



TUTELA CAUTELARE E QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ

GIACOMO MENEGUS*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il significato costituzionale della tutela cautelare e il principio di sindacato accentrato di costituzionalità.– 2. Gli ondivaghi orientamenti della giurisprudenza.– 2.1. Il rigetto dell'istanza cautelare e la mera sospensione per pregiudizialità costituzionale.– 2.2. La disapplicazione della norma di dubbia costituzionalità.– 3. Tutela cautelare *ad tempus*.– 4. È necessario un potere cautelare della Corte costituzionale?– 5. Conclusioni.

1. Introduzione: il significato costituzionale della tutela cautelare e il principio di sindacato accentrato di costituzionalità

Il riconoscimento del significato costituzionale della tutela cautelare, come necessario ed essenziale corollario del più generale principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., è giunto all'esito di un lungo e non sempre lineare percorso della giurisprudenza costituzionale¹.

A partire dalla famosa sentenza n. 190 del 1985², la Corte costituzionale, dando compiuta realizzazione al pensiero di Giuseppe Chiovenda³, ha affermato a più riprese come la tutela cautelare eserciti una «funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale» e precisato 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”».

Tale riconoscimento si traduce, in primo luogo, in direttiva per il legislatore, il quale è tenuto a prevedere forme di tutela cautelare idonee a neutralizzare il *pregiudizio* (derivante dalla durata del processo) che assuma i caratteri dell'*irreparabilità* e dell'*imminenza*⁴. Pregiudizio che la Corte, riprendendo la tradizionale distinzione

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali presso l'Università degli Studi di Ferrara.

¹ Per un'efficace ricostruzione delle “tappe” della giurisprudenza costituzionale in tema di riconoscimento del fondamento della tutela cautelare, si rinvia a I. ANDOLINA – G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1997, 67.

² Corte cost., sentenza 25 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985 I, 1881, con nota di A. PROTO PISANI.

³ Per un'ampia disamina delle posizioni di Chiovenda in materia cfr. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 553 ss.

⁴ Cfr. Corte cost., sentenza 25 giugno 1985, n. 190, cit.

tracciata da Piero Calamandrei⁵, ha ritenuto di ravvisare tanto nel *pericolo* da *infruttuosità*, quanto in quello da *tardività*⁶.

In secondo luogo, tale riconoscimento vincola il giudice comune a preferire, tra le diverse interpretazioni delle norme processuali astrattamente possibili, quella che assicuri pienamente, in conformità con il dettato costituzionale, l'esercizio della tutela cautelare⁷.

La compiuta attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (*sub specie* di tutela cautelare) prefigurata dal dettato costituzionale incontra tuttavia un ostacolo – apparentemente insormontabile – nel principio di sindacato accentrato di costituzionalità sancito dal combinato disposto degli art. 134 Cost., art. 1 l. cost. n. 1/1948 e art. 23 l. n. 87/1953.

Laddove infatti la situazione soggettiva *sub iudice* sia pregiudicata o negata da una norma ordinaria di dubbia legittimità, si profila un'antinomia tra norma ordinaria 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, considerati i tempi non brevi del giudizio sulle leggi in via incidentale⁸, 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 ad un formalistico rispetto del principio di sindacato accentrato; oppure disapplicare – quanto meno ai fini cautelari – la norma di dubbia legittimità e, così facendo, violare le prerogative della Corte costituzionale.

La questione, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, ha impegnato a più riprese dottrina e giurisprudenza, tanto da meritare l'appellativo di vero e proprio «rompicapo giuridico»⁹.

Il presente studio affronta il tema proponendosi essenzialmente tre obiettivi: il primo è vagliare criticamente gli ondivaghi orientamenti elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina; il secondo è individuare una possibile soluzione alla problematica che sappia contemperare, senza sacrificarli, i principi dell'effettività della tutela giurisdizionale e

⁵ Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 55 ss.

