

ANNA GRAGNANI

*I poteri cautelari della Corte costituzionale e  
del Bundesverfassungsgericht*

Tesi di dottorato discussa il 16 dicembre 2004 nel corso di  
Dottorato in *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali*  
dell'Università di Pisa.

# **I N D I C E**

## **INTRODUZIONE**

1. Il bisogno di tutela cautelare nei giudizi costituzionali.
2. I parametri di esercizio del potere cautelare nei giudizi costituzionali.
3. I poteri cautelari della giurisdizione costituzionale e gli strumenti non giurisdizionali di tutela urgente degli interessi costituzionali.
4. Violazione del divieto di soluzione unilaterale dei conflitti come vizio teleologico delle funzioni costituzionali, naturale tendenza al compiuto esercizio delle competenze e procedure unilaterali per la tutela urgente delle competenze costituzionali.
5. Il rapporto fra i poteri cautelari del Tribunale costituzionale federale e gli strumenti unilaterali di composizione dei conflitti fra *Bund* e *Länder* nell'ordinamento tedesco.
6. Osservazioni conclusive sul rapporto fra tutela cautelare nei giudizi costituzionali e strumenti unilaterali di risoluzione delle controversie.
7. Piano dell'indagine.

## **PARTE I**

### **I POTERI CAUTELARI DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE DELLA GERMANIA**

#### **CAPITOLO I**

##### **LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE DELL'ORDINAMENTO TEDESCO: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE**

1. Premessa
2. Il potere cautelare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*.
3. Il modello decisorio elaborato dallo *Staatsgerichtshof* con riferimento alle istanze cautelari.
4. Casistica giurisprudenziale dello *Staatsgerichtshof*.
5. Natura del Tribunale costituzionale federale e delle norme che ne disciplinano i procedimenti.
6. Il *Bundesverfassungsgericht* nello stato di necessità.

#### **CAPITOLO II**

##### **LA DISCIPLINA DEI POTERI CAUTELARI DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO**

#### **Sezione I**

##### **I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare**

1. Fonti legislative dei poteri cautelari del *Bundesverfassungsgericht*.
2. Fondamento costituzionale del potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*.
3. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare
4. Nozione di *Streitfall*.
5. Urgenza del provvedere ed interesse ad agire: difficoltà di una distinzione.
6. Interesse ad agire.
7. Casistica giurisprudenziale sull'interesse ad agire.
8. Urgenza del provvedere.

9. Casistica giurisprudenziale sugli accordi di moratoria.
10. Casistica giurisprudenziale sulle altre ipotesi di urgenza del provvedere.
11. Motivi del provvedere: impedire un'imminente violenza, evitare gravi pregiudizi o altro importante motivo in vista del bene comune.
12. La nozione di "bene comune".
13. Casistica giurisprudenziale relativa al "bene comune" (rinvio).
14. Segue: ruolo ambivalente della certezza del diritto.
15. Interessi individuali e bene comune.
16. Gravità del pregiudizio.

## **Sezione II**

### **L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare**

1. Iniziativa officiosa per il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio: premessa.
2. Casistica giurisprudenziale sull'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio.
3. La giustificazione teorica dell'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio elaborata da Willi Geiger.
4. Posizioni dottrinali radicalmente critiche.
5. Tesi intermedia: ammissibilità del rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio se il procedimento di merito è già pendente.
6. Modifica o revoca d'ufficio di provvedimenti cautelari già emessi.
7. Istanza di parte per il rilascio del provvedimento cautelare *ante causam*.
8. Interpretazione dell'istanza di parte ad opera del *Bundesverfassungsgericht*.

## **Sezione III**

### **La valutazione comparativa delle conseguenze**

1. Il modello decisorio elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* per il giudizio cautelare: considerazioni preliminari.
2. La valutazione comparativa delle conseguenze, (*Doppelhypothese*), come modello argomentativo delle decisioni cautelari.
3. Differenze ed analogie tra valutazione comparativa delle conseguenze e tecnica decisoria del bilanciamento fra interessi.
4. Divieto di effettuare una prognosi dell'esito del giudizio di merito.
5. Elaborazione del modello di valutazione comparativa delle conseguenze.
6. Ipotetica incostituzionalità del provvedimento impugnato come elemento della valutazione comparativa delle conseguenze.
7. Valutazione comparativa delle conseguenze e determinazione del contenuto del provvedimento.
8. Misure cautelari che incidono sulla formazione della volontà di organi politici.
9. Il rilascio di misure cautelari nelle controversie tra organi costituzionali.
10. Il rilascio di misure cautelari nei ricorsi diretti di costituzionalità.
11. Il rilascio di misure cautelari nei conflitti che coinvolgono questioni di politica estera.
12. Il rilascio di misure cautelari nelle controversie federali.
13. Il rilascio di misure cautelari di sospensione della legge.
14. Peculiari esigenze di tutela cautelare con riferimento alla legge: la "sospensione regolativa".
15. Gli effetti *erga omnes* del provvedimento di sospensione della legge.
16. Ipotesi problematiche nella tutela cautelare avverso la legge: i limiti della tutela dell'affidamento.
17. Rilevanza della resistenza che la legge impugnata incontra nell'opinione pubblica.

18. Un'ipotesi particolare: le leggi che introducono modifiche giuridiche e materiali con effetti durevoli nel tempo.

#### **Sezione IV** **La prognosi dell'esito del giudizio di merito**

1. Premessa.
2. Ammissibilità dell'istanza cautelare.
3. Casistica relativa alle questioni di ammissibilità.
4. Segue: istanza di parte *ante causam* (rinvio).
5. Segue: competenza del *Bundesverfassungsgericht*
6. Segue: legittimazione ad agire.
7. Segue: interesse ad agire (rinvio).
8. Segue: requisiti di forma e di contenuto dell'istanza cautelare.
9. Segue: divieto di anticipazione, (*Vorwegnahmeverbot*), come criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare (rinvio).
10. Segue: perfezionamento dell'atto da impugnare.
11. Segue: sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde*.
12. Manifesta infondatezza dell'istanza cautelare.
13. Manifesta fondatezza dell'istanza cautelare.
14. Pericolo da tardività della decisione di merito.
15. Segue: *Vorwegnahmeverbot*: due accezioni
16. Segue: *Vorwegnahmeverbot* come criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare.
17. Segue: analisi della giurisprudenza costituzionale sul raccordo tra le due accezioni del *Vorwegnahmeverbot*.
18. Segue: conclusioni sul pericolo da tardività della decisione di merito.
19. Segue: altri casi di prognosi dell'esito del giudizio di merito.

### **CAPITOLO III** **LA TUTELA CAUTELARE NEI DIVERSI GIUDIZI DI COMPETENZA DEL** **TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE: ANALISI CASISTICA DELLA** **GIURISPRUDENZA**

1. Premessa.

#### **Sezione I** **Controversie tra (e all'interno di) organi costituzionali (art. 93, I comma, n.** **1 GG)**

1. Il procedimento.
2. L'ammissibilità dei provvedimenti cautelari.
3. Casistica. Finanziamento dei partiti politici.
4. Scioglimento del *Bundestag*.
5. Composizione dell'*Hauptausschuss* del Parlamento dell'Assia.
6. Disciplina delle prime elezioni politiche nella Germania riunita.
7. Missione militare *Unosom II*.
8. Commissione parlamentare di inchiesta sul traffico illegale di plutonio.
9. Pubblicazione della relazione della commissione parlamentare elettorale concernente la collaborazione di Gregor Gysi con il Ministero della sicurezza di Stato della ex-Ddr.
10. Composizione del *Vermittlungsausschuss* dopo le elezioni politiche del 2002.
11. Partecipazione di soldati tedeschi ad operazioni Nato in Turchia, in occasione del conflitto con l'Iraq.

**Sezione II**  
**Controllo di costituzionalità astratto ex art. 93, I comma, n. 2 GG**

1. Il procedimento.
2. Segue: istanza di sospensione della legge di perequazione finanziaria tra i *Länder*.
3. Istanza cautelare relativa all'adesione della Repubblica federale tedesca alla comunità europea di difesa.
4. Istanza di sospensione della legge della Città di Amburgo sulla retribuzione degli insegnanti.
5. Istanza di sospensione del referendum della Città di Amburgo sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche.
6. Istanza di sospensione della legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati.
7. Istanze di sospensione del procedimento di ratifica del Trattato fondamentale con la Repubblica democratica tedesca (*Grundlagenvertrag*).
8. Istanza di sospensione della legge del 1974 sulla interruzione della gravidanza.
9. Istanza di sospensione della legge dello Schleswig-Holstein che concede agli stranieri il diritto di voto alle elezioni amministrative.
10. Istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge diretta ad eliminare la discriminazione delle convivenze omosessuali.

**Sezione III**  
**Controllo di costituzionalità astratto ex art. 93, I comma, n. 2a GG**

1. Il procedimento.
2. Istanza di sospensione della riforma della disciplina delle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani.

**Sezione IV**  
**Controversie tra Federazione e Länder ex art. 93, comma I, n. 3 GG**

1. Il procedimento.
2. Casistica. Istanza di sospensione del referendum sul nuovo ordinamento dei Länder Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern.
3. Istanza di sospensione delle disposizioni relative al pagamento della tredicesima in Baviera e Assia.
4. Istanza di sospensione dei referendum in Assia sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche.
5. Controversia sull'istituzione del secondo canale televisivo.

**Sezione V**  
**Controversie tra Federazione e Länder, tra Länder e all'interno di un Land ex art. 93, I comma, n. 4 GG**

1. Il procedimento.
2. Casistica. Istanza di sospensione dell'applicazione nell'ex Land Lippe della prima legge relativa all'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia.
3. Difetto di legittimazione dei deputati del Parlamento di un Land a far valere diritti propri del Parlamento.
4. Misura cautelare eccezionalmente sganciata da una valutazione di non manifesta infondatezza della domanda di merito.

**Sezione VI**  
**Verfassungsbeschwerde (art. 93, I comma, n. 4 a GG)**

1. Premessa.
2. Problema del sovraccarico della Corte.
3. Nozione di diritto fondamentale.
4. Requisiti soggettivi del ricorrente.
5. Funzioni.
6. Sussidiarietà.
7. Nozione di “pubblico potere”.
8. Contenuto della decisione di merito.
9. Ammissibilità dei provvedimenti cautelari
10. Tutela cautelare nella *Verfassungsbeschwerde* contro la legge.
11. Casistica. Istanza di rinvio delle elezioni amministrative del *Saarland*.
12. Istanza di rinvio delle elezioni amministrative in Bassa Sassonia.
13. Istanza di sospensione del procedimento di ratifica dell'accordo complementare al trattato di appianamento delle relazioni tra Repubblica federale tedesca e Olanda.
14. Istanza di sospensione del procedimento di ratifica dei Trattati dell'Est.
15. Istanza di sospensione della legge sul vino.
16. Istanza di sospensione della legge sul censimento.
17. Istanza di sospensione di alcune norme sui rapporti di pubblico impiego nella ex Repubblica democratica tedesca nel Trattato sulla unificazione tedesca.
18. Istanza di sospensione della legge bavarese di sostegno alle donne in gravidanza.
19. Istanza di sospensione della legge della Sassonia-Anhalt di riforma della scuola elementare.
20. Istanza di sospensione della legge sulla stabilizzazione dei contributi relativi all'assicurazione obbligatoria per le malattie (e la pensione).
21. Riflessi sulla tutela cautelare della limitata giustiziabilità delle omissioni del legislatore.
22. Tutela cautelare nella *Verfassungsbeschwerde* contro atti applicativi della legge.
23. Casistica giurisprudenziale sui rapporti tra istanze cautelari a protezione di interessi individuali e salvaguardia del bene comune: prima fase.
24. Casistica sui rapporti tra istanze cautelari a protezione di interessi individuali e salvaguardia del bene comune: seconda fase.
25. Casistica su istanze cautelari a protezione di interessi di due o più soggetti individuati nell'atto impugnato.
26. Casistica sul ripristino dello status quo ante in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali.
27. Casistica sull'irreparabilità del pregiudizio in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali.
28. Pregiudizio irreparabile dal rigetto dell'istanza cautelare contro pregiudizio irreparabile dall'accoglimento.
29. Sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 1996 in materia di asilo politico.
30. Istanza cautelare proposta al *Bundesverfassungsgericht*, ma coordinata ad un procedimento pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

**Sezione VII**  
**Kommunale Verfassungsbeschwerde (art. 93, I comma, n. 4 b GG)**

1. Il procedimento.
2. Istanza di sospensione della riforma del diritto dell'energia.

**Sezione VIII**  
**Giudizio di costituzionalità in via incidentale (art. 100, I comma GG)**

1. Il procedimento.
2. Ammissibilità di provvedimenti cautelari ex § 32 BVerfGG.
3. Ammissibilità di provvedimenti cautelari rilasciati dal giudice *a quo*.
4. Istanza di provvisoria ammissione al servizio preparatorio all'esercizio delle professioni giuridiche.
5. Rettifica di un'affermazione in una trasmissione televisiva.
6. Osservazione intermedia.
7. Istanza di provvisoria ammissione all'esercizio di un mandato elettorale.
8. Impugnazione delle norme sulle risorse del sottosuolo contenute nel trattato sulla unificazione tedesca.
9. Osservazioni conclusive sui provvedimenti cautelari nel giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Osservazioni conclusive sull'esperienza tedesca.

**PARTE II**  
**I POTERI CAUTELARI DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

**CAPITOLO I**  
**IL POTERE CAUTELARE NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE**

1. L'art. 9 della legge 131/2003 come "norma sulle fonti".
2. La sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi vigenti.
3. Il contenuto del provvedimento cautelare nel giudizio in via principale.
4. La nozione di vigenza della legge desumibile dalla Costituzione.
5. La sospensione dell'entrata in vigore della legge, della legge dichiarata urgente e del decreto-legge.
6. La riserva di legge costituzionale per la disciplina delle condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e l'art. 9 della legge 131/2003.
7. Lo <status> della legge 87/1953 e le norme necessarie per il funzionamento della Corte dopo la riforma del titolo V della Costituzione.
8. L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare.
9. L'iniziativa officiosa del potere di sospensione cautelare degli atti impugnati nelle intenzioni del legislatore.
10. Il carattere officioso del potere di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati nel giudizio in via principale e il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato nei giudizi costituzionali.
11. Le condizioni di legittimità costituzionale delle iniziative decisorie d'ufficio.
12. Struttura e funzione della tutela cautelare ed incerta utilità di iniziative officiose per il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale.
13. I possibili rischi di delegittimazione della Corte costituzionale conseguenti all'iniziativa officiosa per il rilascio di un provvedimento cautelare.
14. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare: l'urgenza del provvedere e il *periculum in mora*, il *fumus boni iuris*.
15. Il *periculum in mora*:
  - a) il rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico;
  - b) il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica;
  - c) il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini.

