



LA TUTELA CAUTELARE CIVILE

P24030

Napoli, Castel Capuano, 8-10 maggio 2024

Responsabili del corso per il comitato direttivo: **Loredana Nazzicone e Gian Andrea Chiesi.**

Esperto formatore: **Fabio Magistro.**

Tutela cautelare, questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale tra opportunità e difficoltà operative.

(di Laura Mancini)

SOMMARIO: I. GIUDIZIO CAUTELARE E QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE. 1. Premessa. - **2.** Il fondamento costituzionale della tutela cautelare. - **3.** Il sindacato accentrato di legittimità costituzionale e i poteri cautelari del Giudice delle leggi. - **4.** I requisiti di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel giudizio cautelare. L'autonoma *potestas decidendi* del giudice della cautela. - **4.1.** La rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nel procedimento cautelare (cenni e rinvio). - **5.** Tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale. Gli orientamenti della giurisprudenza. - **5.1.** La soluzione del rigetto della domanda cautelare. - **5.1.1.** Le osservazioni critiche della dottrina. - **5.2.** L'indirizzo che ammette la sospensione del procedimento cautelare e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale. - **5.2.1.** Rilievi sulla sospensione *mera*. - **5.3.** La tesi della disapplicazione incidentale della norma ritenuta incostituzionale. - **5.3.1.** Obiezioni alla tecnica della disapplicazione *tout court*. - **6.** La tutela cautelare *ad tempus*: l'articolazione bifasica della pronuncia cautelare che assicura la rilevanza della questione. - **6.1.** Una variante della tutela cautelare *ad tempus*. Il promovimento della questione previa adozione del decreto *inaudita altera parte*. - **7.** La giurisprudenza costituzionale sulla tutela cautelare *ad tempus*. - **8.** Le questioni ancora aperte. Cautela *ad tempus* e tipicità delle forme processuali: la proposta ricostruttiva di Falcon e di Esposito. - **8.1.** Il contenuto del provvedimento *ad tempus*. - **8.2.** Il problema del reclamo cautelare in pendenza dell'incidente di costituzionalità. - **8.3.** Irreversibilità degli effetti del provvedimento *ad tempus* e giudizio costituzionale. **II. TUTELA CAUTELARE E RINVIO PREGIUDIZIALE. 1.** Antinomia tra norme nazionali e diritto dell'Unione e tutela cautelare. La sentenza *Factortame*. - **2.** La tutela cautelare dei diritti di matrice europea. Differenze rispetto alla cautela a protezione dei diritti pregiudicati da una norma nazionale incostituzionale. - **3.** Tutela cautelare e rinvio pregiudiziale di validità. Le sentenze *Foto-Frost*, *Zuckerfabrik* e *Atlanta*. - **3.1.** La cognizione cautelare in caso di rinvio pregiudiziale di validità.

I. GIUDIZIO CAUTELARE E QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

1. Premessa.

Nell'ipotesi in cui venga richiesta la tutela cautelare di un diritto che si assume negato o pregiudicato da una disposizione legislativa della cui legittimità costituzionale si dubita, il giudice

adito deve risolvere un'**antinomia** tra due fondamentali precetti dell'ordinamento: il **principio di effettività della tutela giurisdizionale** ex art. 24 Cost., di cui la tutela cautelare costituisce uno strumento indefettibile, e la regola del **sindacato "accentrato" di legittimità costituzionale** desumibile dall'art. 134 Cost.

La concessione di una misura cautelare utile potrebbe, infatti, trovare un ostacolo proprio nel dovere del giudice comune, che dubiti della conformità a Costituzione della norma di cui deve fare applicazione, di sollevare la questione di legittimità costituzionale, posto che i tempi non brevi del giudizio incidentale potrebbero incidere sulla tempestività della misura, frustrando le ragioni della parte istante in aperto contrasto con la funzione tipica della giurisdizione cautelare.

In **assenza di una disciplina positiva che indichi la tecnica decisoria** da impiegare in tale evenienza, il coordinamento tra gli opposti imperativi risulta assai complesso, tanto che Gaetano Silvestri lo ha definito un **"rompicapo giuridico"**¹.

Da un lato, infatti, il giudice investito della domanda cautelare, ove sospetti della illegittimità costituzionale della norma di cui deve fare applicazione, è tenuto, in forza dell'**art. 134 Cost.**, dell'**art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1** (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale) e dell'**art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87** (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), a investire della questione la Corte costituzionale, alla quale dette norme attribuiscono **competenza esclusiva** nello scrutinio della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge.

Dall'altro lato, lo stesso giudice della cautela deve fornire alla parte che la richiede una risposta di giustizia che, per essere **effettiva**, deve intervenire, per definizione, in tempi brevi e talora brevissimi.

Rispetto a tale esigenza la sospensione del giudizio *a quo*, che il citato art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 impone come passaggio necessario del giudizio costituzionale (il giudice *a quo* «*dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso*»), si rivela una **«misura contro natura»**². La dilatazione della durata del processo cautelare potrebbe, infatti, tradursi in una **lesione irrimediabile del diritto azionato**, qualora questo necessiti di tutela urgente. Il decorso del tempo rischia, infatti, di rendere vani gli effetti della eventuale – pur retroattiva – pronuncia dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della norma censurata, per essersi il pericolo nel ritardo trasformato in pregiudizio.

Oltre alla perdita del diritto cautelando, la sospensione del giudizio cautelare determinerebbe anche una **lesione del principio di eguaglianza**, giacché la medesima situazione giuridica soggettiva potrebbe ottenere tutela (in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale) nei confronti del soggetto che si trovi nella condizione di potere attendere tale esito, mentre verrebbe irrimediabilmente pregiudicata rispetto al soggetto che versi in una situazione di urgenza indifferibile³.

L'alternativa che si pone al giudice di merito si prospetta, dunque, drastica: o sacrificare l'effettività della tutela sospendendo il giudizio in attesa della pronuncia costituzionale oppure disapplicare la disposizione ritenuta incostituzionale e, quindi, contravvenire alla regola che impone il sindacato accentrato invadendo le prerogative della Corte costituzionale.

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

² G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 32.

³ Lo sottolinea L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e 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, 94.

Né a questo dilemma il giudice potrebbe dare soluzione pronunciandosi sulla istanza cautelare e rimettendo la questione di legittimità costituzionale per poi rinviare al giudizio di merito l'applicazione dell'assetto normativo risultante dalla pronuncia del Giudice delle leggi.

Ciò in quanto, con la decisione cautelare, lo stesso giudice **esaurirebbe** inesorabilmente la **propria potestas iudicandi** e, quindi, perderebbe la sua **legittimazione** a promuovere l'incidente di costituzionalità.

La questione sollevata andrebbe, pertanto, incontro ad una **declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza**. Posto che l'**art. 23, primo comma, della legge n. 87 del 1953** prevede che l'autorità giurisdizionale disponga l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospenda il giudizio in corso, qualora lo stesso giudizio «*non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale*», il giudice che ha **già concesso** il provvedimento cautelare non si troverebbe più, all'evidenza, nella condizione di poter definire il procedimento perdente dinanzi a sé.

Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione all'ipotesi in cui lo stesso giudice della cautela debba fare applicazione di una **norma nazionale** di cui ipotizzi il **contrasto con il diritto dell'Unione europea** o di una disposizione di **diritto europeo derivato** di cui sospetti il **conflitto con una norma di diritto primario**.

Nel primo caso il giudice nazionale sarebbe chiamato a disapplicare la disposizione incompatibile con il diritto europeo, ma, se sulla questione non si è ancora pronunciata la Corte di giustizia, interprete istituzionale del diritto dell'Unione, lo stesso giudice comune potrebbe (se di istanza inferiore), richiedere alla stessa Corte, mediante rinvio pregiudiziale, di fornire l'interpretazione della norma di diritto europeo assunta a parametro.

Nel secondo caso, venendo in rilievo la validità di un atto di un'istituzione dell'Unione, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza europea, il controllo di legittimità è affidato, sia pure attraverso il rinvio pregiudiziale del giudice nazionale, alla Corte Lussemburgo⁴.

Anche in tali evenienze l'esigenza di celerità di definizione del processo cautelare entra in conflitto con i tempi di svolgimento del giudizio incidentale davanti alla Corte giustizia.

2. Il fondamento costituzionale della tutela cautelare.

La Corte costituzionale ha più volte affermato che la tutela cautelare assolve una funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale, rimarcando come la previsione di rimedi cautelari risponda all'esigenza per cui la durata del processo non deve andare in danno della parte che ha ragione⁵.

Tale enunciazione costituisce, anzitutto, una **direttiva per il legislatore**, il quale è tenuto a predisporre forme di cautela idonee a neutralizzare il rischio di tardività o di infruttuosità, derivante dalla durata del processo.

Ciò in quanto la tutela cautelare, pur non rinvenendo un espresso riconoscimento nella Costituzione, è un **istituto processuale a rilevanza costituzionale necessitata**⁶.

⁴ Si tratta dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza della **Corte di giustizia, 13 maggio 1981, in causa C-66/80, International Chemical Corporation s.p.a.**, sulla quale v., *infra*, il **paragrafo 3 della sezione II**.

⁵ A far data dalla **sentenza n. 190 del 1985**.

⁶ Così espressamente **Corte cost., ordinanza n. 225 del 2017** e i precedenti ivi richiamati e, più di recente, **Corte cost., sentenza n. 212 del 2020**. L'assunto è pacifico anche in dottrina, come si ricava da S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Milano, 2015, 18, spec. nota 75.

La Corte costituzionale, valorizzandone l'attitudine ad assicurare l'effettività dell'accertamento e dell'attuazione delle situazioni giuridiche soggettive, vi intravede, infatti, una **componente connaturale alla tutela giurisdizionale**⁷, tanto di cognizione, quanto esecutiva⁸.

Espressione paradigmatica del principio di marca chiovendiana⁹, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, la tutela cautelare inerisce a qualsiasi sistema processuale¹⁰, anche indipendentemente da una previsione espressa.

La disponibilità di misure cautelari assolve, infatti, «*alla necessità che il provvedimento finale del giudice intervenga re adhuc integra e consenta la soddisfazione dell'interesse protetto (sentenze n. 8 del 1982 e n. 284 del 1974), sicché la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e, pur potendo venire variamente configurata e modulata (sentenza n. 281 del 2010), essa è necessaria e deve essere effettiva*»¹¹.

In linea con tali premesse, la Corte costituzionale intravede nella tutela cautelare civile e, in particolare, in quella atipica di cui all'art. 700 c.p.c., **un minimum che il legislatore ordinario non può pretermettere**¹², ove il diritto assistito da *fumus boni iuris* sia minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria. In tal caso spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito¹³.

In dottrina è stato evidenziato che l'intima correlazione funzionale del processo cautelare con l'efficienza della protezione delle situazioni giuridiche soggettive, per un verso, impone al legislatore di modellare la disciplina processuale in modo tale che la tutela in esame possa ottenere **concreta attuazione senza subire riduzioni o condizionamenti di sorta** e, per l'altro, obbliga l'interprete a ricercare una lettura delle norme coerente con le **garanzie del giusto processo** compendiate nell'art. 111 Cost.¹⁴

In particolare, la tutela cautelare costituisce un corollario del **principio di effettività**, il quale indica **la misura della capacità del rimedio a soddisfare il bisogno qualificato di tutela generato dalla lesione dell'interesse protetto**¹⁵ e rappresenta il principio-cardine sul quale poggia l'assetto delle garanzie processuali approntato dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali (e, in particolare, dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte EDU, e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

⁷ In una prospettiva di crescente tensione verso l'effettività, la giurisprudenza costituzionale ha precisato che i provvedimenti cautelari adottati dal giudice civile «*costituiscono espressione del principio secondo cui ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare, che va raffigurato come **componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale***» (sentenza n. 326 del 1997).

⁸ La sentenza n. 403 del 2007 ha sottolineato «*la strumentalità della giurisdizione cautelare (sentenza n. 276 del 2000) rispetto alla effettività della tutela dinanzi al giudice ripetutamente ribadita da questa Corte (sentenza n. 336 del 1998; ma si vedano anche le sentenze n. 199 del 2003, n. 165 del 2000, n. 161 del 2000, n. 190 del 1985 e le ordinanze n. 179 del 2002, n. 217 del 2000)*»

⁹ Come evidenziato da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 598.

¹⁰ Sentenza n. 190 del 1985.

¹¹ Ordinanza n. 225 del 2017.

¹² L'assunto è stato ribadito e sviluppato anche in tempi recenti, avendo la **sentenza n. 212 del 2020** espressamente precisato che «*la tutela cautelare è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e, pur potendo venire variamente configurata e modulata, essa è necessaria e deve essere effettiva (sentenze n. 236 del 2010, n. 403 del 2007; n. 165 del 2000, n. 437 e n. 318 del 1995, n. 190 del 1985; ordinanza n. 225 del 2017), costituendo espressione paradigmatica del principio per il quale «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (sentenza n. 253 del 1994). Essa, infatti, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, e in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, costituisce uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa (sentenza n. 403 del 2007)*».

¹³ **Sentenza n. 190 del 1985.**

¹⁴ Il quale al primo comma dispone che «*[l]a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*» e al secondo comma che «*[o]gni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*»

¹⁵ A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, 1.

3. Il sindacato accentrato di legittimità costituzionale e i poteri cautelari del Giudice delle leggi.

Nell'ordinamento costituzionale la Corte costituzionale assume il fondamentale ruolo di Giudice delle leggi, ossia di custode del principio di legalità costituzionale nonché della coerenza interna dell'ordinamento.

Tanto nel giudizio incidentale, quanto in quello in via principale, la Corte giudica della conformità alla Costituzione della norma sospettata di illegittimità attraverso un sindacato "accentrato", in forza del quale la stessa Corte può annullare la legge incostituzionale facendo in modo che tale decisione valga per tutti e definitivamente¹⁶.

La previsione del sindacato accentrato, che l'art. 134 Cost. pone «*a fondamento dell'architettura costituzionale*»¹⁷, per un verso, **impedisce al giudice comune** di estendere a fattispecie diverse da quelle scrutinate dalla Consulta la *ratio decidendi* di sentenze di illegittimità costituzionale, e, per l'altro, **vieta allo stesso giudice comune sia di applicare direttamente, sia di disapplicare norme di rango costituzionale**¹⁸.

Il concetto di sindacato accentrato rimanda alla distinzione tra **sistemi accentrati e sistemi diffusi**.

Nei primi tale competenza spetta ad un **giudice "speciale"**, unico per l'intero territorio nazionale, il quale si pronuncia sulla questione di costituzionalità delle leggi e può dichiararne la illegittimità **con efficacia erga omnes**.

Nei sistemi a controllo di legittimità costituzionale diffuso la verifica della conformità delle leggi alla Carta fondamentale è esercitata dalla **pluralità dei giudici comuni**, i quali, al fine di risolvere la controversia ad essi sottoposta, sono chiamati prioritariamente a valutare la costituzionalità della legge e, in caso contrario, a **disapplicarla**.

Accanto ai sistemi "puri" si registra un terzo modello, definito **"misto"** (o anche "europeo"), in quanto risultato di una contaminazione tra i primi due, caratterizzato dal dato che il controllo è **accentrato, ma ad iniziativa diffusa**.

Questo terzo modello, nel quale può ricondursi il nostro sistema costituzionale, rappresenta una **specificazione di quello accentrato**, dal momento che la decisione sulla conformità a Costituzione della legge spetta solamente al giudice costituzionale, mentre le funzioni dell'autorità giudiziaria si esauriscono, in linea di massima, nel **dovere di sollevare la questione di costituzionalità, oltre che nel dovere di tentare una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme da applicare, la quale, se praticabile e idonea a fugare il dubbio di incostituzionalità, evita l'instaurazione dell'incidente di costituzionalità**¹⁹.

¹⁶ R. ROMBOLI, *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, 2020, 13 ss.

¹⁷ Corte cost., sentenza n. 269 del 2017.

¹⁸ Nella **sentenza n. 191 del 2020**, la Corte costituzionale ha, infatti, precisato che è «*imprescindibile – nella logica, voluta dal legislatore costituente, del sindacato accentrato di legittimità costituzionale – l'intervento di questa Corte*».

¹⁹ Ma se il dubbio permane e il giudice promuove l'incidente di costituzionalità, la Corte, a fronte della esplicitazione delle ragioni ritenute ostative ad una sua soluzione in via interpretativa, non può dichiarare inammissibile la questione anche nell'ipotesi in cui ritenga non corretto l'iter motivazionale seguito del giudice rimettente. Secondo il più recente orientamento della Corte costituzionale, ove il giudice **abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione**, ciò basta affinché le sue censure siano scrutinate nel merito con una pronuncia che potrà pure consistere nell'affermazione della praticabilità (e dunque della "possibilità") della soluzione scartata dal giudice, in ragione, della presunta resistenza della lettera della norma ad un esito esegetico costituzionalmente conforme. V., per tutte, la **sentenza n. 118 del 2020**, secondo cui l'univoco tenore della disposizione segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale; d'altra parte, quando il giudice *a quo* abbia consapevolmente reputato che il tenore della disposizione censurata impone una determinata interpretazione e ne impedisce altre, eventualmente conformi a Costituzione, **la verifica delle**

In conclusione, il carattere accentrato del sindacato di legittimità costituzionale persegue la finalità di garantire la coerenza con la Costituzione del sistema legislativo e l'efficacia *erga omnes* della decisione dichiarativa dell'illegittimità costituzionale.

Nel nostro ordinamento, però, con i caratteri tipici del sindacato accentrato convivono anche **alcuni attributi propri dei sistemi a controllo diffuso**, come: *a)* la diffusione dell'iniziativa, attribuita alla **generalità dei giudici comuni** in presenza di presupposti e delle condizioni di proponibilità delle questioni delineati dalla disciplina del processo costituzionale; *b)* la **incidentalità** e la **concretezza del controllo**; *c)* la **efficacia** (almeno limitatamente) **retroattiva** della declaratoria di incostituzionalità (art. 136 Cost.), senza la quale il meccanismo incidentale dell'accesso al giudizio costituzionale non potrebbe funzionare.

Alla concentrazione del controllo di costituzionalità in via incidentale in capo al Giudice delle leggi non corrisponde, però, una giurisdizione cautelare.

Il potere di disporre la sospensione cautelare della efficacia della legge impugnata è previsto soltanto nei **giudizi di legittimità costituzionale in via principale e nei giudizi per conflitto di attribuzioni tra enti**.

Infatti, l'**art. 35 della legge n. 87 del 1953** dispone che «*[q]uando è promossa una questione di legittimità costituzionale ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, la Corte costituzionale fissa l'udienza di discussione del ricorso entro novanta giorni dal deposito dello stesso. Qualora la Corte ritenga che 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 grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini, trascorso il termine di cui all'articolo 25, d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'articolo 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione*».

Per il giudizio su conflitti di attribuzione, l'**art. 40** della stessa legge stabilisce, invece, che «*[l]'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzione fra Stato e Regione ovvero tra Regioni può essere, in pendenza del giudizio, sospesa per gravi ragioni, con ordinanza motivata, dalla Corte*».

4. I requisiti di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel giudizio cautelare. L'autonoma potestas decidendi del giudice della cautela.

All'origine dei dubbi che circondano il promovimento della questione di legittimità costituzionale nel giudizio cautelare vi è una assunzione di fondo, costituita dalla sussistenza di un'autonoma *potestas decidendi* in capo al giudice della cautela, tale da giustificare la qualificazione come giudice *a quo* ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953.

Se si ritenesse che il giudice cautelare sia privo di un potere giurisdizionale autonomo rispetto a quello del giudice del processo, di cognizione o esecutivo, principale, non si ravviserebbero ostacoli alla possibilità di rinviare alla fase di merito il promovimento della questione di legittimità costituzionale pregiudiziale alla *res controversa*.

