

La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt.

(Nota all' ordinanza 107/2010).

(in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale* 2010)

di

Anna Gragnani

(Dottore di ricerca in *Giustizia costituzionale e Tutela dei diritti fondamentali e assegnista di ricerca IUS 08 Università di Firenze*)

1. Un'occasione "propizia". - 2. La "posta in gioco". - 3. La tutela cautelare agli albori della giustizia costituzionale. - 4. La tutela cautelare nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. - 5. Il "limitato" scopo della tutela cautelare. - 6. Una valutazione comparativa con pesi diversi. - 7. Sulla gravità e irreparabilità del pregiudizio. - 8. Una questione di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondata.

1. Con l'ordinanza 107/2010 la Corte costituzionale si fa interprete dell'art. 35 della l. 87/1953, dà qualche indicazione di carattere generale sulla tutela d'urgenza nel giudizio in via principale e chiarisce taluni dei profili controversi in dottrina¹. Questi, però, non sono gli aspetti più interessanti della pronuncia. Lo è, piuttosto, la circostanza che il giudice costituzionale non indugia a riconoscere che la "condizione di precarietà che caratterizza l'imminente competizione elettorale" è "in sé suscettibile di generare gravi incertezze che si potrebbero ripercuotere sull'esercizio di diritti politici fondamentali e sull'esito stesso delle elezioni"², ma non va oltre. Giudica la sospensione cautelare dell'efficacia dell'atto impugnato uno strumento inidoneo a rimuovere tale incertezza e si astiene da qualsiasi diretta considerazione sulla gravità e irreparabilità dei pregiudizi minacciati.

Il "riserbo" consente alla Corte di eludere una questione centrale per la giustizia costituzionale: la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato è uno strumento idoneo a neutralizzare i *pericula in mora* tipizzati dal legislatore per il giudizio in via principale, cioè il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini? Ossia: quella "direttiva di razionalità" del sistema che nelle giurisdizioni comuni³, alla medesima Corte ha fatto ritenere costituzionalmente doverosa la tutela cautelare atipica quando sia necessaria per scongiurare i danni gravi e irreparabili derivanti anche

¹ Su tali questioni, minori nell'economia della decisione, non ci si soffermerà in questa nota. Ci si limita a rilevare che la Corte ha riconosciuto espressamente la legittimazione delle Regioni a proporre ricorso in via cautelare, respingendo le non condivisibili opinioni contrarie manifestate in dottrina, sul punto A. CERRI, *Il giudizio cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 2444 ss. e anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 157 ss.

² Così, Corte costituzionale, ordinanza 18 marzo 2010, n. 107.

³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 3 luglio 1985, n. 190, con nota di A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss.

dalla durata del processo agli interessi dedotti in giudizio, può valere anche per la giurisdizione costituzionale?⁴

Nonostante le misurate parole del giudice costituzionale, la questione riaffiora attraverso l'inevitabile riferimento alla "gravità" della "condizione" e all'ineidoneità di un'eventuale sospensione dell'efficacia del decreto-legge impugnato "a rimuovere in via definitiva la condizione di precarietà che caratterizza l'imminente competizione elettorale"⁵.

L'occasione era delle più propizie per la sua decisione, proprio perché delle più nefaste per l'ordinamento costituzionale. Dietro l'istanza di sospensione della Regione Lazio avverso i provvedimenti provvisori adottati nell'imminenza delle elezioni amministrative dal Governo con il d.l. 29/2010⁶, infatti, stava un'esigenza di fondamentale rilevanza per uno stato democratico di diritto: la garanzia della genuina formazione della volontà popolare, che non si può tollerare sia anche soltanto condizionata dalla grave incertezza derivante dall'efficacia - provvisoria ex art. 77 Cost. - di una disciplina del procedimento elettorale di sospetta legittimità costituzionale e pertanto oggetto di ricorso in via principale. Un pericolo, per un ordinamento democratico intrinsecamente grave e insidioso potenzialmente per tutti gli elettori (di qualunque orientamento politico) suscettibili di subire un condizionamento dalla grave situazione di incertezza.

La Corte rileva che la situazione di incertezza minaccia un pregiudizio di uguale intensità sussistente sia nel caso di sospensione che di applicazione del decreto impugnato, si riconosce priva di uno strumento processuale idoneo a rimuovere la condizione di incertezza e, quindi, a neutralizzarlo, ne deduce l'assenza del *periculum in mora* e rigetta l'istanza cautelare senza doversi pronunciare sull'altro requisito cui è subordinato il rilascio del provvedimento cautelare, il *fumus boni iuris*⁷.