16. Il rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica.
17. Segue. Esempificazione relativa al rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico.
18. Il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica.
19. Esempificazione relativa al rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica.
20. Il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini.
21. Il contenuto, gli effetti e la forma del provvedimento cautelare
22. La regole procedurali dell'incidente cautelare nel giudizio in via principale.

## **CAPITOLO II**

### **IL POTERE CAUTELARE NEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI FRA STATO E REGIONI E FRA REGIONI**

1. Il bisogno di tutela cautelare nel conflitto fra Stato e Regioni e fra Regioni: considerazioni introduttive.
2. Le gravi ragioni che giustificano il rilascio del provvedimento cautelare: a) il *periculum in mora*; b) il *fumus boni iuris*.
3. Il contenuto del provvedimento cautelare e il bisogno di tutela emerso nel conflitto intersoggettivo.
4. Atti a contenuto negativo e omissioni giuridicamente qualificate.
5. Ordini e intimazioni
6. Atti ad efficacia temporale limitata e straordinaria urgenza di provvedere.
7. Esigenze di integrazione dell'attuale disciplina della tutela cautelare nel conflitto intersoggettivo.
8. Le questioni pregiudiziali.
9. Osservazioni conclusive.

## **CAPITOLO III**

### **IL POTERE CAUTELARE NEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI FRA POTERI DELLO STATO**

1. L'omessa previsione del potere cautelare nel conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.
2. Strumentalità della tutela cautelare e contenuto di accertamento e solo eventualmente costitutivo della decisione definitiva.
3. La tutela cautelare nei conflitti di attribuzione relativi a reciproche pretese fra organi costituzionali e nei conflitti che contrappongono maggioranze e minoranze
4. I conflitti di attribuzione aventi per oggetto leggi e atti aventi forza di legge e altri conflitti promossi dalla Corte dei conti.
5. Segue: la tutela cautelare nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato relativi al procedimento referendario.
6. La tutela cautelare nei conflitti <da interferenza>.
7. Ammissibilità della tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato: considerazioni conclusive.
8. La valutazione dell'ammissibilità di istanze cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato secondo la giurisprudenza costituzionale.
9. Ipotesi di disciplina positiva del potere cautelare nel conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato: le fonti.
10. Segue: ipotesi di disciplina dei presupposti e del contenuto delle misure cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato.
11. Segue: ipotesi di disciplina del procedimento per il rilascio di provvedimenti cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato.



**CAPITOLO IV**  
**IL POTERE CAUTELARE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE**  
**IN VIA INCIDENTALE**

1. La tutela cautelare nei confronti di leggi incostituzionali nel giudizio <a quo> .
2. La tutela cautelare nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

## INTRODUZIONE

### 1. *Il bisogno di tutela cautelare nei giudizi costituzionali.*

Il punto di partenza della riflessione sulla tutela cautelare nei giudizi costituzionali è offerto dalla constatazione che ogni Corte costituzionale è chiamata ad assolvere il proprio compito di garantire la supremazia dei valori costituzionali attraverso forme processuali. Il rispetto di queste forme non è evidentemente fine a se stesso, ma è stato pensato come condizione necessaria per un esame approfondito delle questioni rilevanti ai fini della decisione di merito, come strumento per conseguire lo scopo di emanare una decisione finale “giusta”, attraverso l’applicazione del corretto parametro di diritto costituzionale alla questione dedotta in giudizio. Per questo motivo i processi costituzionali, al pari degli altri tipi di processo, hanno una loro fisiologica durata nel tempo.

Durante il tempo necessario alla Corte costituzionale per una cognizione piena ed esauriente delle questioni rilevanti ai fini della decisione finale, con l’essenziale apporto di un approfondito contraddittorio delle parti, vi può essere il pericolo concreto che si verifichino degli eventi in grado di frustrare l’utilità di quest’ultima. In questo caso la soluzione preferibile è quella di accelerare lo svolgimento del processo, al fine di emanare la decisione finale in modo così tempestivo da evitare che questi eventi producano i loro effetti pregiudizievoli (o da contenere questi ultimi in proporzioni accettabili). Talvolta questa soluzione non è però praticabile, poiché si frappongono proprio quelle forme e termini processuali il cui rispetto è preordinato al fine di emanare una decisione “giusta”. In altre parole, la durata del processo non può essere compressa oltre una certa misura, senza mettere gravemente a repentaglio la possibilità di conseguire lo scopo stesso del processo.

D’altra parte l’ordinamento, se non può correre il rischio che la Corte costituzionale emani delle decisioni affrettate, non può nemmeno accettare che essa emani delle pronunce inutili, in quanto tardive rispetto al concreto bisogno di tutela dei soggetti che hanno adito la Corte. Sotto questo profilo è opportuno sottolineare che sempre più si accentuano nei giudizi costituzionali gli aspetti di concretezza che inducono a misurare l’effettività della funzione di garanzia della Costituzione dall’angolo visuale del suo impatto con la concreta realtà istituzionale di volta in volta sottoposta all’attenzione della Corte. Ciò fa avvertire l’esigenza di apprestare anche nel processo costituzionale, come nei processi dinanzi ai giudici comuni, dei rimedi al pregiudizio che la durata del processo può recare o concorrere a recare alla situazione dedotta in giudizio, se vi è il pericolo concreto che nel frattempo si

verifichino fatti tali da frustrare gli effetti della decisione finale, rendendola insuscettibile di avere un'adeguata attuazione o comunque tardiva (si tratta di quello che viene di solito definito come *periculum in mora*).

Se questi eventi pregiudizievoli vengono cagionati dal comportamento degli stessi soggetti coinvolti nella situazione dedotta in giudizio o comunque si verificano nella loro sfera di controllo si dovrebbe innanzitutto fare affidamento sulla loro reciproca collaborazione, al fine di eliminare la fonte del pregiudizio<sup>1</sup>. È questa una prospettiva che si impone con particolare evidenza nei conflitti tra poteri dello Stato o nelle controversie tra Stato e Regioni. In tali ipotesi si dovrebbe innanzitutto pretendere dai soggetti coinvolti nella controversia il senso di responsabilità politico-costituzionale di trovare da soli un *modus vivendi* durante il procedimento di merito dinanzi alla Corte. Può accadere tuttavia che faccia difetto questa reciproca collaborazione tra le parti e che, per salvare l'utilità della decisione finale, si renda indispensabile un intervento nella realtà sostanziale diretto a neutralizzare il verificarsi di "fatti compiuti" durante il corso del processo. Si tratta di un intervento che prescinde da un accordo tra le parti e che si impone su di esse in via di autorità, senza il loro consenso (o almeno senza il consenso di una di esse).

Si deve tendenzialmente escludere che questo intervento possa provenire in via unilaterale da uno dei soggetti coinvolti nella controversia, e in particolare dal soggetto che ha promosso il giudizio, salvo che in specifiche situazioni l'ordinamento riconosca alla stessa parte un tale potere. La Corte costituzionale ha infatti affermato l'esistenza in via di principio del divieto di autotutela anche nelle controversie costituzionali, confermando così che tale divieto è la ragione per cui è predisposto il processo come metodo istituzionale di risoluzione delle controversie.

L'inevitabile contropartita di questo divieto di autotutela è che l'ordinamento garantisca una tutela effettiva e quindi, se del caso, alla stessa Corte costituzionale il potere di emanare provvedimenti interinali e provvisori diretti ad assicurare gli effetti della propria decisione definitiva. Nelle situazioni in cui sussiste l'urgenza di intervenire per evitare il verificarsi di pregiudizi alla situazione dedotta in giudizio nel tempo necessario ad emanare la decisione finale, l'esercizio di poteri cautelari da parte della Corte risponde ad una imprescindibile esigenza di funzionalità del processo costituzionale. A testimonianza di questa esigenza sta la previsione già nelle prime forme "embrionali" di giustizia costituzionale di poteri cautelari della Corte. Un esempio di ciò è

---

<sup>1</sup> Sul punto, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 362 ss., p. 385.

dato - come si vedrà nel corso dell'indagine - dall'esperienza dello *Staatsgerichtshof* del *Reich* tedesco che rivendicò a sé l'esercizio di poteri cautelari, sebbene questi non fossero previsti dalla legge.

Quanto meno nei limiti in cui la giurisdizione costituzionale si pone come mezzo esclusivo di risoluzione dei conflitti costituzionali, quella medesima "direttiva di razionalità" del sistema<sup>2</sup> che nelle giurisdizioni comuni rende la tutela cautelare costituzionalmente doverosa quando essa sia necessaria per scongiurare danni gravi e irreparabili agli interessi dedotti in giudizio, non può non valere anche per il processo costituzionale. Il bisogno di una protezione urgente degli interessi *sub iudice* si pone infatti anche nel processo costituzionale. Anche nei giudizi costituzionali è talora difficile che, nonostante l'urgenza di evitare pregiudizi irreparabili, si possa pervenire rapidamente ad una soluzione definitiva, capace di sorreggere con la forza dell'argomentazione giuridica l'efficacia non solo di giudicato, ma soprattutto di precedente<sup>3</sup>, di una decisione inoppugnabile. È chiaro che altrimenti, nella maggior parte dei casi, quanto meno i soggetti pubblici particolarmente qualificati quali lo Stato e le Regioni troverebbero un accordo ed eviterebbero di sottoporre le relative questioni alla giurisdizione costituzionale. Di fronte al dato di fatto incontestabile che tempi lunghi di giudizio sono talvolta inevitabili per la complessità e l'incertezza delle questioni da decidere<sup>4</sup>, considerata anche la necessità di procedere alla più completa valutazione di ogni profilo della controversia con l'apporto del contraddittorio delle parti, il rilascio di provvedimenti provvisori con finalità cautelare si presenta come uno strumento imprescindibile per evitare che nelle more del giudizio si producano fatti che rendano inutile la successiva decisione della Corte costituzionale e indeboliscano quindi la credibilità dell'istituzione prescelta dall'ordinamento a garanzia dello Stato di diritto costituzionale. Il principio costituzionale dell'effettività dei rimedi previsti dall'ordinamento avvicina sotto questo profilo il processo costituzionale a quelli comuni.

È utile peraltro precisare che queste osservazioni non presuppongono necessariamente che la Corte costituzionale abbia natura di organo giurisdizionale, sebbene *sui generis*. Più che la

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> A. PIZZORUSSO, *Effetto di "giudicato" ed effetto di "precedente" delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.

<sup>4</sup> Sotto questo profilo è da registrare la sempre più rilevante importanza anche nei giudizi costituzionali degli accertamenti istruttori relativi a dati di fatto talora complessi da accertare, così ad esempio quelli che richiedono competenze tecniche specialistiche, sul punto, T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997.

natura giurisdizionale o meno della Corte è l'aspetto della tutela cautelare come componente essenziale dei moderni sistemi processuali, come fattore in grado di mitigare i pregiudizi che la fisiologica durata del processo concorre a cagionare, che rende naturale l'attribuzione di poteri cautelari alla Corte.

## 2. *I parametri di esercizio del potere cautelare nei giudizi costituzionali.*

Pur non potendosi negare il fondamento razionale - ed oggi in notevole parte anche legislativo - dell'attribuzione di poteri cautelari alla Corte costituzionale, sono molto problematici i parametri normativi del loro concreto esercizio. In altri termini è difficile stabilire in quali ipotesi si imponga effettivamente il rilascio del provvedimento cautelare.

Il problema è complicato perché per conseguire il proprio scopo, il provvedimento cautelare assai spesso rischia di arrecare a sua volta un pregiudizio talora notevole e frequentemente irreparabile, agli interessi contrapposti a quelli di cui è titolare il ricorrente. Considerato l'alto rango e l'indisponibilità degli interessi in gioco nei giudizi costituzionali, l'urgenza di provvedere per neutralizzare il *periculum in mora* pone quindi la Corte costituzionale in una situazione davvero difficile: quella di incidere nella realtà sostanziale sbilanciandosi con un intervento a vantaggio del ricorrente che si impone d'autorità sulla controparte, prima di poter avere la certezza che questo intervento sia effettivamente giustificato sulla base del parametro costituzionale da applicare nel procedimento di merito. Per definizione, la Corte potrà avere questa certezza solo successivamente, quando sarà matura la decisione finale. Da un lato, la Corte può incorrere in un errore nel rilasciare il provvedimento cautelare e determinare con il proprio intervento proprio il sacrificio dei valori costituzionali che essa è chiamata a proteggere, qualora l'emanazione del provvedimento cautelare si riveli successivamente priva di fondamento alla luce della successiva decisione finale. Dall'altro lato, la Corte può incorrere in un errore nel negare il provvedimento cautelare e determinare con la propria inerzia parimenti un sacrificio dei valori costituzionali, qualora la decisione finale, pur favorevole a chi ha invocato l'intervento della Corte, non sia concretamente utile.

Carl Schmitt avvertì tutta la difficoltà di dare una soluzione soddisfacente a questo problema e ciò lo indusse a negare l'ammissibilità della tutela cautelare nelle controversie costituzionali, in un contesto storico in cui lo *Staatsgerichtshof* muoveva i primi passi nell'introdurre la tutela cautelare in giudizi di significato costituzionale. Conviene riferire ampiamente il pensiero di Carl Schmitt: "La logica interna di ogni tipo di giurisdizione pensata a cose fatte conduce inevitabilmente a che la

giusta 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”<sup>5</sup>.

Nessuno sarebbe oggi disposto ad accettare che la giurisdizione debba necessariamente arrivare troppo tardi. Ciò significherebbe negare le conquiste di civiltà giuridica e di pace sociale che sono sottese alla giurisdizionalizzazione dei conflitti, politici e non, e che sono presidiate dalla garanzia costituzionale di effettività della tutela. D'altra parte, la considerazione della pericolosità degli effetti di un provvedimento provvisorio che si inserisce nella dinamica del processo politico non può condurre a sottovalutare la contrapposta pericolosità e la politicità della scelta di non neutralizzare i pericoli di pregiudizio, qualora sia seriamente fatta valere una violazione delle regole costituzionali. Il difficile compito di individuare il punto di equilibrio fra queste contrapposte esigenze attraverso una responsabile gestione dei tempi del suo giudizio e attraverso l'impiego di tutti gli strumenti processuali propri della sua funzione è affidato dalla Costituzione alla Corte costituzionale. Non è vero che non esiste per l'esercizio del potere cautelare un parametro normativo che sia il fondamento costituzionale delle decisioni cautelari e che funzioni come strumento di garanzia dell'indipendenza della Corte attraverso la soggezione di questa al primo. Il parametro del giudizio affidato alla Corte non può che essere dato per la tutela cautelare dalla norma che definisce i presupposti di esercizio di questo potere, norma che rappresenta a sua volta lo svolgimento del principio costituzionale di effettività della garanzia offerta dal sindacato di costituzionalità.

Dallo svolgimento del medesimo principio segue che nei giudizi costituzionali, dove l'alto rango degli interessi in discussione rende frequente l'ipotesi che il provvedimento cautelare produca effetti irreversibili per il destinatario passivo della misura,

---

<sup>5</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), citato nella traduzione italiana a cura di A. Caracciolo *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 55.

lo spazio per il rilascio di provvedimenti cautelari è così delineato.