⁶ Non è quindi sufficiente la previsione di sole misure cautelari *conservative*, idonee cioè ad impedire che, nel tempo occorrente per portare a termine il processo, la situazione di fatto venga alterata in modo tale da rendere impossibile o molto più difficile la concreta soddisfazione del diritto; ma è altresì costituzionalmente necessaria la disponibilità di misure cd. *anticipatorie*, capaci di arginare l'eventualità che, tenuto conto della natura e della funzione del diritto, il protrarsi dell'insoddisfazione del diritto o la sua soddisfazione tardiva arrechi al titolare del diritto stesso un pregiudizio non riparabile *ex post*.

⁷ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenza 8 luglio 1996, n. 249, in *Foro it.*, 1996, I, 2607 ss.

⁸ Nel 2015, 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 di 275 giorni, mentre sono stati 266 giorni nel 2014 e 218 nel 2013. Cfr. *Dati quantitativi e di analisi*, elaborati dal Servizio Studi in occasione della *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, consultabili sul sito della Corte.

⁹ G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, 1994, 452.

del sindacato accentrato di costituzionalità; il terzo, infine, è verificare l'opportunità, prospettata da autorevole dottrina, di configurare un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale finanche con riferimento al giudizio di legittimità in via incidentale.

Prendendo le mosse dal primo obiettivo, possono sostanzialmente distinguersi quattro differenti indirizzi (tutt'oggi variamente praticati): un primo filone giurisprudenziale ritiene di dover rigettare *tout court* l'istanza cautelare; una seconda tesi, largamente minoritaria, afferma la necessità di sospendere il procedimento cautelare e rimettere la questione alla Corte Costituzionale; un terzo orientamento propone, all'opposto, la concessione della misura cautelare previa disapplicazione 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 (*ad tempus*), condizionandone la sopravvivenza all'esito del giudizio costituzionale, che egli è comunque tenuto a instaurare contestualmente alla pronuncia cautelare.

2. Gli ondivaghi orientamenti della giurisprudenza di merito

2.1. Il rigetto dell'istanza cautelare e la mera sospensione per pregiudizialità costituzionale

La prima tesi, confortata da una risalente pronuncia della Corte di Cassazione¹⁰, si fonda sul rilievo per cui, prima della pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale della norma ordinaria censurata dal ricorrente, non vi sarebbe alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile. La norma di dubbia costituzionalità, ancora efficace ed in vigore, sarebbe infatti 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, secondo tale orientamento, dovrebbe svolgere una valutazione in punto di *fumus boni iuris* alla stregua del solo dato positivo, astenendosi dallo svolgere quella che sarebbe un'attività propriamente «creativa», in palese violazione del principio di legalità.

Questa prima soluzione, a ben vedere, presta il fianco a diversi rilievi critici.

In primo luogo, 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 Gustavo Zagrebelsky¹¹, tale soluzione pecca di un eccessivo formalismo: l'antinomia tra una norma ordinaria ed una costituzionale offre all'interprete due dati normativi e non può certo essere risolta obliterando radicalmente il dato costituzionale.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. lav., sentenza 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1819.

¹¹ *La tutela d'urgenza*, in AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. CARLASSARE, Padova 1988, 31.

Tanto più che così facendo si finisce con il far prevalere la norma ordinaria, pur sospetta di illegittimità, su quella costituzionale. 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. 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»¹².

Deve essere sottolineato, inoltre, come la soluzione in esame giunga a determinare la violazione dello stesso principio di legalità rispetto al quale professa una rigorosa osservanza. L'art. 101, 2° comma, 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 l'attuazione della legge nel potere-dovere di rimettere alla cognizione della Corte la questione d'incostituzionalità della norma»¹³.