2. In simili situazioni, il pensiero corre alle argomentazioni invocate da Carl Schmitt per confutare l'idea stessa di una garanzia giurisdizionale della Costituzione, la cui difesa egli ritiene opportuno affidare al Presidente del *Reich*, eventualmente attraverso l'esercizio in via d'urgenza di poteri straordinari. Scrive l'illustre costituzionalista: "La logica interna di ogni tipo di giurisdizione pensata a cose fatte conduce inevitabilmente a che la giusta

⁴ Quanto meno nei limiti in cui vale anche nei rapporti fra legislatore statale e legislatore regionale il divieto di autotutela. Su quest'ultimo profilo, R. BIN, *Sulle "leggi di reazione"*, in *Le Regioni*, 2004, p. 1374 ss. Sulla doverosità costituzionale della tutela cautelare restano fondamentali i contributi di A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. MARANINI, Firenze, 1966, p. 173 ss.; A. PACE, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 594 ss.; del medesimo Autore, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 517 ss. e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, p. 1197 ss.; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, prima ed. 1955, rist. 1976. Di recente anche per un quadro ampio della disciplina stabilita dalla legge 87/1953, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, 2009.

⁵ Ancora ord. 107/2010, cit.

⁶ Sui "pesanti" dubbi di legittimità costituzionale relativi al decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29, si vedano i contributi pubblicati *sub La costituzionalità del decreto salva liste*, www.astrid-online.it, nonché il *Dossier – Elezioni regionali 2010*, www.federalismi.it, anche per le pronunce del giudice amministrativo e per i successivi sviluppi che hanno visto la mancata conversione del decreto, nonché con la l. 22 aprile 2010, n. 60, la salvaguardia degli effetti prodotti.

⁷ In mancanza del pericolo di pregiudizio derivante dalla durata del processo, infatti, il giudice non avrebbe potuto accogliere l'istanza cautelare neppure se avesse ravvisato la manifesta fondatezza del ricorso di merito, ipotesi, quest'ultima che può giustificare il rilascio di una misura cautelare, nonostante la previsione con certezza dell'esito del giudizio, dati i tempi fisiologicamente necessari ad un organo collegiale per redigere in modo compiuto la motivazione della decisione, anche per la sua importanza come precedente. Su questo orientamento giurisprudenziale adottato dal Tribunale costituzionale federale tedesco, rinvio alla mia Tesi di dottorato su *I poteri cautelari della Corte costituzionale e del Bundesverfassungsgericht*, discussa a Pisa nel dicembre 2004 e oggi pubblicata su *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

decisione giudiziaria giunga soltanto *post eventum*. Si cerca di correggere questo svantaggio con «decisioni provvisorie del tribunale» cosicché il giudice viene a trovarsi nella situazione di dover prendere misure politiche o di doverle impedire e diventare politicamente attivo in un modo che lo rende un potente fattore della politica statale interna ed eventualmente anche di quella estera; la sua indipendenza giudiziaria non lo può allora preservare più davanti alla responsabilità politica, se pure deve ancora esistere una responsabilità politica. L'indipendenza giudiziaria perde il suo fondamento di diritto costituzionale nella stessa misura in cui essa si allontana dal contenuto non dubbio delle disposizioni legislative costituzionali. È proprio inevitabile che la giurisdizione, finché rimane giurisdizione, giunga politicamente troppo tardi, tanto più tardi quanto più il processo si svolge in modo preciso e accurato, in modo conforme allo Stato di diritto ed alla giurisdizione”⁸.

3. Negli stessi anni in cui Schmitt scrive sulla tutela urgente nel diritto costituzionale, lo *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar muove i suoi primi passi per l'introduzione della tutela cautelare in controversie di significato costituzionale. Il Tribunale ritiene implicito fra i suoi poteri, quello di pronunciare provvedimenti cautelari e si appropria del § 940 *Zpo*⁹ come parametro di riferimento. Secondo tale disposizione i provvedimenti cautelari sono ammissibili anche allo scopo di disciplinare una situazione provvisoria in relazione ad un rapporto giuridico controverso, nella misura in cui tale disciplina, specialmente con riguardo a rapporti giuridici durevoli nel tempo, appaia necessaria ad evitare un notevole pregiudizio, ad impedire una incombente violenza o per altri motivi. Dal medesimo ordinamento processuale il Tribunale riceve un principio consolidato nell'esperienza giuridica tedesca: il *Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache*. In senso letterale l'espressione significa divieto di anticipare l'oggetto (principale) della causa. Nel processo civile essa esprime la direttiva secondo la quale la pronuncia cautelare, in via di principio, non può anticipare gli effetti della decisione di merito. Lo *Staatsgerichtshof*, però, ne arricchisce il significato, piegandolo alle esigenze di quelle particolari decisioni affidate alla sua giurisdizione, che riguardano controversie di rilievo costituzionale. Il medesimo principio nel processo davanti allo *Staatsgerichtshof* viene così a sancire il divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito. In tal modo si intende superare l'idea che l'intervento del Tribunale possa apparire come provvisoria presa di posizione a favore di uno dei contendenti. Scartata la possibilità di decidere le istanze cautelari sulla base di una valutazione sommaria delle prospettive di successo del ricorrente, sorge però il problema di trovare un criterio decisorio che legittimi il Tribunale al rilascio di provvedimenti cautelari. Sotto questo aspetto l'elaborazione dello *Staatsgerichtshof* è appena abbozzata, ma individua uno schema destinato ad essere ripreso e sviluppato dal Tribunale costituzionale federale tedesco, *Bundesverfassungsgericht*: la comparazione dei pericoli di pregiudizio rispettivamente gravanti sulle parti¹⁰ e noto come *Doppelhypothese* o *Abwägungsmodell*, valutazione comparativa delle conseguenze. Un percorso argomentativo simile è stato di

⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, *Il custode della costituzione*, traduzione a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, 1981, p. 55. Più ampiamente sulle parole di Schmitt, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e le procedure non giurisdizionali per la tutela urgente degli interessi costituzionali nelle "controversie federali"*, www.giustamm.it, 2003.