Naturalmente non si dubita che il giudice del processo cautelare sia munito di autonoma *potestas iudicandi* nei sensi di cui all'art. 23 della legge n. 87 del 1953, ma tale affermazione costituisce un'acquisizione che solo in tempi relativamente recenti è stata condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Oggi la tutela cautelare è considerata come espressiva di funzioni pienamente giurisdizionali, sia pure caratterizzate da una tendenziale provvisorietà del provvedimento e dalla strumentalità dello stesso rispetto alle altre forme di tutela giurisdizionale e cioè alla tutela di cognizione e a quella esecutiva.

relative soluzioni ermeneutiche non attiene al piano dell'ammissibilità, ed è piuttosto una valutazione che riguarda il merito della questione.

Dare conto, sia pure succintamente, del dibattito che ha preceduto tale approdo interpretativo è utile al fine di meglio comprendere diverse delle questioni processuali implicate dal tema in oggetto.

Nella seconda metà del secolo scorso un'autorevole dottrina²⁰ ha affermato che dei requisiti richiesti al fine di ritenere sussistente la nozione di giudice ai sensi degli artt. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e 23 della legge n. 87 del 1953, il giudice cautelare possiede soltanto quello soggettivo, dato dalla posizione di terzietà, indipendenza imparzialità e dalle garanzie del contraddittorio, ma non quello oggettivo.

A sostegno di tale conclusione l'opinione in esame valorizzava l'inettitudine del provvedimento cautelare al giudicato, la quale priva il giudice del potere di decidere in via definitiva sulla *res controversa*.

L'assenza della giurisdizionalità del giudizio cautelare esonererebbe il giudice *a quo* dal vincolo del divieto di scrutinio di legittimità costituzionale diffuso e lo abiliterebbe, in ultima analisi, alla disapplicazione della norma investita del dubbio di legittimità costituzionale.

Alla tesi in esame è stato, tuttavia, obiettato che il giudicato non costituisce un indice indefettibile del carattere giurisdizionale del giudizio *a quo*²¹.

La definizione del giudizio richiesta dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953²² va, dunque, riferita anche alla decisione cautelare, senza che assuma rilevanza la sua attitudine a definire con efficacia di giudicato il giudizio.

La tutela cautelare è, del resto, una tutela giurisdizionale in senso proprio, sebbene anche questo assunto costituisca un'acquisizione della dottrina relativamente recente.

L'indirizzo interpretativo più risalente, valorizzando il momento pubblicistico della cautela e la sua finalizzazione alla garanzia del buon funzionamento dell'apparato giudiziario, intravedeva, infatti, nella tutela cautelare uno strumento «*utile all'efficace funzionamento della giustizia, più che a fare giustizia*»²³.

Tale approccio esegetico aveva portato ad affermare che **la tutela cautelare fosse astratta dal diritto sostanziale controverso** e che i provvedimenti cautelari, essendo espressione di una **funzione di polizia giudiziaria**, avessero natura amministrativa, secondo taluni²⁴, o di **volontaria giurisdizione**, secondo altri²⁵.

Un'autorevole opinione ha sostenuto che i provvedimenti cautelari sono quelle misure speciali determinate da pericolo od urgenza, che «*si emanano prima che sia accertata la volontà concreta della legge che ci garantisce un bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica*»²⁶.

La stessa posizione qualificava il potere della parte di ottenere uno di questi provvedimenti come «**forma a sé stante di azione**» e precisamente come «**azione assicurativa**». Si trattava di

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., 31 ss.

²¹ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 101.

²² La **legge cost. n. 1 del 1948**, all'**art. 1**, dispone che «*[l]a questione d'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*». La **legge n. 87 del 1953**, all'**art. 23, primo comma**, precisa, quindi, che «*[n]el corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate*».

²³ Così F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, 1983, 84.

²⁴ P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 258 e ss.

²⁵ Per una ricostruzione della evoluzione del pensiero giuridico sul tema v. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., spec. 39 e ss.

²⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1953, 241 e ss.

una **ipotesi eccezionale di «mera azione che non può considerarsi come mero accessorio del diritto cautelato, perché esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista»**. L'azione risponde quindi «*al bisogno effettivo e attuale di rimuovere il timore di un danno giuridico*», ma non solo questo timore ne costituisce condizione, ma anche «*la possibilità del danno*» e la «*possibilità del diritto*».

In tempi più recenti una parte degli interpreti, valorizzando l'**ancillarità funzionale della cautela rispetto alla cognizione**, ha negato la riconducibilità dell'azione cautelare in un tipo autonomo di giurisdizione, scorgendovi la **coesistenza dei caratteri tanto della cognizione, quanto dell'esecuzione forzata**²⁷.

Altri autori ne sostengono, invece, l'**autonomia**, escludendo che nel giudizio cautelare possa ravvisarsi la funzione di accertamento propria della cognizione o quella di soddisfazione anticipata della pretesa azionata, e ritenendo, per contro, che la cautela espliciti un'**incidenza diretta sulle situazioni giuridiche soggettive** controverse in funzione di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale²⁸.

In termini non dissimili, una dottrina riconduce la tutela cautelare in un **tertium genus rispetto a quello della cognizione e dell'esecuzione forzata**, ricavandone l'autonomia strutturale e funzionale, oltre che da argomenti di carattere sistematico, da dati positivi, come la previsione, nell'art. 2943, primo comma, cod. civ., secondo cui la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio «*sia questo di cognizione ovvero conservativo*», e nell'art. 96, secondo comma, cod. proc. civ., secondo il quale «*[i]l giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare [...] condanna al risarcimento dei danni l'attore [...] che ha agito senza la normale prudenza*»²⁹.

Tanto premesso, alla tutela cautelare può attribuirsi la valenza di **autonoma forma di tutela giurisdizionale** caratterizzata dalla finalità di garantire, attraverso un assetto provvisorio degli interessi dedotti in giudizio, l'effettività della tutela giurisdizionale.

La Corte costituzionale ha riconosciuto detta autonomia, rilevante ai fini del promovimento dell'incidente di costituzionalità, sin dagli anni '70. Significative, al riguardo, sono le **sentenze n. 177 del 1973³⁰ e n. 118 del 1976³¹**, nelle quali è stato precisato che il giudice del giudizio cautelare è legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale **purché detta questione investa specificamente le norme dallo stesso applicabili**.

In altre parole, la **rilevanza** della questione di legittimità costituzionale nel giudizio cautelare deve essere apprezzata con specifico riferimento a tale ambito processuale.

La sicura ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice cautelare si concilia, del resto, con l'**interpretazione ampia della nozione di giurisdizione**

²⁷ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 271; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale*, I, Torino, 2000, 26, ove è chiarito che la funzione non autonoma, ma strumentale della tutela cautelare fa sì che ad essa non corrispondano caratteri strutturali propri, ma, a seconda dei casi, **quelli tipici della cognizione o dell'esecuzione o di entrambe**; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 53, citati in RECCHIONI, op. cit., 40, spec. nota 163.

²⁸ L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 1999, 210. In giurisprudenza **Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 9 gennaio 1995, n. 215**, secondo cui «*[i]l procedimento cautelare ed il provvedimento che lo conclude sono connotati non già da una generica funzione di preservazione dei diritti di colui che richiede il provvedimento, funzione che viene svolta da qualsivoglia azione, bensì da quella specifica di assicurare, in via provvisoria e di strumentalità ipotetica, che gli accadimenti che possono verificarsi durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo ordinario, non si risolvano in un danno per colui che, al termine di esso, risulterà vittorioso*».

²⁹ G. TARZIA, *Il processo cautelare*, Padova, 2004, XXV-XXVII.

³⁰ Secondo cui «*non si può non ritenere che, avendo il Consiglio di Stato il potere di pronunciarsi sulla domanda di sospensione, gli spettasse di sollevare, siccome ha fatto, questioni di legittimità costituzionale in ordine a norme di legge rilevanti ai fini e quella pronuncia sotto il profilo del *fumus boni iuris* e per l'accertamento della ricorrenza in concreto dei gravi motivi*».

³¹ Secondo la quale il giudice di merito appare legittimato anche a sollevare questioni di legittimità costituzionale, **ma sempre che esse, riferendosi esclusivamente alle norme da applicare per il compimento degli stessi, in tale limitato ambito siano rilevanti**.

adottata dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, accoglie una accezione di giudizio molto lata, che comprende, ma non esaurisce, la giurisdizione in senso proprio.

In questa prospettiva è sufficiente che sussista l'esercizio di funzioni giudicanti in senso ampio.

Perché sia configurabile un giudizio *a quo* è, infatti, necessario, sotto il profilo oggettivo, che sussista l'esercizio delle **funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge** (in linea con tale visione largheggiante la Corte ritiene ammissibili le questioni sollevate dalla Corte dei conti in sede di giudizio di conto e dal Consiglio di Stato in sede consultiva) e, sotto quello soggettivo, che l'esercizio di queste funzioni sia opera di soggetti in posizione di terzietà, posti, cioè, *super partes*, senza che rilevi il fatto che costoro siano estranei all'organizzazione della giurisdizione (si pensi alle Commissioni tributarie nel regime antecedente alla riforma del contenzioso tributario e agli arbitri rituali)³².

4.1. La rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nel procedimento cautelare (*cenni e rinvio*).

A norma dell'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953, «*[l']autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso*».

Detta previsione, là dove chiarisce che la questione può essere sollevata qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla soluzione della questione, introduce il requisito di ammissibilità della **rilevanza**, la quale può ritenersi sussistente se il giudice *a quo* **motivi plausibilmente in ordine alla impossibilità di decidere indipendentemente dalla soluzione della questione di legittimità costituzionale**.

Nel giudizio cautelare la rilevanza non assume una connotazione peculiare, nel senso che il giudice della cautela può sollevare la questione ogniqualvolta dubiti della conformità a Costituzione **di norme di cui deve fare applicazione ai fini della pronuncia cautelare** e, in particolare,

- a) delle norme che fondano la propria competenza e giurisdizione;**
- b) delle norme processuali applicabili al procedimento cautelare;**
- c) delle norme sostanziali necessarie per valutare la consistenza del *fumus boni iuris*.**

Il requisito della rilevanza può, tuttavia, ritenersi insussistente non solo quando il giudice fonda la propria motivazione su tale requisito su argomentazioni del tutto implausibili, ma anche là dove lo stesso giudice abbia **già fatto applicazione della norma di cui assume la illegittimità**, in quanto in questo caso **ha esaurito il suo potere di decidere**.

Come si avrà modo di chiarire, nei procedimenti cautelari tale profilo assume un interesse particolarmente pregnante, posto che le esigenze di celerità che caratterizzano tali giudizi sono di ostacolo alla conservazione della *potestas iudicandi* nelle more del promovimento dell'incidente di costituzionalità.

Per quanto concerne il requisito della **non manifesta infondatezza**, salvo quanto si dirà in modo più approfondito più avanti³³, può ora anticiparsi che nel giudizio cautelare volto a tutelare un diritto fondato sulla Costituzione ma che la legge ordinaria disconosce³⁴ (nel senso che non riconosce o nega espressamente), il giudizio di verosimiglianza sull'esito del futuro giudizio di merito, in cui si risolve l'apprezzamento del *fumus boni iuris* – il quale, di norma, contiene al suo

³² Sentenze n. 376 del 2001; n. 387 del 1996; n. 226 del 1976; n. 83 del 1966.

³³ V., *infra*, il paragrafo 8.1. di questa Sezione.

³⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., 30.

interno una valutazione sulla esistenza della norma di diritto sulla quale si fonda la pretesa – **ha ad oggetto una valutazione di verosimiglianza in ordine al merito costituzionale, strumentale al merito del giudizio ordinario.**

5. Tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale. Gli orientamenti della giurisprudenza.

Nell'ambito delle pronunce dei giudici di merito³⁵ registratesi dagli anni Settanta ad oggi³⁶ il problema della inconciliabilità tra giudizio cautelare e giudizio costituzionale ha ricevuto soluzioni molto divaricate sotto il profilo contenutistico, ma accomunate dal tentativo di evitare una eccessiva forzatura delle regole processuali³⁷.

Il primo e più risalente orientamento ha indicato un percorso ricostruttivo dall'esito particolarmente drastico perché coincidente con il **rigetto tout court la domanda cautelare**.

Un altro indirizzo ha, invece, proposto di **sospendere il procedimento cautelare** e di rimettere la questione alla Corte costituzionale senza tener conto dell'incidenza della dilatazione temporale del processo cautelare sulla efficacia e sulla effettività del provvedimento reso.

Alcune pronunce hanno, invece, seguito la prospettiva della **disapplicazione della norma ritenuta incostituzionale**, quanto meno ai fini della pronuncia cautelare.

Infine, nell'ambito di un altro filone è stata inaugurata la tecnica della **pronuncia cautelare ad tempus**, la cui sopravvivenza è condizionata all'esito del giudizio costituzionale che comunque il giudice della cautela è tenuto ad instaurare.

5.1. La soluzione del rigetto della domanda cautelare.

La ricostruzione che intravede nel **rigetto della domanda cautelare** l'unica soluzione all'antinomia di cui si è dato conto³⁸ risale alla sentenza della **Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza n. 13415 del 1991**, e poggia sulla considerazione per cui prima della decisione della Corte costituzionale **alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile può ritenersi esistente**³⁹.

In tale prospettiva, finché non interviene la pronuncia caducatoria del Giudice delle leggi, la norma, ancorché di dubbia costituzionalità, è **ancora efficace e in vigore** e il diritto che potrebbe essere tutelato dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale si presenta come **futuro**

³⁵ Ai quali soltanto spetta la giurisdizione cautelare. Su tale profilo si veda la recente **Corte cost., sentenza n. 54 del 2023**, secondo cui «*risulta difficilmente ipotizzabile che sulla quaestio iuris qui in esame [attinente al processo cautelare] si delinei un indirizzo interpretativo dell'organo della nomofilachia connotato dai caratteri della costanza e della ripetizione, posto che, secondo l'impostazione da tempo accolta dalla giurisprudenza di legittimità, l'ordinanza di incompetenza cautelare ai sensi dell'art. 669-septies, primo comma, cod. proc. civ. non è impugnabile mediante regolamento preventivo di giurisdizione (ex aliis, Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanze 24 maggio 2022, n. 16764 e 28 febbraio 2019, n. 6039), né mediante regolamento di competenza (Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanze 29 luglio 2013, n. 18189 e 9 luglio 2009, n. 16091; sezione sesta civile, ordinanza 20 gennaio 2017, n. 1613). Più in generale, avverso i provvedimenti cautelari ante causam, ivi compresi quelli aventi natura anticipatoria, non è proponibile il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., trattandosi di pronunce prive del carattere della stabilità e inidonee al passaggio in giudicato (ex aliis, ancora Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza n. 6039 del 2019)*».

³⁶ Per una capillare ricognizione della quale si rinvia a G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, Napoli, 2021.

³⁷ Per una disamina analitica di tale evoluzione ancora G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, cit.

³⁸ V. *supra* il paragrafo 1.

³⁹ La Cassazione ha enunciato il principio di diritto secondo il quale il provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. illegittimamente emesso con riguardo a norme che escludono il diritto con esso riconosciuto e per le quali è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con sospensione del giudizio di merito, ha carattere abnorme, in quanto è correlato solo formalmente alla previsione normativa che attribuisce efficacia temporanea al provvedimento cautelare di tutela interinale dei diritti, la sorte del quale è affidata alla sentenza di merito, costituendo bensì una tutela in attesa del futuro ed eventuale riconoscimento dei diritti correlativi; tale **atto anomalo** - la cui caducazione non può essere ancorata alla prosecuzione del giudizio di merito e all'appello - è suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 secondo comma Cost., che ne consente la verifica di legittimità. Sulla base di tale premessa ha accolto il ricorso straordinario e **ha cassato il provvedimento impugnato, senza rinvio**.

ed incerto. Pertanto, poiché il giudice, ai fini della decisione cautelare, deve valutare il *fumus boni iuris* alla stregua del **solo diritto positivo**, astenendosi dallo svolgere quella che si rivelerebbe una attività *creativa* in contrasto con il principio di legalità, **la sua decisione non può che essere nel senso del rigetto della domanda.** Il giudice non può anticipare in via d'urgenza gli effetti di una futura sentenza di riconoscimento del diritto azionato, perché, al momento della statuizione cautelare, quel diritto ancora non esiste.

In questo senso si è espresso un nutrito numero di pronunce⁴⁰.

Tra queste, meritano di essere ricordate le decisioni in tema di **trattamento discriminatorio tra uomini e donne riguardo all'età pensionabile**⁴¹.

Di particolare interesse, nell'ambito di questo filone, è l'**ordinanza della Pretura di Milano del 30 giugno 1978**, la quale prende le mosse dal principio del sindacato di legittimità costituzionale accentrato per affermare che esso non subisce deroghe nei giudizi cautelari.

Quindi, si evidenzia che nei giudizi cautelari, così come in quelli di cognizione, il giudice deve compiere un **giudizio in fatto e un giudizio in diritto** e la valutazione di probabilità può riguardare, dal punto di vista logico, soltanto la prima delle due valutazioni e non anche la seconda, la quale nel processo cautelare è analoga a quella propria delle decisioni di merito.

Un altro filone che ha seguito tale impostazione è quello che si è occupato della materia di **precari universitari** che pretendevano in via d'urgenza il riconoscimento delle **negate indennità integrativa speciale e quota aggiunta famiglia.**

L'ordinanza del **Pretura di Firenze dell'8 aprile 1978** ha ribadito che la valutazione sul *fumus boni iuris* va condotta sulla base dell'ordinamento in quel momento vigente e il diritto di cui si chiede la tutela è un *prius* logico rispetto alla misura cautelare. Dunque, nella specie, non sussiste il *fumus* e, anzi, esiste la **prova del suo contrario**, ossia della insussistenza del diritto.

Nell'ambito dell'indirizzo in esame, si segnala anche l'**ordinanza della Pretura di Roma del 3 novembre 1987**, in materia di **diritto soggettivo di accesso alle tribune referendarie**, che ha posto in luce il differente modulo decisorio adottabile a seconda che venga richiesto un **provvedimento ante causam o in corso di causa.** Nel primo caso l'unica soluzione possibile è quella del rigetto. Si afferma che la tutela cautelare o si concede o si nega, dovendo ritenersi **abnorme** la sospensione in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. Diversa è, invece, la domanda cautelare in corso di causa, potendo in tal caso il giudice **sospendere il giudizio previa concessione della misura cautelare.**

Ancora, merita di essere ricordata l'ordinanza del **Tribunale di Alba del 31 dicembre 1999**⁴², con la quale è stata rigettata la domanda *ex art. 700 c.p.c.* proposta *ante causam* da un gruppo di medici ospedalieri e volto a ottenere, nella sostanza, un **provvedimento inibitorio** nei confronti dell'Azienda sanitaria locale dalla quale essi dipendono, dell'applicazione del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419), **nella parte in cui impone 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 in formula *extra muraria.***

⁴⁰ Per la cui ricognizione v., ancora, G. MENEGUS, op. cit., 61 e ss. Si tratta di Pretura di Bergamo, 26 ottobre 1975; Pretura di Pavia, ordinanza 14 marzo 1977; Pretura di Firenze, ordinanza 8 aprile 1978; Pretura di Torino, ordinanza 26 settembre 1981; Tribunale di Macerata ordinanza 9 giugno 1983; Tribunale di Siracusa, ordinanza 12 ottobre 1983; Pretura di Roma, ordinanza 3 novembre 1987; Pretura di Roma ordinanza 3 novembre 1987; 17 gennaio 1989; Pretura di Padova 13 ottobre 1993; Tribunale id Alba, ordinanza 31 dicembre 1999; Tribunale di Roma, ordinanza 30 marzo 2005; Tribunale di Bologna, sezione lavoro, ordinanza 10 luglio 2013; Tribunale di Pavia, ordinanza 13 settembre 2013.