Il secondo orientamento citato ritiene, invece, che il giudice della cautela, senza differenza alcuna rispetto a qualsiasi altro giudice, debba sospendere il giudizio *a quo* ed investire della questione la Corte costituzionale. L'attribuzione in via esclusiva al giudice costituzionale della competenza a pronunciarsi sulla legittimità delle leggi e degli atti con forza di legge non andrebbe infatti soggetta ad eccezioni, neppure nello specifico caso del procedimento cautelare. In proposito si è osservato che, se neppure la Corte costituzionale, l'organo stesso deputato alla soluzione della questione, ha il potere di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato in via incidentale fino alla pronuncia, *a fortiori* ciò non potrebbe essere concesso al giudice (ordinario o amministrativo) nella fase cautelare¹⁴.

Neppure questa soluzione convince, pur impostando correttamente il rapporto tra giudice e norma incostituzionale: la sospensione del giudizio si prospetta logicamente, ancor prima che giuridicamente, incompatibile con la natura stessa del procedimento cautelare, il quale rinviene proprio nella celerità la propria *ratio* fondamentale. Persino chi sostiene tale scelta è costretto ad ammetterne il carattere di «vistosa anomalia», «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

¹² G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 133.

¹³ *Questioni di incostituzionalità e affari non contenziosi*, in *Giur. cost.*, 1958, 403. In senso analogo, con specifico riferimento al nostro tema cfr. G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 139.

¹⁴ M. DINI – E. A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1981, 409.

connessa all'instaurazione del giudizio incidentale di legittimità innanzi alla Corte costituzionale»¹⁵.

2.2. La disapplicazione della norma di dubbia costituzionalità

Il terzo orientamento che si è affacciato nella giurisprudenza di merito appare invece propenso a concedere il provvedimento cautelare, disapplicando – ai fini della pronuncia cautelare – la legge di dubbia costituzionalità.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha espressamente aderito a tale soluzione, affermando che «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»¹⁶.

Per quanto concerne, invece, il momento della pur necessaria instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, l'orientamento in esame ha elaborato due distinte soluzioni.

Il Consiglio di Stato, come pure molti giudici ordinari, ha ritenuto di poter rinviare al giudizio di merito, cui la fase cautelare è strumentalmente collegata, la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte. Taluni giudici hanno invece optato per la rimessione della questione alla Corte *motu proprio*, ma in un momento immediatamente successivo alla concessione del provvedimento.

Prendendo le mosse da questa seconda ipotesi, è opportuno evidenziare come, in forza di una costante e risalente giurisprudenza della Corte, la questione di costituzionalità sollevata dal giudice nel corso di un procedimento cautelare, quando lo stesso si sia già pronunciato – vuoi rigettando vuoi accogliendo l'istanza cautelare – risulta inammissibile per l'esaurimento della *potestas iudicandi* e comunque irrilevante ai fini della decisione del giudizio cautelare.

La Corte costituzionale ha infatti sottolineato che «se il giudice (...) solleva la questione di legittimità costituzionale della norma relativa al merito del ricorso, contestualmente alla decisione, senza alcuna riserva, di accoglimento o di rigetto sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato, la questione risulta, per un verso, non rilevante nell'autonomo contenzioso sulla misura cautelare – esauritosi con la relativa pronuncia –, e per altro verso intempestiva in rapporto alla seconda ed eventuale sede contenziosa, posto che, prima del perfezionamento dei requisiti processuali prescritti (domanda di parte, assegnazione della causa per la sua trattazione), l'organo giurisdizionale è sprovvisto di potestà decisoria sul merito e sulle questioni di costituzionalità ad esso relative, ancorché questa delibazione sia limitata alla non

¹⁵ 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, 161.

¹⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, 9, con nota di R. ROMBOLI.

manifesta infondatezza delle eccezioni e solo strumentale alla predetta seconda fase del giudizio»¹⁷.

La rimessione della questione da parte del giudice che si è già pronunciato sulla cautela si risolve pertanto nell'inevitabile violazione del principio del sindacato accentrato, dal momento che la questione stessa non può essere ammessa allo scrutinio della Corte.