La Corte potrà procedere al rilascio della misura cautelare innanzitutto quando sia manifesta l'incostituzionalità dell'atto impugnato, ma non è possibile emanare tempestivamente la decisione definitiva dati i tempi fisiologicamente necessari per l'osservanza di tutte le garanzie processuali richieste secondo il modello della cognizione piena per pervenire ad una decisione che l'ordinamento in base alle stesse garanzie considera "giusta" e quindi idonea a porsi come definitiva. Si tratta di un'ipotesi non rara nel processo costituzionale dato anche il carattere collegiale del giudice e l'importanza che assumono come precedente le sue decisioni<sup>6</sup>.

Questo impiego della tutela cautelare può sorprendere in una prospettiva che tradizionalmente collega il rilascio della misura cautelare a una situazione di forte incertezza circa la soluzione giuridica della controversia, ma come dimostra la lunga esperienza in materia di tutela cautelare del Tribunale costituzionale federale della Germania, che sarà analizzata nella prima parte di questo lavoro, esso risponde ad un'esigenza particolarmente sentita nei giudizi costituzionali. In altri settori dell'ordinamento essa ha del resto trovato un espresso riconoscimento dal diritto positivo. A questo proposito si può ricordare l'art. 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (come introdotto dalla l. n. 205 del 2000), che prevede in riferimento a determinate materie oggetto del giudizio amministrativo il rilascio di misure cautelari pur in presenza di una sollecita fissazione dell'udienza di merito in relazione alla circostanza che "si ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile". La stessa disposizione prevede che in caso di estrema gravità e urgenza il Tribunale disponga le opportune misure cautelari, "enunciando i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sull'esito del ricorso".

Una seconda classe di situazioni nella quale la Corte costituzionale può procedere al rilascio del provvedimento cautelare si ha quando la misura provvisoria è necessaria per evitare un pregiudizio irreparabile agli interessi del ricorrente e la sua attuazione non pregiudica in modo irreparabile gli interessi del destinatario passivo di essa. Questa ipotesi può ritenersi abbastanza frequente nel giudizio in via principale dove si controverte spesso di leggi di organizzazione destinate a produrre effetti durevoli nel tempo. In questi casi la loro provvisoria sospensione, specialmente nei casi in cui richiede l'impegno di consistenti risorse finanziarie e amministrative, finisce in definitiva per porsi come interesse comune delle parti del giudizio ad evitare

---

<sup>6</sup> A. PIZZORUSSO, *Effetto di "giudicato" ed effetto di "precedente" delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.

lo spreco di risorse pubbliche che si determinerebbe nell'ipotesi in cui la legge, dopo essere stata eseguita, fosse colpita da una dichiarazione di incostituzionalità.

Oltre l'ambito di applicazione sopra delineato il rilascio di provvedimenti cautelari contraddirebbe alle stesse esigenze di garanzia dell'effettività del principio di supremazia della Costituzione che devono costituire il parametro dell'esercizio del potere cautelare e la Corte si troverebbe a decidere – in modo non conforme al suo ruolo nel sistema istituzionale -secondo criteri di discrezionalità politica e in modo oltretutto contrario allo scopo della tutela cautelare. Il senso del potere cautelare nel processo costituzionale infatti non è quello di attuare provvisoriamente il diritto costituzionale in condizioni di urgenza, ma assai più modestamente, quello di neutralizzare il *periculum in mora*, il pericolo di danni che possono verificarsi nel tempo necessario ad ottenere la decisione di merito, al fine di garantire gli effetti di quest'ultima.

Fuori dall'ambito sopra delineato non è possibile ottenere una protezione cautelare degli interessi controversi. Occorre valersi degli strumenti processuali per accelerare nei limiti del possibile la decisione finale o cercare nell'ordinamento altri mezzi di composizione dei conflitti fra soggetti istituzionali.

In questa prospettiva può allora essere respinta l'idea che sembra alla base di una diffusa diffidenza circa l'utile impiego della tutela cautelare nei processi costituzionali e che nasce probabilmente da una non chiara distinzione fra poteri di cautela sostanziale e poteri cautelari di natura processuale. Si tratta dell'idea che attraverso il rilascio di misure cautelari la Corte possa 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. In realtà, attraverso l'esercizio dei propri poteri cautelari, la Corte costituzionale non può esercitare funzioni attinenti in qualche misura ad un governo politico delle situazioni di emergenza. All'eventuale tentativo da parte della Corte di esorbitare così dal proprio ruolo si frapporrebbero argini insormontabili, attinenti in generale alla disciplina delle competenze della Corte ed in particolare alla funzione della tutela cautelare. Per quanto riguarda i limiti propri della funzione dei provvedimenti cautelari, merita di essere di nuovo 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, instaurato o da instaurare dinanzi alla Corte. 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.

Nelle controversie tra soggetti istituzionali il potere cautelare della Corte, se correttamente interpretato, può rappresentare un utile strumento per garantire l'effettività della giustizia costituzionale ed evitare l'inasprimento dei conflitti che può derivare dal compimento di fatti o atti che modificano in modo irreversibile la realtà e favorire in questo senso la mediazione di conflitti e il rispetto delle regole sostanziali e procedurali della democrazia. Nelle situazioni di generale emergenza istituzionale, sarebbe anche illusorio riporre nella Corte costituzionale la speranza di un'iniziativa in grado di sortire effetti in termini di sicura tutela dell'ordine costituzionale. Quest'ultimo "si garantisce solo attraverso un complesso di comportamenti dell'intera collettività, dei suoi organi rappresentativi; difficilmente si può immaginare una situazione nella quale le istituzioni possano essere conservate a lungo per opera di un solo organo o di una sola persona che, novello 'Farinata', si erga a loro difesa"<sup>7</sup>.

Individuati così i limiti del potere cautelare nel processo costituzionale ne dovrebbero anche risultare in corrispondenza i limiti del divieto di autotutela fra i soggetti legittimati ad adire la Corte costituzionale. A questo aspetto sono dedicati i paragrafi seguenti.

### *3. I poteri cautelari della giurisdizione costituzionale e gli strumenti non giurisdizionali di tutela urgente degli interessi costituzionali.*

Conviene ora approfondire e precisare il tema al quale si è appena accennato: il rapporto fra i poteri cautelari della giurisdizione costituzionale, il divieto di autotutela e gli strumenti non giurisdizionali di tutela urgente degli interessi costituzionali. La complessità del tema non consente qui una sua trattazione esauriente, mi limiterò nelle pagine che seguono ad una sintetica esposizione dei profili direttamente collegati all'esercizio del potere cautelare.

L'esposizione seguirà il seguente ordine.

In primo luogo è sembrato utile ripercorrere brevemente la giurisprudenza costituzionale che dalle disposizioni che disciplinano il sindacato di costituzionalità desume un generale "divieto di autotutela"<sup>8</sup>, (*rectius* soluzione unilaterale dei conflitti),

---

<sup>7</sup> Così, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, terza ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 471 s.

<sup>8</sup> L'espressione "divieto di risoluzione unilaterale dei conflitti costituzionali" appare più appropriata rispetto a quella di "autotutela" il cui impiego nell'ambito del diritto costituzionale è talora contestato quale indebita trasposizione del concetto di autotutela amministrativa che presuppone una coincidenza fra sfera di autarchia e sfera di autotutela, sul tema F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1959, p. 537 ss., p. 543.

nei rapporti fra soggetti costituzionali, poiché tale divieto offre un solido ed evidente fondamento costituzionale alla disciplina che prevede l'esercizio di poteri cautelari nel sindacato di costituzionalità.

In secondo luogo si sono individuati due limiti a questo divieto. Il primo è individuato attraverso la distinzione della naturale aspirazione nell'esercizio della competenza alla sua più compiuta realizzazione<sup>9</sup> dalla violazione del divieto come vizio teleologico della funzione costituzionale<sup>10</sup>. Il secondo è rappresentato da un importante strumento non giurisdizionale per la tutela urgente degli interessi costituzionali: il potere sostitutivo attribuito agli organi centrali in uno Stato federale o comunque con articolazioni territoriali autonome.

La riflessione si sposta allora sul rapporto fra esercizio dei poteri cautelari nella giurisdizione costituzionale e disponibilità di altri rimedi idonei ad una tutela urgente degli interessi costituzionali. Sulla scorta della comparazione con l'esperienza dell'ordinamento tedesco ci si domanda, infine, se la disponibilità di tali strumenti impedisca allo Stato la richiesta di provvedimenti cautelari per difetto di interesse al giudizio cautelare o per difetto del presupposto dell'urgenza intesa come requisito di fondatezza dell'istanza. Si tratta di un interrogativo che ancora non si è posto all'attenzione della giurisprudenza della Corte italiana. Sebbene si tratti di un aspetto particolare, è a mio avviso significativo per la comprensione di come la disponibilità e l'esercizio, ovvero il mancato esercizio, dei poteri cautelari possa incidere sulla definizione del ruolo della Corte come giudice delle competenze statali e regionali.

*4. Violazione del divieto di soluzione unilaterale dei conflitti come vizio teleologico delle funzioni costituzionali, naturale tendenza al compiuto esercizio delle competenze e procedure unilaterali per la tutela urgente delle competenze costituzionali.*

All'interno di un ordinamento federale o comunque autonomistico, la giustizia costituzionale rappresenta soltanto uno dei possibili strumenti previsti dal diritto per la soluzione delle controversie che possono insorgere fra i diversi soggetti che lo costituiscono. La giurisdizione costituzionale convive con strumenti di (reciproca) composizione politica dei conflitti, ma si pone idealmente come strumento alternativo, in certo senso antagonista

---

L'espressione autotutela è utilizzata nel testo nell'accezione più ampia, diffusa specialmente nel diritto privato, cfr. C. M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, aggiornamento IV, Giuffrè, 2000, p. 130.

<sup>9</sup> Si richiama l'espressione di F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., p. 539.

<sup>10</sup> Sul tema, F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1973, p. 1000 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 795 ss.

agli istituti che in un'accezione ampia potremmo definire di <autotutela>, nel senso di tutela unilaterale e quindi parziale del principio di supremazia della Costituzione. Tali strumenti, per l'intrinseca attitudine a produrre unilateralmente la realizzazione dell'interesse leso o della competenza contestata, si profilano - sia pur solo temporaneamente - come sostitutivi dell'attività giurisdizionale e, ove previsti dall'ordinamento, concorrono a definire l'ambito delle autonomie costituzionalmente garantite poiché di esse rappresentano un limite<sup>11</sup>. La giurisdizionalizzazione delle controversie federali, cioè la soluzione dei conflitti ad opera di un soggetto *super partes*, rappresenta invece un rafforzamento della garanzia relativa all'autonomia costituzionale dei soggetti che compongono l'ordinamento. Dalle disposizioni che disciplinano la giurisdizione costituzionale è allora possibile desumere il divieto di risoluzione unilaterale dei conflitti fra Stato e Regioni, fatte salve eventuali procedure a tale scopo esplicitamente previste, o implicitamente consentite, da disposizioni costituzionali. Si deve però constatare che, proprio anche per i limiti che, come sopra accennato, la tutela cautelare come garanzia di effettività delle esigenze di protezione incontra talora nei giudizi costituzionali, occorre prevedere accanto alla giurisdizione costituzionale altri strumenti di composizione dei conflitti.

E' alla luce di queste considerazioni che a mio avviso dovrebbe essere letta e sviluppata l'affermazione contenuta in una recente sentenza della Corte costituzionale<sup>12</sup>: "né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge". Conseguentemente la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi delle regioni Toscana, Friuli-Venezia Giulia, Marche ed Emilia-Romagna che avevano disposto la disapplicazione nei rispettivi territori delle disposizioni in materia di condono edilizio dettate dallo Stato con l'art. 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e della relativa legge di conversione per violazione dell'art. 127 Cost. La Corte ha invece dichiarato inammissibile la censura di incostituzionalità relativa all'art. 134 Cost. in mancanza di autonome motivazioni a suo sostegno.

Il divieto di risolvere unilateralmente i conflitti di competenza, ribadito nella sentenza appena citata con riferimento alla potestà legislativa, era stato già affermato dalla Corte costituzionale con

---

<sup>11</sup> Una conferma di questa osservazione può dedursi dalla giurisprudenza costituzionale sul potere di annullamento straordinario previsto dall'art. 6 del T.U. 383/1934 e poi dall'art. 2 lett. p) della l. 400/1988, particolarmente significativa, Corte costituzionale, sentenza 21 aprile 1989, n. 229.

<sup>12</sup> Si tratta di Corte costituzionale, sentenza 28 giugno 2004, n. 198. La vicenda sarà illustrata nella parte dedicata all'analisi del potere cautelare nel giudizio in via principale.

riferimento alla potestà amministrativa. Significativa in proposito una vicenda in parte analoga a quella appena ricordata<sup>13</sup>. La pronuncia della Corte era stata originata da un conflitto di attribuzione nel quale lo Stato impugnava un decreto dell'Assessore per le finanze della regione Sicilia che disponeva nel rispettivo territorio la disapplicazione di un decreto ministeriale, contestualmente impugnato davanti alla Corte dalla medesima Regione. La Corte dichiarava allora la non spettanza alla Regione del potere di disapplicare il decreto ministeriale sulla base della considerazione che "contemporaneamente all'esperimento del ricorso e senza nemmeno attenderne l'esito, la Regione, adducendo - come esplicitamente si desume dal preambolo del decreto assessoriale - che l'atto dello Stato si appalesava illegittimo e lesivo delle spettanze, delle competenze e delle potestà regionali costituzionalmente assistite, ha ritenuto di poter "rimuovere dette turbative e ripristinare il preesistente regime", facendo leva sugli stessi argomenti e sugli stessi parametri posti a base del suo ricorso. In certo senso, si è fatta giustizia da sé, non considerando, come avrebbe dovuto, che a questa Corte il sistema instaurato dalla Costituzione attribuisce sui conflitti di attribuzione competenza esclusiva, *con pienezza di effetti della decisione*; ed ha, quindi, violato il richiamato art. 134 della Costituzione". Significativa l'ulteriore precisazione contenuta nella stessa decisione, oltre alla dichiarazione sulla spettanza dell'attribuzione e al potere di annullamento, compete alla Corte il potere cautelare di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

Questo indirizzo giurisprudenziale, che può dirsi risalente e consolidato, offre lo spunto per alcune considerazioni, che peraltro prescindono dalla condivisione, in relazione ai casi di specie sopra esaminati, delle conclusioni tratte dalla Corte con riguardo alle fattispecie dedotte in giudizio sotto il profilo del discrimine fra naturale tendenza della competenza alla sua più compiuta realizzazione e sua idoneità a violare il divieto.

In particolare dal principio più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, e tenuto conto delle ragioni di tutela delle autonomie costituzionali che secondo l'interpretazione sopra indicata ne costituiscono il fondamento, è possibile trarre una prima fondamentale considerazione.