⁴¹ *Ex aliis*, Pretura di Pavia, ordinanza 14 marzo 1977; Pretura di Milano, ordinanza 30 giugno 1978.

⁴² In *Giur. it.*, 2000, 11, con nota di E. VULLO.

A sostegno della domanda cautelare i ricorrenti avevano dedotto il pregiudizio imminente e irreparabile che sarebbe derivato ai loro diritti, se si fosse applicata una normativa dagli stessi ritenuta in contrasto con la Costituzione.

In particolare, il provvedimento in esame poneva in rilievo come la pronuncia di un provvedimento d'urgenza si risolverebbe in un **sovertimento illegittimo del «vigente assetto costituzionale dei poteri»**, aggiungendo che l'assunzione di una misura cautelare atipica *«presuppone necessariamente l'ipotetica accoglibilità della domanda di merito e, dunque, l'esistenza attuale di un regolamento normativo che costituisca il modello di riferimento per il suo contenuto»*; in altre parole, ciò che mancherebbe nel caso di specie è il diritto da cautelare, che verrebbe ad esistere solamente in seguito alla declaratoria di incostituzionalità della norma della quale i ricorrenti asseriscono l'illegittimità.

Infine, si sottolinea come il rigetto della pretesa azionata in via cautelare *«non menoma in alcun modo il diritto di difesa dei ricorrenti»*, i quali restano liberi di agire in via ordinaria *«onde conseguire, all'esito favorevole delle decisioni della Consulta, la rimozione dei provvedimenti adottati medio tempore dall'autorità Sanitaria ed il ripristino dello status quo ante dal punto di vista economico-contrattuale»*⁴³.

Tra le controversie relativamente più recenti e più note, merita di essere ricordato il **caso Stamina**⁴⁴ deciso dal **Tribunale di Bologna, sezione lavoro, con ordinanza del 10 luglio 2013**, resa sul reclamo proposto avverso l'ordinanza del Tribunale di Bologna, in composizione monocratica, che aveva rigettato la domanda, avanzata in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con cui la stessa parte reclamante quale aveva chiesto che venisse ordinato ad un'Azienda ospedaliera di Brescia di provvedere alla somministrazione delle cellule staminali secondo il metodo "Stamina Foundation", previa disapplicazione, se del caso, del provvedimento dell'AIFA. Il reclamante, affetto da SLA (sclerosi laterale amiotrofica), premesso che aveva inutilmente proposto all'Azienda ospedaliera richiesta di trattamento a base di cellule staminali mesenchimali attraverso il metodo Stamina, in ordine al sopravvenire del d.l. n. 24 del 2013, come convertito, ritenuto dal giudice di prime cure ostativo ad una positiva valutazione dell'istanza cautelare, ha dedotto la illegittimità costituzionale, perché tale testo normativo **avrebbe ristretto la possibilità di effettuare la terapia sperimentale nei soli casi che già le avevano iniziate prima della sua entrata in vigore**. La nuova disciplina si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.

Il Collegio ha motivato il **mancato promovimento** della questione di legittimità costituzionale sollecitata dalla parte reclamante – e il conseguente rigetto del reclamo – argomentando che il giudice ordinario, anche se adito in sede cautelare **e d'urgenza, non può e non deve, al fine di concedere la richiesta tutela anche in via provvisoria, disapplicare una norma di cui sospetti l'illegittimità costituzionale**.

Nel vigente sistema costituzionale – ha ricorda il Tribunale di Bologna –, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale di un atto avente forza di legge e il giudice non ritenga la questione sollevata manifestamente infondata, l'autorità giudiziaria precedente deve, con ordinanza motivata, rimettere la questione alla Corte costituzionale e disporre la sospensione del giudizio.

In un ordinamento caratterizzato dal sindacato di costituzionalità accentrato, ha osservato il Tribunale, **al giudice ordinario non è consentito** – né in sede di merito, né in sede cautelare – di disapplicare la legge o di emettere pronunce *“additive”* che determinino un ampliamento della platea dei destinatari della legge stessa, in base a un autonomo giudizio di incostituzionalità della

⁴³ Come osservato da E. VULLO, cit., il giudice *«non sembra considerare che se il pregiudizio lamentato dai ricorrenti investe diritti a contenuto o a funzione non patrimoniale, il mero ripristino dello status quo ante alla fine del giudizio di merito si risolverebbe, in mancanza di un'adeguata tutela cautelare, in una decisione del tutto tardiva»*.

⁴⁴ V. anche **Tribunale di Pavia, ordinanza del 13 settembre 2013**.

disciplina vigente, **posto che una pronuncia siffatta determinerebbe lo sconfinamento nelle competenze della Corte costituzionale e la violazione del dovere di applicazione della legge**⁴⁵.

Per tali ragioni il Collegio ha ritenuto priva di rilevanza la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2013, n. 24** (Disposizioni urgenti in materia sanitaria), convertito, con modificazioni, nella legge n. 57 del 2013 – a mente del quale soltanto i pazienti che a quella data fossero stati ammessi alla terapia sperimentale avrebbero potuto continuare a riceverle – fondata dalla parte reclamante sulla **disparità di trattamento fra pazienti ammessi alla sperimentazione, che avrebbero potuto giovare dei benefici eventualmente derivanti dalla terapia, e pazienti, in analogo ed egualmente meritevole situazione, che invece non avrebbero potuto trarne profitto**.

Anche una parte della **dottrina** ha aderito a tale impostazione individuandone la premessa ermeneutica nella **natura costitutiva delle sentenze della Corte costituzionale**⁴⁶. La pronuncia di accoglimento è una pronuncia di annullamento con effetti retroattivi *erga omnes*⁴⁷.

È appena il caso di ricordare che tale inquadramento, pur essendo prevalente, non è condiviso da un'autorevole dottrina, secondo la quale la legge incostituzionale è **efficace prima della dichiarazione di incostituzionalità, perché la sua esistenza formale impedisce ai giudici di disapplicarla, non perché essa, ancorché viziata, sarebbe obbligatoria fino alla sentenza d'accoglimento**⁴⁸. Questa conclusione si porrebbe infatti in manifesto contrasto con la superiorità della Costituzione (di cui paradossalmente ne porrebbe in dubbio l'obbligatorietà). Se è indiscutibile l'obbligatorietà della Costituzione, precisa detta tesi, non può essere obbligatoria la legge incostituzionale. La legge incostituzionale è quindi nulla ed efficace, ma non obbligatoria; non è quindi "annullabile", come invece ritenuto da dottrina autorevole e talvolta dalla stessa Corte costituzionale⁴⁹.

Tornando all'orientamento che nega l'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in sede cautelare, le pronunce che vi hanno aderito si sono anche confrontate con l'indirizzo di segno contrario che, *medio tempore*, si era registrato nella giurisprudenza amministrativa inaugurata dall'**ordinanza dell'Adunanza plenaria del 20 dicembre 1999, n. 2**, secondo il quale, invece, anche in sede cautelare il giudice può rimettere al Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale. A tale diversa impostazione i giudici ordinari hanno replicato che la misura cautelare concessa dal giudice amministrativo **incide solo sull'atto amministrativo**, mentre nel giudizio civile la concessione della misura cautelare comporta una vera e propria disapplicazione della legge⁵⁰.

In sintesi, gli argomenti impiegati dall'orientamento in esame sono:

a) il provvedimento cautelare può essere concesso soltanto per la tutela di situazioni certe e attuali, così che, nel caso di un'istanza cautelare fondata sul presupposto dell'incostituzionalità della norma ordinaria non vi sarebbe alcun diritto attualmente esistente, ma al più una situazione

⁴⁵ Si richiama la citata sentenza Cass. n. 13415 del 1991.

⁴⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2014, 364 ss.; G. VERDE, B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, Napoli, 1998, 372; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1985, secondo cui **qualora fosse riconosciuta una tutela in via di urgenza alla situazione soggettiva si tratterebbe di un diritto che nascerebbe solo per essere tutelato in via di cautela atipica**; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005, 702 ss. F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 696 ss.

⁴⁷ R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Milano, 1993, 21 ss; F. MODUGNO, voce *Annullabilità e annullamento*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, 1988.

⁴⁸ V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967; L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1033; A. PACE, *Effetti temporali*, cit., 57;

⁴⁹ **Corte cost., sentenze n. 127 del 1966 e n. 49 del 1970.**

⁵⁰ Così il Tribunale di Bologna, ordinanza 10 luglio 2013, cit.

soggettiva futura ed incerta, in quanto **dipendente dalla pronuncia di una sentenza costitutiva della Corte costituzionale;**

b) la legge sospettata di illegittimità costituzionale rimane efficace e in vigore fino alla declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte. Il giudice comune non può disapplicare la disposizione, in quanto è soggetto alla regola inderogabile del sindacato accentrato di costituzionalità, così che un provvedimento che si ponesse in contrasto con essa si rivelerebbe **abnorme;**

c) non è praticabile la sospensione del giudizio cautelare ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953, posta la incompatibilità tra la celerità del primo e la non brevità dell'incidente di costituzionalità;

d) la valutazione del *fumus* va compiuta in termini di probabilità solo con riferimento al giudizio di fatto e non anche a quello di diritto (il quale investe appunto la norma generale ed astratta da applicare alla fattispecie). Il giudizio di diritto non si presta ad una valutazione di probabilità e quindi la stessa valutazione dei presupposti per rimettere la questione alla Corte non può essere improntata a un canone di sommarietà.

e) nel giudizio civile non possono essere trasposte le argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza amministrativa a sostegno della possibilità di disapplicare la norma assunta come incostituzionale al fine di emettere una pronuncia cautelare nelle more dell'incidente di costituzionalità, atteso che una decisione siffatta non incide sulla norma ma sull'atto amministrativo.

5.1.1. Le osservazioni critiche della dottrina.

Alla ricostruzione sopra richiamata, che fonda la inammissibilità della rimessione della questione di legittimità costituzionale in sede cautelare (e della stessa misura cautelare che sulla questione sia fondata) sulla inesistenza del diritto che dipende dalla legge ritenuta incostituzionale fino a quando al Corte non si pronuncia (considerata la natura costitutiva delle sentenze costituzionali) è stato obiettato quanto segue.

La prospettazione del diritto azionato come mera ipotesi non è propria soltanto del processo cautelare ma di tutti i giudizi. Anzi, nella dottrina processualcivile è ricorrente l'affermazione secondo cui in ogni processo, anche in quello di merito, all'inizio il diritto è solo affermato ed attende di essere confermato all'esito del processo⁵¹.

Si è inoltre rimarcato che la tesi in esame svaluta il significato normativo delle disposizioni costituzionali, nel senso che trova applicazione solo la norma legislativa, come se la norma costituzionale da essa violata non esistesse.

I dati normativi sono due, quello legislativo e quello costituzionale e il secondo non può essere obliterato. Alla stregua della impostazione in esame, invece, la norma legislativa finirebbe con il prevalere su quella costituzionale con conseguente diniego, talora anche definitivo, di tutela di un diritto spesso avente rango di diritto fondamentale.

Inoltre, si sottolinea come la tesi in questione porti il giudice a sottrarsi all'obbligo di rimettere alla Corte una questione che egli stesso ritiene non manifestamente infondata e rilevante, tanto che l'impossibilità di dirimerla in via incidentale lo porta a preferire il rigetto della istanza *tout court*.

In questo modo il giudice viola sia l'art. 134 Cost., in combinato disposto con gli artt. 1, della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, sia l'art. 101, secondo comma Cost., posto che tale disposizione, secondo la quale «*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*», include anche il dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale, ciò che non svisciva il ruolo della magistratura, ma anzi lo esalta.

⁵¹ Così S. RECCHIONI, op. cit., 457.

Ancora, contro la soluzione del rigetto dell'istanza cautelare si evidenzia che ingiustificato appare l'assunto per il quale la decisione in punto di diritto nel giudizio cautelare deve necessariamente essere piena come nella fase di merito.

In realtà, una valutazione in termini definitivi della questione di diritto nel procedimento cautelare non appartiene alla realtà della prassi giudiziaria. L'urgenza del provvedere finisce, anzi, per ripercuotersi anche sulla valutazione della *quaestio iuris*⁵².

Inoltre, la tesi del rigetto incorre in una contraddizione logica. Da un lato, pretende dal giudice una cognizione piena, dall'altro rende impossibile tale cognizione piena che nel giudizio di diritto implica il passaggio attraverso la Corte. Infatti, non potendo il giudice cautelare sospendere il giudizio per l'incidente di costituzionalità prima di decidere, posto che detto incidente costituisce un passaggio necessario del giudizio di diritto, **non completa il giudizio di diritto**⁵³.

Occorre, infine, dare conto di una dottrina che, pur optando, in linea di principio, per la negazione della tutela cautelare, **ne ammette la concedibilità nelle ipotesi in cui il diritto esista già in capo alla parte istante, ma la norma successiva, sospettata di illegittimità costituzionale, ne mette in pericolo l'attuazione**⁵⁴.

In tal caso 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.

Diverso sarebbe il caso in cui il giudice della cautela è chiamato a creare il diritto, perché così si sostituirebbe alla Corte costituzionale – e, segnatamente, anticiperebbe l'effetto della sentenza additiva.

Tale soluzione si espone, però, a rilievi critici in quanto predilige una platea di soggetti – i titolari di situazioni soggettive preesistenti – rispetto a coloro che, invece, aspirano al riconoscimento di un diritto non esistente nell'ordinamento (per esempio attraverso una pronuncia additiva di prestazione previdenziale).

5.2. La tesi che ammette la sospensione del procedimento cautelare e la rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Un orientamento minoritario della dottrina⁵⁵, in passato accolto dalla stessa giurisprudenza ordinaria⁵⁶ e amministrativa⁵⁷, afferma che, a fronte di una richiesta cautelare fondata su una questione di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondata, il giudice deve **sospendere il procedimento e sollevare la questione**.

Emblematica di questo indirizzo è l'**ordinanza del Pretore di Genova del 9 aprile del 1990**, in materia di diritto di elettorato passivo, che ha affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 12 della legge 21 marzo 1990, n. 53** (Misure urgenti atte a garantire maggiore efficienza al procedimento elettorale), in relazione all'art. 51

⁵²⁵² Paradigmatico, al riguardo, è il processo amministrativo dove le questioni di fatto spesso sono chiare e incontestate e invece è proprio il punto di diritto l'oggetto del contendere.

⁵³ In questi termini v., ancora, G MENEGUS, op. cit., 77 e ss.

⁵⁴ G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 105-110; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela*, 696-698.

⁵⁵ F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 256-257; E. A. DINI e M. DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1981, 405 ss.

⁵⁶ *Ex multis*, **Pretura di Roma, ordinanza 24 giugno 1980**, secondo cui non è manifestamente infondata (e se ne rimette quindi l'esame alla corte costituzionale) la questione di costituzionalità dell'art. 10, secondo comma, della legge 13 giugno 1912, n. 555, nella parte in cui, mentre stabilisce che la cittadinanza del marito italiano si comunica alla moglie straniera, non prevede l'acquisto della cittadinanza italiana per lo straniero che sposi una cittadina italiana, in riferimento agli art. 2, 3 e 29 cost. La Corte costituzionale, con **ordinanza n. 256 del 1982** ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sul rilievo che «nell'ordinanza in esame non chiarisce quale sia il provvedimento cautelare atipico che intenderebbe adottare, ove la questione di legittimità costituzionale fosse, in ipotesi, accolta».

⁵⁷ **Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 13 marzo 2001, n. 1572; 24 ottobre 2000.**

Cost., nella parte in cui prescrive ai gruppi politici non rappresentati in parlamento un certo numero di presentatori per poter partecipare alle elezioni amministrative, in quanto tale norma risulta ispirata ad una razionale ed apprezzabile finalità di garanzia della serietà della competizione elettorale. La legge n. 53 del 1990 (Misure urgenti atte a garantire maggiore efficienza al procedimento elettorale) **non consentiva ai gruppi non rappresentati in Parlamento di partecipare alle elezioni**, a meno che non dimostrassero di avere un certo seguito nell'elettorato, nell'ottica di garantire la serietà delle candidature e della competizione elettorale.

La parte ricorrente lamentava al violazione dell'art. 51 Cost.

Il giudice di Genova ha, innanzitutto, richiamato il principio di sindacato accentrato di legittimità costituzionale. Ha poi osservato che, fino a quando non giunga la dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge ordinaria spiega tutti i suoi effetti. In altre parole, fino alla pronuncia della Corte costituzionale, nel conflitto tra norma subordinata e norma costituzionale **prevale la norma subordinata**. Al giudice comune è, quindi, fatto divieto di disapplicare la legge che non sia stata ancora dichiarata illegittima, in quanto la legge ordinaria è assistita da una sorta di presunzione di legittimità.

D'altro canto, si osserva, se è vero che neanche la Corte costituzionale ha il potere di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato fino alla risoluzione della questione, *a fortiori* non può farlo il giudice *a quo*.

Lo stesso Pretore di Genova, richiamando la ricordata sentenza della Corte di cassazione, sezione lavoro, n. 13415 del 1991⁵⁸, afferma che il provvedimento cautelare che disapplica la legge è abnorme in quanto viziato da **eccesso di potere**.

Lo stesso giudice ricorre, poi, all'argomento utilizzato dalla tesi favorevole al rigetto, secondo il quale il diritto cautelando, prima della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma giuridica, **non esiste**.

L'impostazione in esame ripropone, in definitiva, tutti gli argomenti della tesi del rigetto, **differenziandosi da questa solo per un profilo: il maggiore peso dato alle norme costituzionali e il minor peso dato alla effettività della tutela giurisdizionale, giacché sospendendo il giudizio cautelare si mette a rischio la stessa utilità della misura eventualmente assentita all'esito della pronuncia della Corte costituzionale.**

In sintesi, gli argomenti utilizzati dalla tesi in esame sono:

a) il principio del sindacato accentrato è **inderogabile**;
b) il giudice della cautela non ha poteri più ampi di quello del merito e quindi di conseguenza **non può disapplicare** la norma sospettata di illegittimità costituzionale.

c) la concessione della misura previa disapplicazione è un **provvedimento abnorme viziato di eccesso di potere**.

d) l'esigenza di effettività della tutela **non può ritenersi lesa** perché, finché la Corte non pronuncia l'incostituzionalità della legge, **non vi è una situazione soggettiva esistente da tutelare**. Si tratta, in definitiva, di una **variante** della tesi della inesistenza della situazione soggettiva cautelanda.

5.2.1. Rilievi sulla sospensione *mera*.

Alla tesi appena ricordata è stato obiettato, anzitutto, che la sospensione del processo cautelare si pone in contrasto insanabile con l'esigenza di celerità che vale a connotare tale processo.

Si è affermato, anche in giurisprudenza, che le soluzioni che possono darsi all'istanza cautelare sono esclusivamente l'accoglimento o il rigetto⁵⁹.

⁵⁸ Nello stesso senso **Cass., sez. un., 7 luglio 1988, n. 4476**.

⁵⁹ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2011, 120-123.

La dottrina ha valorizzato le riflessioni elaborate in ordine all'analogo problema della sospensione obbligatoria del procedimento cautelare ai fini del **regolamento di giurisdizione** nel regime anteriore alla riforma del 1990, la quale ha invece attribuito al giudice di valutare la serietà della istanza e di conseguenza di pronunciare o meno la sospensione.

La stessa dottrina ha attinto al dibattito generato dal regolamento di giurisdizione per interrogarsi sul se la sospensione del processo cautelare dia luogo soltanto ad una contraddizione logica ovvero se sia **giuridicamente incompatibile** con il procedimento cautelare.

A tale riguardo, una autorevole opinione aveva ricavato dal tenore dell'art. 41, primo comma, c.p.c. l'assunto per il quale la sospensione del procedimento si attaglia solamente al giudizio di merito, disponendo tale previsione che il regolamento è proponibile *«finché la causa non sia decisa in primo grado»*⁶⁰.