⁹ Su tale disciplina, per i necessari riferimenti bibliografici e per un esame casistico della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, rinvio alla mia Tesi di dottorato, cit.

¹⁰ Cfr. *StGH* 18 luglio 1930, in *RGZ* 129, Anh. 28; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, IV, Berlin, p. 95 ss.

recente rintracciato in dottrina nell'ordinanza 107/2010¹¹. Conviene soffermarsi brevemente sul significato che l'*Abwägungsmodell* riveste per la tutela cautelare nella giurisprudenza costituzionale tedesca.

4. Il § 32 *BVerfGG*¹², che detta la disciplina del potere del giudice costituzionale di emanare provvedimenti cautelari, è inserito nella sezione dedicata alle disposizioni processuali generali. Ci si limita qui a ricordarne il primo comma: "In caso di disputa, il Tribunale costituzionale federale può regolare provvisoriamente una situazione attraverso un provvedimento cautelare, qualora ciò si imponga con urgenza per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune"¹³.

Per la decisione delle istanze cautelari il Tribunale costituzionale federale ha elaborato un modello decisorio piuttosto complesso, come anticipato, influenzato dalla giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*¹⁴. Si tratta di un modello argomentativo di recente confermato, anche in decisioni su questioni di notevole rilevanza. Tra esse, ad esempio, si ricorda la richiesta di un provvedimento cautelare diretto, fra l'altro, ad impedire al Presidente federale, fino alla futura decisione del giudizio di merito da parte del Tribunale costituzionale, la promulgazione della legge relativa alla stabilizzazione dell'euro, *Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz*, approvata in occasione della crisi finanziaria che ha colpito la Grecia¹⁵. E' un modello graduato che contempla dapprima una fase di valutazione prognostica dell'esito del giudizio di merito e poi, eventualmente, una fase di valutazione comparativa delle conseguenze¹⁶. Innanzitutto, il Tribunale esamina se la

¹¹ P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in www.forumcostituzionale.it, dicembre 2010. L'Autrice per l'illustrazione dell'*Abwägungsmodell* si limita a rinviare a P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, 2008, *ivi*, pp. 12-16, l'Autrice riproduce una sintesi non esaustiva del mio saggio, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, cit., pp. 157-241. Rispetto alla sintesi svolta dall'Autrice segnalo che per l'individuazione dei motivi del provvedere induce in errore la sola lettura del § 32 *BVerfGG* senza tenere conto della giurisprudenza del Tribunale costituzionale che ho illustrato alla p. 193 del mio contributo, dalla quale risulta che l'urgenza del provvedere in vista del bene comune costituisce un requisito complementare di fondatezza dell'istanza, comune a ciascuno dei tre motivi del provvedere, costituiti dall'esigenza di evitare gravi pregiudizi, di impedire una imminente violenza, o da altro motivo importante (qui, invero, i risultati non coincidono con quanto scritto da Vipiana, *op. ult. cit.*, p. 15); segnalo anche che il legislatore tedesco non ha voluto che il potere di sospensione della legge potesse essere esercitato da soli tre giudici, infatti, come ho precisato a p. 178 del mio contributo, il § 93 d) *BVerfGG* stabilisce che, in modo corrispondente ai suoi poteri decisorii, ciascuna *Kammer*, cioè l'organo decidente composto di tre giudici in cui si articolano le due Sezioni del Tribunale (§ 15 a *BVerfGG*), dispone anche del potere cautelare, ma non con riferimento al provvedimento di sospensione totale o parziale della applicazione della legge, (v. § 32, comma 7), che è invece affidato a ciascuna Sezione del Tribunale, (diversamente sul punto Vipiana *op. cit.*, p. 14, dove scrive che la sospensione della legge è uno dei casi in cui si applica la disciplina prima illustrata, cioè il § 32-1-7). Nella letteratura italiana è ancora fondamentale sulla giustizia costituzionale tedesca il contributo di J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, tomo I, Usa, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159 ss. Per qualche aggiornamento successivo alla riforma del federalismo, A. GRAGNANI, *Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione costituzionale sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco*, in *I cantieri del federalismo in Europa*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2008, pp. 155 ss.

¹² Si tratta della legge che detta la disciplina legislativa relativa al Tribunale costituzionale federale e ai giudizi di sua competenza.

¹³ Per una più ampia trattazione rinvio alla mia Tesi di dottorato, cit.

¹⁴ Per una più ampia illustrazione rinvio alla mia Tesi di dottorato, cit.

¹⁵ Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 1099/10 del 9 giugno 2010.