Con la sentenza 198/2004 sopra ricordata, la Corte costituzionale si espone ad un'interpretazione molto forte del proprio ruolo di garante delle competenze statali e regionali, attraverso una decisa estensione del proprio sindacato allo sviamento di potere come vizio teleologico della funzione e alla perentoria affermazione del divieto di risoluzione unilaterale, cioè "diretta" secondo le parole della Corte, dei conflitti fra i soggetti

---

<sup>13</sup> Corte costituzionale, 14 luglio 1976, n. 166, in *Foro it.*, 2537.

costituzionali. Non c'è qui spazio per soffermarsi sulla motivazione data dalla Corte a fondamento del riscontrato vizio funzionale e sui criteri eventualmente seguiti dal giudice costituzionale per distinguere la riscontrata forma di autotutela da ciò che potrebbe invece considerarsi una naturale tendenza della funzione legislativa verso la sua compiuta realizzazione secondo le intenzioni dichiarate dal legislatore regionale di derogare, legittimamente, ad una normativa statale di dettaglio, quindi cedevole, in una materia attribuita alla sua concorrente potestà legislativa, potestà si noti per diversi profili riconosciuta dalla stessa Corte in altra sentenza relativa al medesimo conflitto. Per completare il discorso sopra iniziato preme invece soffermarci su un inciso contenuto nella stessa decisione. La Corte afferma: “né lo Stato né le Regioni possono pretendere, *al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali*<sup>14</sup>, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge”. E' naturale chiedersi quali siano queste procedure. L'inciso potrebbe intendersi riferito alle norme che disciplinano il sindacato di costituzionalità. Non è però escluso che l'espressione possa assumere un significato più ampio. Il dubbio è avvalorato dalla lettura di un'altra pronuncia del giudice costituzionale. Si tratta della sentenza 236/2004 che interpreta il potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120 Cost.<sup>15</sup> come uno strumento a “presidio di fondamentali esigenze di eguaglianza, sicurezza, legalità che il mancato o l'illegittimo esercizio delle competenze attribuite, nei precedenti artt. 117 e 118, agli enti substatali, potrebbe lasciare insoddisfatto o pregiudicare gravemente”, sciogliendo così i dubbi formulati in dottrina circa la possibilità di rinvenire il presupposto della sostituzione nell'atto illegittimo oltre che nella semplice inerzia. Ne segue che il potere sostitutivo può essere considerato un istituto di garanzia ulteriore rispetto alla giurisdizione costituzionale poiché esso può essere esercitato nei casi in cui si tratti di rimediare a situazioni di illegittimo esercizio delle competenze previste dagli artt. 117 e 118 Cost.

Nell'ordinamento tedesco la disponibilità per la Federazione

---

<sup>14</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>15</sup> Sul potere sostitutivo, P. CARETTI, *Stato, Regioni, enti locali, tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, p. 43 ss.; C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo*, in *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, il Mulino, 2003, 157 ss.; sottolinea il carattere straordinario che dovrebbe rivestire l'esercizio di questo potere, G. MORBIDELLI, *Energia, pianificazione del territorio, infrastrutture*, Relazione presentata al XV Convegno Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli (AAIS), su “*Il diritto all'energia*”, Siviglia 20-21-22 maggio 2004, in corso di pubblicazione. Per un accenno alla tematica della distinzione fra potere sostitutivo e giurisdizione costituzionale, che l'Autore considera in rapporto di reciproca esclusione, ma sulla base della giurisprudenza costituzionale anteriore alla sentenza 236/2004, G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra <emergency clause> e assetto dinamico delle competenze*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

del *Bundeszwang*, uno strumento unilaterale di tutela in caso di inadempimento dei *Länder*, ha dato luogo a un'interessante questione proprio in relazione all'ammissibilità di un'istanza cautelare al Tribunale costituzionale federale nel caso in cui il ricorrente disponga di strumenti unilaterali e urgenti di tutela. Si è posto infatti un interrogativo cruciale nella definizione dei rapporti fra sindacato di costituzionalità e strumenti unilaterali di risoluzione delle controversie federali. La presentazione di un'istanza di sospensione cautelare al Tribunale federale nel caso in cui siano disponibili altri rimedi mira a scaricare indebitamente sulla Corte la responsabilità di decisioni politiche che competono al Governo che ne è responsabile o, al contrario, la scelta fra i due rimedi previsti dall'ordinamento è rimessa ad una libera scelta politica del Governo?

Nel paragrafo che segue è sembrato utile riferire la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale in materia, per capire come la disponibilità di adeguate forme di tutela cautelare possa incidere sulla scelta di evitare il ricorso a forme di tutela alternative, ma siccome unilaterali, meno garantiste per le autonomie costituzionali.

5. *Il rapporto fra i poteri cautelari del Tribunale costituzionale federale e gli strumenti unilaterali di composizione dei conflitti fra Bund e Länder nell'ordinamento tedesco.*

Secondo l'art. 37 GG "se un *Land* non adempie gli obblighi federali impostigli dal *Grundgesetz* o da un'altra legge federale, il Governo federale con il consenso del *Bundesrat* può prendere i necessari provvedimenti per costringere il *Land* attraverso il potere coercitivo federale ad adempiere i propri obblighi. Per l'esercizio del potere coercitivo federale, il Governo federale o il suo delegato ha il potere di direttiva nei confronti di tutti i *Länder* e dei loro uffici".

Questo istituto è l'erede della *Reichsexecution*, prevista nell'art. 19 della Costituzione del *Reich* tedesco del 1871 e nell'art. 48, I comma della Costituzione della Repubblica di Weimar. Già sotto il vigore della Costituzione della Repubblica di Weimar sorge il problema del rapporto tra l'esercizio del potere coercitivo federale e la devoluzione allo *Staatsgerichtshof* delle "controversie di natura non privata" tra il *Land* e il *Reich* (art. 19). Secondo l'art. 48, I comma, "se un *Land* non adempie gli obblighi impostigli dalla Costituzione o dalle leggi del *Reich*, il Presidente del *Reich* può costringerlo a ciò con l'aiuto della forza armata". In dottrina si prospettano già sin da allora due soluzioni contrapposte. Secondo Heinrich Triepel, il Presidente del *Reich* non potrebbe ordinare l'esecuzione federale prima che la Corte costituzionale abbia accertato, ai sensi dell'art. 19, l'esistenza dell'inadempimento da

parte del *Land*<sup>16</sup>. Viceversa secondo Gerhard Anschütz il Presidente può decidere ai sensi dell'art. 48 se un *Land* abbia violato i propri doveri ed egli sia pertanto autorizzato ad esercitare il potere coercitivo federale contro di esso, anche senza un previo accertamento da parte della Corte costituzionale<sup>17</sup>. Il contrasto ha notevole valore simbolico. Vi si può cogliere in una importante fase del suo divenire storico la tendenza verso la compressione della "autotutela" nelle controversie tra Federazione e *Länder* a vantaggio dell'accertamento della violazione ad opera di un tribunale. Anschütz avanza nei confronti della tesi di Triepel la critica che essa esprimerebbe "in realtà una veduta da diritto processuale civile che si atteggia a tesi da Stato di diritto e [...] che assolutamente non si adatta ai rapporti costituzionali del *Reich* con i suoi membri, i *Länder*"<sup>18</sup>. Un argomento che non poteva non attirare la recisa critica di Hans Kelsen: "l'esigenza che la fattispecie illecita sulla quale si fonda l'atto coattivo venga accertata con l'obiettività di un tribunale è un postulato tecnico-giuridico che non vale per il solo settore del diritto civile ma interessa tutto il campo del diritto"<sup>19</sup>.

L'incertezza dei rapporti tra esecuzione federale e devoluzione alla Corte costituzionale delle controversie tra Federazione e *Länder*, che Kelsen è in grado di risolvere già nel 1927, con riferimento alla Costituzione austriaca del 1920, "nel senso della esecuzione di una sentenza", bollando l'esecuzione federale come "una tecnica giuridica primitiva"<sup>20</sup>, non è stata risolta, come sopra accennato, dal *Grundgesetz*, che non prevede norme di coordinamento tra il *Bundeszwang* e il *Bund-Länder-Streit*, e riemerge nelle pieghe delle motivazioni delle prime pronunce sulle istanze cautelari strumentali alle controversie "federali" (instaurate dinanzi alla Corte ex art. 93, I comma n. 2 e n. 3 GG).

A sostegno della tesi che comprende sotto il profilo del difetto di interesse ad agire l'ipotesi in cui la Federazione possa ricorrere allo strumento del *Bundeszwang*, la dottrina può invocare infatti la risalente pronuncia della Corte costituzionale nella controversia promossa (ai sensi dell'art. 93, I comma, n. 3 GG) dal Governo federale nei confronti dei *Länder* Baviera e Assia sulla validità delle disposizioni relative al pagamento della tredicesima,

---

<sup>16</sup> Così H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, cit., 1923, p. 61 ss.

<sup>17</sup> Così, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, terza e quarta ed., Berlin, 1926, p. 168 ss.

<sup>18</sup> Così, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, p. 168.

<sup>19</sup> Così, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, traduzione a cura di C. Geraci, Giuffrè, 1981, p. 123.

<sup>20</sup> Così, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 123.

emanate nonostante la precedente determinazione contraria del Governo federale. Nel motivare il rigetto dell'istanza cautelare di sospensione la Corte, dopo aver osservato che i pregiudizi derivanti al bilancio della Federazione e dei *Länder* da un pagamento della tredicesima contrastante con il diritto federale potrebbero ripararsi attraverso un'adeguata manovra di perequazione finanziaria, aggiunge che "il provvedimento cautelare non è infine l'unica via con la quale il governo federale potrebbe raggiungere la finalità cui aspira. Poiché esso è dell'opinione che le controparti con la corresponsione della gratifica natalizia violino gli obblighi loro imposti dal *Grundgesetz*, potrebbe, con il consenso del *Bundesrat* ai sensi dell'art. 37 GG, interdire ai *Länder* della Baviera e dell'Assia di corrispondere la gratifica natalizia". Afferma ancora la Corte che i provvedimenti cautelari non sono pensati come lo strumento per scaricare sul Tribunale costituzionale la responsabilità per decisioni politiche che spettano al Governo federale in rapporto con i *Länder* e ai Governi dei *Länder* in rapporto con i rispettivi parlamenti"<sup>21</sup>.

La dottrina critica l'ultimo passaggio della motivazione poiché esso non appare in linea con la considerazione che l'instaurazione della controversia non mira a scaricare sulla Corte costituzionale la responsabilità di una decisione politica, ma aspira semplicemente a sottoporre ad un giudizio di conformità costituzionale la decisione politica adottata dai due *Länder*, come accade tipicamente in una controversia tra Federazione e *Länder*, in cui la Federazione prende l'iniziativa processuale. Tale quadro non può mutare se a ciò si abbina un'istanza cautelare.

Detto in altri termini se due sono i rimedi messi a disposizione dall'ordinamento entrambi devono essere effettivi.

In una successiva pronuncia la Corte muta orientamento. Si tratta del giudizio promosso dal Governo federale sulla legge della Città di Amburgo che indice un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca. Il Governo federale affianca a questa richiesta un'istanza cautelare di sospensione della legge. A fronte dell'obiezione della Città di Amburgo, secondo la quale non ci sarebbe spazio per un provvedimento cautelare, poiché il Governo federale disporrebbe della strada più breve dell'esercizio del potere coercitivo federale, la Corte risponde che "se il Governo federale, al fine del mantenimento dell'ordine costituzionale, intenda servirsi dello strumento del *Bundeszwang* (art. 37 GG) oppure provocare una decisione della Corte costituzionale secondo l'art. 93, I comma, n. 2 GG è rimesso alla sua discrezionalità, non censurabile dalla

---

<sup>21</sup> Cfr. *BVerfG* 10 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 52.



giurisdizione costituzionale”<sup>22</sup>.

Per meglio comprendere il significato di queste decisioni occorre una precisazione. Nella storia della Repubblica federale tedesca – al contrario che al tempo della Repubblica di Weimar – l’istituto del *Bundeszwang* non ha trovato ancora applicazione<sup>23</sup>. Ciò significa che al Governo federale è sempre apparso politicamente opportuno ricorrere alla Corte, piuttosto che costringere il *Land* renitente a rispettare gli obblighi federali attraverso l’istituto del *Bundeszwang*. Questo dato, al quale ha forse contribuito l’ammissibilità della tutela cautelare nel *Bund-Länder-Streit*, non è certamente privo di significato per il riconoscimento del ruolo della Corte costituzionale.

6. *Osservazioni conclusive sul rapporto fra tutela cautelare nei giudizi costituzionali e strumenti unilaterali di risoluzione delle controversie.*

E’ forse prematuro ipotizzare che questioni analoghe possano presentarsi nell’immediato futuro nel nostro ordinamento. In ogni caso, i diversi orientamenti giurisprudenziali appena sintetizzati sono parsi significativi per comprendere come una giurisdizione costituzionale effettiva nella garanzia delle competenze statali e regionali possa, insieme alle opportune sedi di composizione consensuale delle controversie, evitare l’inasprimento dei rapporti che può invece derivare dalla soluzione unilaterale dei conflitti e favorire una migliore attuazione del principio autonomistico. In senso contrario non è sempre pertinente l’invocazione dell’esigenza di evitare una sovraesposizione della Corte nelle contese politiche, anche perché l’impiego di strumenti unilaterali di soluzione dei conflitti è comunque soggetto nei suoi esiti al sindacato di costituzionalità.

7. *Piano dell’indagine.*

Per comprendere le implicazioni dell’esercizio del potere cautelare nei giudizi costituzionali, capire i problemi che esso può porre e per verificare le possibili soluzioni, è sembrato utile analizzare la più ricca esperienza in materia fra quella delle Corti europee: la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale della Germania. Ad essa è dedicata la prima parte dell’indagine.

La seconda parte è dedicata invece all’esperienza italiana. Saranno approfondite principalmente le problematiche poste dall’esercizio del potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via principale, nei conflitti fra Stato e Regioni e fra Regioni e nel conflitto fra poteri dello Stato. In questa sede non saranno esaminati gli ampi poteri cautelari che competono alla

---

<sup>22</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

<sup>23</sup> Per questo dato, ERBGUTH, Art. 37, in *Grundgesetz Kommentar*, Beck, 2003, p. 1208 ss.

Corte costituzionale nel giudizio di accusa contro il Presidente della Repubblica. Per le sue peculiarità questo giudizio richiederebbe un autonomo approfondimento che qui non è stato possibile compiere, peraltro esso non è necessario per comprendere le problematiche relative all'esercizio del potere cautelare nei giudizi sopra indicati.

**PARTE I**  
**I POTERI CAUTELARI DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE**  
**FEDERALE DELLA GERMANIA**

**CAPITOLO I**  
**LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DI GIUSTIZIA**  
**COSTITUZIONALE DELL'ORDINAMENTO TEDESCO:**  
**CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE**

1. *Premessa.*

Un primo dato significativo che emerge dallo studio dell'esperienza tedesca è che l'attribuzione di poteri cautelari al Tribunale costituzionale federale, (*Bundesverfassungsgericht*), attraverso una legge ordinaria non è mai stata avvertita in modo problematico.