Ma l'argomento principale impiegato dalla dottrina in esame è quello della **incompatibilità ontologica tra procedimento cautelare e sospensione**.

Il giudice che sospendesse *ex art.* 367 c.p.c. il processo cautelare, chiarisce l'opinione in esame, **eserciterebbe un potere che non gli spetta**, posto che **la tutela urgente o è immediata o non è tutela**.

Se il giudice della cautela sospende il giudizio, si sottolinea, priva lo stesso processo cautelare della sua funzione.

La dottrina in parola svolge, poi, un ulteriore argomento a sostegno della incompatibilità tra processo cautelare e sospensione. Si tratta della **espressa previsione della concedibilità di provvedimenti cautelari nel corso del giudizio sospeso**.

A norma dell'art. 669-*quater*, secondo comma, c.p.c. *«[s]e la causa pende davanti al tribunale la domanda si propone all'istruttore oppure, se questi non è ancora designato o il giudizio è sospeso o interrotto, al presidente, il quale provvede ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 669 ter»*⁶¹.

Secondo la dottrina in esame la concedibilità di misure cautelari anche in pendenza della sospensione del processo di merito non scaturisce da tale previsione, ma da un principio immanente al sistema che tale previsione positivizza, secondo il quale la tutela cautelare assolve alla precipua funzione di neutralizzare il *periculum in mora*.

Occorre, tuttavia, rilevare che la stessa dottrina in esame che predica l'incompatibilità giuridica tra cautela e sospensione finisce per ammettere la sospensione nel processo cautelare in caso di incidente di legittimità costituzionale. Tale eccezione sarebbe giustificata dalla preminenza del principio di legalità che impone al giudice di rimettere alla Corte costituzionale il dubbio di costituzionalità e del principio del sindacato accentrato espresso dall'art. 134 Cost.

A tale conclusione è stato, tuttavia, obiettato che una soluzione siffatta stride con il principio di effettività della tutela giurisdizionale *ex art.* 24 Cost. di cui il processo cautelare è estrinsecazione e strumento necessario, come più volte precisato dalla Corte costituzionale.

Ad avviso di **altra dottrina**⁶², neanche il precetto costituzionale del sindacato accentrato del Giudice delle leggi può sacrificare totalmente la tutela cautelare, che la stessa giurisprudenza costituzionale qualifica come **strumento essenziale della tutela giurisdizionale**⁶³.

Alla tesi della sospensione **mera** si è obiettato anche che il giudice della cautela che sospenda il giudizio ai sensi dell'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953 finisce con il formulare una valutazione implicita di assenza di *periculum in mora*, posto che, come unanimemente confermato

⁶⁰ F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977.

⁶¹ A norma dell'art. 669-*ter*, ultimo comma, c.p.c., *«[a] seguito della presentazione del ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale [o al pretore dirigente] il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento»*.

⁶² G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, cit., 95-96.

⁶³ In tal senso v. anche G. TRISORIO LIUZZI, 671.

in dottrina, il requisito dell'imminenza del pregiudizio deve ritenersi come pericolo di **pregiudizio attuale, prossimo a verificarsi**, dovendo invece essere esclusi i *pericula* che appaiono **lontani sotto il profilo cronologico**⁶⁴. Di conseguenza, il giudice che sospenda *tout court* il procedimento cautelare, implicitamente ritiene che il pericolo di pregiudizio nel ritardo sia sufficientemente lontano da consentire la sospensione, e quindi insussistente, valutazione questa che dovrebbe condurre al rigetto dell'istanza.

Se, tuttavia, il *periculum* è realmente sussistente, il tempo necessario alla definizione del giudizio di legittimità costituzionale determina necessariamente il trascorrere del pregiudizio in danno, così che la decisione della Corte verrebbe a rivelarsi, rispetto alla tutela cautelare, del tutto inutile.

Difatti, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti escludono che una misura cautelare possa essere concessa quando il pregiudizio si sia già verificato. L'unica ipotesi in cui una misura siffatta è ammessa è quella in cui dato un pregiudizio, la misura sia richiesta per arginare l'aggravarsi o il reiterarsi del pregiudizio stesso⁶⁵.

In tale evenienza, la Corte costituzionale investita della questione potrebbe dichiararla inammissibile per difetto di rilevanza, giacché la propria decisione non potrebbe spiegare alcuna influenza sul giudizio *a quo*.

5.3. La soluzione della disapplicazione *incidentale* della norma ritenuta incostituzionale.

Ampio credito ha ricevuto in dottrina⁶⁶ e in giurisprudenza⁶⁷ la tesi che prospetta la possibilità di **disapplicare in via incidentale la norma sospettata di illegittimità costituzionale**.

Di particolare interesse, in giurisprudenza, è l'**ordinanza 30 luglio 1977 del Pretore di Pisa**, in materia di precari nell'Università. Il giudice rileva che nel processo cautelare la valutazione del *fumus boni iuris* in altro non consiste che in una prognosi sull'esito del giudizio di merito, esito che ingloba necessariamente anche quello degli eventuali giudizi di legittimità costituzionale da esso implicati.

In tale prospettiva, **il giudice dell'urgenza viene a porsi 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, del resto, riguarda tanto la non manifesta infondatezza, quanto il giudizio sulla stessa questione costituzionale.

La possibilità di disapplicare la legge nel giudizio cautelare troverebbe fondamento nella natura dell'apprezzamento del *fumus boni iuris*, che in questo caso **ricomprende la prognosi sull'esito del giudizio di costituzionalità.**

⁶⁴ In tal senso per tutti A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza*, in *Commentario al c.p.c.* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2016.

⁶⁵ Ancora, in tal senso, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, cit., 216.

⁶⁶ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 759, nota 51; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 159 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 682; B. SASSANI, *Rimessione alla Corte costituzionale e tutela in via d'urgenza*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1822 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 e ai suoi allievi*, Milano 1979, 419 ss.

⁶⁷ Tribunale di Messina, ordinanza 13 settembre 2013; Tribunale di Monza, sezione lav., ordinanza 13 maggio 2012; Tribunale di Roma, 3 febbraio 2003; Tribunale di Genova, ordinanza 12 marzo 2003; Pretura di Pisa, ordinanza 30 luglio 1977.

Tale ricostruzione valorizza, inoltre, **il principio di effettività**, il quale impone di assicurare la tutela cautelare anche e soprattutto nelle ipotesi in cui il diritto cautelando abbia un fondamento nella Costituzione e sia minacciato da una norma di legge.

Affermazioni ancora più nette sul tema si rinvencono nell'ordinanza del **Tribunale di Genova 12 marzo 2003**, in materia di "contratto di soggiorno" ex artt. 33 della legge n. 189 del 2002 e 1 della legge n. 222 del 2002.

Nel giudizio esitato in tale pronuncia si deduceva il contrasto di tali disposizioni 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**.

Il Tribunale di Genova ha rilevato che l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 non contempla specifiche disposizioni per il procedimento cautelare, **così che deve ritenersi congegnato per il solo processo di merito** dal momento che il giudizio costituzionale richiede tempi incompatibili con l'urgenza che caratterizza la tutela cautelare.

Nell'orientamento in esame si iscrive anche il **decreto del Tribunale di Firenze 21 marzo 1984**, nel quale la questione di legittimità costituzionale investiva l'art. 468 c.c.⁶⁸, in riferimento agli artt. 2,3, 29 e 42 commi 2 e 4 Cost., in un procedimento per **sequestro giudiziario**.

In un significativo passaggio della motivazione si sottolinea che il dubbio di costituzionalità non riguarda una norma *virtuale*, ma una disposizione vigente ed è per questo che il giudice di merito è abilitato a **disapplicare la norma in contrasto con la Costituzione**, in attesa della decisione del Giudice delle leggi.

Particolare risalto ha avuto anche l'**ordinanza n. 2 del 1999 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato** concernente la controversia sulla preselezione del concorso per uditore giudiziario. Diversi candidati, che non erano stati ammessi alla prova scritta per aver compiuto anche un solo errore nel test preselettivo avevano chiesto al giudice amministrativo di essere ammessi in via cautelare allo svolgimento della prova, lamentando la irragionevolezza del sistema di preselezione informatico, a fronte di una varietà di pronunce cautelari che avevano disapplicato *incidenter* la norma di dubbia costituzionalità, ammettendo i candidati ricorrenti alle prove scritte, la IV Sezione del Consiglio di Stato – dubitando della legittimità dell'iter seguito dai giudici di primo grado di soprassedere dalla rimessione alla Corte costituzionale – rimise la questione all'Adunanza Plenaria, la quale affermò che, al fine di conciliare il carattere accentratore del controllo di legittimità costituzionale 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, alla quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale**.

In tale contesto, la concessione della misura cautelare (nella specie ammissione con riserva alla prova scritta) 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.

Nella ordinanza in esame si ritrova anche una efficace e autorevole critica alle tesi sostenitrici della inesistenza del diritto e della impossibilità di valutare anche il punto di diritto del fumus in termini probabilistici.

⁶⁸ A mente del quale, «la **rappresentazione** ha luogo, nella linea retta [75 c.c.], a favore dei discendenti dei figli [legittimi, legittimati] anche adottivi, [nonché dei discendenti dei figli naturali del defunto] del defunto, e, nella linea collaterale [75 c.c.], a favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto.

I discendenti possono succedere per rappresentazione anche se hanno rinunciato all'eredità [479, 519 c.c.] della persona in luogo della quale subentrano, o sono incapaci o indegni di succedere rispetto a questa».

In seno all'orientamento in esame si colloca anche una pronuncia di legittimità, **la sentenza delle Sezioni unite 1° dicembre 1978, n. 5678**, secondo la quale la questione diretta a stabilire se il giudice ordinario, nel sospendere il giudizio, a seguito di rimessione alla Corte costituzionale della decisione sulla legittimità costituzionale della norma che nega il diritto fatto valere dall'attore, possa provvedere in via cautelare sulla tutela del diritto stesso, a norma degli artt. 700 e seguenti c.p.c., **non attiene ad un problema di giurisdizione, sotto il profilo del difetto assoluto della stessa, ma attiene al fondamento della richiesta di provvedimento cautelare** e, pertanto, non è deducibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione.

La Cassazione sottolinea come la tesi della inesistenza del diritto cautelando costituisca una **«abile operazione riduttiva del dato normativo globale»**, risultando la disciplina del rapporto non solo dalla norma ordinaria, ma anche dal sovraordinato precetto costituzionale alla cui stregua l'esistenza e la operatività della norma vanno in concreto misurate.

In sintesi, la tesi della disapplicazione si fonda sui seguenti argomenti:

a) il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che rinviene nella tutela cautelare uno strumento **costituzionalmente necessario**, non può essere sacrificato dalla sospensione del giudizio *a quo*;

b) la tesi dell'inesistenza del diritto è un'inaccettabile semplificazione del dato normativo che, nella realtà è invece dato sia dalla norma ordinaria che 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

5.3.1. Obiezioni alla tecnica della disapplicazione *tout court*.

La variante della tesi della disapplicazione che non contempla la successiva rimessione della questione di legittimità costituzionale (cd. **disapplicazione mera**) presenta l'indubbio vantaggio di garantire la effettività della tutela, ma si presta, al contempo, a seri rilievi critici.

Tale tesi appare anzitutto in **contrasto** con la regola del **sindacato accentrato** di costituzionalità.

Ciò in quanto il giudice della cautela, per concedere il provvedimento urgente, deve **disattendere la norma ordinaria che ritiene illegittima**.

In secondo luogo, una volta concessa la misura, non potrebbe più, a rigore, sollevare la questione di costituzionalità, perché, essendosi spogliato della *potestas iudicandi*, **essa risulterebbe inammissibile per il duplice motivo che il rimettente è sprovvisto di legittimazione e la questione è priva di rilevanza**.

Significativa, al riguardo, è la **sentenza n. 451 del 1993**, con la quale la Corte costituzionale ha rilevato che la questione sollevata dal giudice della cautela è tardiva rispetto al procedimento cautelare e prematura rispetto a quello di merito ancora da instaurare⁶⁹.

In sintesi conclusiva:

1) la **tesi del rigetto** si palesa insoddisfacente perché si traduce in un **diniego di giustizia** che pregiudica potenzialmente in via definitiva la tutela di situazioni soggettive di rilievo costituzionale. Inoltre, essa sottrae alla Corte costituzionale la possibilità di verificare la conformità a Costituzione di una norma anche ove la questione appare non manifestamente infondata.

⁶⁹ Ma v. **Corte cost., sentenza n. 457 del 1993**, la quale ha, invece, ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice cautelare a processo di merito pendente. In questo caso sono prevalse esigenze di economicità, avendo la Corte evitato di dichiarare inammissibile una questione che sarebbe stata ripresentata di lì a poco dallo stesso giudice quale giudice del merito.

2) Anche la **tesi della sospensione** disattende radicalmente l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, così potendo tradursi in un diniego di giustizia.

3) La **tesi della disapplicazione mera** è senz'altro più garantista, ma si espone a rilievi critici per ciò che concerne il principio del sindacato accentrato. In particolare, se si solleva la questione dopo aver emesso la misura cautelare, si va incontro ad una declaratoria di inammissibilità. Se, invece, si rimette al giudice del merito il promovimento dell'incidente di costituzionalità, **si elude l'obbligo di rimettere alla Corte l'accertamento della conformità a Costituzione della norma indubbiata** e si incorre nel rischio che quella questione non venga mai sollevata o perché il giudice del merito è di contrario avviso, o perché il giudizio di merito non viene instaurato (nel caso in cui si tratti di misure a strumentalità attenuata).

6. La tutela cautelare *ad tempus*: l'articolazione bifasica della pronuncia cautelare che assicura la rilevanza della questione.

La ricostruzione che ha tentato di superare i limiti delle teorie passate in rassegna con una soluzione quanto più possibile conforme a Costituzione è quella della **tutela cautelare *ad tempus***.

Essa ha elaborato la seguente **tecnica** decisoria: il giudice concede il provvedimento cautelare in via del tutto **provvisoria e interinale** – appunto *ad tempus* – e solleva **contestualmente** la questione, **subordinando all'esito del giudizio di legittimità costituzionale la conferma o la revoca del provvedimento reso**.

Il procedimento *ad tempus* ha una **struttura bifasica**, articolandosi nei seguenti passaggi:

a) la prima fase, **provvisoria**, è strettamente funzionale alla rimessione della questione alla Corte e alla tutela interinale del diritto cautelando;

b) la seconda fase, **definitiva**, è volta a conformare la pronuncia cautelare alla decisione della Corte costituzionale.

Tale soluzione tecnica è stata ideata nell'ambito della giurisprudenza amministrativa⁷⁰ nel vigore della **legge n. 1034 del 1071**, allorquando i giudici amministrativi avevano elaborato una pluralità di tipi di provvedimenti cautelari per sopperire ai limiti della sospensiva sotto il profilo dell'effettività della tutela (si pensi alla tutela degli interessi pretesivi). Tra questi modelli decisori di conio pretorio vi erano le **ordinanze soprassessorie**, con le quali il giudice amministrativo concede in via meramente interinale la sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo al fine di svolgere l'istruttoria necessaria alla pronuncia della misura cautelare.

Tale schema bifasico è stato esteso alla pregiudiziale costituzionale proprio al fine di conciliare l'esigenza di tutela e il controllo di costituzionalità accentrato.

Paradigmatiche, al riguardo, sono le **ordinanze del Consiglio di Stato n. 1395 del 1995 e n. 1532 del 1995**, nelle quali, con ampia e articolata motivazione, si è istituita la **distinzione tra provvedimenti cautelari interinali e definitivi**, distinzione che nella prima delle ordinanze citate, ha consentito al giudice di rimettere la questione di legittimità costituzionale.

Il Consiglio di Stato ha prima di tutto evidenziato che l'integrazione del contraddittorio o il promovimento della questione di legittimità costituzionale possono alterare la funzionalità della misura cautelare.

Il Consiglio di Stato utilizza quindi una norma di diritto vivente – espressa dalla Corte costituzionale nella **sentenza n. 444 del 1990** – secondo cui il giudice della cautela, qualora i tempi del relativo procedimento si dilatino in conseguenza del promovimento di un incidente di costituzionalità, **al fine di mantenere la *res adhuc integra*** e senza consumare la sua *potestas decidendi*, deve ricorrere ad una sospensione temporanea del provvedimento impugnato, salva la pronuncia definitiva sulla domanda cautelare. Il Consiglio di Stato precisa, quindi, che, nei casi di

⁷⁰ Tra le più recenti **TAR Campania, sezione I, ordinanza 30 ottobre 2014**.

impossibilità di definizione immediata della lite cautelare, il procedimento può scindersi in due fasi: *a*) una prima di sospensione interinale; *b*) una seconda, successiva al compimento delle opportune attività processuali di decisione definitiva sulla domanda cautelare.

Si tratta di una **tecnica processuale caratterizzata da una strumentalità di secondo grado**. Si rileva, altresì, l'assonanza tra tale strumentalità e quella che intercorre tra provvedimento cautelare e decisione di merito, pur precisandosi che, in questo caso, la strumentalità è interna al procedimento cautelare.

Per quanto concerne, invece, la **giurisprudenza ordinaria**, la tutela cautelare interinale ha impiegato più tempo ad attecchire.

Ciò trova spiegazione innanzitutto nel fatto che il codice di procedura civile contiene da sempre **una disciplina della tutela cautelare molto più articolata** e supportata da una solida elaborazione dogmatica che non consente al giudice spazi di riempimento in via interpretativa⁷¹.

In particolare sembra ostare a tale integrazione giudiziale il principio di **tipicità della forma-contenuto degli atti processuali**. In forza della rilevanza contenutistica delle forme processuali, gli effetti tipici dell'atto discendono dalla sola sua conformità al paradigma legale⁷². In un sistema siffatto assai limitato è lo spazio lasciato all'adattamento giudiziale di tali forme alle esigenze del processo.

In secondo luogo, nel processo civile l'assenza di un atto amministrativo rende più complesso disapplicare la norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Ciò nondimeno, sia pure soltanto di recente, la tecnica della cautela *ad tempus* sembra, ormai, recepita dalla maggior parte dei giudici civili.

Senz'altro tale diffusione è stata agevolata dalla considerazione per cui il processo cautelare civile già conosce un meccanismo di tutela bifasica che è quello della misura concessa *inaudita altera parte*.

Tra le più significative applicazioni di tale elaborazione, meritano considerazione le pronunce di seguito indicate.

Il **Tribunale di Taranto**, con l'**ordinanza del 24 settembre 2013**⁷³, ha deciso su un ricorso cautelare *ante causam* proposto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con il quale il ricorrente chiedeva ordinarsi, ancora questa volta ad un'Azienda ospedaliera di Brescia, la somministrazione del trattamento terapeutico, ancora sperimentale, basato sull'impianto di cellule staminali.

Detto provvedimento è stato **dichiaratamente adottato *ad tempus*** e, cioè, **«sino all'esito della decisione da parte della Corte costituzionale»** della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del citato d.l. n. 24 del 2013, come convertito, in riferimento agli **artt. 2, 3 e 32 Cost.**

Il giudice ha rilevato che tale disposizione non permetteva di dar corso, presso strutture pubbliche, ai trattamenti con cellule staminali richiesti, come nel caso in esame, dopo la sua entrata in vigore, consentendo, per contro, unicamente il "completamento" dei trattamenti di pazienti avviati presso tali strutture anteriormente a tale data (comma 2), o «*in relazione ai quali sia stato [ivi già] praticato [...] il prelievo dal paziente o da donatore di cellule destinate all'uso terapeutico*», ovvero ancora dei trattamenti che siano stati «*già ordinati dall'autorità giudiziaria*» (comma 3).

In ciò il rimettente ha ravvisato la violazione dei parametri costituzionali evocati, riconducibile, a suo avviso, alla disparità di trattamento (art. 3, primo comma), alla lesione del diritto alla salute (art. 32, primo comma) e del dovere di solidarietà (art. 2) che, dalla censurata normativa, discenderebbe in danno di pazienti (come il ricorrente) esclusi dal trattamento in

⁷¹ Sul punto v. L. AZZENA, Tutela cautelare dei diritti, cit., 91, parla di **principio di rigidità delle regole del processo civile**.

