*, in *RTDeur*, 1989, 561 ss.;

PESTALOZZA C., *Verfassungsprozessrecht*, 3<sup>a</sup> ed., München 1991;

—, *Einstweilige Anordnung statt Richtervorlage?*, in *NJW*, 1979, 1341 ss.;

—, *Die Richtervorlage im Eilverfahren – VG Würzburg*, *NJW* 1976, 1651 und *VGH Mannheim*, *DÖV* 1976, 678, in *JuS* 1978, 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, 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, 4615 ss.;

PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 972 ss.;

PIETZCKER J., *Richtervorlage in Eilverfahren?*, in *Verfassungsrecht im Wandel. Wiedervereinigung Deutschlands, Deutschland in der Europäischen Union, Verfassungsstaat und Föderalismus: Zum 180jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG*, a cura di J. Ipsen, H.-W. Rengeling, J.M. Mössner, A. Weber, Köln 1995, 623 ss.;

PINELLI C., *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, 2010, 3739 ss.;

PISANESCHI A., *Brevi note sulla “sospensiva” nel conflitto tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1991, 71 ss.;

POLI M.D., *Il procedimento in via incidentale in Germania: das konkrete Normenkontrollverfahren*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, I, 464 ss.;

—, *Sindacato concreto di conformità e integrazione multi-direzionale*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, III, 1487 ss.;

PORCHIA O., *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli 2014, IV, 2311 ss.;

PREDIERI A., *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, 173 ss.;

PROTO PISANI A., *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, XX;

—, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli 2003;

—, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, 65 ss.;

—, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.;

—, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1992, XXVIII, 1 ss.;

—, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 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, 1881 ss.;

—, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare e di potere di sospensione dei giudici tributari*, in *Foro it.*, 1982, I, 1216 ss.;

—, *Una macroscopica manifestazione di sottocultura urbanistica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1974, 3338 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 *Reg.*, n. 2/2016, 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, 1479 ss.;

—, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di provvedimento anticipatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 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, 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, 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, 266 ss.;

—, *La parola alla Corte di giustizia sulla tutela cautelare amministrativa ante causam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 701 ss.;

—, *L'atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della tutela amministrativa ante causam?*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 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, 1239 ss.;

—, *La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 821 ss.;

—, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 501 ss.;

—, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 173 ss.;

RANDAZZO B., ONIDA V., *Note minime sull'illegittimità del quesito referendario*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 22 ottobre 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, 841 ss.;

RECCHIONI S., *Diritto processuale cautelare*, Torino 2015;

—, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, 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*, II, Milano, 2005, 1431 ss.;

RIVOSECCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2385 ss.;

—, *La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso “Onida- Randazzo” al Tribunale civile di Milano*, in *Oss. cost.*, n. 1/2017, 15 febbraio 2017;

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, 5 ss.;

ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 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, 1070 ss.;

ROMANO V., *Giudizio cautelare e incidente di legittimità costituzionale*, in *Rass. avv. st.*, n. 1/2014, 204 ss.;

ROMBOLI R., *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 71 ss.;

ROMBOLI R., TARCHI R., *La giustizia costituzionale in Spagna*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, Torino 2000, II, 285 ss.;

ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari 2015;

RONCO A., *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, 2739 ss.;

ROSSI M., *L'appellabilità delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Foro amm.*, 1983, 1234 ss.;

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014;

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, 3 ss. (anche in *Consulta Online*, n. 3/2016, 351 ss.);

—, *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*, Milano 2004, 357 ss.;

RUSCICA S., *Le novità in tema tutela cautelare nel processo amministrativo*, XX 2008;

SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006;

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, 41 ss.;

SAPORITO G., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, Napoli, 1982;

SASSANI B., *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela d'urgenza*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1822 ss.;

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Padova 1986, 268 ss.;

—, *Limiti di applicazione del provvedimento di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132 ss.;

SCARSELLI G., *Virgilio Andrioli, giudice della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli 2006, 413 ss.;

SCHERMERS H. – WAELBROECK D.F., *Judicial Protection in the European Union*, 6<sup>th</sup> ed., London 2000;