Questo dato è dovuto principalmente a tre ragioni.

In primo luogo, sotto un profilo storico, l'ordinamento tedesco aveva già sperimentato forme di tutela cautelare nell'ambito delle controversie tra *Reich* e *Länder* ad opera della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* che rappresenta un'embrionale esperienza di giurisdizione costituzionale<sup>24</sup>.

In secondo luogo, poiché secondo il *Grundgesetz* il *Bundesverfassungsgericht* è indiscutibilmente un organo giurisdizionale ed esercita le proprie funzioni attraverso processi disciplinati da una legge ordinaria, si è considerato naturale che ad esso potessero essere attribuiti dei poteri cautelari.

In terzo luogo, il ruolo del Tribunale costituzionale federale nell'ordine costituzionale non subisce alterazioni, sotto il profilo normativo, nelle situazioni in cui gli organi statali si trovino nella necessità di provvedere con urgenza in vista del bene comune, come si può desumere dalla disciplina riservata al *Bundesverfassungsgericht* nell'ambito delle modifiche costituzionali relative alla regolazione dello stato di necessità, (*Notstandsverfassung*).

All'illustrazione di questi tre fattori, nell'ordine in cui sono stati indicati, sono dedicati i paragrafi seguenti.

Un'ultima avvertenza prima di intraprendere l'indagine. In tutta la parte dedicata all'esperienza tedesca un peso decisivo è affidato all'esame della casistica giurisprudenziale dello *Staatsgerichtshof* e del *Bundesverfassungsgericht*. Per facilitare la conoscenza di provvedimenti è sembrato opportuno dare un ampio spazio alla sintesi delle fattispecie giurisprudenziali, rendendo conto anche dello svolgimento dei processi, quando sia utile per capire la portata dei principi giuridici affermati dal Tribunale costituzionale federale. Per non complicare l'esposizione, l'analisi

---

<sup>24</sup> Sullo *Staatsgerichtshof*, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 2 ss.

delle pronunce è tendenzialmente condotta in parti apposite, (in particolare, l'esame della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è svolto soprattutto nella terza sezione e distinto a seconda dei procedimenti promuovibili dinanzi ad esso). L'illustrazione della casistica giurisprudenziale è preceduta da un quadro generale dedicato alla descrizione del potere cautelare attribuito al Tribunale costituzionale federale e delle principali problematiche processuali che emergono nell'incidente cautelare.

## 2. Il potere cautelare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*.

Lo *Staatsgerichtshof*, (*StGH*), era stato istituito nel 1919 con la Costituzione di Weimar. Ad esso era affidato essenzialmente il compito di dirimere le controversie tra il *Reich* e i *Länder* e le controversie fra organi all'interno di ciascun *Land* <sup>25</sup>.

La legge istitutiva dello *Staatsgerichtshof* <sup>26</sup> e il suo regolamento <sup>27</sup> non contengono alcuna espressa attribuzione di poteri cautelari, ma il Tribunale li ha rivendicati come poteri impliciti, logicamente connessi e necessari per l'esercizio di quelli espressamente previsti. In particolare nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* si afferma in sostanza che essendo le parti sottoposte alla sua giurisdizione e vincolate alla sua decisione definitiva, non possono non essere sottoposte ai provvedimenti provvisori che si rendano necessari ad assicurare gli effetti della decisione di merito<sup>28</sup>.

Nell'elaborare *praeter legem* la disciplina dei presupposti del rilascio dei provvedimenti cautelari, lo *Staatsgerichtshof* si è ispirato alle disposizioni contenute nel codice di procedura civile (*Zivilprozeßordnung - Zpo*). Il modello è offerto dal § 940 *Zpo*, secondo il quale 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".

## 3. Il modello decisorio elaborato dallo *Staatsgerichtshof* con riferimento alle istanze cautelari.

---

<sup>25</sup> Cfr. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit. Indicazioni sulla giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* in C. JOËL, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, in *AöR* 77 (1951/52), p. 129, p. 138; D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, C. H. Beck, 1971, p. 29 ss.

<sup>26</sup> Legge del 9 luglio 1921, in *RGBl.*, p. 905.

<sup>27</sup> Regolamento del 20 settembre 1921, in *RGBl.*, p. 1535.

<sup>28</sup> Così, *StGH* 10 ottobre 1925, in *RGZ* 111, Anh. 21; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, I, Berlin, p. 212 ss.

Conviene ora soffermarsi sul modello decisorio relativo alle istanze cautelari elaborato dallo *Staatsgerichtshof*, poiché esso sarà successivamente ripreso nei tratti fondamentali dal *Bundesverfassungsgericht*.

Per giustificare il proprio modello decisorio, lo *Staatsgerichtshof* invoca una massima che si incontra da sempre nell'esperienza giuridica tedesca in materia di tutela cautelare: il *Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache*, detto più sinteticamente *Vorwegnahmeverbot*. In senso letterale l'espressione significa divieto di anticipare l'oggetto (principale) della causa. Nel processo civile, nel quale la massima è stata originariamente elaborata, essa esprime la direttiva secondo la quale la pronuncia cautelare, in via di principio, non può anticipare gli effetti della decisione di merito. Questi termini enunciano quindi un criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare.

Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* il *Vorwegnahmeverbot* si arricchisce però anche di un significato ulteriore. Esso viene chiamato ad esprimere non solo il divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito<sup>29</sup>. In altri termini, in questa accezione, il divieto di anticipazione esprime il divieto di pronunciarsi sull'istanza cautelare attraverso una prognosi dell'esito del procedimento di merito.

L'elaborazione di questa ulteriore accezione del divieto di anticipazione presenta un carattere innovativo e imposta in modo peculiare la tutela cautelare nella giustizia costituzionale. Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* il divieto ha infatti ad oggetto proprio quella operazione che nel processo civile è ritenuta essere alla base del rilascio della misura cautelare.

È opportuno interrogarsi sulla ragione per la quale lo *Staatsgerichtshof* rifiuta di adottare una motivazione della pronuncia cautelare sulla base di una prognosi dell'esito del procedimento di merito. Nella prima pronuncia in cui questo orientamento trova espressione, lo *Staatsgerichtshof* lo giustifica con la semplice affermazione che le formalità processuali previste per il procedimento di merito al fine dell'accertamento della verità giuridica possono trovare una applicazione solo limitata nel procedimento cautelare<sup>30</sup>. Nelle argomentazioni del Tribunale tali formalità non hanno evidentemente un valore in sé, ma in quanto sono strumentali ad un esame esauriente delle questioni rilevanti

---

<sup>29</sup> A tale proposito, la dottrina ha parlato di un divieto di *Prüfungsvorwegnahme*, cioè di un divieto di anticipare l'esame (del merito). Così, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 29; ID., *Anmerkung*, in *JZ*, 1991, p. 461 ss.

<sup>30</sup> Cfr. *StGH* 23 ottobre 1929, in *RGZ* 126, Anh. 1; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, II, Berlin, p. 72 ss.

per la decisione della controversia, un esame che invece è impossibile in sede cautelare, sotto la pressione dell'urgenza del provvedere. In una successiva pronuncia cautelare il discorso si fa più esplicito. Lo *Staatsgerichtshof* sostiene di non ritenere compatibile con l'essenza e il significato del suo ruolo giurisdizionale aderire provvisoriamente alla tesi dell'una o dell'altra parte esternando una certa soluzione giuridica che poi potrebbe essere costretto a modificare in seguito ad una valutazione più approfondita nel giudizio di merito<sup>31</sup>. Dietro questa conclusione vi è l'idea che l'accertamento giurisdizionale del diritto è definitivo oppure si trasforma in un qualcosa di diverso, in un provvisorio prendere partito in favore della posizione giuridica sostenuta da una delle due parti, che compromette la terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante.

Poiché lo *Staatsgerichtshof* avverte come insuperabile la difficoltà di far dipendere il rilascio del provvedimento cautelare da un qualcosa di incerto e controvertibile come la valutazione sommaria delle prospettive di successo del ricorrente, sorge il problema di individuare il criterio decisorio di cui il Tribunale deve servirsi per pronunciarsi sull'istanza cautelare. Sotto questo aspetto l'elaborazione dello *Staatsgerichtshof* è appena abbozzata, ma individua un criterio destinato ad essere ripreso e sviluppato dal *Bundesverfassungsgericht*: la comparazione dei pericoli di pregiudizio rispettivamente gravanti sulle parti<sup>32</sup>. Fermo il divieto che il Tribunale si imponesse di prendere posizione sulle questioni giuridiche oggetto del procedimento di merito, esso lascia intuire di poter concedere il provvedimento cautelare solo qualora il suo mancato rilascio provochi al ricorrente un pregiudizio maggiore di quello che derivi alla controparte dalla sua emanazione.

#### 4. Casistica giurisprudenziale dello *Staatsgerichtshof*.

A quanto consta, la prima pronuncia in cui lo *Staatsgerichtshof* concede una misura cautelare si coordina alla controversia insorta fra la città di Lübeck e il *Land* del Meclenburgo concernente i diritti di pesca e l'esercizio dei poteri di polizia marittima nella baia di Travemünde. In attesa della definizione della controversia, lo *Staatsgerichtshof* concede un provvedimento con cui viene provvisoriamente individuata all'interno della baia una linea di demarcazione per distinguere l'ambito marittimo di esercizio delle situazioni giuridiche controverse ad opera dell'una e dell'altra parte. In questo provvedimento lo *Staatsgerichtshof* enuncia il fondamento dei propri poteri cautelari: poiché le parti sono vincolate alla sua

---

<sup>31</sup> Cfr. *StGH* 23 luglio 1932, in *RGZ* 137, Anh. 65; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, V, Berlin, p. 24 ss.

<sup>32</sup> Cfr. *StGH* 18 luglio 1930, in *RGZ* 129, Anh. 28; nonché in LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, IV, Berlin, p. 95 ss.

decisione definitiva, non possono non essere sottoposte ad un provvedimento provvisorio<sup>33</sup>.

La concezione secondo la quale, di regola, la motivazione della pronuncia cautelare non può essere adottata sulla base di una prognosi dell'esito del procedimento di merito viene espressa in relazione ad una successiva controversia, promossa dal gruppo parlamentare del Partito popolare nazionale tedesco nel Parlamento prussiano nei confronti della Prussia, avente ad oggetto il diritto dei funzionari prussiani di partecipare al plebiscito popolare, indetto nel dicembre del 1929, contro il piano *Young*, cioè il piano concordato dal *Reich* con le nazioni vincitrici nella prima guerra mondiale relativo al pagamento delle riparazioni di guerra. La controversia trae la propria origine da dichiarazioni ufficiali del Primo ministro, secondo le quali la partecipazione di funzionari al plebiscito popolare è da considerarsi contraria ai doveri d'ufficio. Il gruppo parlamentare del Partito popolare nazionale tedesco considera tali dichiarazioni incompatibili con la Costituzione ed adisce lo *Staatsgerichtshof* con la richiesta di accertare l'ammissibilità della partecipazione dei funzionari al plebiscito e la incostituzionalità delle dichiarazioni governative. Contestualmente il ricorrente richiede un provvedimento cautelare diretto ad ordinare provvisoriamente al Ministro di Stato prussiano di astenersi dal rilasciare dichiarazioni intese a qualificare come illegittima o inammissibile la partecipazione di funzionari alla consultazione popolare. Dopo aver dichiarato l'ammissibilità delle istanze cautelari dinanzi a sé, lo *Staatsgerichtshof* rigetta l'istanza cautelare con la motivazione che il suo accoglimento avrebbe presupposto la sussistenza del contestato diritto di partecipazione, sul quale non si poteva decidere nel procedimento cautelare. Lo *Staatsgerichtshof* fa così appello al *Vorwegnahmeverbot* inteso anche come divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito, giustificandolo con la considerazione che le formalità processuali previste per il procedimento di merito possono trovare una applicazione solo limitata nel procedimento cautelare<sup>34</sup>.

Una successiva controversia in cui lo *Staatsgerichtshof* è chiamato a pronunciarsi su un'istanza cautelare è quella sorta tra il *Reich* e il *Land* Thüringen sul blocco delle sovvenzioni alla polizia. Il *Reich* corrispondeva ai *Länder* da diversi anni sovvenzioni per le spese della polizia. A questa prassi viene data una cornice di disciplina attraverso l'intesa tra il *Reich* ed i *Länder* del 1928. Nell'aspetto qui rilevante l'accordo prevede che i *Länder* debbano adottare misure adeguate dirette ad assicurare il carattere "apolitico" del corpo di polizia nel suo complesso, nonché la condotta "apolitica" dei singoli funzionari in servizio. Con un

---

<sup>33</sup> Cfr. *StGH* 10 ottobre 1925, in *RGZ* 111, Anh. 21.