⁷² E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 113.

⁷³ Sulla quale ha deciso la sentenza della **Corte cost.**, n. 274 del 2014, dichiarando **non fondata** la questione di legittimità costituzionale.

questione in base ad un mero dato cronologico, del tutto avulso dalle rispettive condizioni di salute. Ha, quindi, sollevato la questione di legittimità costituzionale ordinando, al contempo, *«alla Azienda ospedaliera [...] di somministrare - sino all'esito della decisione da parte della Corte costituzionale della questione di costituzionalità che in questa sede contestualmente si propone - la cura richiesta (omissis) sotto la responsabilità del medico prescrittore dott. [...] (giusta prescrizione del [...]) autorizzando e disponendo che l'Azienda ospedaliera predetta - ove non ritenga di operare direttamente nell'ambito delle proprie strutture - richieda alla cell-factory che riterrà di individuare (secondo i criteri della maggiore efficacia per la cura da somministrare, nonché della sicurezza nel trattamento), le cellule staminali prodotte secondo la metodica elaborata da [...] ONLUS, la quale dovrà fornire alla cell-factory il proprio know-how e, se necessario, il personale competente a trattare le cellule, con obbligo per il Ministero della salute di prestare ogni necessaria collaborazione scientifica, tecnica e finanziaria»*.

Nell'ambito dell'orientamento di merito che ha optato per la tutela cautelare *ad tempus* va ricordata anche l'**ordinanza del 22 luglio 2015, con la quale il Tribunale di Napoli**⁷⁴ si è pronunciato su un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proposto – nel corso di un giudizio promosso ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 150 del 2011 e dell'art. 702-*bis* c.p.c. – dal Presidente della Regione Campania contro la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero dell'interno – Prefettura di Napoli, a seguito dell'emanazione del **decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 giugno 2015** con cui era stata dichiarata la **sospensione del Presidente regionale appena eletto** (il 18 giugno 2015), in conseguenza di una precedente condanna penale non definitiva per il reato di abuso d'ufficio. Il giudice ha anche sollevato questioni di legittimità costituzionale del **d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235** (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190), **c.d. "legge Severino"**, in quanto, in violazione di una serie di parametri costituzionali, disponeva la sospensione dalle cariche degli eletti al Consiglio regionale a seguito di condanna non definitiva

In particolare il Tribunale ha così disposto: *«in parziale modifica del decreto del presidente di questa sezione del 2 luglio 2015*⁷⁵, *accoglie provvisoriamente la domanda cautelare e sospende gli effetti dell'impugnato provvedimento (decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 giugno 2015) fino alla camera di consiglio di ripresa del giudizio cautelare successiva alla definizione delle questioni di legittimità costituzionale»*⁷⁶.

Merita di essere ricordata anche l'**ordinanza del Tribunale di Brescia, sezione lavoro, del 15 gennaio 2007**⁷⁷, resa in un giudizio in materia di assistenza obbligatoria, promosso da una cittadina albanese nei confronti dell'INPS e del Ministero dell'economia e delle finanze, con la

⁷⁴ Sulla quale la Corte costituzionale ha deciso con la **sentenza n. 276 del 2016** dichiarando in parte **inammissibili e in parte infondate le questioni**.

⁷⁵ È appena il caso di sottolineare che con decreto del Presidente della medesima sezione I, reso *inaudita altera parte* il 2 luglio 2015 era stata sospesa l'efficacia esecutiva del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 giugno 2015 con il quale era stata disposta la sospensione di D.L.V. dalla carica di presidente del consiglio regionale della Campania. In via di urgenza veniva ritenuto sussistente il *fumus boni iuris* - non essendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale già rimessa alla Corte e dal giudice amministrativo e da quello ordinario (v. per tutte quanto al giudice ordinario, Corte di appello di Bari ordinanza n. 1748/2014 del 27 gennaio 2014 e quanto al giudice amministrativo, TAR della Campania ordinanza depositata il 30 ottobre 2014) - ed il *periculum in mora*, nel pregiudizio irreparabile derivante dalla mancata rimozione degli effetti della sospensione dalla carica, posto che l'istante non potrebbe recuperare, in alcun modo il periodo di sospensione subito, nelle more dell'accertamento definitivo del merito e che il provvedimento impugnato, inibendo al presidente l'esercizio dei poteri connessi alla sua carica e impedendo l'insediamento del consiglio regionale e la nomina degli organi di presidenza del consiglio entro il termine del 12 luglio 2015 nonché la composizione della giunta regionale e la nomina del vicepresidente, determinerebbe la necessità di ricorrere a nuove elezioni, con conseguente vanificazione del risultato elettorale e con indubbia lesione anche delle posizioni soggettive dei rimanenti eletti in consiglio.

⁷⁶ Analoga statuizione si rinviene nell'ordinanza dello stesso **Tribunale di Napoli del 19 settembre 2015**, nella vicenda De Magistris.

⁷⁷ Sulla quale la Corte costituzionale ha deciso con la **sentenza n. 306 del 2008** accogliendo la questione sollevata.

quale è stata sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 e 117, primo comma, Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. **80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388** (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), in combinato disposto con l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), in relazione all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, nella parte relativa all'inibizione della fruizione delle provvidenze assistenziali, e in particolare dell'indennità di accompagnamento, allo straniero, stabilmente e regolarmente presente nel territorio nazionale, **ma privo della carta di soggiorno, in quanto in condizioni di salute che lo rendono totalmente inidoneo al lavoro e gli impediscono, quindi, di produrre un reddito sufficiente per mantenere se stesso e i suoi familiari.**

La ricorrente, 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** e, conseguentemente, il 24 marzo 2005 aveva presentato domanda per il riconoscimento del diritto all'**indennità di accompagnamento** la quale, in sede amministrativa, era stata respinta in quanto, pur essendole stato riconosciuto il possesso dei prescritti requisiti sanitari, l'Amministrazione aveva rilevato la mancanza della titolarità della carta di soggiorno (della quale l'interessata non può ottenere il richiesto rilascio per mancanza del requisito reddituale), che, a partire dal 1° gennaio 2001, il censurato art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 richiedeva per l'attribuzione della provvidenza.

Conseguentemente, la cittadina albanese aveva proposto ricorso dinanzi al giudice del lavoro, chiedendo, altresì, l'adozione di un **provvedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.** al fine di ottenere, in via cautelare, la condanna dell'INPS al pagamento della prestazione in oggetto con decorrenza dalla data della domanda presentata in sede amministrativa.

Il Tribunale di Brescia, dopo avere accertato il possesso da parte della ricorrente dei prescritti requisiti sanitari e **l'onerosità del suo attuale ricovero presso una struttura sanitaria (la cui retta era a carico della famiglia)**, ha accolto l'istanza cautelare e, **con il medesimo provvedimento, ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale di cui si tratta.**

In punto di rilevanza, il Tribunale ha osservato che, nella specie, il diniego della provvidenza costituiva nel caso di specie un atto legittimo perché conforme all'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, sicché soltanto la declaratoria di illegittimità costituzionale di tale norma avrebbe potuto consentire l'accoglimento della domanda giudiziale.

Il Giudice del lavoro ha, quindi, sollevato la questione di legittimità costituzionale ordinando, al contempo, all'INPS, in accoglimento dell'istanza cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, ***«l'anticipazione alla ricorrente, come sopra rappresentata, dei ratei dell'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 legge n. 18 del 1980, nella misura di legge, con decorrenza dalla data della domanda e sino alla pronuncia definitiva di primo grado, se di accoglimento, ovvero, in caso di rigetto o declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità, sino alla corrispondente pronuncia della Corte costituzionale».***

Ancora, nel filone in esame si colloca l'**ordinanza del 28 febbraio 2013⁷⁸**, con la quale il **Tribunale di Melfi** ha sollevato, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *h*, Cost., questione di legittimità dell'art. 34, secondo comma, della legge della Regione Basilicata 18 dicembre 2007, n. 24 (Norme per l'assegnazione e la gestione e la determinazione dei canoni di

⁷⁸ Sulla quale la **Corte costituzionale** si è pronunciata con **ordinanza n. 325 del 2013** di manifesta inammissibilità, non collegata, tuttavia, alla decisione cautelare assunta dal Tribunale contestualmente al promovimento della questione. Anzi, la Corte, in via preliminare, ha ribadito che la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata nell'ambito di un procedimento avente natura cautelare anche laddove il giudice conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice fruisce (sentenze n. 176 del 2011 e n. 161 del 2008; ordinanze n. 393 del 2008 e n. 25 del 2006).

locazione degli alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica), in quanto la norma regionale censurata – stabilendo che il provvedimento del legale rappresentante dell'Ente gestore che dispone il rilascio degli alloggi occupati senza titolo costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 11, dodicesimo comma, del d.P.R. n. 1035 del 1972, – avrebbe violato l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., in riferimento all'art. 474, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui rinvia alla legge l'individuazione dei titoli ai quali è attribuita efficacia esecutiva, poiché, eccedendo dalle competenze legislative regionali, invade la competenza esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione e norme processuali.

Nel sollevare la questione il Tribunale di Melfi ha anche sospeso *«provvisoriamente, sino alla ripresa del giudizio dopo l'incidente di legittimità costituzionale, l'efficacia esecutiva del provvedimento emesso dal Comune di [...] in data 9 agosto 2012, prot. n. 4557»*.

Merita di essere ricordata anche l'**ordinanza del Tribunale di Nocera Inferiore del 24 marzo 2011**⁷⁹, con la quale – nel procedimento per reclamo proposto dal un professionista avverso l'ordinanza di rigetto⁸⁰ del suo ricorso in via d'urgenza volto ad ottenere, in via principale, la declaratoria di nullità e/o illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione che gli aveva revocato l'autorizzazione all'esercizio della professione forense⁸¹, in subordine la sospensione del medesimo provvedimento ed il contestuale riconoscimento della provvisoria reviviscenza dell'atto autorizzativo all'esercizio della suddetta professione – ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 4, 35 e 41 Cost., nonché al canone della ragionevolezza intrinseca riconducibile all'art. 3, secondo comma, Cost., degli artt. 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato).

La stessa ordinanza ha disposto *«la sospensione dell'esecuzione dell'impugnato provvedimento della pubblica amministrazione che ha revocato al reclamante ed originario ricorrente [...] l'autorizzazione all'esercizio della professione forense e che è stato comunicato con la nota del direttore generale «pro-tempore» del Ministero della giustizia datata 21 aprile 2009 e contraddistinta dal prot. n. 2/02-09/FC»*.

Va, inoltre, dato conto dell'**ordinanza del Tribunale di Ancona del 29 luglio 2019**⁸², la quale ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. n. 113 del 2018, come convertito, che ha inserito il comma 1-*bis* all'art. 4 del d.lgs. n. 142 del 2015, per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU e all'art. 12 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

Il Tribunale era stato adito da un cittadino straniero, A. S., che aveva convenuto il Comune di Ancona con ricorso *ex art.* 700 c.p.c., chiedendo al giudice di ordinare al Sindaco l'immediata iscrizione del ricorrente nel registro anagrafico della popolazione residente.

Lo straniero era regolarmente soggiornante in Italia dal 20 giugno 2017, in virtù di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo, e viveva stabilmente nel Comune di Ancona dal 17 novembre 2018, nel centro di accoglienza per richiedenti asilo. Nel marzo 2019 ha chiesto l'iscrizione anagrafica al Comune di Ancona, ma l'ufficiale di stato civile l'aveva negata in applicazione della norma censurata. Il ricorrente aveva dedotto l'illegittimità del rifiuto e comunque la illegittimità costituzionale del divieto di iscrizione.

⁷⁹ Sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con **ordinanza** di manifesta infondatezza **n. 3 del 2014**.

⁸⁰ Per l'insussistenza del requisito del *fumus boni iuris*.

⁸¹ Il ricorrente aveva chiesto al Ministero della giustizia di cui era dipendente di poter trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, riducendo l'orario di servizio a 18 ore settimanali da prestare il martedì ed il giovedì con rientro pomeridiano, nonché di essere autorizzato all'iscrizione all'albo professionale forense ed all'esercizio della professione di avvocato secondo le compatibilità indicate dallo stesso Ministero della giustizia.

⁸² Sulla quale la **Corte costituzionale** si è pronunciata con la **sentenza n. 186 del 2020** dichiarando fondate le questioni proposte.

Il Tribunale ha ritenuto sussistente il *periculum in mora*, in quanto il divieto di iscrizione anagrafica avrebbe *medio tempore* impedito l'esercizio di diritti non ristorabili per equivalente all'esito di un eventuale giudizio di merito che avesse stabilito l'illegittimità del diniego. In particolare, il giudice *a quo* ha fatto riferimento all'impossibilità per il ricorrente di accettare un'offerta lavorativa (che presuppone l'apertura di una partita Iva e il conseguimento della patente di guida, che a loro volta richiedono l'iscrizione anagrafica), all'impossibilità di stipulare contratti di lavoro occasionale e alla mancata decorrenza del termine di dieci anni per l'ottenimento della cittadinanza italiana.

Quanto alla rilevanza della questione di costituzionalità, il giudice *a quo* ha messo in evidenza che il rifiuto di iscrizione anagrafica si fondava sulla norma censurata e ha richiamato la giurisprudenza amministrativa e costituzionale secondo la quale la questione di costituzionalità sollevata nella fase cautelare è ammissibile quando la misura cautelare è stata concessa in via provvisoria, prevedendosi la ripresa del giudizio cautelare dopo la decisione della Corte costituzionale: ciò varrebbe sia per la tutela cautelare sospensiva sia per quella anticipatoria richiesta nel caso di specie.

Il Tribunale di Ancona ha, quindi, sollevato la questione di legittimità costituzionale ed ha contestualmente ordinato ***«all'ufficiale dell'anagrafe del Comune di Ancona di iscrivere il ricorrente all'anagrafe della popolazione residente del Comune di Ancona, in via provvisoria, riservando all'esito dell'incidente di costituzionalità la decisione definitiva in ordine alla domanda cautelare»***.

Di particolare rilievo è poi l'**ordinanza del Tribunale di Salerno del 9 agosto 2019⁸³**, la quale ha sollevato la medesima questione di legittimità costituzionale assumendo al contempo un provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Il Tribunale è stato adito da un cittadino straniero che ha proposto ricorso *ex art. 700 c.p.c.* nei confronti di un comune, chiedendo al giudice di ordinare al Sindaco la propria immediata iscrizione nel registro anagrafico della popolazione residente.

Il giudice ha riferito che il cittadino era regolarmente soggiornante in Italia in virtù di **permesso di soggiorno per richiesta di asilo**, e che ha chiesto l'iscrizione anagrafica al comune resistente, ma l'ufficiale di stato civile l'ha negata in virtù della norma censurata. Il ricorrente ha ritenuto il rifiuto illegittimo in quanto la norma censurata avrebbe solo abolito la procedura semplificata di iscrizione anagrafica prevista dall'abrogato art. 5-*bis* del d.lgs. n. 142 del 2015.

Argomentando sul *fumus boni juris*, il Giudice ha rilevato che, secondo la Corte di cassazione, le controversie in materia di iscrizione anagrafica attengono a diritti soggettivi e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. Il potere dell'ufficiale d'anagrafe sarebbe limitato all'accertamento dei presupposti dell'iscrizione, così estrinsecandosi in un'attività di tipo vincolato, inidonea, cioè, a degradare i diritti soggettivi.

Secondo il Tribunale di Salerno, il diritto dello straniero all'iscrizione anagrafica risulterebbe, in particolare, dall'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, in base al quale *«[L]e iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione»*.

Il Tribunale ha sostenuto di non condividere l'interpretazione adeguatrice di tale disposizione (secondo la quale essa avrebbe solo abolito la procedura semplificata di iscrizione anagrafica del richiedente asilo), seguita da alcuni giudici di merito e posta alla base delle domande cautelari, in quanto essa renderebbe la disposizione stessa inutile, assegnando a una norma derogatoria lo stesso significato della regola generale (secondo la quale il permesso di soggiorno non è sufficiente per l'iscrizione anagrafica, occorrendo anche la residenza). Inoltre, la procedura semplificata di iscrizione anagrafica sarebbe stata abrogata dall'art. 13, comma 1, lettera c), del d.l.

⁸³ Sulla quale ha pure deciso la ricordata sentenza n. 186 del 2020.

n. 113 del 2018. Ancora, l'interpretazione adeguatrice sarebbe smentita dai lavori preparatori, che parlano di «*esclusione dall'iscrizione anagrafica*».

La disposizione censurata avrebbe dovuto, invece, essere intesa nel senso che, poiché il permesso di soggiorno «*non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica*», viene a mancare il primo presupposto di essa, cioè la regolarità del soggiorno: il permesso di soggiorno per richiedenti asilo, a differenza degli altri permessi, non integrerebbe la condizione del soggiorno regolare ai fini dell'iscrizione anagrafica. Il richiedente asilo sarebbe autorizzato a rimanere in Italia, ma non avrebbe diritto all'iscrizione.

Il Tribunale ha quindi affermato che, così intesa, la norma censurata lede i «*diritti umani fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. (l'accesso all'assistenza sociale e la concessione di eventuali sussidi o agevolazioni previste dal Comune, come quelle basate sulle condizioni di reddito; il conseguimento della patente di guida italiana [...])*», il «*principio di uguaglianza (art. 3), per l'irragionevole trattamento rispetto allo straniero regolarmente soggiornante ad altro titolo*», e la «*libertà di soggiorno (art. 16), per l'esclusione dello straniero avente diritto ad una definizione della sua domanda di protezione internazionale da una regolare condizione anagrafica*».

Per ciò che concerne la rilevanza, il Giudice ha sottolineato che essa «*è segnata dalla sussistenza, in ipotesi di scrutinio conforme all'incostituzionalità della norma, sia del fumus boni iuris che del periculum in mora*».

Infine, il rimettente, ritenuto di non poter ordinare al Comune l'iscrizione anagrafica, in ragione del divieto di cui all'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (Legge sul contenzioso amministrativo. All. E), ha così disposto: «*dichiara, in via provvisoria e fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale, la sussistenza del diritto*» del ricorrente all'iscrizione anagrafica presso il Comune di [...].

6.1. Una variante della tutela cautelare *ad tempus*. Il promovimento della questione previa adozione del decreto *inaudita altera parte*.

Il risultato della **conservazione della potestas decidendi** del giudice cautelare che sollevi la questione di legittimità costituzionale impartendo una regolamentazione interinale del rapporto dedotto in giudizio in attesa della pronuncia costituzionale sembra possa essere assicurato anche utilizzando il modello di decisione cautelare bifasico codificato nella disciplina del processo cautelare all'art. 669-*sexies*, secondo comma, c.p.c.

Tale soluzione è stata adottata dal **Tribunale di Siena, sezione lavoro**, con l'**ordinanza del 30 marzo 2022**⁸⁴.

Il Giudice era stato investito del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. (depositato in data 17 gennaio 2022, alle ore 15,33), da una banca, a cautela della fruttuosità della preannunciata azione di merito volta ad ottenere l'accertamento della violazione, da parte di un proprio dipendente con mansioni di *Gestore private banking*, dimessosi con procedura telematica, di un patto di non concorrenza stipulato con la medesima banca, previo accertamento della validità e dell'efficacia dello stesso, l'inibitoria dei comportamenti con esso contrastanti e la condanna del resistente al pagamento della penale pattuita, oltre interessi e rivalutazione, e al risarcimento del maggior danno.

Nell'ordinanza si dà atto che la parte ricorrente, paventando il rischio concreto e imminente che la controparte potesse portare a compimento l'attività vietata dal patto realizzando disinvestimenti per la clientela seguita nel corso del rapporto di lavoro, aveva chiesto inibirsi al resistente, mediante decreto *inaudita altera parte*, la prosecuzione dell'attività concorrenziale illegittima.