SCHLAICH K., KORIOH S., *Das Bundesverfassungsgericht*, 10<sup>a</sup> ed., München 2015;

SCHMIDT-ABMANN E., *GG Art. 19 Abs. 4*, in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di T. Maunz e G. Dürig, 80<sup>a</sup> ed., 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*, Berlin 1997;

SCHOCH F., *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, Tübingen 2001, I, 695 ss.;

—, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1988;

SCHOCH F., WAHL R., *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg 1995, 265 ss.;

SCHNEIDER K., § 32 *Einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di C. Burkiczak, F.-W. Dollinger, F. Schorkopf, Heidelberg 2015, 492-648;

SCHUMANN R., *Deutscher Richter und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *ZZP*, 1965, 77 ss.;

SCOCA F.G., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 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, 1110 ss.;

SIECKMANN J.R., *Art. 100*, in *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, a cura di He. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, III, 5<sup>a</sup> ed., München 2005;

SILVESTRI G., *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, 452 ss.;

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, 593 ss.;

SINANLOTIS D., *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, The Hague 2006;

SLUSNY M., *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *RBDI*, 1967, 127 ss.;

SPADARO A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990;

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo, studio sull'effettività giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano 2004;

TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.;

—, *Tutela d'urgenza e giurisdizione sul pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 1, 511 ss.;

TELCHINI I., *L'art. 700 del codice di procedura civile e la disapplicazione di leggi nazionali confliggenti con norme comunitarie*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, 1685 ss.;

TESAURO G., *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, in *Corr. Giur.*, 1994, 996 ss.;

TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 ss.;

—, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi Allievi*, Napoli, 1979, 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, 25 ss.;

TOMMASEO F., *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in *Studi in onore di C. Punzi*, III, Torino 2008, 409-423;

—, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corr. giur.*, 1994, 948 ss.;

—, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 856 ss.;

TOMUSCHAT C., *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Köln – Berlin 1964;

TORRETTA P., «Legge Severino»: la Corte conferma la sua legittimità costituzionale, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, 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, 258 ss.

TRAVI A., *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3249 ss.;

TRISORIO LIUZZI G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss.;

—, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987;

TROCKER N., “Civil Law” e “Common Law” nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007 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, 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, 439 ss.;

—, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1171 ss.;

—, *Processo civile e Costituzione*, Milano 1974;

ULSAMER G., MÜLLER-TERPITZ R., *BVerfGG § 81 [Entscheidung]*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, fondato da T. Maunz, a cura di B. Schmidt-Bleibtreu, G. Ulsamer, R. Mellinshoff, D. Hömig, K. Grasshof, 51<sup>a</sup> ed., München 2017;

UMBACH D.C., CLEMENS T., DOLLINGER F.-W., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2<sup>a</sup> ed., Heidelberg 2005;

—, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg 1992;

UMBACH D.C., CLEMENS T., *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2 voll., Heidelberg 2002;

URBAN R., *Eingeschränkte Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte im Eilverfahren gem. § 123 VwGO*, in *NVwZ*, 1989, 433 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*, Napoli 1970, 407 ss.;

VERDUSSEN M., *L'accesso alla Corte costituzionale del Belgio attraverso il ricorso per annullamento*, in *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità (Atti del Convegno di Pisa 19-20 settembre 2008)*, a cura di R. Tarchi, 197 ss.;

VIPIANA P., *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova 2008;

VIZIOLI N., *La giustizia costituzionale in Belgio*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, Torino 2000, II, 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, 2072 ss.;

—, *Dei procedimenti cautelari in generale. Art. 660 bis-669 quaterdecies*, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2017;

VUOLO A., *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;

—, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli 2009;

—, *Misure cautelari e sindacato diffuso sulla legge*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino 2002, 545 ss.;

—, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000, 693 ss.;

WADE W., *Injunctive Relief against the Crown and Ministers*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, 4 ss.;

ZAGREBELSKY G., *La tutela d'urgenza*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova 1988, 27 ss.;

—, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988;

—, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, 521 ss.;

ZUCK R., *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 5<sup>a</sup> ed., München 2017.