Ma non persuade pienamente neppure la prima e diversa soluzione di rinviare al merito l'incombenza di instaurare il giudizio di legittimità in via incidentale.

In primo luogo, è opportuno osservare come la soluzione della questione di costituzionalità si presenti essenziale *in primis* alla pronuncia del procedimento cautelare e solo (ed eventualmente) in un secondo momento per il giudizio di merito: il rinvio alla successiva fase di merito comporta perciò la violazione delle regole che presiedono all'instaurazione del giudizio costituzionale, snaturando il carattere di incidentalità proprio del giudizio sulle leggi.

In secondo luogo, tale soluzione comporta in ogni caso un'inammissibile disapplicazione della norma di legge sospetta di illegittimità costituzionale, quanto meno nell'ambito della fase cautelare. Disapplicazione che appare, nello specifico caso della tutela cautelare *ante causam*, tanto più inaccettabile, se si considera l'eventualità che il giudice competente per il merito¹⁸ addivenga ad una valutazione diversa rispetto al giudice della cautela – ritenendo manifestamente infondata (oppure irrilevante) la questione di costituzionalità – e prosegua il giudizio senza adire la Corte costituzionale¹⁹.

Non può neppure essere tralasciata un'ulteriore problematica, legata alla cd. *strumentalità attenuata o eventuale* dei provvedimenti cautelari di cui all'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c.: tale disposizione consente la sopravvivenza dei provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.* e di quelli idonei ad anticipare la sentenza di merito, anche per l'eventualità in cui il giudizio di merito non venga instaurato o si estingue. In tali ipotesi, allora, è evidente come il rinviare l'incombenza di sollevare la questione di costituzionalità ad un giudizio di merito solo eventuale comporti l'inconveniente di rendere a sua volta incerta ed eventuale la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità.

Infine, con riferimento al diverso problema della cognizione esercitata dal giudice della fase cautelare in punto di *fumus boni iuris*, è necessario dar conto di un'ulteriore criticità.

Com'è noto, le esigenze di celerità intrinseche alla tutela cautelare, giustificano il fatto che al giudice sia imposto un accertamento di carattere ben più sommario rispetto

¹⁷ Cfr., *ex pluribus*, Corte cost., sentenza 13 dicembre 1993, n. 451, in *Giur. cost.*, 3694, con nota di G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*.

¹⁸ Si pensi, ad esempio, al caso in cui il giudice del merito sia persona fisica diversa da quella che ha deciso la fase cautelare *ante causam*.

¹⁹ In tal caso, a dire il vero, appare verosimile che il giudice del merito revochi l'ordinanza cautelare, limitando così l'effetto nel tempo della disapplicazione; ma rimane in ogni caso il *vulnus* arrecato al sistema di sindacato delle leggi dall'omessa rimessione della questione alla Corte.

a quello del merito: si tratta appunto di quel *fumus boni iuris* che Calamandrei descrive come una verifica circa l'«*apparenza del diritto*», consistente in un mero «*giudizio di probabilità o verosimiglianza*»²⁰.

Taluni giudici hanno ritenuto di ravvisare tale probabilità/verosimiglianza nella mera *non manifesta infondatezza* della questione di legittimità costituzionale; ma secondo altri giudicanti vi sarebbe la necessità – legata proprio alla prognosi circa l'esito positivo del giudizio di merito – di non limitare la valutazione alla non manifesta infondatezza (che di per sé non offrirebbe un *quantum* di probabilità sufficiente), ma di giungere ad una *compiuta delibazione della questione* di costituzionalità. La concessione della misura cautelare presupporrebbe pertanto l'accertamento, da parte del giudice, di una ragionevole probabilità in ordine all'accoglimento della questione (e quindi alla sua fondatezza).

Non può sfuggire tuttavia come, in tal caso, il giudice travalichi i limiti posti dalla legge, sconfinando nell'ambito delle prerogative proprie della Corte costituzionale, e provochi così una parziale trasformazione del sistema di *controllo di costituzionalità* da accentrato in *diffuso*²¹.