<sup>34</sup> Cfr. *StGH* 23 ottobre 1929, in *RGZ* 126, Anh. 1.



provvedimento del maggio 1930 il Governo del Thüringen nomina due funzionari appartenenti al partito nazionalsocialista dei lavoratori ad un alto incarico dirigenziale di polizia. Dopo che il Governo del *Land* respinge la richiesta del Ministro degli Interni federale di revocare tale provvedimento, quest'ultimo dispone il blocco delle sovvenzioni per le spese di polizia al Thüringen. In conseguenza di ciò il *Land* instaura una controversia costituzionale dinanzi allo *Staatsgerichtshof*, chiedendo di dichiarare l'illegittimità del blocco e di accertare l'obbligo del *Reich* di continuare a corrispondere al *Land* le predette sovvenzioni. Contestualmente il *Land* Thüringen chiede in via cautelare che sia impartito al *Reich* un ordine di continuare a versare le sovvenzioni fino alla decisione di merito. A sostegno delle richieste il *Land* fa valere essenzialmente che la semplice appartenenza dei due funzionari al partito nazionalsocialista non urta contro l'accordo con il *Reich*, poiché essi si sono obbligati nei confronti del Ministero dell'Interno del *Land* ad un esercizio dell'ufficio pienamente imparziale, nonché ad un coscienzioso rispetto delle leggi. Il *Reich* chiede il rigetto delle istanze del ricorrente e, in particolare, chiede di dichiarare l'istanza cautelare inammissibile, facendo valere che un potere cautelare dello *Staatsgerichtshof* difetta di fondamento legislativo; che non è possibile un'applicazione analogica delle disposizioni della *Zpo*, in considerazione della radicale diversità di scopo dei due tipi di processo; che un intervento in via cautelare su provvedimenti di organi statali da parte del giudice amministrativo contraddice già la natura del processo amministrativo e che questa considerazione vale a maggior ragione per le controversie dinanzi allo *Staatsgerichtshof*, ove il rilascio di provvedimenti cautelari incide direttamente nell'attività politica e nel potere esecutivo del *Reich*, senza che ciò sia previsto dalla Costituzione o dalla legge. Lo *Staatsgerichtshof* conferma l'ammissibilità delle istanze cautelari, osservando in particolare che l'obiezione discendente dall'incidenza del provvedimento cautelare nell'attività politica delle parti prova troppo poiché varrebbe a contestare anche il potere del Tribunale di decidere la controversia nel merito. In sostanza lo *Staatsgerichtshof* si richiama all'argomento che fonda il potere cautelare sulla sottoposizione delle parti alla giurisdizione nel merito. Nel merito il Tribunale motiva il rigetto dell'istanza cautelare diretta ad ordinare al *Reich* di continuare a corrispondere provvisoriamente il suddetto sussidio, con la considerazione che lo *Staatsgerichtshof* non potrebbe in sede provvisoria fare propria la valutazione giuridica di una delle parti, non potrebbe quindi prendere posizione sulla questione relativa all'esistenza di un obbligo di pagamento del *Reich*. In questa decisione si accenna anche al criterio per motivare, senza prendere posizione sulla questione giuridica oggetto del procedimento di merito, il rilascio di una misura cautelare: cioè la comparazione dei pericoli di

pregiudizio rispettivamente gravanti sulle parti. Lo *Staatsgerichtshof* considera che l'interruzione dei finanziamenti reca pregiudizio al *Land*, ma rigetta l'istanza cautelare, poiché altrimenti l'ulteriore corresponsione del sussidio provocherebbe dei pericoli al *Reich*. La controversia trova poi una composizione transattiva, su proposta del Presidente dello *Staatsgerichtshof*, nella quale il *Reich* si impegna a continuare a corrispondere le sovvenzioni, a fronte dell'impegno del *Land* di garantire il carattere non politico della polizia di sicurezza, procedendo all'assunzione dei funzionari non secondo criteri di appartenenza a partiti politici, ma soltanto secondo criteri di idoneità e di interesse di servizio, mentre rimangono impregiudicate le questioni attinenti al carattere sovversivo del partito nazionalsocialista dei lavoratori, nonché al carattere giuridico o soltanto politico dell'obbligo del *Reich* di corrispondere le sovvenzioni per la polizia<sup>35</sup>.

Un'altra controversia in cui lo *Staatsgerichtshof* si pronuncia su un'istanza cautelare è quella sorta tra la Prussia e il *Reich* sulla nomina di un Commissario del *Reich* per la Prussia. Con un'ordinanza del 20 luglio 1932 il Presidente del *Reich* nomina il Cancelliere del *Reich* Commissario per la Prussia, al fine di ripristinare la sicurezza pubblica e l'ordine nel territorio del *Land*. Il Commissario prende immediatamente una serie di provvedimenti, tra cui la destituzione del Primo ministro e del Ministro degli Interni prussiani. La Prussia adisce lo *Staatsgerichtshof* chiedendo che sia accertata l'incostituzionalità dell'ordinanza presidenziale e, in via cautelare, che sia provvisoriamente inibito al Commissario l'esercizio delle sue funzioni. Il Tribunale motiva il rigetto dell'istanza cautelare sempre con la considerazione di non poter aderire provvisoriamente alla tesi dell'una o dell'altra parte, aggiungendo di non ritenere compatibile con l'essenza e il significato del suo ruolo giurisdizionale l'esternazione provvisoria di una certa concezione giuridica, che poi potrebbe essere costretta a modificare in seguito ad una valutazione più approfondita nel giudizio di merito<sup>36</sup>.

##### 5. *Natura del Tribunale costituzionale federale e delle norme che ne disciplinano i procedimenti.*

Se si passa ad analizzare il secondo fattore che ha contribuito a non far percepire come problematica l'attribuzione di poteri cautelari al *Bundesverfassungsgericht*, occorre tener presente che secondo l'impianto del *Grundgesetz* e della legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* - *BVerfGG*), esso è indiscutibilmente un organo giurisdizionale nel senso più proprio

---

<sup>35</sup> Cfr. *StGH* 18 luglio 1930, in *RGZ* 129, Anh. 28.

<sup>36</sup> Cfr. *StGH* 23 luglio 1932, in *RGZ* 137, Anh. 65.

del termine: appartiene al potere giudiziario (art. 92 GG)<sup>37</sup>, è definito come una corte di giustizia (§ 1 BVerfGG), gli è affidato il compito di decidere controversie giuridiche (art. 93 GG, § 13 BVerfGG).

Il Tribunale costituzionale esercita le proprie funzioni attraverso processi, disciplinati da una legge ordinaria<sup>38</sup>, appunto il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina, il diritto processuale costituzionale è pur sempre una specie del diritto processuale<sup>39</sup>: pertanto non è precluso in via di principio l'impiego (in via legislativa o in via interpretativa) di principi, istituti e norme tratti da altri ordinamenti processuali, nelle ipotesi in cui la legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale non contenga alcuna previsione<sup>40</sup>.

A questa concezione se ne affianca un'altra – sviluppata in particolare da Peter Häberle – che sottolinea piuttosto la “autonomia” e l’“emancipazione” del diritto processuale costituzionale rispetto al diritto processuale generale. Alla stregua di questa concezione, la struttura del diritto processuale costituzionale deve aprirsi in modo corrispondente alla struttura aperta propria della Costituzione, in quanto espressione della “società aperta degli interpreti della Costituzione”. Il diritto processuale costituzionale viene collocato pertanto sullo stesso piano funzionale del diritto costituzionale sostanziale: “l'interpretazione e la concretizzazione della Costituzione nello specifico procedimento regolato dal diritto processuale costituzionale sono parte della Costituzione come “processo pubblico”, come “Costituzione del pluralismo”. Il Tribunale costituzionale federale è così sollecitato, se del caso conformando a tale scopo le norme processuali che disciplinano la propria attività, a promuovere un consenso, o meglio un raccordo, tra la pluralità delle opinioni, nonché – ove si tratti del giudizio di costituzionalità della legge - a colmare eventuali *deficit* di pluralismo del dibattito

---

<sup>37</sup> Art. 92 GG: “Il potere giurisdizionale è affidato ai giudici; esso viene esercitato attraverso il Tribunale costituzionale federale, attraverso le Corti federali previste in questo *Grundgesetz* e attraverso le corti dei *Länder*”.

<sup>38</sup> A cui rinvia l'art. 94, comma II GG.

<sup>39</sup> Per un recente riesame della questione, v. E. KLEIN, *Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das “Prozeßrecht” des Bundesverfassungsgerichts*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, I, Tübingen, 2001, p. 507 ss., p. 507 ss., specialmente p. 512.

<sup>40</sup> Questa concezione è stata esposta da Häberle in una serie di scritti, a partire da *Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts*, in *JZ*, 1973, p. 451 ss.; *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *JZ*, 1976, p. 377 ss.; più in generale dello stesso Autore, *Die Verfassung als öffentlicher Prozeß*, terza ed., Berlin, Duncker e Humblot, 1988. Le frasi riportate tra virgolette sono tratte da P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D'ATENA, Milano, Giuffrè, 2000, p. 24 s.

parlamentare, oppure viceversa ad esercitare *self restraint* nelle ipotesi in cui la legge sia da considerarsi legittimata attraverso un sufficiente coinvolgimento dell'opinione pubblica.

Per comprendere la disciplina e il concreto esercizio del potere cautelare da parte del *Bundesverfassungsgericht* appare utile tenere presenti e cercare di integrare nei limiti del possibile entrambe le prospettive delineate da queste concezioni del diritto processuale costituzionale<sup>41</sup>.

La prima concezione contribuisce in modo decisivo a far concepire come naturale che al Tribunale costituzionale federale siano stati attribuiti dei poteri cautelari, in quanto essi sono considerati come una componente essenziale di pressoché ogni sistema processuale moderno. Al pari degli altri tipi di processo, i processi costituzionali hanno una loro fisiologica durata, che dipende anche dalla predeterminazione delle forme e dei termini nei quali si esercita l'attività dei soggetti processuali, in primo luogo dello stesso *Bundesverfassungsgericht*<sup>42</sup>. Anche nella giustizia costituzionale il giudice non può definire la controversia in modo così tempestivo da evitare che nel frattempo si verifichino eventi idonei a frustrare gli effetti della decisione di merito, tutte le volte in cui manchi il "tempo necessario per un esame coscienzioso e completo delle questioni giuridiche rilevanti" per tale decisione<sup>43</sup>. Ciò ha contribuito a far avvertire l'esigenza, nel dettare le norme sui processi dinanzi al Tribunale costituzionale federale, di apprestare un rimedio al pregiudizio ulteriore che la durata del processo può recare o concorrere a recare alla situazione dedotta in giudizio, se vi è il pericolo concreto che nel frattempo si verifichino fatti tali da frustrare, rendendola inutile o tardiva, la decisione del giudizio di merito (si tratta di quello che la dottrina italiana definisce come *periculum in mora*)<sup>44</sup>.

La concezione che sottolinea l'autonomia del diritto processuale costituzionale rispetto al diritto processuale generale si

---

<sup>41</sup> Nella letteratura di lingua italiana, sul ruolo del Tribunale costituzionale federale nell'ordinamento, il contributo di J. LUTHER, *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI, tomo I, Usa, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia, Torino, Giappichelli, 2000; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, Giappichelli, 2002.

<sup>42</sup> Cfr. in particolare la seconda parte del *BVerfGG*, rivolta alla disciplina del processo costituzionale (il § 32 si trova all'interno della prima sezione, avente ad oggetto le norme processuali generali). Per una interessante descrizione della prassi, v. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, München, C. H. Beck, 2002, p. 34, in nota 3.

<sup>43</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23, sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della riforma delle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani.

<sup>44</sup> Così, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 177.

lascia invece apprezzare per il fatto di offrire una cornice teorica alla necessità di adeguare l'impiego degli strumenti processuali al ruolo del *Bundesverfassungsgericht* "nell'ordine costituzionale e nel processo politico"<sup>45</sup>. Il compito che è affidato al Tribunale costituzionale federale di garantire la supremazia della Costituzione la distingue infatti nettamente da tutti gli altri organi giurisdizionali e ne profila la natura di "Tribunale della Federazione autonomo e indipendente dinanzi a tutti gli altri organi costituzionali"<sup>46</sup>.

Si tratta oltretutto di premesse entrambe condivise dallo stesso Tribunale che ne ha tratto alcune conseguenze essenziali in ordine alla percezione del proprio ruolo nel sistema nel Promemoria sul suo statuto giuridico del 27 giugno 1952. Esse si esprimono nella constatazione di essere "il più alto custode della Costituzione" e "parimenti un organo costituzionale fornito della più alta autorità", nonché "un Tribunale autonomo, provvisto di tutte le garanzie dell'indipendenza giudiziale", che "quindi si distingue per carattere e significato da tutti gli altri Tribunali"<sup>47</sup>.

In questa prospettiva, fondamentale è l'identificazione del ruolo del Tribunale costituzionale federale nel processo politico con "quello di verificare attraverso un procedimento giudiziale se le decisioni degli organi parlamentari e degli organi esecutivi si mantengono nel quadro costituzionale"<sup>48</sup>. Sebbene il Tribunale "emani decisioni non secondo discrezionalità politica", queste producono i loro effetti "sul piano della direzione dello Stato, cui appartiene nell'ambito di uno Stato costituzionale avanzato anche la funzione di tutela della Costituzione, che costituisce il fondamento e la cornice dell'attività statale"<sup>49</sup>. Fin dal primo decennio di attività del Tribunale costituzionale federale si è chiarito, anche in riferimento all'azione di governo in senso materiale, comprendente pure l'attività di politica estera, che ormai più nessun atto dello Stato era sottratto al controllo giurisdizionale di costituzionalità<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Si riporta il titolo del contributo di C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, cit.

<sup>46</sup> Si riproduce così il testo del primo comma dell'art. 1 *BVerfGG*.

<sup>47</sup> Le citazioni del Promemoria sono tratte da K. STERN, *Scelte di politica estera e controllo giurisdizionale di costituzionalità*, in G. BRUNELLI, C. FIORAVANTI, K. STERN, *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, Padova, 1997, p. 233 ss., p. 236.

<sup>48</sup> Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA E H. DREIER, I, Tübingen, 2001, p. 1 ss., p. 27.

<sup>49</sup> Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, cit., p. 5.

<sup>50</sup> K. STERN, *Scelte di politica estera e controllo giurisdizionale di costituzionalità*, cit., p. 236.

Parimenti fondamentale è il contributo che dalle decisioni del Tribunale costituzionale federale deriva al rafforzamento del consenso sociale sui valori di fondo a cui si ispira l'ordinamento giuridico<sup>51</sup>.

Anticipando un dato che si avrà modo di dimostrare nel corso della successiva indagine, il concreto esercizio del potere cautelare da parte del *Bundesverfassungsgericht* è notevolmente condizionato dalla configurazione del ruolo del Tribunale federale nell'ordine costituzionale e nel processo politico. In altri termini il concreto esercizio del potere cautelare è condizionato dalla percezione delle notevoli implicazioni istituzionali che conseguono al suo esercizio. Questo si traduce ad esempio nel particolare atteggiamento di *self-restraint* quando il rilascio del provvedimento cautelare incide sul processo di formazione della volontà di soggetti titolari di un potere politico.

Tuttavia questo dato non è idoneo a sostenere l'opinione - per la verità isolata nella dottrina tedesca - che nel processo costituzionale la tutela cautelare assolva una funzione essenzialmente diversa da quella che essa svolge nel processo civile e nel processo amministrativo. Tale diversità si coglierrebbe nel fatto che la tutela cautelare sarebbe lo strumento per assicurare immediatamente la posizione del *Bundesverfassungsgericht* come custode della Costituzione<sup>52</sup>. Si tratta di un'idea non condivisibile soprattutto perché rischia di confondere gli aspetti sostanziali del diritto costituzionale, (cioè la considerazione degli interessi protetti dalle norme costituzionali sostanziali di cui il Tribunale costituzionale federale è chiamato a garantire l'attuazione attraverso la decisione di merito), e il più limitato scopo processuale della tutela cautelare, di evitare che il prodursi nelle more del processo di modifiche irreversibili della realtà materiale e giuridica renda inutile la futura decisione di merito perché tardiva o insuscettibile di esecuzione.

#### 6. *Il Bundesverfassungsgericht nello stato di necessità.*

Il terzo fattore che ha contribuito a non far percepire come problematica l'attribuzione di poteri cautelari al *Bundesverfassungsgericht*, è la fiducia che l'ordinamento tedesco ripone nel fatto che il Tribunale possa svolgere in modo sostanzialmente inalterato la propria funzione anche nelle situazioni in cui gli organi statali si trovino nella necessità di provvedere con urgenza in vista del "bene comune", come si può desumere in modo esemplare dalla disciplina riservata al

---

<sup>51</sup> Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, cit., p. 25.

<sup>52</sup> Così, F. KLEIN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, C.H. Beck, 1993, p. 7 s.; per una critica a questa opinione, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 176 ss.