Dall'ordinanza in esame risulta che, in accoglimento dell'istanza, con decreto *inaudita altera parte*, il Tribunale di Siena **aveva ordinato al lavoratore di astenersi immediatamente dalla**

⁸⁴ Sulla quale la **Corte costituzionale** si è pronunciata con la **sentenza n. 54 del 2023**, con la quale ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate per motivi non collegati alle modalità di assunzione del provvedimento cautelare.

violazione del patto di non concorrenza, vigente alla data delle proprie dimissioni, in pregiudizio della banca secondo qualsiasi modalità, fissando l'udienza per la conferma, la modifica o la revoca del decreto ex art. 669-sexies, secondo comma, c.p.c.

L'ordinanza espone anche che, nel costituirsi nel giudizio cautelare, la parte resistente aveva eccepito l'incompetenza del Tribunale di Siena in favore del Tribunale di Lucca, **chiedendo revocarsi il provvedimento d'urgenza emesso *inaudita altera parte***. A tal fine aveva dedotto che, con ricorso ex art. 414 c.p.c., depositato davanti al Tribunale di Lucca il 7 gennaio 2022 – data di decorrenza delle rassegnate dimissioni – e notificato alla medesima banca pochi minuti prima del deposito del ricorso ex art. 700 c.p.c., aveva radicato un giudizio di cognizione ordinaria, nel quale aveva chiesto l'accertamento negativo delle condotte imputategli dall'istituto di credito nell'ambito del giudizio ex art. 700 c.p.c.

Il Giudice del lavoro presso il Tribunale di Siena ha, quindi sollevato, la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 669-quater c.p.c., di cui era chiamato a fare applicazione in ragione dell'eccezione di incompetenza formulata dalla parte resistente**, sulla base delle argomentazioni di seguito indicate.

L'art. 669-quater c.p.c., così come ricostruito dall'interpretazione della giurisprudenza di merito assunta, per la sua uniformità, a diritto vivente, nel caso in cui penda un giudizio di cognizione in rapporto di continenza con l'azione di merito preannunciata nel ricorso cautelare *ante causam*, impone al giudice della cautela di dichiarare la propria incompetenza in favore del giudice della causa continente e, quindi, di revocare il provvedimento cautelare *inaudita altera parte* eventualmente emesso.

Tale previsione, comportando l'immediato venir meno dell'efficacia del provvedimento cautelare adottato in assenza di contraddittorio, avrebbe determinato un'irragionevole disparità di trattamento rispetto al processo penale, in cui, ai sensi dell'art. 27 c.p.p., la misura cautelare emessa dal giudice incompetente perde efficacia solo se, decorsi venti giorni dalla trasmissione degli atti, il giudice competente non provveda nuovamente.

La disposizione censurata contrasterebbe anche l'art. 24 Cost., in quanto, mancando nel processo civile un meccanismo di conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare analogo a quello previsto per il processo penale, determinerebbe, nella situazione indicata, un vuoto di tutela cautelare.

Il Tribunale di Siena ha anche evidenziato che la «*specularità contrapposta, alternativa, degli oggetti in comparazione*» – ovvero, da una parte, l'azione di cognizione ordinaria preannunciata dall'istituto di credito con la domanda cautelare, avente ad oggetto l'accertamento della violazione del patto di non concorrenza da parte del lavoratore, e, dall'altra, l'azione di cognizione ordinaria esercitata dal lavoratore, avente ad oggetto l'accertamento dell'illiceità del patto di non concorrenza e della mancata violazione dello stesso – avrebbe indotto il «diritto vivente» a ritenere l'incompetenza del giudice successivamente adito in via cautelare in favore di quello preventivamente adito in sede di cognizione ordinaria, «*generalmente attingendo all'istituto della continenza, talora alla litispendenza, come alla connessione*».

Dalle numerose decisioni di merito che hanno aderito a tale ricostruzione si ricaverebbe, a giudizio del Tribunale di Siena, un orientamento «ormai stabilizzato», rispetto al quale un percorso interpretativo difforme si rivelerebbe «imprevedibile, inatteso e privo di segnali anticipatori».

È ben vero, ha precisato l'ordinanza in esame, che la Corte di legittimità ha chiarito che alcune pronunce rese dalla giurisprudenza di merito non sono idonee a integrare un diritto vivente, essendo a tal fine necessari stabili approdi interpretativi del giudice di legittimità. Tuttavia, non è agevole, ad avviso del rimettente, reperire un orientamento di legittimità in materia cautelare, avendo la stessa Corte di cassazione affermato che il provvedimento d'urgenza

ex art. 700 cod. proc. civ. non è autonomamente impugnabile, neppure con ricorso ex art. 111 Cost.

Il Tribunale di Siena ha poi aggiunto che, come chiarito dalla stessa giurisprudenza di legittimità, sussiste continenza quando le due cause pendenti contemporaneamente tra gli stessi soggetti davanti a giudici diversi abbiano ad oggetto domande interdipendenti o contrapposte, relative ad un unico rapporto negoziale, nonché, e più in generale, quando questioni dedotte con la domanda anteriormente proposta costituiscano il necessario presupposto, alla stregua di un nesso di pregiudizialità logico-giuridica, per la definizione del giudizio successivo, come nell'ipotesi in cui le contrapposte domande abbiano ad oggetto il riconoscimento e la tutela di diritti derivanti dallo stesso rapporto e il loro esito dipenda dalla soluzione di una o più questioni comuni (viene citata, l'ordinanza della Corte di cassazione, sezione sesta civile, n. 5340 del 2022).

Tale «*assetto normativo e interpretativo consolidato*» – ha argomentato il Tribunale – determinerebbe un vuoto di tutela, «anzitutto» nel caso in cui la parte che invochi una misura cautelare sul presupposto della minaccia imminente di un pregiudizio irreparabile non sia a conoscenza della prevenzione del giudizio di merito e «*si affermi pertanto in buona fede titolare di un diritto cautelando*».

Un vuoto di tutela si evidenzerebbe anche nell'ipotesi in cui la parte, pur essendo a conoscenza della pendenza del giudizio di merito, intenda avvalersi di un foro alternativo, poiché «*anche in questa ipotesi, non appare irragionevole ritenere che, alcuna azione di condanna a tutela del proprio credito sia stata esercitata nel giudizio preventivamente instaurato altrove, che in nessun modo possa porsi in relazione di necessaria strumentalità con la cautela azionata*».

L'ordinanza ha infine rimarcato che nel caso in esame il vuoto di tutela cautelare scaturiva dalla necessità di dichiarare, in ragione dell'eccepta incompetenza, l'invalidità e l'inefficacia del provvedimento cautelare concesso *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 669-sexies, secondo comma, c.p.c., nonostante continuasse a sussistere il rischio che ingenti masse patrimoniali potessero transitare, in un breve lasso di tempo, dalla banca ricorrente alla concorrenza tramite il lavoratore dimessosi.

È utile ricordare che, ai sensi dell'art. 669-sexies, secondo comma, c.p.c., qualora la convocazione della controparte – e quindi la previa instaurazione del contraddittorio – rischi di pregiudicare l'attuazione del provvedimento, il giudice può emettere decreto *inaudita altera parte*, con il quale autorizza la misura cautelare⁸⁵, assunte, ove occorre, sommarie informazioni, anche d'ufficio⁸⁶.

Si tratta di una procedura eccezionale, dalla cui previsione la dottrina ricava, per converso, il carattere inderogabile del rispetto del contraddittorio nel procedimento cautelare⁸⁷, contraddittorio che va, comunque, instaurato mediante la fissazione, con lo stesso decreto *inaudita altera parte*, dell'udienza di comparizione entro un termine non superiore a quindici giorni, con assegnazione all'istante di un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto⁸⁸. Il mancato rispetto di tali termini determina l'inefficacia del decreto da dichiararsi ai sensi dell'art. 669-novies c.p.c.

⁸⁵ Si tratta di una peculiarità strutturale del procedimento cautelare che vale ad evidenziare la sommarietà, oltre che della cognizione, del procedimento. Sulla distinzione chiovendiana tra sommarietà del procedimento e sommarietà della cognizione, v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 278, spec. nota 33.

⁸⁶ Anche su questo profilo, v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 279.

⁸⁷ Ancora, in questi termini, v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 279.

⁸⁸ Secondo l'opinione prevalente il termine per la notifica è da ritenersi perentorio e a pena di inefficacia, mentre quello per la fissazione dell'udienza non è da ritenersi perentorio.

L'udienza predetta è deputata al riesame in contraddittorio del provvedimento, sia esso di accoglimento o di rigetto. Infatti il giudice, all'esito della comparizione delle parti, «*con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto*»⁸⁹.

La decisione così assunta costituisce il provvedimento terminale del procedimento cautelare ed è soggetta sia alla revoca o modifica per mutamenti sopravvenuti, sia al reclamo, da proporsi nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore (art. 669-*terdecies* cod. proc. civ.).

La revoca del provvedimento *inaudita altera parte*, così come la sua modifica, potrà aversi sia quando lo sviluppo dialettico del procedimento apporti **nuovi elementi** a sostegno o in contrasto con la domanda cautelare, sia semplicemente all'esito di una **rivalutazione delle originarie allegazioni**. Il decreto adottato in assenza del contraddittorio, pur efficace ed attuabile, viene meno se il giudice, a seguito della comparizione delle parti, ritiene che non sussistessero i presupposti per la misura. Ne deriva che la revoca o la modifica *in peius* **operano retroattivamente e automaticamente sulla fonte genetica dell'efficacia** ovvero sul decreto, a differenza della revoca e modifica per sopravvenienza, le quale operano *ex nunc*⁹⁰.

Tanto premesso, la peculiarità dell'ordinanza in esame risiede in ciò, che **il Giudice del lavoro presso il Tribunale di Siena non si è affatto pronunciato in via definitiva sulla istanza cautelare, revocando, modificando o confermando il decreto *inaudita altera parte*, ma ha sospeso il giudizio e rimesso gli atti alla Corte costituzionale**. Tale metodo, se, da un lato, ha scongiurato la pronuncia di inammissibilità per perdita della *potestas decidendi* – giacché, a rigore, il giudice rimettente non ha definito il procedimento cautelare – sembra esporsi a rilievi critici perché si risolve in una **forzatura del meccanismo eccezionale del provvedimento *inaudita altera parte*** – il quale, per definizione, non ammette dilazioni – al fine di conservare la *potestas decidendi* cautelare fino alla conclusione del giudizio costituzionale.

Più correttamente il giudice avrebbe dovuto confermare il decreto assunto *inaudita altera parte* con una esplicita ordinanza *ad tempus* condizionata all'esito dell'incidente di costituzionalità, come, invece, ha fatto il **Tribunale di Genova nell'ordinanza del 22 agosto 2022**⁹¹. Nel giudizio in cui tale ordinanza è stata resa, il ricorrente, esercente la professione di chimico, aveva chiesto di sospendere il provvedimento con il quale il consiglio direttivo dell'Ordine aveva accertato il suo inadempimento all'obbligo vaccinale COVID-2019, determinandone la sospensione dall'esercizio della professione di chimico. Chiedeva che fosse tutelato il suo diritto all'esercizio della professione, in quanto, non esercitando alcun tipo di attività lavorativa che prevedesse contatti con il pubblico, ma dirigendo un laboratorio di analisi anti-inquinamento, erroneamente l'Ordine dei chimici aveva ritenuto a lui applicabile l'obbligo vaccinale; chiedeva, in subordine, che, qualora il provvedimento avesse correttamente applicato la legge e ciò fosse stato ritenuto necessario, venisse sollevata dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 4 del decreto-legge n. 172 del 2021, come modificato dalla legge n. 3 del 21 gennaio 2022, per violazione degli articoli 3, 4, 23 e 32 Cost., nella parte in cui dispone la sospensione dall'esercizio della professione, o quanto meno senza alcuna verifica della tipologia di attività lavorativa concretamente esercitata.

⁸⁹ Anche in forma implicita, come chiarito da **Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 18 ottobre 2013, n. 23674**, secondo la quale «*la conferma, ex art. 669 sexies, secondo comma, c.p.c., di un decreto cautelare reso in corso di causa *inaudita altera parte*, e notificato al destinatario nel successivo termine perentorio di otto giorni dalla sua adozione, non richiede, una volta fissata la corrispondente udienza di comparizione delle parti entro quindici giorni, una forma vincolata, ben potendo esaurirsi tale udienza con un provvedimento di prosecuzione delle attività proprie del giudizio a cognizione piena che si aggiunga a quello di conferma del predetto decreto o che, **univocamente ed implicitamente, lo contenga***».

⁹⁰ C. CONSOLO, *Commentario del c.p.c., Sub art. 669-sexies*, Milano, 2018, 33.

⁹¹ Sulla quale la **Corte costituzionale** ha deciso con la **sentenza n. 185 del 2023**.

7. La giurisprudenza costituzionale sulla tutela cautelare *ad tempus*.

Tra le numerose pronunce costituzionali che hanno avallato la tecnica della cautela *ad tempus*⁹², va segnalata la **sentenza n. 221 del 2019**, secondo la quale la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata anche in sede cautelare, sia quando il giudice non abbia ancora provveduto sull'istanza dei ricorrenti, sia quando abbia concesso la misura richiesta, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere del quale il giudice fruisce in quella sede.

Il Tribunale di Pordenone aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, e 117, primo comma, Cost. – quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU – degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «*coppie [...] di sesso diverso*» e *sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche «a coppie [...] composte da soggetti dello stesso sesso»*.

Il giudice *a quo* aveva premesso di essere investito del procedimento cautelare promosso, ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile, da due donne, parti di una unione civile, in seguito al rifiuto opposto dalla locale Azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla PMA.

Le ricorrenti avevano esposto di convivere *more uxorio* dal 2012 e di aver contratto unione civile nel 2017; di aver maturato nel corso del tempo il desiderio della genitorialità, tanto che una di loro aveva intrapreso un percorso di PMA in Spagna, all'esito del quale aveva dato alla luce in Italia due gemelli; che anche l'altra ricorrente intendeva realizzare il suo desiderio di maternità, senza tuttavia recarsi all'estero, con costi piuttosto elevati, poiché, a suo parere, la legge n. 40 del 2004 – dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015 e alla luce di alcune importanti pronunce della giurisprudenza di legittimità – avrebbe consentito alle coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA anche in Italia; che le ricorrenti si erano quindi rivolte all'Azienda sanitaria locale presso la quale era stato istituito un servizio di PMA di elevato livello qualitativo; che il responsabile del servizio aveva, tuttavia, respinto la loro richiesta, sul rilievo che **l'art. 5 della legge n. 40 del 2004 riserva la fecondazione assistita alle sole coppie composte da persone di sesso diverso**. Reputando illegittimo il diniego, le ricorrenti hanno chiesto al giudice adito **di ordinare, con provvedimento d'urgenza**, all'Azienda sanitaria di consentire loro l'accesso alla PMA, previa proposizione – ove il problema non fosse ritenuto superabile in via interpretativa – di questioni di legittimità costituzionale del citato art. 5 ed, eventualmente, dell'art. 4, comma 1, della medesima legge n. 40 del 2004, nella parte in cui limita la PMA «ai casi di sterilità o di infertilità», anche quando si tratti di coppie formate da persone dello stesso sesso.

Analoga questione era stata sollevata dal **Tribunale di Bolzano**, il quale aveva riferito di essere chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto da due donne, **ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., nei confronti dell'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano**.

Nel ricorso si deduceva che la coppia ricorrente si era sposata in Danimarca nel 2014, con atto successivamente trascritto in Italia nel registro delle unioni civili; che a causa delle complicazioni seguite a trattamenti di inseminazione artificiale operati in Danimarca, a una delle ricorrenti era stata asportata la salpinge uterina destra e riscontrata l'avvenuta chiusura di quella sinistra, con conseguente incapacità di produrre ovuli; che l'altra ricorrente soffriva, a sua volta,

⁹² V., *ex aliis*, Corte cost., sentenze n. 84 del 2016; n. 96 del 2015; n. 162 del 2014; n. 83 del 2013; n. 172 del 2012; n. 307 del 2011; n. 176 del 2011; n. 236 del 2010; n. 151 del 2009; n. 393 del 2008; n. 351 del 2008; n. 306 del 2008; n. 161 del 2008; n. 25 del 2006; ordinanze n. 151 del 2009; n. 25 del 2006.

di un'aritmia cardiaca, in ragione della quale le era stato sconsigliato di avere gravidanze e suggerito, anzi, di ricorrere a una terapia anticoncezionale; che le tecniche di fecondazione assistita avrebbero consentito di superare gli ostacoli alla procreazione indotti da tali patologie, tramite l'utilizzazione complementare delle potenzialità riproduttive residue delle ricorrenti (gestazionale dell'una, di produzione ovarica dell'altra); che, a tal fine, esse si erano rivolte all'Azienda sanitaria di Bolzano, la quale aveva, tuttavia, respinto la loro richiesta, rilevando che l'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 vieta le tecniche di fecondazione eterologa e che il successivo art. 5 consente di accedere alle tecniche di PMA solo alle coppie composte da persone di sesso diverso.

Reputando illegittimo il diniego, le ricorrenti avevano chiesto al Tribunale rimettente di garantire con provvedimento d'urgenza il loro diritto di accesso alle menzionate terapie riproduttive.

La Corte costituzionale ha respinto le questioni, ma in ordine alla possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale in senso ad un giudizio cautelare, ha affermato che *«[n]essun dubbio di ammissibilità si pone in rapporto alla sedes processuale nell'ambito della quale le questioni sono state sollevate. Già in precedenti pronunce attinenti alla disciplina della PMA, questa Corte ha, infatti, ribadito la propria costante giurisprudenza, secondo la quale la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata anche in sede cautelare, sia quando il giudice non abbia ancora provveduto sull'istanza dei ricorrenti (come è avvenuto negli odierni giudizi), sia quando abbia concesso la misura richiesta, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere del quale il giudice fruisce in quella sede (sentenze n. 162 del 2014 e n. 151 del 2009, ordinanza n. 150 del 2012; con specifico riferimento alle questioni sollevate nell'ambito di procedimenti d'urgenza ante causam, sentenze n. 84 del 2016 e n. 96 del 2015)»*.

Merita di essere ricordata anche la **sentenza n. 77 del 2018**, la quale, sia pure in forma di *obiter dictum*, ha affermato che il potere decisorio del rimettente non viene meno quando egli abbia, al contempo, adottato la misura cautelare richiesta da una parte e, con separato provvedimento, sospeso il giudizio cautelare, sollevando incidente di legittimità costituzionale proprio sulla disposizione di cui abbia fatto applicazione provvisoria e temporanea.

Ancora, di particolare interesse è la **sentenza n. 10 del 2018**, la quale ha confermato che è ammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 62 del 2006, sollevata dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare, purché il rimettente non abbia provveduto in via definitiva sull'istanza. Il rimettente – ha precisato la Corte – ha condizionato l'esito del procedimento cautelare alla definizione dell'incidente di legittimità costituzionale e, dunque, non ha consumato la relativa *potestas iudicandi*.

Il giudizio principale aveva ad oggetto il provvedimento con il quale il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa (CPGA) aveva rigettato l'istanza di M. B., magistrato amministrativo e primo dei candidati non eletti alle elezioni per il medesimo organo, del 13 aprile 2013, volta a consentire il subentro del suddetto in sostituzione di uno dei componenti del Consiglio, decaduto anzitempo per dimissioni.

Più precisamente, il giudizio atteneva all'incidente cautelare, promosso, contestualmente al merito, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e diretto alla sospensione degli effetti del provvedimento impugnato. Incidente cautelare definito dal TAR adito, rigettando il chiesto provvedimento cautelare con ordinanza poi impugnata da M. B. innanzi al Consiglio di Stato rimettente, quale giudice dell'appello cautelare.