3. Tutela cautelare ad tempus

L'ultimo orientamento trova origine nella giurisprudenza pretoria amministrativa e, come si è accennato, sostiene la possibilità di concedere la misura cautelare in via del tutto provvisoria, condizionandone la conferma o la revoca all'esito del giudizio della Corte sulla questione di costituzionalità, che il giudice della cautela è comunque tenuto a sollevare contestualmente alla pronuncia del provvedimento d'urgenza.

Il procedimento cautelare viene pertanto scomposto in due diverse fasi: nella prima fase, meramente interinale, l'istanza cautelare dovrebbe essere accolta *ad tempus* (a termine), ovvero fino alla decisione della Corte costituzionale; nella seconda fase, invece, il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi, per così dire, “definitivamente”, tenendo conto proprio dell'esito del giudizio costituzionale.

Tale articolazione bifasica del procedimento cautelare consentirebbe così di scongiurare, da una parte, la pronuncia di inammissibilità della questione per l'esaurimento della *potestas iudicandi*, e, dall'altra, di salvaguardare le ragioni di effettività proprie della tutela cautelare. In tal senso, la soluzione in esame rappresenta l'esito di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali che, tenendo nella dovuta considerazione entrambi i principi costituzionali contrapposti, modella il procedimento cautelare, senza tuttavia provocarne una vera e propria

²⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 63 ss. Peraltro si è notato che, circa la nozione del *fumus*, «corrono le formule linguistiche più varie»: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 1998, 242-243.

²¹ Cfr. L. AZZENA, *Valorizzazione degli elementi di diffusione del sistema di giustizia costituzionale*, in AA. VV., *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.

«forzatura»²²: non solo l'articolazione in due fasi del procedimento cautelare è, in alcune ipotesi, legislativamente prevista tanto nel processo civile, quanto in quello amministrativo²³; ma tale interpretazione delle norme processuali appare pure aderente alla *ratio legis* delle stesse, essendo chiaramente diretta a garantirne la piena funzionalità.

La stessa Corte costituzionale, a partire dalla lontana sentenza n. 444/1990²⁴, ha espressamente aderito all'orientamento in parola, evidenziando come il giudice comune «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 – 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)».

La Corte ha poi precisato che «la *potestas judicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale»²⁵.

Il provvedimento *ad tempus* si configura perciò come misura di natura strettamente tecnica ed interinale, strumentale – secondo una logica tutta interna al procedimento d'urgenza – ad assicurare l'effettività della tutela cautelare.

La soluzione in esame ha inoltre il grande pregio di superare i principali inconvenienti palesati dalla soluzione della disapplicazione.

L'articolazione bifasica del procedimento consente infatti di assicurare, in conformità alla giurisprudenza costituzionale menzionata, la *rilevanza* della questione di legittimità costituzionale che sia sollevata contestualmente alla pronuncia del

²² In tal senso, invece, cfr. L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti ed incidente di costituzionalità: una "vecchia questione" verso una (parziale) soluzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. RUGGERI, Torino 2016.

²³ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 669-sexies, 2° comma, c.p.c. oppure all'art. 56 c.p.a.

²⁴ Cfr. Corte cost., sentenza 26 settembre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, II, 2647. Successivamente, in senso analogo, tra le molte, cfr. Corte cost., sentenza 5 giugno 1997, n. 183, *id.*, 1997, I, 1827, con nota di M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*; Corte cost., sentenza 10 gennaio 2000, n. 4, *id.*, 2000, I, 14; Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, *id.*, 2006, I, 192; Corte cost., sentenza 7 maggio 2008, n. 161, *id.*, 2008, II, 1939; Corte cost., ordinanza 19 novembre 2008, n. 393, *id.*, III, 4607, con nota di P. PICIOCCHI, *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*; Corte cost., sentenza 1° aprile 2009, n. 151, *id.*, 2009, II, 1656; Corte cost. sentenza 6 maggio 2013, n. 83, *id.*, 2013, 1401; Corte cost., sentenza 1 dicembre 2014, n. 274, *id.*, 2014, VI, 4670, con nota di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*.