¹⁶ Così J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D. C. UMBACH E T. CLEMENS, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p. 565 ss., p. 597; K.

domanda di merito è inammissibile o manifestamente infondata. In questo caso il provvedimento cautelare non può essere emanato. All'opposto esso deve essere rilasciato, quando la domanda di merito è manifestamente fondata e ricorrono i presupposti previsti dalla legge per il rilascio del provvedimento cautelare. La pronuncia cautelare si fonda in ogni caso su una prognosi dell'esito del giudizio di merito, nel senso che il Tribunale procede sempre alla verifica che la questione non sia manifestamente infondata. Parimenti, il Tribunale costituzionale federale motiva la pronuncia cautelare sulla base di una approfondita prognosi dell'esito della causa di merito qualora il provvedimento cautelare, al fine di garantire la realizzazione dello scopo di tutela perseguito con la domanda di merito, debba assumere eccezionalmente un contenuto totalmente anticipatorio degli effetti del provvedimento definitivo. Qualora invece il provvedimento cautelare, per realizzare tale scopo di tutela, possa limitarsi ad assumere un contenuto conservativo della situazione di fatto e di diritto in vista della decisione di merito e la prognosi dell'esito di quest'ultima non dia un risultato sicuro, il *Bundesverfassungsgericht* decide, o meglio dichiara di decidere, e in questo senso motiva la propria pronuncia cautelare, unicamente sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze fattuali e giuridiche che scaturiscono dall'avverarsi di una decisione di volta in volta considerata ipoteticamente errata. Il Tribunale costituzionale federale giustifica il proprio orientamento in considerazione dei motivi per i quali la decisione della causa di merito non può essere emanata immediatamente: "la misura cautelare può rendersi necessaria proprio perché alla Corte manca il tempo necessario per un esame coscienzioso e completo delle questioni di diritto rilevanti per la decisione della causa di merito; pertanto non sarebbe opportuno far dipendere il rilascio del provvedimento cautelare da un qualcosa di incerto, cioè da una valutazione sommaria delle prospettive di successo nella causa di merito"¹⁷. La ragione giustificatrice della possibilità che il *Bundesverfassungsgericht* si riconosce, nei casi di inammissibilità o infondatezza della domanda di merito o, viceversa, in caso di sua manifesta fondatezza, di pronunciarsi sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito della causa di merito risiede nella considerazione che il Tribunale costituzionale federale può prevederlo senza margini di errore, ma vi può essere bisogno di tempo per redigere in modo compiuto la motivazione della decisione¹⁸. Tale prognosi è sostanzialmente priva di quell'elemento di incertezza, dalla quale la Corte rifiuta di far dipendere la decisione sull'istanza cautelare¹⁹.

Il modello della valutazione comparativa delle conseguenze si serve della formulazione di due ipotesi (cd. *Doppelhypothese*). La prima ipotesi prende in considerazione le conseguenze che si verificherebbero, secondo la teoria della causalità adeguata, se il provvedimento cautelare non fosse emanato, ma la domanda del ricorrente fosse accolta nel procedimento di merito. La seconda ipotesi prende in considerazione le conseguenze che si verificherebbero se il provvedimento cautelare fosse emanato, ma la domanda del ricorrente fosse rigettata nel procedimento di merito²⁰. Il *Bundesverfassungsgericht* decide e motiva tenendo conto della parte che può tollerare in

GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., München, C. H. Beck, 2002, p. 42.

¹⁷ Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367. Su questa pronuncia, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 31. Una conferma di questo orientamento si ha nella pronuncia del 9 giugno 2010, sopra citata. Per un ampio esame della casistica giurisprudenziale rinvio alla mia Tesi di dottorato, cit.

¹⁸ Oppure vi sono ostacoli insormontabili alla definizione del procedimento nel merito, quali per esempio il fatto che il procedimento di merito non sia ancora pendente: cfr. K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 45, in nota 1.

¹⁹ Cfr. K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 45.

²⁰ Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 42, p. 48.

modo migliore il rischio di una decisione errata, sulla base della data situazione di interessi. In altri termini, da un lato è collocato l'interesse del ricorrente ad evitare i danni che si producono in conseguenza del mancato rilascio della misura cautelare, qualora egli ottenga ragione nel procedimento di merito. Dall'altro lato è collocato l'interesse del resistente ad evitare i danni che si producono in conseguenza della emanazione del provvedimento cautelare, qualora la domanda di merito sia rigettata. Entrambi i possibili esiti del procedimento cautelare si suppongono di volta in volta errati rispetto alla successiva decisione di merito e si decide tenendo conto della parte che può tollerare meglio il rischio di una decisione errata, sulla base della data situazione di interessi²¹. Non si tratta di calcolare il grado di probabilità che si avveri il rischio di una decisione sbagliata, ma di comparare le conseguenze dell'effettivo avverarsi di una decisione di volta in volta considerata ipoteticamente errata.

E' da tenere presente, inoltre, che la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che la violazione della Costituzione possa assumere un peso decisivo nella valutazione comparativa, indipendentemente dai pregiudizi che da essa derivano, qualora essa colpisca principi o beni costituzionali di carattere fondamentale. Si tratta della delimitazione delle sfere di competenza tra Federazione e *Länder*, della violazione del principio democratico (art. 20, comma I GG), dell'obbligo statale di protezione della vita umana, nonché del principio della costituzione finanziaria secondo il quale possono essere iscritti a bilancio dei crediti solo nella misura in cui la loro entità complessiva non superi l'ammontare delle spese con carattere di investimento.