*Bundesverfassungsgericht* nell'ambito delle modifiche costituzionali relative alla regolazione dello stato di necessità, approvate alla fine degli anni Sessanta in esito a un travagliato percorso politico-parlamentare.

Il dibattito sulla disciplina dello stato di necessità causato da guerra, catastrofi naturali ed altre situazioni di necessità impegna le forze politiche e l'opinione pubblica tedesca nel corso degli anni Sessanta. È comunemente avvertita l'esigenza di superare la situazione prevista in questa materia dal Trattato sulle relazioni tra la Repubblica federale tedesca e le tre potenze del 1954<sup>53</sup>. Nell'abolire lo statuto di occupazione e nel restituire la sovranità alla Repubblica federale, le tre potenze alleate occidentali si sono infatti riservate ampi poteri di intervento nelle situazioni di necessità, correlati alla necessità di garantire la protezione e la sicurezza delle loro forze armate allocate sul suolo tedesco. Questa "riserva di stato di necessità" riveste tuttavia un carattere provvisorio: è destinata ad estinguersi "non appena gli uffici tedeschi competenti abbiano ricevuto i corrispondenti pieni poteri attraverso la legislazione tedesca e con ciò siano posti in condizione di adottare provvedimenti efficaci a protezione di queste forze armate, inclusa la capacità di contrastare una seria turbativa dell'ordine e della sicurezza pubblica"<sup>54</sup>.

Dopo un lungo dibattito, accompagnato anche da manifestazioni di protesta popolare causate dal timore di una compressione dei diritti fondamentali e di un aumento del potere statale, il *Bundestag* approva il 30 maggio 1968 le modifiche del *Grundgesetz* necessarie per il varo di una "costituzione dello stato di necessità"<sup>55</sup>.

La *Notstandsverfassung* è caratterizzata fondamentalmente da due elementi<sup>56</sup>. Da un lato è collegata unicamente ai casi di necessità di origine esterna (in particolare, l'attacco armato perpetrato o minacciato da potenze straniere), mentre l'emergenza interna è toccata solo marginalmente<sup>57</sup>. Dall'altro prevede, invece di una clausola generale attributiva di poteri, una serie di specifici conferimenti di potere di emanare leggi ed ordinanze e di

---

<sup>53</sup> Pubblicato in BGBl 1955 II, 305.

<sup>54</sup> La citazione di questo passo del trattato è ripresa da E. W. BÖCKENFÖRDE, *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*, in *Festschrift für Martin Hirsch*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 259 ss., p. 259.

<sup>55</sup> V. la 17<sup>a</sup> legge di modifica del *Grundgesetz* del 24 giugno 1968, in BGBl I, 709. La legge è approvata nonostante il voto contrario dei liberali e di 53 deputati socialdemocratici.

<sup>56</sup> Il nucleo centrale delle modifiche è contenuto negli artt. da 115 a a 115 1 GG, sotto il titolo *Verteidigungsfall* (l'attacco armato di potenze straniere).

<sup>57</sup> Questo rappresenta indubbiamente un punto di debolezza della riforma. Propone di colmare la lacuna con un articolato progetto di modifica costituzionale, contributo di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*, cit., p. 265 ss.

semplificazioni procedurali, che dovrebbero consentire di reagire in modo adeguato a situazioni di necessità previamente accertate<sup>58</sup>. Chiare sono le ragioni di questa seconda scelta: si intende evitare il riproporsi delle esperienze maturate negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, in cui l'art. 48, comma II della Costituzione legittima una prassi dell'esercizio del potere di ordinanza che disconosce le prerogative del Parlamento e viola i diritti fondamentali<sup>59</sup>. Per questo motivo si rigetta la concezione secondo la quale nelle situazioni di emergenza scoccherebbe "l'ora dell'esecutivo"<sup>60</sup>, a vantaggio di un'impostazione che vede nell'organo rappresentativo della volontà popolare il "*dominus* del merito e del procedimento" nello stato di emergenza<sup>61</sup>. È prevista infatti l'istituzione di una Commissione comune, detta anche Commissione o Parlamento di emergenza, composta per due terzi da parlamentari del *Bundestag* e per un terzo da membri del *Bundesrat*, destinata a prendere le decisioni essenziali quando il Parlamento non si può riunire od è incapace di raggiungere il numero legale. Decisioni essenziali che comunque non possono spingersi fino a prevedere modifiche del *Grundgesetz*<sup>62</sup>, né determinare una generalizzata sospensione dei diritti fondamentali, bensì solo limitare specificamente e temporaneamente taluni di essi<sup>63</sup>.

Di particolare rilievo per il tema della presente indagine, è l'espressa previsione che pur in una situazione di eccezionale gravità per la vita dello ordinamento non possano "essere pregiudicati la posizione costituzionale e l'adempimento dei compiti costituzionali del *Bundesverfassungsgericht* e dei suoi giudici"<sup>64</sup>. Si contempla unicamente che la legge istitutiva del Tribunale costituzionale possa essere modificata, quando ciò si riveli necessario – anche a parere dello stesso Tribunale – per conservare la sua capacità di funzionamento e che, in attesa di tale modifica,

---

<sup>58</sup> Così, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*, cit., p. 260.

<sup>59</sup> Testo dell'art. 48, comma II della Costituzione della Repubblica di Weimar: "qualora nel *Reich* tedesco l'ordine e la sicurezza pubblici siano notevolmente turbati o messi in pericolo, il presidente del *Reich* può adottare i provvedimenti necessari al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblici, procedendo se necessario con l'aiuto delle forze armate. A tale scopo egli può transitoriamente escludere o limitare l'esercizio dei diritti fondamentali previsti negli artt. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153".

<sup>60</sup> In questa direzione si muove il primo progetto di una disciplina dello stato di emergenza, presentato dal ministro degli interni Gerhard Schröder (CDU), che per questo non trova il sostegno del parlamento.

<sup>61</sup> Così, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*, cit., p. 260.

<sup>62</sup> Cfr. art. 115 e, comma II GG.

<sup>63</sup> Cfr. per esempio gli artt. 12 a, comma III ss., 17 a, 115 c, comma II GG.

<sup>64</sup> Art. 115 g GG.



sia il *Bundesverfassungsgericht* a poter prendere le misure necessarie ad assicurare il suo funzionamento<sup>65</sup>.

Anche nelle situazioni più gravi per la vita di un ordinamento, non vi è spazio quindi per una disciplina extracostituzionale dello stato di necessità, ma sono salvaguardati i cardini dello stato costituzionale democratico: la supremazia dell'organo rappresentativo della volontà popolare e la prevalenza della Costituzione, con la conseguente conservazione del ruolo e delle funzioni dell'organo giurisdizionale che è chiamato a realizzare quest'ultimo valore. In questi elementi l'urgenza del provvedere dovrebbe incontrare un limite invalicabile. I provvedimenti dettati dallo stato di emergenza sono soggetti ad controllo pieno di costituzionalità ad opera di un *Bundesverfassungsgericht* nella pienezza dei suoi poteri. Implicita, ma chiara in questo contesto appare l'idea che l'esercizio di efficaci poteri cautelari da parte del Tribunale possa contribuire in una certa misura alla difesa dello stesso quadro costituzionale.

---

<sup>65</sup> Art. 115 g GG.

## **CAPITOLO II**

### **LA DISCIPLINA DEI POTERI CAUTELARI DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO**

#### **Sezione I**

#### **I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare**

1. *Fonti legislative dei poteri cautelari del Bundesverfassungsgericht.*

Svolta la parte introduttiva, si può procedere all'analisi della disciplina del potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*. Il § 32 della legge che disciplina il Tribunale costituzionale federale prevede il potere del giudice costituzionale di emanare provvedimenti cautelari con una disposizione inserita nella sezione dedicata alle disposizioni processuali generali.

Nella versione oggi vigente, tale disposizione prevede che:

“(1) 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.

(2) Il provvedimento cautelare può essere emanato senza udienza. In caso di particolare urgenza il Tribunale costituzionale federale può rinunciare a dare l'opportunità di prendere posizione alle parti del giudizio di merito, ai soggetti legittimati ad intervenire o a fare osservazioni.

(3) Se il provvedimento cautelare è emanato o rifiutato con ordinanza, può essere proposta opposizione. Ciò non vale per il ricorrente in caso di ricorso costituzionale diretto. Sull'opposizione il Tribunale costituzionale federale decide dopo un'udienza. Questa deve aver luogo entro due settimane dalla presentazione dei motivi di opposizione.

(4) L'opposizione contro il provvedimento cautelare non ha efficacia sospensiva. Il Tribunale costituzionale federale può sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare.

(5) Il Tribunale costituzionale federale può rendere nota la decisione sul provvedimento cautelare o sull'opposizione priva di motivazione. In questo caso la motivazione deve essere comunicata separatamente alle parti.

(6) Il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi. Esso può essere rinnovato con una maggioranza di due terzi dei voti.

(7) Se una Sezione del Tribunale non raggiunge il numero legale, il provvedimento cautelare può essere rilasciato in caso di

particolare urgenza se sono presenti almeno tre giudici e l'ordinanza sia adottata all'unanimità. Esso perde efficacia dopo un mese. Se è confermato dalla Sezione, il provvedimento cautelare perde efficacia dopo sei mesi dalla sua emanazione”.

La disciplina del § 32 *BVerfGG* è integrata da un'importante norma prevista dal § 93 d, comma II *BVerfGG*, dove si 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 che è invece affidato a ciascuna Sezione del Tribunale.

Per completare le informazioni sul § 32 *BVerfGG* occorre tenere presente che sulla sua formulazione ha esercitato una notevole influenza la disciplina del codice di procedura civile<sup>66</sup>. Il disegno di legge governativo prevedeva che il *Bundesverfassungsgericht* potesse emanare un provvedimento cautelare “in un procedimento pendente, su istanza, in relazione all'oggetto della controversia o per la disciplina di una situazione provvisoria, quando ciò si imponga in modo cogente per un importante motivo”<sup>67</sup>. Mentre la formula “disciplina di una situazione provvisoria” rinviava al già citato § 940 *Zpo*, l'espressione “in relazione all'oggetto della controversia” richiama la parallela disposizione del § 935 *Zpo*, secondo il quale “provvedimenti cautelari in relazione all'oggetto del processo sono ammissibili, se è da temere che una modificazione della situazione esistente impedisca o renda notevolmente più difficile l'attuazione del diritto di una parte”. In seno ai lavori della commissione parlamentare, in aderenza al progetto presentato dalla *Spd*, il testo assumeva la formulazione che è poi diventata legge. In questa operazione, la formula “in un procedimento pendente, su istanza” è sostituita da “in caso di disputa (*Streitfall*)”. Inoltre il testo del futuro § 32 *BVerfGG* fa propri i motivi del provvedere indicati dal § 940 *Zpo*: il grave pregiudizio, l'imminente violenza o un altro (grave) motivo, correlandoli al bene comune<sup>68</sup>.

Resta poi da precisare che il § 32 *BVerfGG* ha subito diverse modifiche. Degna di essere menzionata in primo luogo è quella apportata nel 1970 con l'aggiunta del comma che disciplina l'ipotesi in cui la Sezione del *Bundesverfassungsgericht*, a cui sia

---

<sup>66</sup> Il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* non prevede però alcun rinvio generale, in via sussidiaria, al codice di procedura civile. Il § 17 *BVerfGG* rinvia solo, per certi limitati profili, alla legge sulla costituzione degli organi giurisdizionali (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

<sup>67</sup> Cfr. § 28 I 1 del disegno di legge.

<sup>68</sup> Per queste informazioni sui lavori preparatori della legge istitutiva del *Bundesgerichtshof* in tema di disciplina dei provvedimenti cautelari, C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, terza ed., München, C. H. Beck, 1991, p. 243.

affidata la decisione sull'istanza cautelare, non raggiunga il numero legale per deliberare<sup>69</sup>. In secondo luogo, il termine di efficacia della misura cautelare è stato esteso a sei mesi nel 1985<sup>70</sup>. La prassi giurisprudenziale aveva evidenziato infatti che il precedente termine di tre mesi era troppo breve. Infatti il Tribunale era costretto molto frequentemente a prorogarlo<sup>71</sup>.

Un'ultima precisazione. La disciplina dei provvedimenti cautelari prevista dal § 32 *BVerfGG* è stata ritenuta applicabile, proprio perché prevista nelle disposizioni generali, in tutti i tipi di procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale federale<sup>72</sup>. Ciò ha consentito lo sviluppo di una prassi giurisprudenziale significativa non solo sotto il profilo quantitativo - nel periodo dal 1951 al 2002, le pronunce del Tribunale costituzionale federale su un'istanza cautelare sono state 982 su un totale di 119.965 procedimenti attivati<sup>73</sup>, ma anche qualitativo, poiché alcuni fra i casi più rilevanti esaminati dal Tribunale costituzionale federale sono stati avviati attraverso la richiesta di un provvedimento cautelare o comunque hanno visto articolarsi un procedimento cautelare al loro interno<sup>74</sup>.

Oltre al § 32, il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* prevede norme speciali di tutela cautelare, dettate con riferimento ad alcuni tipi di procedimento. Esse non hanno finora avuto rilievo pratico.

Una norma specifica di tutela cautelare è prevista in relazione alla promozione del giudizio di accusa da parte del *Bundestag* o del *Bundesrat* contro il Presidente federale (art. 61 *GG*). Il § 53 *BVerfGG* prevede che il Tribunale costituzionale federale possa sospendere in via cautelare il Presidente dall'esercizio del suo ufficio.

---

<sup>69</sup> Cfr. legge 21 dicembre 1970, in *BGBI I*, 1765.

<sup>70</sup> Cfr. legge 19 febbraio 1985, in *BGBI I*, 2226, relativa a § 32, VI comma, *BVerfGG*. È da notare però che il provvedimento emanato dal collegio ristretto di tre giudici, nell'ipotesi appena menzionata nel testo, perde efficacia dopo il decorso di un mese dall'emanazione, a meno che non sia confermato dalla sezione della Corte (cfr. § 32, VII comma, *BVerfGG*).

<sup>71</sup> Cfr. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, cit., p. 244, con richiamo ai lavori preparatori della modifica legislativa.

<sup>72</sup> Si ricorda che la competenza del Tribunale costituzionale federale discende in via di principio da una norma del *Grundgesetz*, ma può discendere anche da una norma di legge ordinaria. Quest'ultima ipotesi è richiamata dall'art. 93, II comma, *GG*.

<sup>73</sup> Questo dato si può leggere presso K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 59, ove si può constatare che negli ultimi anni le pronunce cautelari aumentano con un ritmo di poco inferiore al centinaio di provvedimenti all'anno.

<sup>74</sup> Emblematico e premonitore del successo applicativo della disciplina sui provvedimenti cautelari è il fatto che il primo provvedimento emanato in assoluto dal Tribunale costituzionale federale sia stato proprio un provvedimento cautelare (anche molto incisivo, trattandosi della sospensione dell'esecuzione di una legge). Si tratta di *BVerfGE* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1, sintetizzata nel luogo relativo alla tipologia dei provvedimenti impugnabili.