²⁵ Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, cit.

provvedimento *ad tempus*²⁶. Nel caso in cui il giudice si riservi espressamente di confermare o meno il provvedimento cautelare all'esito del giudizio di costituzionalità, appare evidente come, in perfetta aderenza al dettato dell'art. 23, 2° comma, l. n. 87/1953, «il giudizio (cautelare) non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale». Non sembra pertanto di trovarsi di fronte ad una nozione diversa, «più ampia» o «elastica» di rilevanza²⁷, dal momento che la stessa va rapportata non alla pronuncia della misura *ad tempus* (appunto “a termine”, provvisoria), ma piuttosto alla decisione *definitiva* della fase cautelare, che interviene a valle della pronuncia della Corte.

Per quanto concerne invece la cognizione del giudice della cautela sulla questione di costituzionalità, l'orientamento in esame appare il più rispettoso delle prerogative della Corte costituzionale. A ben vedere, sembra potersi escludere la possibilità di discorrere di un autentico caso di controllo diffuso di costituzionalità.

Come si è visto, la Corte costituzionale ha infatti affermato che la concessione del provvedimento cautelare *ad tempus*, per non comportare l'esaurimento della *potestas iudicandi*, deve appuntarsi, «quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale»²⁸.

Ciò comporta che la cognizione del giudice comune non deve spingersi sino ad una compiuta delibazione della questione di costituzionalità (che spetta esclusivamente alla Corte costituzionale), ma limitarsi alla semplice ricognizione della non manifesta infondatezza.

L'unica “concessione” fatta al modello di sindacato diffuso è dunque rappresentata dalla disapplicazione incidentale della norma di legge di dubbia costituzionalità: ma tale disapplicazione risulta non solo di portata circoscritta, spiegando effetti esclusivamente *inter partes*, ma pure limitata nel tempo, ovvero sino alla pronuncia della Corte costituzionale. Il che consente senz'altro di ridimensionare le preoccupazioni per un'alterazione dei caratteri essenziali del sistema di sindacato di costituzionalità.

La soluzione della tutela *ad tempus* rinviene peraltro un autorevole riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁶ Bisogna peraltro dar conto di un recente *revirement* della Corte, che tuttavia sembra circoscritto al solo processo amministrativo. Nella sentenza n. 200/2014 – constatato che ai sensi dell'art. 55, 11° comma, c.p.a. contestualmente alla concessione di un'ordinanza cautelare è pure fissata la data di discussione del merito – la Corte ha ritenuto che la questione di costituzionalità sollevata dopo la pronuncia del provvedimento cautelare non risultasse più (come invece un tempo) intempestiva e tanto meno viziata per esaurimento della *potestas iudicandi*, essendo ormai il giudizio di merito incardinato dinanzi allo stesso giudice. L'accentuata strumentalità che la misura cautelare rinvia (nel processo amministrativo) rispetto alla definizione del giudizio di merito vale così a superare la precedente frammentazione del concetto di rilevanza. Cfr. in tema A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 23/2014; A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3249.

²⁷ Cfr. in questo senso, ad esempio, R. ROMBOLI – E. MALFATTI – S. PANIZZA, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 106.

²⁸ Cfr., *ex pluribus*, Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, cit.

Si era infatti posto un problema, per molti versi analogo, nell'ambito del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE: 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 proprio attraverso il meccanismo di rinvio pregiudiziale.

La Corte di Giustizia, tramite due risalenti pronunce²⁹, ha risposto affermativamente al quesito, affermando che i giudici nazionali possono senz'altro pronunciare le misure cautelari idonee a tutelare – per il tempo necessario alla Corte di Giustizia a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale – i diritti sanciti nei Trattati, qualora gli stessi appaiano pregiudicati da norme di diritto derivato. Si è pertanto consentita la sospensione di provvedimenti amministrativi adottati in esecuzione di norme di un regolamento, come pure la pronuncia di misure autenticamente anticipatorie.