Il Consiglio di Stato, **senza definire l'incidente cautelare**, ha ritenuto di dover accogliere la richiesta dell'appellante relativa alla rimessione, alla Corte costituzionale, delle modifiche che il

d.lgs. n. 62 del 2006 aveva apportato al sistema elettorale previsto per il CPGA, avuto riguardo al tema del subentro al candidato decaduto anzitempo.

La particolarità di questo giudizio risiede in ciò che il Consiglio di Stato non ha accolto la richiesta di riforma interinale dell'ordinanza di diniego emessa in primo grado e si è limitato a rimettere la questione alla Corte.

Ciò sul presupposto che l'istanza *«sollecitata la disapplicazione in via amministrativa di norme di legge vigenti a scopo di tutela di un interesse pretensivo, ed in particolare al fine di ottenere in via interinale la modifica della composizione del Consiglio di presidenza, il quale – a quanto riferito dai difensori delle parti in Camera di consiglio – risulta attualmente costituito nella sua pienezza, dopo che all'esito delle elezioni suppletive tenutesi il 13 marzo 2016 è stato immesso nella carica lasciata da [...] Consigliere di tribunale amministrativo il dott. xxx, odierno controinteressato (cui l'appello è stato ritualmente notificato); pertanto, in seguito alla ricomposizione dell'organo di autogoverno devono essere ritenute prevalenti le esigenze di assicurare la stabilità delle sue deliberazioni; inoltre, a fronte della medesima circostanza la domanda cautelare appare trascendere il limitato ambito di controllo diffuso di costituzionalità esercitabile a fini meramente cautelari dal giudice amministrativo (Cons. Stato, Ad. plen., ord. 20 dicembre 1999, n. 2)»*.

8. Le questioni ancora aperte. Cautela *ad tempus* e tipicità delle forme processuali: la proposta ricostruttiva di Falcon e di Esposito.

Nonostante la tutela *ad tempus* abbia avuto largo seguito anche nella giurisprudenza ordinaria, ottenendo l'avallo della Corte costituzionale, diversi sono gli interrogativi che tale tecnica decisoria lascia insoluti.

Per una efficace descrizione dell'essenza della tutela cautelare *ad tempus* occorre richiamare, ancora una volta, le parole della **sentenza n. 444 del 1990** secondo cui *«[n]el giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale sono inammissibili le questioni sollevate in sede di giudizio cautelare dopo l'accoglimento della relativa istanza da parte del giudice, e ciò per l'avvenuto esaurimento di ogni sua potestà in quella sede, con conseguente irrilevanza della questione ai fini di quel procedimento. Invece, la sospensione degli atti impugnati in via provvisoria e temporanea fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità, disposta contemporaneamente all'ordinanza di rimessione alla Corte, non determina per la natura meramente tecnica ed interinale della pronuncia, l'esaurimento del potere cautelare del giudice né quindi, il venir meno della rilevanza della questione sollevata»*.

Ciò nondimeno, una parte della dottrina⁹³ continua a dubitare della conformità di un siffatto orientamento con la regola del sindacato accentrato di costituzionalità, posto che esso comunque costituirebbe un fattore di diffusione del giudizio costituzionale. Il giudice *a quo* non si limita ad una sommaria delibazione della non manifesta infondatezza, ma si spinge a compiere una vera e propria decisione circa la legittimità della disposizione indubbiata, sia pure in via incidentale, disponendone, nella sostanza, la disapplicazione.

È pur vero che la stessa dottrina in esame finisce con l'ammettere la disapplicazione nella tutela cautelare *ad tempus* (non la disapplicazione *tout court*) qualificandola come **disapplicazione necessaria**.

Essa costituirebbe pur sempre una deroga al sindacato accentrato, ma ammissibile, in quanto circoscritta nel tempo e strumentale alla tutela di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento.

Una interessante teoria ha tuttavia dato una veste tecnico-giuridica alla tecnica della tutela *ad tempus*, la cui particolare persuasività deriva dalla circostanza che essa rinviene nel dato normativo la fonte di legittimazione di tale costruzione giuridica.

⁹³ L. AZZENA, op. cit.

Si tratta della tesi sostenuta da **Giandomenico Falcon**⁹⁴ e da **Mario Esposito**⁹⁵.

I due Autori traggono le mosse dall'istituto della **sospensione ex art. 23 della legge n. 87 del 1953** per intravedervi il riflesso, giuridicamente necessario, della rilevanza della questione di legittimità costituzionale⁹⁶. La *ratio* della sospensione risiede in ciò, che il processo principale non può proseguire fino a quando la questione non venga decisa dalla Corte, perché, altrimenti, la risoluzione della stessa da parte della Corte sarebbe inutile in quanto incapace di incidere sulla definizione dello stesso giudizio *a quo*.

La sospensione *ex art. 23 cit.* spiega un duplice effetto sul giudice e sulle parti, in quanto, da un lato, dispensa il giudice dal fare applicazione della norma indubbiata e, dall'altro, ne impedisce di farne applicazione nel rapporto *inter partes* oggetto del giudizio.

In altre parole, come osserva Falcon, la sospensione non costituisce solo una regola processuale per il giudice, in forza della quale il giudice non può giudicare fino a quando la Corte costituzionale non si pronuncia, **ma sospende l'efficacia della norma indubbiata in quanto regola di comportamento tra le parti.** Potrebbe anche darsi il caso in cui pur essendo il giudizio sospeso, la parte continui a dare attuazione alla norma incostituzionale (paradigmatico è il caso del giudizio amministrativo in cui l'amministrazione ha il potere di dare attuazione al provvedimento assunto in attuazione della norma indubbiata).

Alla luce di tale rilievo la mera sospensione del processo potrebbe rivelarsi insufficiente ad impedire l'applicazione medio tempore della norma sospettata, applicazione che potrebbe condurre alla definitiva compressione del diritto negato dalla norma stessa.

In tale prospettiva la possibilità per il giudice rimettente di emettere, nelle more del giudizio costituzionale, provvedimenti cautelari non si caratterizzerebbe come **un'autonoma disapplicazione**, ma come una **differente e più pervasiva declinazione della sospensiva prevista dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953.**

D'altro canto, osserva Esposito, la sospensione è un istituto volto ad evitare che la legge indubbiata **spieghi effetti sulla *res iudicanda*** fino alla pronuncia costituzionale.

Essa risponde quindi ad una finalità cautelare ed è volta ad evitare, da un lato, che il giudice porti paradossalmente ad esecuzione la legge di cui dubita, ma anche che lo facciano le parti – specie la parte che è titolare di una posizione di potere, con il rischio che la sentenza costituzionale di accoglimento risulti, alla fine, inutile.

Questa concezione, rimarcando la funzione cautelare della sospensione, attribuisce al contempo alla misura cautelare assunta dal giudice *a quo* una funzione strumentale e servente della stessa sospensione *ex art. 23*.

In tale prospettiva, la possibilità di pronunciare provvedimenti cautelari in via meramente interinale, può essere intesa non come una disapplicazione vera e propria e dunque come un momento di diffusione del giudizio di costituzionalità, ma come **un'attività necessariamente connessa alla rimessione della questione di legittimità costituzionale, al fine di garantire la piena funzionalità della sospensione.**

8.1. Il contenuto del provvedimento cautelare *ad tempus*.

Nel giudizio cautelare a tutela di un diritto pregiudicato da una norma di cui si assume la illegittimità costituzionale il *fumus boni iuris* deve essere inteso come probabilità di accoglimento della questione. In quale rapporto si pone tale prognosi rispetto alla valutazione di non manifesta infondatezza della questione?

⁹⁴ G. FALCON, *Intervento*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 157 ss.

⁹⁵ M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, 1833 ss.

⁹⁶ Come sottolinea G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, cit., 173 e ss.

Il requisito della non manifesta infondatezza non impone al giudice di verificare se la questione sia fondata, né se sia infondata, perché nell'uno e nell'altro caso si sostituirebbe alla Corte, alla quale soltanto spetta il sindacato di costituzionalità, ma **deve respingere** l'eccezione di incostituzionalità se essa risulti *manifestamente e quindi prima facie o palesemente infondata*.

Il giudice deve, invece, sollevare la questione di legittimità costituzionale tutte le volte in cui sia **sfiato dal dubbio sulla legittimità costituzionale**.

Si è, quindi, osservato che se la misura cautelare rinviene il suo fondamento nel dubbio di legittimità costituzionale, il *fumus boni iuris* si farebbe nella specie coincidere con una **valutazione superficiale di mero dubbio sulla fondatezza della questione**.

Poiché secondo le regole del processo cautelare il *fumus* è qualcosa di più, nel caso di specie la delibazione della questione di legittimità costituzionale dovrebbe essere più approfondita e dovrebbe consistere in una valutazione della *probabilità della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte*.

Una parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato che una cognizione così approfondita sulla norma sospettata di illegittimità costituzionale **sconfinerebbe nelle competenze della Corte, così che il giudice della fase cautelare dovrebbe limitarsi al rilievo della non manifesta infondatezza e concedere, sulla scorta di questa, il provvedimento cautelare**⁹⁷.

Ne deriverebbe che sarebbe consentito al giudice della cautela concedere provvedimenti potenzialmente irreversibili sulla base di un semplice dubbio. Ciò in spregio con le esigenze di garanzia dei diritti che sono sottese alla tutela giurisdizionale.

Eppure, la Corte costituzionale è orientata a far coincidere la nozione di *fumus* con quella di non manifesta infondatezza.

Le preoccupazioni in ordine alla scarsa consistenza del *fumus* derivano dalla stessa nozione di tale ultimo requisito elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per il processo civile.

Il *fumus boni iuris* attesta un **certo grado di probabilità** e non anche di possibilità che il diritto sussista.

Con il concetto di *possibilità* si indica ciò, che un certo fatto **può accadere**, può avvenire o essere venuto ad esistenza. La possibilità che un fatto venga ad esistenza non è sufficiente neanche nei casi di pronuncia *inaudita altera parte*. Ciò che è possibile potrebbe essere altamente improbabile. Dal punto di vista logico, prima che giuridico, alla possibilità non è possibile associare una misura o una qualità (cioè affermare che essa è elevata, grande o piccola). Alla possibilità si associa solamente il predicato di esistenza o inesistenza. Un fatto o è possibile o è impossibile, *tertium non datur*.

Non si può dire che esso sia molto possibile o poco possibile, remotamente o immediatamente possibile. Si può invece dire che aumentano o diminuiscono, sono spazialmente o temporalmente lontane o vicine **le condizioni che rendono possibile un determinato risultato, ma non il risultato in sé, il quale ammette soltanto gli attributi di esistente o inesistente**.

Esaminando le disposizioni che disciplinano le condizioni delle singole misure cautelari nel processo civile si rileva che il *fumus* è declinato in termini di probabilità e non di mera possibilità.

Si pensi all'art. 671 c.p.c., là dove dispone che «*[i]l giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento*», mentre l'art. 670 c.p.c. prevede che «*[i]l giudice può autorizzare il sequestro giudiziario: 1) di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea*».

⁹⁷ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 112.

Ancora, significativo è l'art. 700 c.p.c. dispone che «*[f]uori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha **fondato motivo di temere** che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*».

La gravità del timore indica la probabilità di sussistenza del *fumus* che deve essere di un certo livello, alta o medio alta, e non bassa.

Il codice di procedura civile non pone a base della valutazione del *fumus* uno standard valutativo costante e uniforme: il *quantum* della probabilità varia nei diversi provvedimenti cautelari.

Tanto premesso, come sopra osservato, una autorevole dottrina ritiene che la natura essenzialmente probabilistica della prognosi cautelare vada riferita ai soli fatti e non anche alle questioni di diritto implicate dalla controversia, le quali non implicano un'attività di accertamento vera e propria ma interpretativa.

Quindi, tornando alla questione di legittimità costituzionale dalla quale dipenda la stessa misura cautelare, nel caso in cui la verifica sul *fumus* si limitasse alla delibazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, **si abiliterebbe una vistosa deroga al giudizio di verosimiglianza che normalmente si associa alle misure cautelari.**

Secondo una parte della dottrina, il giudizio di verosimiglianza contiene al suo interno una valutazione sulla esistenza della norma di diritto sulla quale si fonda la pretesa e in questo ambito al giudice dell'urgenza **compete una valutazione incidentale sul merito costituzionale che è strumentale al merito del giudizio ordinario e non è di mera possibilità, ma di verosimiglianza**⁹⁸.

Né, si sottolinea, è di ostacolo a una simile impostazione il fatto che, prima della pronuncia della Corte costituzionale, il diritto cautelando non esiste, posto che nel processo civile il diritto tutelando viene sempre in rilievo come *semplice ipotesi che troverà conferma all'esito del processo. Nel processo civile il diritto rileva in chiave di mera affermazione, nel senso che, al momento della proposizione della domanda esso costituisce oggetto di una mera supposizione in cerca di conferma. Allo stesso modo il diritto cautelando è una mera ipotesi – fumus – da apprezzare in chiave di mera verosimiglianza.*

8.2. Il problema del reclamo cautelare in pendenza dell'incidente di costituzionalità.

L'ordinanza cautelare *ad tempus* è reclamabile?

Occorre muovere dal presupposto che la necessità del reclamo cautelare ha trovato un avallo nella giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 8 del 1982)⁹⁹. Va inoltre considerato che ove si escludesse la reclamabilità per le sole ordinanze cautelari con le quali si solleva una questione di legittimità costituzionale, si realizzerebbe una ingiustificata disparità di trattamento in relazione al diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi.

Fermo quanto premesso, il provvedimento cautelare concesso secondo lo schema della tutela ha una natura *sui generis* e a favore della sua **inappellabilità milita l'argomento per cui tale provvedimento è intimamente collegato con la quesitone di legittimità costituzionale. L'impugnazione dell'ordinanza *ad tempus* genera il pericolo che l'esito dell'incidente di costituzionalità possa essere nella sostanza eluso.**

Una soluzione idonea a conciliare le opposte esigenze costituzionali di garanzia della tutela giurisdizionale, *sub specie* di reclamabilità del provvedimento cautelare e di conservazione della

⁹⁸ S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., 456.

⁹⁹ Per la reclamabilità del provvedimento di diniego di nomina di un consulente tecnico preventivo ai fini della composizione della lite ex art. 696-bis c.p.c., v. la recente sentenza n. 202 del 2023.

utilità dell'esito del giudizio costituzionale, sembra essere quella di ammettere la reclamabilità del provvedimento cautelare solamente sotto il profilo del *periculum in mora*.

In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato¹⁰⁰, **rigettando l'appello contro la decisione *ad tempus*** adottata dal giudice di primo grado, sul rilievo che la delibazione del primo giudice di non manifesta infondatezza non può formare oggetto di riedizione in sede di appello – salvi i casi di assoluta abnormità e di evidente irrilevanza ai fini del decidere – restando riservata al giudice *a quo* che nel suo apprezzamento ha ad essa condizionato l'esito del giudizio cautelare.

8.3. Irreversibilità degli effetti del provvedimento *ad tempus* e giudizio costituzionale.

Un'altra questione problematica generata dal provvedimento cautelare *ad tempus* è quella della piena satisfattività del provvedimento cautelare e della irreversibilità dei suoi effetti rispetto alla pronuncia costituzionale¹⁰¹.

La circostanza che **alcuni effetti del provvedimento cautelare non siano rimuovibili o ripristinabili rientra nella logica della tutela cautelare, né valgono a condizionarne l'esito.**

Deve, infatti, considerarsi che, ai sensi dell'**art. 21** (già art. 18) delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹⁰², **il giudizio incidentale di costituzionalità è autonomo rispetto al giudizio *a quo*, nel senso che non risente delle vicende di fatto, successive all'ordinanza di remissione e relative al rapporto dedotto nel processo principale.** Per questo, la costante giurisprudenza costituzionale afferma che **la rilevanza della questione deve essere valutata alla luce delle circostanze sussistenti al momento del provvedimento di remissione, senza che assumano rilievo eventi sopravvenuti** (sentenze n. 244 e n. 85 del 2020), **quand'anche costituiti dall'estinzione del giudizio principale per effetto di rinuncia da parte dei ricorrenti** (ordinanza n. 96 del 2018).

II. TUTELA CAUTELARE E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

1. Antinomia tra norme nazionali e diritto dell'Unione e tutela cautelare. La sentenza *Factortame*.

Una problematica analoga a quella ora esaminata si pone in caso di **rinvio pregiudiziale, di interpretazione o di validità, alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE**¹⁰³.

Analogamente a quanto accade nell'incidente di costituzionalità il rinvio pregiudiziale non comporta il trasferimento davanti alla Corte di giustizia della controversia pendente davanti al giudice nazionale, così che non è pensabile l'impiego degli istituti di diritto cautelare codificati agli artt. 278 e 279 per i ricorsi diretti.

Tale problema investe **sia le ipotesi di antinomia tra una legge nazionale e il diritto dell'Unione, sia l'ipotesi del contrasto tra diritto derivato e norme primarie del diritto dell'Unione.**

¹⁰⁰ Consiglio di Stato, sezione terza, ordinanza 20 novembre 2014.

¹⁰¹ Per la quale si rinvia, ancora una volta, a G. MENEGUS, op. cit.

¹⁰² Ai sensi del quale, «1. La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale **non producono effetti** sul giudizio davanti alla Corte costituzionale».

¹⁰³ A mente del quale «[l]a Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'**interpretazione** dei trattati; b) **sulla validità** e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, **domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.** Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte. [...]».

Per quanto riguarda la prima di dette ipotesi, **in assenza di norme positive**, è stata la stessa Corte di giustizia ad individuare la soluzione nella **fondamentale sentenza del 19 giugno 1990, in causa C-213/89, Factortame**.

La controversia *a quo* aveva ad oggetto la cd. quota *hopping* dei pescherecci spagnoli che, immatricolandosi nel Regno Unito, si aggiudicavano il diritto di pescare parte della quota di pesce che spettava a tale Stato. Difatti il regolamento CE n. 2057/82 del 29 giugno 1982 aveva stabilito che le catture di pesci appartenenti ad una riserva soggetta a contingentamento effettuata da pescherecci battenti bandiera di uno Stato membro o immatricolati in esso venivano imputate alla quota dello Stato stesso. Si era verificato però il fenomeno per cui numerosi pescherecci spagnoli venivano immatricolati nel Regno Unito così consumando la quota di tale Stato. Di qui la risposta del Governo britannico che cambiò le regole per l'immatricolazione dei pescherecci imponendo più rigorosi requisiti. La società Factortame operante nel Regno Unito ma di proprietà spagnola in un giudizio ivi radicato aveva contestato la conformità ai trattati di tale legislazione, deducendo, in particolare una **discriminazione basata sulla nazionalità, oltre che la violazione della libertà di stabilimento e di circolazione**.

La società chiedeva disapplicarsi nei propri confronti la disciplina, previo rinvio pregiudiziale, e in attesa della decisione della Corte di giustizia e quindi della decisione definitiva del giudice nazionale, ordinarsi **provvisoriamente all'amministrazione britannica** di considerare valide le immatricolazioni già assentite.

Il giudice inglese aveva sospeso il procedimento proponendo alla Corte di giustizia la **questione pregiudiziale interpretativa sulla compatibilità della nuova disciplina con il diritto dell'Unione, ma, allo stesso tempo, aveva ordinato la provvisoria sospensione dell'applicazione nei confronti dei ricorrenti**.

Tale provvedimento era stato, però, revocato in appello sulla scorta della presunzione di validità che assiste gli atti del Parlamento inglese sino all'accertamento definitivo della loro incompatibilità con il diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha affermato che le norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta **devono poter spiegare pienamente la loro efficacia e per questo deve intendersi incompatibile con il diritto comunitario e quindi deve essere disapplicata qualsiasi norma interna che sia di ostacolo al giudice nazionale nel disapplicare anche temporaneamente le norme nazionali confliggenti con il diritto comunitario avente efficacia diretta**. Diversamente, ha chiarito la Corte di giustizia, l'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 sulla esistenza dei diritti invocati in forza dello stesso diritto comunitario.