Conviene, infine, ricordare che il *Bundesverfassungsgericht* non è tenuto a rilasciare esattamente il provvedimento richiesto, ma può fare impiego del proprio margine di apprezzamento per decidere, nel rispetto dei presupposti indicati dalla legge, come possa attuarsi lo scopo che l'istanza si prefigge. Se esistono più modi, il Tribunale costituzionale federale deve scegliere quello che ha effetti meno pregiudizievoli per i contrapposti interessi²². Esempio a tale proposito è la pronuncia relativa alla impugnazione della legge della Bassa Sassonia sulle elezioni comunali, in cui il Tribunale accoglie l'istanza cautelare e dispone il rinvio delle elezioni, in forza della notevole incertezza che regna nell'opinione pubblica sulla validità della legge elettorale, messa in dubbio dal ricorrente con motivi di notevole peso²³. L'apparente contraddittorietà con la pronuncia, di qualche mese precedente, relativa all'impugnazione di una disposizione della legge del Saarland sulle elezioni comunali (in cui l'istanza di sospensione era stata rigettata)²⁴ si spiega con la constatazione del diverso grado di incertezza che regna nell'opinione pubblica sulla validità della legge elettorale, che solo nel caso della legge della Bassa Sassonia è notevole, in forza dei motivi di notevole peso con cui essa è stata attaccata. Il Tribunale costituzionale tuttavia lascia capire di non valutare anticipatamente la fondatezza di tali dubbi, ma solo di considerare l'impatto oggettivo che essi hanno sull'opinione pubblica²⁵. Decisioni, queste ultime, che "per materia" ci riportano all'ordinanza della Corte costituzionale 107/2010, anch'essa relativa all'impugnazione di una disciplina del procedimento elettorale.

²¹ Per questa formulazione, W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Jus*, 1977, p. 217 ss., p. 219.

²² Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 51.

²³ Cfr. *BVerfG* 5 ottobre 1960, in *BVerfGE* 11, 306.

²⁴ Cfr. *BVerfG* 10 maggio 1960, in *BVerfGE* 11, 102.

²⁵ Infatti la Corte afferma espressamente, anche in tale fattispecie, che "non si può statuire sulla validità delle prescrizioni legislative impugnate dal ricorrente, poiché nel procedimento cautelare non si può anticipare la decisione della causa nel merito".

5. Prima di chiudere questa non breve digressione sull'esperienza tedesca, resta da precisarne il senso. Non si tratta di promuovere trapianti di "modelli"²⁶, ma soltanto di offrire sulla tutela cautelare uno sguardo, per così dire, meno "spaventato e ostile" di quello che si è registrato talora in dottrina al momento del suo ingresso nel giudizio in via principale e di promuovere, innanzitutto, una più attenta considerazione dello scopo di questa forma di tutela. Dall'esame della giurisprudenza tedesca²⁷ emerge con chiarezza che la tutela cautelare non ha il fine e non pretende di essere impiegata per il fine di attuare provvisoriamente il diritto costituzionale in condizioni di urgenza, ma assai più modestamente, quello di neutralizzare il *periculum in mora*, il pericolo dei danni che possono verificarsi nel tempo necessario ad ottenere la decisione di merito, al fine di garantire gli effetti di quest'ultima. Attraverso il rilascio di misure cautelari la Corte non potrebbe arrogarsi un potere estremo diretto a garantire con urgenza, ad ogni costo, l'ordine costituzionale ed idoneo a risolvere, ove necessario, situazioni di emergenza di dimensione istituzionale. Al riguardo, proprio se si tiene conto dello scopo della tutela cautelare, risulta non pertinente il raffronto svolto nella dottrina italiana fra le ritenute difficoltà di ottenere tutela in via cautelare e la possibilità di trovare soddisfazione dei medesimi interessi in sede politica, eventualmente grazie anche al mutamento di una maggioranza di governo²⁸. Questi ultimi sono soltanto casi fortunati della vita che fanno venire meno in radice il bisogno di tutela cautelare, non è che lo soddisfano. Nulla di più. Per quanto riguarda i limiti propri della funzione dei provvedimenti cautelari, merita di essere sottolineato che essi non possono soddisfare una generica urgenza del provvedere, ma solo quella specifica e determinata urgenza del provvedere che si ricollega alla durata di un procedimento di merito. Lo scopo della tutela cautelare non è quello di garantire la supremazia della Costituzione ad ogni costo, bensì – si ripete - quello di neutralizzare il pericolo di danno causato dal tempo necessario ad ottenere la decisione di merito, al fine di garantire gli effetti di quest'ultima. Nel caso del "decreto salva liste", dunque, non si trattava di garantire l'astratta futura possibilità di un corretto svolgimento di competizioni elettorali e di garantire la possibilità futura di un valido esercizio del diritto di voto, bensì di evitare che l'interesse pubblico al corretto svolgimento di quella specifica competizione non subisse un pregiudizio grave (e irreparabile) e che l'esercizio del diritto di voto non fosse esposto al rischio di una lesione grave e irreparabile in quella specifica competizione, anche a causa della durata del processo. Tenuto conto anche di queste considerazioni, la motivazione con la quale la Corte costituzionale ha accertato nell'ordinanza 107/2010 l'inesistenza del *periculum in mora* persuade?