Lo svolgimento del procedimento cautelare innanzi al giudice nazionale appare scandito in due fasi sulla base del modello già adottato nel caso delle misure cautelari *ad tempus*: nella prima fase il giudice nazionale concede il provvedimento cautelare, effettuando contestualmente il rinvio alla Corte di Giustizia; nella seconda fase, successiva alla pronuncia di quest'ultima, il giudice conferma o meno la propria decisione.

In conclusione, può dunque affermarsi che l'articolazione del procedimento cautelare in due distinte fasi consente un efficace temperamento delle ragioni di effettività della tutela cautelare con il modello di sindacato accentrato di costituzionalità, evitando che la «strettoia della sede cautelare»³⁰ comporti il permanere di una «zona d'ombra» sottratta al controllo della Corte costituzionale oppure determini un'inaccettabile sacrificio della tutela giurisdizionale dei diritti costituzionali.

Ciononostante, diverse e autorevoli voci in dottrina si sono comunque espresse in favore della configurazione, in capo al giudice costituzionale, di un potere cautelare di sospensiva delle leggi pure nel giudizio di legittimità in via incidentale.

Conviene pertanto soffermarsi, da ultimo, su tale ipotesi per verificare se effettivamente la soluzione prefigurata sia appropriata oppure sia necessario un tale ampliamento dei poteri della Corte.

4. È necessario un potere cautelare della Corte costituzionale?

La configurazione di un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale ha seguito due distinte direttrici: da una parte, c'è stato chi, come Alessandro Pace, ha ritenuto di poter ricostruire in via interpretativa un potere di sospensiva delle leggi (con specifico

²⁹ Cfr. CGUE, sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Racc.*, 1991, I-415; CGUE, sentenza 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, in *Racc.*, 1995, I-3761.

³⁰ N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino 2008, 248.

riferimento al caso delle leggi-provvedimento)³¹; dall'altra, vi sono invece diversi Autori³² che hanno suggerito *de iure condendo* la possibilità di introdurre un apposito istituto, vuoi richiamandosi a differenti esperienze di giustizia costituzionale vuoi sulla base del modello di sospensiva adottato nel giudizio in via principale.

A prescindere dalla possibilità di una ricostruzione in via interpretativa (che sembra ostacolata in radice, tra le altre cose, dalla previsione della riserva di legge di cui all'art. 137 Cost.), quel che preme esaminare è l'utilità di un potere cautelare della Corte costituzionale.

Le ragioni che inducono a ritenere non necessario, se non addirittura inopportuno, tale potere sono molteplici.

In primo luogo, alla luce della prassi della tutela *ad tempus*, la necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale risulta pienamente assicurata dai giudici *a quo*, i quali, contestualmente alla rimessione alla Corte, possono adottare i provvedimenti cautelari più opportuni per il caso di specie. Si potrebbe forse obiettare che, mentre la pronuncia del giudice comune spiega un'efficacia unicamente *inter partes*, la pronuncia d'urgenza della Corte, munita di un'efficacia *erga omnes*, potrebbe perseguire finalità più generali di garanzia della legalità costituzionale.

Tuttavia, sono evidenti le incognite e le incertezze che una tale prospettiva solleva.

In primis, per evitare sovrapposizioni 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.

Non può neppure essere sottovalutata l'eventualità che la pronuncia cautelare possa divenire – specie se compiutamente motivata – un «forte precedente infraprocessuale» per la successiva decisione definitiva³³.

Un ultimo rilievo riguarda, invece, gli effetti stessi della pronuncia cautelare della Corte: la sospensiva della legge consentirebbe infatti di neutralizzare solo il pregiudizio da *tardività*, ma non invece quello da *infruttuosità*. Qualora si volesse, tuttavia, attribuire alla Corte un potere cautelare generale ed atipico, le sarebbero riconosciuti

³¹ Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 517.