Quindi il giudice è chiamato a disapplicare anche la norma nazionale che osti alla concessione del provvedimento provvisorio.

La sentenza *Factortame* è stata salutata con favore dalla dottrina, la quale vi ha intravisto il riconoscimento a livello europeo della tutela cautelare come strumento primario di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti¹⁰⁴.

¹⁰⁴ In tal senso, in particolare, C. CONSOLO, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, 11, il quale osserva che «durante la pendenza del giudizio di merito inteso a saggiare l'esistenza o meno del contrasto, e quindi a verificare eventualmente l'esigenza per il giudice nazionale di disapplicare in tutto o in parte la normativa interna (previo eventuale rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 177 Trattato C.E.E. alla Corte di giustizia), i diritti dei cittadini degli Stati comunitari possono rimanere esposti a pregiudizi, talora gravi e/o irreversibili. Si propone allora una questione, mutato quel non poco che vi è da mutare, non nuova del tutto: quella della possibilità di pronunciare provvedimenti cautelari che assicurino subito un certo grado di tutela e di soddisfazione per quei diritti che, sanciti dalla norma di rango più elevato (ad es., di quella costituzionale; qui invece di quella comunitaria), appaiano sacrificati dalla norma di rango inferiore (rispettivamente quella di legislazione ordinaria oppure, qui, quella di diritto interno o municipale)».

Da parte di altri¹⁰⁵ si è osservato che la sentenza *Factortame* non fa altro che applicare principi che erano stati già espressi dalla **sentenza *Simmenthal*** (Corte di giustizia, sentenza 9 marzo 1978, in causa C-106/77), nella quale la Corte aveva sostenuto che *«le disposizioni del Trattato qualora siano direttamente applicabili hanno l'effetto non solo di rendere ipso iure inapplicabile per il fatto stesso della loro entrata in vigore qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente – in quanto tali norme fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento comunitario – di impedire la formazione di nuovi atti legislativi nazionali nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie»*.

Il giudice nazionale ha, quindi, 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 la previa rimozione in via legislativa o mediante altro procedimento costituzionale.

In definitiva, la sentenza *Factortame* applica tale principio alle norme nazionali che impediscono la tutela d'urgenza di diritti di matrice comunitaria: così disponendo, tale sentenza non fa altro che affermare l'esigenza di garantire il primato del diritto comunitario e la sua immediata e uniforme applicazione e solo in secondo luogo, e i via mediata, di salvaguardare la piena effettività della protezione dei diritti.

Andando ora ad esaminare i **presupposti della tutela cautelare nei giudizi in cui venga in considerazione una norma nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione**, particolare rilievo deve riconoscersi alla **sentenza 13 marzo 2007, in causa C-432/05, *Unibet***.

La Corte di giustizia ha affermato 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 provvedimento provvisori**. L'individuazione delle regole processuali per garantire la tutela cautelare nelle more della risposta della Corte di giustizia spetta agli ordinamenti nazionali, in applicazione del **principio di autonomia processuale degli Stati membri**.

Tale principio, ha chiarito la Corte di giustizia, deve tuttavia essere temperato con quelli della **equivalenza** e di effetto utile (o di **effettività**).

Secondo il primo principio le **norme processuali nazionali relative ad azioni a tutela dei diritti dell'Unione non devono essere meno favorevoli delle norme processuali relative ad azioni a tutela dei diritti nazionali**.

Il principio di effettività, come sopra ricordato¹⁰⁶, impone, invece, che le norme processuali interne non siano tali da rendere **praticamente impossibile l'esercizio di diritti di matrice europea che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare**.

2. La tutela cautelare dei diritti di matrice comunitaria. Differenze rispetto ai diritti pregiudicati da una norma nazionale incostituzionale.

Occorre sottolineare che il problema che si pone nel caso in cui un diritto di matrice comunitaria necessiti di protezione cautelare nelle more del rinvio pregiudiziale è nettamente diverso rispetto a quello, sopra esaminato, che ricorre quando un diritto di ascendenza costituzionale sia pregiudicato da una norma di legge in contrasto con la Costituzione e necessiti di essere protetto nelle more dell'incidente di costituzionalità. Solo in tale ultima ipotesi il giudice deve affrontare l'ostacolo ordinamentale del sindacato accentrato della Corte costituzionale alla quale deve rimettere la questione, laddove nel caso dell'antinomia del diritto interno con quello dell'Unione il giudice è egli stesso titolare del potere di disapplicare le norme incompatibili.

Anzi, come chiarito dalla Corte di giustizia a far data dalla sentenza *Simmenthal*, **la risoluzione dell'antinomia costituisce compito primario del giudice nazionale, il quale,**

¹⁰⁵ In tal senso, v. G. MENEGUS, op. cit., 123-125.

¹⁰⁶ V., *supra*, il paragrafo 2 della sezione I.

ove ravvisi l'incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione, è tenuto, avvalendosi di un potere di sindacato diffuso, a non fare applicazione della norma interna.

In tale ipotesi il rinvio pregiudiziale di interpretazione serve a verificare la conformità del diritto interno al diritto comunitario, ma niente esclude che il giudice nazionale, in attesa della pronuncia chiarificatrice della Corte di Lussemburgo, non possa anticipare il proprio potere istituzionale di disapplicazione disponendo una disapplicazione incidentale.

Esemplari di tale impostazione sono i provvedimenti cautelari assunti dai giudici nazionali nei giudizi di seguito indicati.

1) sentenza 17 aprile 1986, in causa C-59/85, *Stato olandese contro Ann Florence Reed*, il giudice nazionale, nel disporre il rinvio pregiudiziale, ha ordinato di soprassedere ad una espulsione dai Paesi Bassi.

2) sentenza 30 maggio 1989, in causa C-33/88, *Pilar Aulé e Carmel Mary Conan contro Università di Venezia*, il giudice italiano ha ordinato il mantenimento provvisorio del posto di lavoro con detta università.

3) sentenza 5 febbraio 1991, in causa C-363/89, *Danielle Roux contro Stato Belga*, il giudice nazionale ha ordinato il rilascio di un permesso di soggiorno.

In conclusione, nel giudizio interno in cui il giudice disponga il rinvio pregiudiziale di interpretazione alcun ostacolo si pone all'anticipazione, da parte del giudice nazionale, della disapplicazione della norma interna ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione in attesa della pronuncia della Corte di giustizia, perché tale potere cautelare trova fondamento nello stesso potere-dovere di disapplicazione.

Diverso è, invece, il caso in cui l'antinomia intercorre tra una norma secondaria e una norma primaria del diritto dell'Unione.

3. Tutela cautelare e rinvio pregiudiziale di validità. Le sentenze *Foto-Frost*, *Zuckerfabrik* e *Atlanta*.

Con le fondamentali pronunce *Zuckerfabrik*¹⁰⁷ e *Atlanta*¹⁰⁸, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto al giudice nazionale la possibilità non solo di **sospendere** in via di urgenza l'esecuzione di atti normativi nazionali adottati in applicazione di un **regolamento ritenuto invalido**, ma anche di **emettere misure cautelari "positive"**, purché l'adozione del provvedimento sia contestuale al rinvio pregiudiziale.

Anche in questo caso il meccanismo delineato dalle sentenze della Corte di giustizia è **bifasico** e consiste nella concessione della misura, nel rinvio alla Corte e nella successiva **conferma o revoca** della misura già emessa sulla scorta della decisione della Corte.

Tale congegno processuale di conio pretorio sopperisce alla mancanza, nel giudizio su rinvio pregiudiziale, di poteri cautelari analoghi a quelli previsti per i **ricorsi diretti, espressamente disciplinati dagli artt. 278¹⁰⁹ e 279¹¹⁰ TFUE**.

Deve, anzitutto, ricordarsi che la Corte di giustizia, interpretando l'art. 267 TFUE, ha elaborato un **modello processuale di sindacato accentrato** della stessa Corte di giustizia in ordine alla validità delle norme di diritto dell'Unione europea.

È, dunque, evidente che, rispetto a un meccanismo siffatto, nella materia della tutela cautelare dei diritti di matrice eurounitaria si ripropongono gli stessi problemi affrontati nel ricostruire la tutela cautelare nell'incidente di costituzionalità.

¹⁰⁷ Corte di giustizia, sentenza 21 febbraio 1991, in cause C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG*.

¹⁰⁸ Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1995, in causa C-465/93, *Atlanta* e altre.

¹⁰⁹ A norma dell'art. 278 TFUE, «[i] ricorsi proposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato».

¹¹⁰ Secondo cui «[l]a Corte di giustizia dell'Unione europea, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari».

In realtà, l'art. 267 TFUE non dice nulla al riguardo, nel senso che non definisce un regime giuridico diverso a seconda che venga in rilievo il controllo di validità o l'esame di una questione interpretativa.

In entrambi i casi, per i giudici **non di ultima istanza**, la norma prevede la facoltà – e non l'obbligo – di rimettere alla Corte di giustizia la soluzione della questione pregiudiziale: il giudice comune di istanza inferiore ben potrebbe optare per l'interpretazione del diritto dell'Unione che più lo convince, senza investire la Corte di giustizia¹¹¹.

Di conseguenza il giudice di istanza inferiore potrebbe disapplicare tanto la norma interna ritenuta in contrasto con il diritto europeo, tanto la norma europea di fonte secondaria ritenuta in contrasto con la norma primaria.

Come anticipato, la Corte di giustizia da tempo risalente¹¹² fornisce una diversa e più rigida lettura dell'art. 267 TFUE.

Nella sentenza *Foto-frost* del 22 ottobre 1987, in causa C-314/85 la stessa Corte ha affermato di essere **competente in via esclusiva** a conoscere della **invalidità delle disposizioni di diritto derivato che si pongono in contrasto con il diritto primario dell'Unione**.

In particolare, il giudice può decidere *incidenter tantum* sulla questione di validità là dove ritenga infondati i motivi dedotti a sostegno della invalidità dell'atto normativo secondario. Per converso, il controllo di validità spetta in via esclusiva alla Corte nel caso in cui lo stesso giudice nazionale ritenga sussistente il contrasto della norma secondaria con il diritto primario dell'Unione.

Alla base di tale orientamento risiede la preoccupazione di evitare l'insorgere di divergenze interpretative tra i diversi Stati membri che potrebbero giungere a compromettere la stessa **unità dell'ordinamento eurounitario** e attentare alla fondamentale esigenza della **certezza del diritto**.

D'altro canto, afferma la sentenza *Foto-frost*, il giudice comunitario **è quello più indicato a pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari** sia per la facoltà delle istituzioni comunitarie di intervenire in giudizio per difendere la validità degli atti sia per la possibilità, riconosciuta alla Corte di giustizia, di chiedere alle istituzioni comunitarie che non sono parti in causa tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo.

Tanto premesso, la costruzione elaborata dalla sentenza *Foto-frost* vale ad accostare i diritti sanciti dal diritto europeo primario e pregiudicati da fonti di diritto secondario ai diritti tutelati dalla Costituzione e pregiudicati da leggi ordinarie in contrasto con la stessa Carta fondamentale. In entrambi i casi **il controllo di legittimità delle norme di rango inferiore si configura come accentratore, spettando in via esclusiva alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia.**

Per quanto concerne il rinvio pregiudiziale di validità, il problema del giudice nazionale di conciliare l'esigenza di tutela cautelare con il sindacato accentratore è stato risolto dalla citata **sentenza *Zuckerfabrik***.

Nel giudizio *a quo* il giudice tributario di Amburgo, **dubitando della validità di un regolamento comunitario**, aveva sollevato in via pregiudiziale due distinti quesiti dinanzi alla Corte di giustizia, chiedendo, rispettivamente, se l'art. 189, comma 2, del Trattato CEE andasse interpretato nel senso di consentire al giudice di sospendere provvisoriamente in via cautelare fino alla definizione del giudizio su un atto amministrativo attuativo di un regolamento comunitario reputato invalido e, se al fine di concedere tale misura, dovesse guardarsi al diritto nazionale o a quello europeo.

¹¹¹ Come evidenziato dal A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 170.

¹¹² Si tratta dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza della **Corte di giustizia**, 13 maggio 1981, in causa C-66/80, *International Chemical Corporation s.p.a.*

Nello stesso giudizio principale la società *Zuckerfabrik* aveva convenuto l'Ufficio doganale che le aveva intimato un contributo speciale di assorbimento **sulla base di un regolamento europeo** e la società aveva contestato la validità di detto regolamento.

La Corte ha affermato che la portata generale del regolamento non può costituire ostacolo alla tutela giurisdizionale riconosciuta ai singoli dal diritto comunitario. Il giudice che dubiti della validità deve rimettere la questione alla Corte di giustizia, ma, **nelle more della decisione della Corte, deve potere essere paralizzata provvisoriamente l'efficacia del regolamento assunto come contrastante con il diritto primario dell'Unione.**

La sentenza *Zuckerfabrik* ha, quindi, stabilito che **al giudice nazionale deve essere consentito di ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale che sia stato adottato in ossequio ad una norma di diritto derivato (un regolamento) in contrasto con il diritto primario dell'Unione.**

D'altro canto, un potere siffatto costituirebbe l'omologo di quello a disposizione della Corte nel giudizio di annullamento.

La sentenza *Zuckerfabrik* compie anche **un'altra importante precisazione.** La sospensione cautelare del provvedimento impugnato ha carattere di provvisorietà e vale a garantire una protezione del diritto nelle more della definizione dell'incidente di validità: i suoi effetti sono limitati al tempo strettamente necessario alla Corte per pronunciarsi sulla questione.

La sentenza procede, quindi, ad elaborare delle regole comuni alla tutela cautelare europea, al fine di evitare che tale tutela, se lasciata ai giudici nazionali, diverga da quella, omologa e positivamente stabilita, del giudizio di annullamento.

La prima precisazione **attiene ai presupposti per la concessione della misura cautelare sospensiva**, la quale può essere resa solo in caso di **urgenza**, ovvero nel caso in cui la misura deve essere adottata per evitare un pregiudizio grave e irreparabile che potrebbe verificarsi nelle more della decisione da parte della Corte.

Il Giudice europeo lascia tuttavia a quello nazionale di **riempire di significato la clausola generale della gravità e irreparabilità del pregiudizio.**

Al tempo stesso, la sentenza *Zuckerfabrik* avverte che il giudice nazionale non deve privare il provvedimento di «ogni pratica efficacia» e deve evitare che la misura adottata arrechi un **pregiudizio finanziario** alla stessa Comunità ponendo a carico della parte istante una cauzione o di un «sequestro a scopo conservativo».

In definitiva, la Corte introduce nel giudizio cautelare un nuovo requisito, ossia quello del **bilanciamento degli interessi**¹¹³.

Un'altra pronuncia che ha contribuito in modo significativo a configurare la tutela cautelare nel giudizio incidentale di validità è la sentenza *Atlanta* (sentenza 9 novembre 1995, in causa C-465/93, *Atlanta* e altre).

Nel giudizio *a quo* la società attrice contestava la legittimità del regolamento CEE n. 404/1993 perché **le impediva di importare banane da paesi terzi.** In particolare si richiedeva la concessione provvisoria di ulteriori certificati di importazione.

La Corte, facendo applicazione dei principi enunciati dalla sentenza *Zuckerfabrik*, ha riconosciuto al giudice nazionale anche il potere di emettere provvedimenti positivi in analogia all'omologo potere attribuito alla Corte di giustizia nel giudizio di annullamento.

Per ciò che concerne i presupposti, la Corte ha precisato che in questo caso non sono sufficienti **dubbi** circa la validità dell'atto normativo di diritto derivato, **ma il giudice deve indicare i motivi per i quali ritiene che la Corte sarà indotta a dichiarare l'invalidità dell'atto comunitario.**

¹¹³ Come notato da R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare*, in *Giust. civ.* 2006, 2647 ss.

E nel delineare tali motivi il giudice deve tenere conto dell'ampiezza del potere discrezionale che deve essere riconosciuto alle istituzioni comunitarie a seconda dei settori interessati e verificare che quell'atto normativo **non sia stato già oggetto di pronunce comunitarie**. In tale ultima ipotesi, non è consentito al giudice nazionale pronunciare provvedimenti urgenti, fatto salvo il caso in cui i profili di invalidità che vengono in rilievo siano diversi da quelli oggetto dei giudizi pendenti.

In sostanza, quando 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 in maniera significativa sulla applicazione dello stesso, **allora la misura deve essere negata**¹¹⁴.

In realtà a tale giurisprudenza in dottrina è stato obiettato che il giudice di merito non è nelle condizioni di potersi prefigurare l'ampiezza del contenzioso eventualmente pendente sulla validità della norma di diritto derivato che viene in considerazione e l'eventuale effetto domino che potrebbe derivare dal proprio provvedimento cautelare.

In senso critico, la dottrina ha osservato che, è vero che la Corte di giustizia intende in questo modo evitare che il singolo giudice interferisca su questioni di diritto dell'Unione sulle quali la Corte si sia già espressa, ma il maggior rigore preteso si traduce in una ingiustificata **disarmonia nella tutela dei diritti di matrice europea**¹¹⁵.

3.1. La cognizione cautelare in caso di rinvio pregiudiziale di validità.

Del resto nel caso in cui il giudice nazionale sia chiamato ad emettere una pronuncia cautelare a tutela di un diritto leso da una fonte di diritto derivato in contrasto con il diritto primario, il giudice nazionale deve accertare la sussistenza di un *fumus boni iuris* diverso e più gravoso rispetto a quello richiesto per gli omologhi provvedimenti *ex art. 278 e 279 TFUE*.

Il giudice deve motivare con puntuale indicazione delle ragioni in forza delle quali ritiene che la Corte dichiarerà l'invalidità della norma.

Si tratta, all'evidenza, di un accertamento circa gli elementi di fatto e di diritto della causa e quindi trascende i limiti della cognizione sommaria entro cui il giudice deve muoversi nella fase cautelare¹¹⁶.

Inoltre, sotto il profilo del *periculum in mora*, si richiede che esso sia **grave e irreparabile**.

Infine, al giudice della cautela spetta il **bilanciamento** tra gli opposti interessi in gioco.

Tale bilanciamento implica una ponderazione delle ragioni dell'istante e di quelle contrapposte dei terzi e dell'Unione stessa (in particolare, delle istituzioni europee) ***ad exemplum* di quella richiesta ai fini della emissione dei provvedimenti cautelari ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE.**

In conclusione, il sistema di tutela cautelare europeo, nonostante la dichiarata necessità di coerenza, risulta tutt'altro che armonico, posto che i poteri cautelari del giudice nazionale risultano **particolarmente estesi e penetranti** nell'ipotesi in cui venga in questione l'incompatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione (ad efficacia diretta).

Diversamente, nel caso in cui il contrasto ravvisato dal giudice nazionale riguardi il rapporto tra la norma di diritto derivato e la norma di diritto primario, i poteri del giudice nazionale appaiono molto limitati, perché circondati da una serie di **cautele, dettate dalla preoccupazione per la piena e uniforme applicazione del diritto derivato dell'Unione, a**

¹¹⁴ Così G. MENEGUS, op. cit., 140.

¹¹⁵ Ancora, in tal senso, G. MENEGUS, op. cit., 150.

¹¹⁶ L'osservazione è di G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, cit., 150-151.

scapito, però, del principio di effettività della tutela dei diritti di ascendenza eurounitaria¹¹⁷.

¹¹⁷ Nello stesso senso si vedano le sentenze 26 novembre 1996, in causa C.68/95, T Port; 17 luglio 1997, in causa C-334/95, Krüger GmnH & Co; 8 febbraio 2000, in causa C-17/98, Emesa Sugar (Free Zone) NV; 6 dicembre 2005, nelle cause C-453/03, C-11/04, C-12/04, C-194/04, The Queen.