²⁶Tali tentativi rischiano di essere fallimentari particolarmente nel diritto pubblico, anche perché l'apprezzamento delle scelte giuridiche è fortemente condizionata non tanto e non solo dalla loro intrinseca razionalità, ma anche dal contesto politico, dalle prassi istituzionali e dalla radice storica delle scelte istituzionali, cfr. C. STARCK, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, in *JZ*, 1997, p. 21 ss.

²⁷ In particolare da quella esaminata nella mia Tesi di dottorato, cit.

²⁸ Sulla vicenda del c.d. "codice dell'ambiente" e con riferimento all'ordinanza 22 giugno 2006, n. 245 relativa all'istanza di sospensione cautelare richiesta dalla Regione Emilia-Romagna per alcune delle disposizioni impugnate nel ricorso in via principale, fra le quali ad esempio gli articoli 63 e 64 del D.lgs. 152/2006, che prevedevano la soppressione delle Autorità di Bacino, nonché sugli articoli 181, commi 7-11, 183, comma 1, lettere g), h), m), n), q), u) in materia di rifiuti, osserva P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalle Regioni*, in *Le Regioni*, 2007, p. 153 ss., p. 166, che la quasi totalità delle norme oggetto dell'istanza cautelare e di impugnazione è stata oggetto di un decreto integrativo e correttivo che ha stabilito la revisione integrale della disciplina impugnata e la permanenza delle Autorità di Bacino. Afferma, inoltre, che l'esito della vicenda "testimonia proprio come le Regioni abbiano trovato sostanziale soddisfazione e tutela non in sede cautelare, ma successivamente in sede politica".

6. Per la valutazione del pericolo di pregiudizio derivante dalla durata del processo, la Corte costituzionale adotta uno schema argomentativo in parte simile a quello dapprima ideato dallo *Staatsgerichtshof* e successivamente perfezionato dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*²⁹ e formula una doppia ipotesi.

La prima determina le conseguenze che si verificherebbero in caso di accoglimento dell'istanza di sospensione, supponendo che il giudizio di merito sia definito con una pronuncia di inammissibilità o di non fondatezza. Il giudice costituzionale osserva che l'eventuale sospensione dell'efficacia del decreto-legge, anche per il "carattere sommario che connota di regola il procedimento cautelare", non sarebbe idonea a rimuovere "in via definitiva la condizione di precarietà che caratterizza l'imminente competizione elettorale", data anche la persistente vigenza di tale decreto-legge, non convertito e oggetto di ricorso in via principale. Secondo la Corte, tale condizione "in sé suscettibile di generare gravi incertezze che si potrebbero ripercuotere sull'esercizio di diritti politici fondamentali e sull'esito stesso delle elezioni", permarrrebbe, perciò, con "identica gravità". Precisa ulteriormente, il giudice costituzionale, che la sospensione del provvedimento impugnato produrrebbe "un danno analogo, per qualità ed intensità, ai diritti e agli interessi implicati dallo svolgimento delle elezioni" rispetto a quello che potrebbe derivare dalla sua applicazione.

La seconda ipotesi formulata dal giudice costituzionale prende in considerazione le conseguenze che si verificherebbero in caso di applicazione delle disposizioni censurate, cioè di rigetto dell'istanza di sospensione. Secondo la Corte ne potrebbe derivare un danno "in senso uguale e contrario" a quello che si verificherebbe nella prima ipotesi. La valutazione, peraltro, nella seconda ipotesi è impostata diversamente. A fronte della reiezione dell'istanza, infatti, la Corte non inserisce la supposizione della definizione del giudizio di merito con una pronuncia di fondatezza³⁰. Invece, nella prima ipotesi le conseguenze dell'accoglimento dell'istanza sono valutate supponendo la definizione del ricorso con una pronuncia di non fondatezza o di inammissibilità. In altri termini, soltanto nella ipotesi di accoglimento dell'istanza la Corte ha inserito nella determinazione delle conseguenze l'eventualità di una divergenza di esito fra giudizio cautelare e giudizio di merito. Di qui l'impressione di una propensione alla più attenta considerazione della pericolosità intrinseca della tutela cautelare rispetto a quella della sua potenziale utilità: l'accoglimento dell'istanza è stato appesantito dalla supposizione della costituzionalità della norma o dell'inammissibilità del ricorso di merito, a differenza dell'ipotesi di rigetto del provvedimento cautelare non appesantita dalla supposizione di una violazione costituzionale che conduce alla pronuncia di fondatezza nel giudizio definitivo. Con riguardo all'ipotesi di accoglimento dell'istanza non pare significativa neppure l'affermazione che il giudizio "ben potrebbe" concludersi con una pronuncia di infondatezza o inammissibilità, nel senso che essa avrebbe la funzione di "far trapelare" l'esito del giudizio definitivo³¹. Se il giudice costituzionale fosse stato già in possesso della certezza della infondatezza o dell'inammissibilità dell'istanza, invero, non avrebbe proceduto alla valutazione comparativa delle conseguenze, che si risolverebbe in tali casi in una sorta di esercizio accademico non consono alle responsabilità affidate al giudice costituzionale.