³² Cfr., tra gli altri, R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in AA. VV., *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 AA. VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. ROMBOLI, Napoli 2006, 679, 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.

³³ Cfr., seppur con riferimento al diverso caso dei conflitti di attribuzione, M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. Cost.*, 2002, 255 ss., in part. 257-259. Cfr., per la soluzione data a tale problema nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 157 ss.

compiti strettamente giurisdizionali (essendo necessaria, in tal caso, una valutazione del fatto ben più penetrante del consueto), «che probabilmente fuoriescono dalle sue attribuzioni»³⁴.

In definitiva, la configurazione di un potere cautelare della Corte costituzionale non sembra affatto necessaria, se considerata alla luce della soluzione della tutela cautelare *ad tempus*, e si mostra comunque una soluzione eccentrica rispetto al sistema di controllo di legittimità costituzionale in via incidentale vigente nel nostro Paese.

5. Conclusioni

Si è cercato di dimostrare come la scansione bifasica del procedimento cautelare sia la soluzione più idonea a contemperare i confliggenti principi di effettività della tutela giurisdizionale e sindacato accentrato di costituzionalità. Si è inoltre argomentata la tesi per cui tale soluzione sarebbe più che sufficiente ad assicurare la tutela giurisdizionale di diritti di rilievo costituzionale, escludendo così la necessità della previsione di un potere cautelare in capo alla Corte costituzionale.

Tuttavia, rimangono aperti ancora alcuni problemi.

In primo luogo, nel caso in cui la misura cautelare *ad tempus* dovesse produrre *effetti irreversibili*, la pronuncia della Corte diverrebbe sostanzialmente ininfluenza per il giudizio *a quo*. Circostanza che, pur senza incidere sulla rilevanza della questione³⁵, si traduce in un grave *vulnus* per le ragioni della parte resistente nel giudizio cautelare, dal momento che le conseguenze pregiudizievoli (ed irreversibili) del provvedimento *ad tempus* si realizzerebbero sulla scorta del semplice accertamento della non manifesta infondatezza.

Tale problematica dovrebbe suggerire quanto meno una particolare prudenza da parte dei giudici *a quo*, i quali potrebbero essere chiamati, nei casi limite, ad operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, al fine di accordare la preferenza a quello che – a fronte dell'accoglimento o il rigetto dell'istanza cautelare – potrebbe conseguire un pregiudizio irreparabile o comunque più grave.

Ma l'aspetto maggiormente problematico concerne invece il «seguito» che la descritta soluzione della tutela cautelare *ad tempus* trova nella giurisprudenza di merito.

A dispetto dell'adesione da parte della Corte costituzionale all'orientamento in esame, i giudici comuni non sembrano aver recepito pienamente tale soluzione: in particolare, nel processo civile continuano ad essere diffusamente praticate tutte le soluzioni descritte nel corso dell'esposizione. Emblematica, in tal senso, è la poliedrica giurisprudenza sul «caso Stamina»³⁶.

³⁴ G. CAMPANILE, *op. cit.*, 145, nota 56.

³⁵ Cfr., sul punto, Corte cost., sentenza 6 maggio 2013, n. 83, cit., in part. *Considerato in diritto*, par. 4 e 4.1.

³⁶ 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*.

Tuttavia, proprio la rinnovata attenzione per il problema, legata anche a vicende giudiziarie di ampia risonanza³⁷, potrebbe favorire il superamento di questa incertezza nella giurisprudenza di merito, con chiari benefici per l'effettività della tutela giurisdizionale ed il corretto funzionamento del sindacato di costituzionalità delle leggi.

³⁷ Oltre al citato «caso Stamina», si pensi alle pronunce rese in sede cautelare sul «caso De Magistris – De Luca».