²⁹ Simile, peraltro, anche alla valutazione comparativa dei pericoli di rigetto e accoglimento delle istanze cautelari presso le giurisdizioni comuni, se si eccettua il peso attribuito alla costituzionalità e all'incostituzionalità dell'atto impugnato (che viene considerato in via soltanto ipotetica nella giurisprudenza costituzionale tedesca).

³⁰ Lo osserva anche P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensione delle leggi*, cit., p. 5, senza attribuire uno specifico significato a tale omissione.

³¹ In tal senso, invece, P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensione delle leggi*, cit.

La valutazione comparativa si conclude con il rilievo dell'esistenza di un pericolo bilaterale, che si presenta di identica qualità e intensità. Osserva, infatti, la Corte costituzionale che il pericolo derivante dalla perdurante efficacia del decreto non è prevalente rispetto a quello della sua sospensione.

7. La motivazione del diniego di tutela cautelare contro il rischio dei pregiudizi gravi e irreparabili derivanti dal "decreto salva liste" non persuade.

In primo luogo, non convince il silenzio della Corte sulla gravità e irreparabilità del pregiudizio. Per la rilevanza che la correttezza del procedimento elettorale riveste in un ordinamento democratico non vi è dubbio che la grave situazione di incertezza fosse suscettibile di ripercuotersi sull'interesse pubblico arrecando un pregiudizio grave. Con identica gravità la stessa situazione non poteva non ripercuotersi sui diritti politici fondamentali dei cittadini.

Con riferimento al requisito della irreparabilità, conviene precisare che sono irreparabili i pregiudizi derivanti dalla violazione o dalla minaccia di violazione dei diritti a contenuto non patrimoniale³², lo stesso vale per gli interessi pubblici. Si precisa anche che si tratta di una nozione "relativa"³³ nel senso che occorre tenere conto che non si richiede a tal fine la necessità di escludere che il pregiudizio da scongiurare possa trovare in assoluto alcuna forma di ristoro, ma si tratta di stabilire se la futura riparazione possa considerarsi troppo parziale o troppo tardiva. Occorre allora verificare se l'ordinamento democratico possa tollerare anche solo per un tempo breve una lesione del tipo minacciato dalla "grave incertezza" determinata dal decreto "salva liste" e se la (eventuale) futura ripetizione della competizione elettorale possa ritenersi un rimedio sufficiente a ripararla. A tal fine assume una particolare rilevanza il significato fondamentale ascrivito al corretto svolgimento delle competizioni elettorali in un ordinamento democratico. La disciplina elettorale costituisce un momento fondamentale dell'attuazione del principio democratico, che procede in parallelo al principio dello stato di diritto³⁴. Si tratta di principi cardine dell'organizzazione statale, dei suoi "principi strutturali", secondo la letteratura tedesca. La garanzia del corretto svolgimento delle elezioni è irrinunciabile e male tollera compressioni anche solo temporanee³⁵. Si deve poi tenere presente che dalla legittimazione democratica procede la giustificazione delle attività di governo compiute nel rispetto della Costituzione. Anche sotto questo profilo il pregiudizio derivante dallo svolgimento di una competizione elettorale in condizioni di grave incertezza non può essere ristorato integralmente dalla eventuale invalidazione delle elezioni e dalla loro ripetizione. Non si tratta di garantire un risultato elettorale. Non è questo il senso della giustizia costituzionale. Se si accolgono queste premesse e si considera l'accertata gravità della situazione di incertezza, il pregiudizio ai diritti e agli interessi implicati dallo svolgimento delle elezioni nel caso deciso dall'ordinanza 107/2010 poteva ritenersi irreparabile. Occorre tornare alla questione centrale: l'inidoneità del provvedimento cautelare tipizzato dagli artt. 35 e 40 della l. 87/1953 a rimuovere la grave situazione di incertezza "anche in ragione del carattere sommario che connota di regola il procedimento cautelare", può giustificare il diniego della tutela d'urgenza in presenza di una grave situazione di incertezza che minaccia pregiudizi gravi e irreparabili ?

³² A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2006.

³³ Sul punto C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, V ed. agg., 2006, p. 306 ss., del medesimo Autore, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2010.

³⁴ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in Isensee, Kirchhof, *HdbStR*, v. II, III ed. 2004.

³⁵ Si veda sul punto la posizione della giurisprudenza costituzionale tedesca.

8. Occorre di nuovo esaminare la valutazione comparativa delle conseguenze operata dalla Corte, con un rilievo preliminare: nessun significato è possibile attribuire all'affermazione che "il carattere sommario di regola connota il procedimento cautelare". Invero, la cognizione cautelare ha sempre e non solo "di regola" carattere sommario³⁶.

Nella valutazione delle conseguenze condotta dal giudice costituzionale, il contenuto del provvedimento cautelare ha un'incidenza decisiva. L'unica misura contemplata dal legislatore è la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato: è una misura che in talune evenienze può rivelarsi non adeguata a neutralizzare il *periculum in mora* sia intrinsecamente, sia con riguardo all'esigenza che sia arrecato il minore pregiudizio possibile agli interessi contrapposti al suo rilascio³⁷. La Corte rileva entrambi i limiti della misura conservativa: l'inidoneità a rimuovere l'incertezza suscettibile di pregiudicare la genuina formazione della volontà popolare espressa nel voto e l'inidoneità a preservare gli interessi contrari all'accoglimento dell'istanza³⁸. L'inadeguatezza della sospensione dell'efficacia è collegata dalla Corte anche alla persistente vigenza del decreto-legge, sulla quale la misura cautelare non incide, perché la nozione costituzionale di vigenza non coincide con quella di efficacia e applicabilità della norma, quindi con la sua attitudine a porsi come regola di condotta per i destinatari e come regola di giudizio per il giudice³⁹.

Peraltro, in situazioni simili a quella decisa dall'ordinanza 107/2010, un provvedimento cautelare di rinvio della data delle elezioni fino alla pronuncia definitiva del giudice costituzionale, secondo la prassi sperimentata nell'ordinamento tedesco, avrebbe potuto ritenersi idoneo a neutralizzare il *periculum in mora*. Se il diniego della tutela d'urgenza è motivato dalla Corte costituzionale con riferimento all'inidoneità della misura, e non con riguardo alla mancanza dei requisiti di gravità e irreparabilità del danno – presenti, invece, come sopra illustrato – sussistevano allora i presupposti per legittimare la Corte a sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 40, l. 87/1953, nella parte in cui affidano ad essa il potere di rilasciare d'ufficio provvedimenti cautelari e tuttavia, irragionevolmente, in violazione degli artt. 3, 24, 127 e 134 Cost., non consentono l'adozione del provvedimento cautelare necessario a neutralizzare i *pericula in mora* tipizzati dal medesimo legislatore per garantire una tutela effettiva agli interessi tutelati nel giudizio in via principale e nella misura minore possibile invasiva degli interessi *sub iudice*.

La questione è di cruciale importanza per la giustizia costituzionale, che non sarebbe tale se non fosse piena ed effettiva.

Per rilasciare un provvedimento cautelare di rinvio della competizione elettorale fino alla definitiva decisione del ricorso in via principale sollevato dalla Regione Lazio, la Corte avrebbe dovuto sospendere in via cautelare l'applicazione degli artt. 35 e 40, l. 87/1953 nella parte in cui non prevedono il potere di adottare i provvedimenti cautelari idonei a scongiurare i *pericula* tipizzati, secondo la tecnica ideata dal Consiglio di Stato e ammessa

³⁶ Per tutti A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., sul carattere sommario della tutela cautelare, nonché del medesimo Autore, *La tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, c. 241 ss.

³⁷ Cfr. A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco* cit.

³⁸ Sul ruolo ambivalente della certezza del diritto nel processo cautelare costituzionale si veda l'esperienza tedesca.

³⁹ La nozione di vigenza è assai controversa in dottrina così come lo è l'impiego di pressoché ogni termine utilizzato per descrivere i fenomeni di diritto intertemporale, cfr. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, 1990, p. 79 ss. Sulla nozione riportata nel testo, Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 1997, n. 102, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1001 ss., con nota di R. PINARDI, *Sul ruolo della Corte costituzionale come giudice dei conflitti di attribuzione in materia referendaria: la sent. n. 102 del 1997 come espressione contraddittoria di due diverse tendenze*.

dal giudice costituzionale⁴⁰. In alternativa avrebbe potuto ritenere la medesima questione matura per la decisione e pronunciarsi in via definitiva⁴¹. La Corte avrebbe potuto anche interpretare le medesime disposizioni in conformità alla Costituzione e pervenire quindi alla medesima conclusione senza sollevare questione di legittimità costituzionale.

L'obiezione che si potrebbe sollevare alle soluzioni prospettate è quella della sovraesposizione della Corte costituzionale nel circuito politico. Senza dubbio il giudice costituzionale deve essere attento alle implicazioni istituzionali di ogni sua pronuncia nell'interesse della giustizia costituzionale. Non sempre però è il silenzio la soluzione a tal fine più adeguata. In talune circostanze soltanto la chiarezza della decisione e la forza di convincenti argomentazioni giuridiche sono idonee a preservare il ruolo che compete alla Corte costituzionale. L'esperienza maturata dal Tribunale costituzionale federale tedesco offre al riguardo un esempio mirabile.

⁴⁰ Ci si riferisce all'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 1999 pubblicata in *Foro it.*, III, 2000, c. 9 ss., con nota di G. CAMPANELLI, c. 444. Per un approfondito esame e per ampie indicazioni bibliografiche, anche R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss.

⁴¹ La rilevanza della decisione, peraltro, probabilmente avrebbe chiesto un considerevole tempo per la stesura della motivazione.