Un'altra ipotesi è prevista in relazione alla promozione del giudizio di accusa da parte del *Bundestag* contro un giudice federale (art. 98, comma II GG), il § 58, I comma, *BVerfGG* prevede l'applicabilità del § 53 *BVerfGG*. Il Tribunale può quindi sospendere in via cautelare il giudice dall'esercizio delle sue funzioni. In relazione alla promozione del procedimento di collocamento a riposo o di rimozione di un giudice costituzionale, il § 105, V comma, *BVerfGG* prevede che il Tribunale possa sollevare in via cautelare il giudice dallo svolgimento della sua funzione.

Infine, la possibilità di emanare provvedimenti cautelari da parte del Tribunale costituzionale federale è contemplata dal § 16, III comma, della legge sulla validità delle elezioni al *Bundestag*<sup>75</sup>.

Si ritiene comunque che le singole disposizioni speciali appena ricordate non escludano, ove ne ricorrano i presupposti, l'applicazione in via sussidiaria del § 32 *BVerfGG*.

Il fatto che la disciplina dei provvedimenti cautelari prevista dal § 32 *BVerfGG* sia applicabile in tutti i tipi di procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale federale<sup>76</sup> ha consentito lo sviluppo di una prassi giurisprudenziale significativa non solo sotto il profilo quantitativo - nel periodo dal 1951 al 2002 le pronunce del Tribunale costituzionale federale su un'istanza cautelare sono state 982, su un totale di 119.965 procedimenti attivati dinanzi alla Corte<sup>77</sup>, ma anche qualitativo, poiché alcuni fra i casi più rilevanti esaminati dalla Corte sono stati avviati attraverso la richiesta di un provvedimento cautelare o comunque hanno visto articolarsi un procedimento cautelare al loro interno<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Il primo comma dell'art. 16 *WahlprüfG* prevede che, nelle ipotesi in cui il *Bundestag* accerti la perdita della qualità di deputato, il soggetto che ne è colpito mantenga i diritti e gli obblighi dello *status* di parlamentare, finché il provvedimento non è divenuto definitivo. Il secondo comma prevede che il *Bundestag*, con decisione presa a maggioranza di due terzi, possa deliberare che il deputato sia immediatamente sollevato dallo svolgimento delle sue funzioni. Il terzo comma prevede che, qualora sia proposto reclamo contro la decisione presa ai sensi del primo comma, la Corte possa su istanza del reclamante annullare in via cautelare il provvedimento preso ai sensi del secondo comma, oppure - se un tale provvedimento non è stato emanato - adottarlo in via cautelare su istanza di almeno un decimo dei membri del *Bundestag*.

<sup>76</sup> Si ricorda che la competenza del Tribunale costituzionale federale discende in via di principio da una norma del *Grundgesetz*, ma può discendere anche da una norma di legge ordinaria. Quest'ultima ipotesi è richiamata dall'art. 93, II comma, GG.

<sup>77</sup> Questo dato si può leggere presso K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 59, ove si può constatare che negli ultimi anni le pronunce cautelari aumentano con un ritmo di poco inferiore al centinaio di provvedimenti all'anno.

<sup>78</sup> Emblematico e premonitore del successo applicativo della disciplina sui provvedimenti cautelari è il fatto che il primo provvedimento emanato in assoluto dal Tribunale costituzionale federale sia stato proprio un provvedimento cautelare (anche molto incisivo, trattandosi della sospensione dell'esecuzione di

## 2. Fondamento costituzionale del potere cautelare del *Bundesverfassungsgericht*.

Il vasto movimento ideale che, dopo la fine della seconda guerra mondiale, ha condotto ad inserire nelle nuove costituzioni democratiche dell'Europa continentale determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo ha interessato anche la tutela cautelare.

Nell'esperienza giuridica tedesca formatasi sotto il vigore del *Grundgesetz* è affermazione comune che il principio costituzionale dello Stato di diritto (art. 20 GG) incorpori in sé il diritto alla tutela giurisdizionale (*Justizgewähranspruch*), intesa come pretesa che lo Stato assicuri una tutela giurisdizionale effettiva<sup>79</sup>. Il collegamento tra il principio dello Stato di diritto e la sua attuazione attraverso il potere giudiziario è efficacemente evidenziato in un contributo di Otto Bähr, un giurista di spicco nella scienza giuridica tedesca dell'Ottocento. Scriveva Bähr: "affinché lo <Stato di diritto> diventi verità, non è sufficiente che il diritto pubblico sia determinato attraverso le leggi, ma deve esserci anche una giurisdizione che accerti il diritto per il caso concreto e che offra pertanto un solido fondamento alla sua restaurazione, nelle ipotesi in cui esso venga violato"<sup>80</sup>.

In tale contesto, la questione relativa al se il dovere statale di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva implichi anche l'adozione di un adeguato apparato di tutela cautelare è stata particolarmente approfondita in relazione alle lesioni di diritti soggettivi perpetrate dai pubblici poteri, contro le quali sussiste l'esplicita garanzia costituzionale della via giudiziaria (art. 19, IV comma, GG)<sup>81</sup>. Tale garanzia è considerata dall'opinione maggioritaria come una specificazione del dovere statale di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>82</sup>. Per collocare la tutela cautelare nell'ambito della garanzia costituzionale della via giudiziaria ex art. 19, comma IV GG, il Tribunale costituzionale federale impiega fundamentalmente l'argomento che l'attore deve

---

una legge). Si tratta di *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1, sintetizzata nel luogo relativo alla tipologia dei provvedimenti impugnabili.

<sup>79</sup> In questo senso, per tutti, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, seconda ed., München, 1984, § 20.

<sup>80</sup> Così O. BÄHR, *Der Rechtsstaat* (1864), ristampa, Darmstadt, Wiss. Buchges, 1963, p. 192, citato da H.-J. PAPIER, *Justizgewähranspruch*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. ISENSEE, VI, seconda ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 1224.

<sup>81</sup> Testo dell'art. 19, IV comma, GG: "chiunque è leso nei suoi diritti dal pubblico potere, può ricorrere alla giurisdizione. Se non è prevista una diversa competenza, è dato il ricorso alla giurisdizione ordinaria". Sul punto, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Decker, 1988, p. 990 ss.

<sup>82</sup> In questo senso, per tutti, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, cit., § 20.

poter avere a disposizione degli strumenti per evitare che durante il corso del processo si verificano a suo danno dei “fatti compiuti”. È evidente che questo argomento si presta ad un’inevitabile generalizzazione, poiché esso vale indipendentemente dal soggetto (privato o pubblica amministrazione) contro cui è fatta valere in giudizio la lesione del diritto<sup>83</sup>. Poiché la garanzia ex art. 19, comma IV GG è considerata una concretizzazione dell’obbligo statale di assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale e tale obbligo discende dal principio dello Stato di diritto, la copertura costituzionale della tutela cautelare poggia in ultima analisi su quest’ultimo principio e si estende a tutte le giurisdizioni.

Attraverso quest’ultima generalizzazione basata sulla comune funzione di garanzia dello Stato di diritto si trova un fondamento alla garanzia costituzionale della tutela cautelare del Tribunale costituzionale federale, che altrimenti non potrebbe essere ricavata immediatamente dall’art. 19, comma IV GG. Infatti quest’ultima disposizione non potrebbe coprire l’ipotesi di tutela cautelare nei confronti della legge, poiché gli atti del potere legislativo – per costante giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* – non rientrano tra gli atti del “pubblico potere” ai sensi dell’art. 19, IV comma, GG<sup>84</sup>. Nel contesto della giurisdizione costituzionale, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sotto il profilo che qui maggiormente interessa, si giustifica allora sulla base della considerazione che “uno Stato, che riconosce nella sua Costituzione diritti fondamentali, che disciplina principi costituzionali oggettivi e scopi dello Stato, che fonda e delimita competenze della Federazione e dei *Länder* nonché degli organi costituzionali tra loro, ed istituisce un Tribunale costituzionale federale in veste di custode di questo ordinamento, perderebbe la propria credibilità come Stato di diritto qualora non procuri di evitare che i diritti sostanziali e le competenze così attribuite non cadano nel vuoto, in quanto essi possano essere

---

<sup>83</sup> Così, W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr, 1993, p. 45.

<sup>84</sup> Così, K. GRAßHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 10. Nella giurisprudenza costituzionale l’affermazione che la garanzia costituzionale dei poteri del Tribunale costituzionale federale non possa essere ricavata immediatamente dall’art. 19, comma IV, GG ha inciso anche restrittivamente sulla portata di tali poteri. Nella controversa pronuncia in materia di asilo politico (*BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166, 216 s.), la Corte ha affermato che “diversamente dalla tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni sottoposta all’art. 19, IV comma GG, il procedimento cautelare ex § 32 *BVerfGG* non è preordinato ad offrire una tutela preventiva il più possibile priva di lacune nei confronti del verificarsi di effetti anche definitivi dell’esecuzione immediata di provvedimenti autoritativi, per cui lo strumento del provvedimento cautelare – non solo in relazione alla decisione sulla provvisoria sospensione della legge – deve essere applicata con estrema ritrosia e con l’impiego di un criterio rigoroso”.

frustrati da una tardiva decisione del Tribunale costituzionale federale”<sup>85</sup>.

Ne segue il dovere di apprestare anche nel processo costituzionale rimedi nei confronti del pregiudizio ulteriore che la durata del processo può recare o concorrere a recare, se vi è il pericolo concreto che nel frattempo si verificano fatti tali da frustrare, rendendola vana o tardiva, la decisione della causa di merito.

### 3. I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare.

Per procedere all’analisi dei presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare, occorre ricordare la formulazione del § 32, I comma, *BVerfGG*: “in caso di disputa il Tribunale costituzionale federale può disciplinare 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”.

Nonostante che il testo del § 32, comma I, *BVerfGG* sia stato influenzato dalla disciplina dei provvedimenti cautelari nel processo civile, il Tribunale costituzionale federale non si preoccupa di rinvenire paralleli tra il potere cautelare affidatogli da questa disposizione e la disciplina della tutela cautelare nel processo civile (e nel processo amministrativo), ma tende piuttosto a sottolinearne le differenze. Nella sua giurisprudenza prevale anzi l’idea che la tutela cautelare sia uno strumento eccezionale, da concedere con “la più grande prudenza”, poiché l’emanazione di un provvedimento cautelare in un processo costituzionale produce per lo più conseguenze di ampio raggio, in forza del rango degli interessi che vi sono coinvolti <sup>86</sup>. Pertanto, specialmente in occasione delle pronunce di rigetto, la Corte ripete spesso la massima secondo la quale, nel valutare la sussistenza dei presupposti per il rilascio dei provvedimenti cautelari, è da adottare un “criterio rigoroso” (*strenger Maßstab*). Una volta constatata la sussistenza dei presupposti, il Tribunale costituzionale federale è tenuto però ad emanare il provvedimento cautelare. L’impiego del verbo “può” nel testo del § 32 *BVerfGG* vale

---

<sup>85</sup> Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, München, C. H. Beck, 2002, p. 12.

<sup>86</sup> In questa affermazione essa è seguita anche dalla dottrina, cfr. H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. STARCK, vol. II, Tübingen, Mohr, 1976, p. 170 ss., p. 184; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, a cura di D. C. UMBACH E T. CLEMENS, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p. 594; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, cit., p. 29.



unicamente ad attribuire alla Corte la competenza al rilascio dei provvedimenti cautelari<sup>87</sup>, ma non significa affatto che essa eserciti un potere discrezionale nella pronuncia sulle istanze cautelari<sup>88</sup>.

L'indagine sui presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare deve essere condotta separatamente, in relazione a tre elementi: *a)* la nozione "in caso di disputa" (*Streitfall*); *b)* la nozione di urgenza del provvedere ("qualora [...] si imponga con urgenza"); *c)* la tipologia dei motivi (*Anordnungsgründe*): "per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune".

#### 4. *Nozione di Streitfall.*

Il termine *Streitfall* può essere inteso genericamente come il contrasto interpretativo – non necessariamente tradottosi in una controversia pendente dinanzi alla Corte - avente ad oggetto le regole giuridiche di condotta dei soggetti coinvolti nella determinata situazione, che si chiede alla Corte di disciplinare provvisoriamente attraverso la misura cautelare<sup>89</sup>. Si tratta di una espressione legislativa in grado così di comprendere la notevole varietà dei procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale, che non sempre presuppongono la pendenza di una vera e propria controversia, essendo talora sufficiente, come nel caso del controllo astratto di costituzionalità ex art. 93, I comma, n. 2 GG, una semplice "diversità di opinioni" o un "dubbio" sulla costituzionalità.

#### 5. *Urgenza del provvedere ed interesse ad agire: difficoltà di una distinzione.*

Al fine di ottenere il rilascio del provvedimento cautelare, il ricorrente è tenuto a dimostrare l'esistenza di una specifica necessità di provvedere con urgenza. Il fatto che la disciplina provvisoria non possa essere procrastinata deve essere dimostrato attraverso la prognosi delle conseguenze giuridiche e fattuali che si verificherebbero, qualora la misura cautelare non fosse emanata e la constatazione che questi sviluppi possano essere efficacemente

---

<sup>87</sup> Così, espressamente, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 593.

<sup>88</sup> Questa osservazione è comune nella dottrina tedesca e rispecchia l'atteggiamento del Tribunale costituzionale federale. Si vedano, fra gli altri, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 172; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 593; K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 307.

<sup>89</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 176; C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, terza ed., cit., p. 249 e di J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 592.

contrastati attraverso il tempestivo intervento cautelare del Tribunale costituzionale federale<sup>90</sup>.

In via preliminare si deve constatare la notevole sovrapposizione tra questo presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare e il presupposto di ammissibilità attinente alla sussistenza dell'interesse ad agire. Ciò dipende essenzialmente dalle notevoli incertezze da cui è circondata la nozione di interesse ad agire. Essa è di difficile impiego già sul terreno del diritto processuale in generale, in cui essa è nata ed è stata elaborata per opera della giurisprudenza e della dottrina come sorta di ultimo filtro a disposizione del giudice prima di entrare nel merito della istanza. La dottrina mette in evidenza che è arduo elaborare una descrizione in termini positivi, anche perché il Tribunale costituzionale nella sua giurisprudenza non enuncia specificamente che l'interesse ad agire sussiste (per proseguire poi nell'esame nel merito), ma si pronuncia, se del caso, sul difetto di interesse ad agire<sup>91</sup>. Il Tribunale costituzionale federale non nega valore alla nozione di interesse ad agire, anche se la impiega in modo molto parsimonioso<sup>92</sup>. La dottrina tende ad un impiego più ampio della nozione di interesse ad agire, ma considera frequentemente le stesse circostanze anche nell'ambito della valutazione dell'urgenza del provvedere come presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare<sup>93</sup>. Visti i dati di partenza è sembrato allora opportuno non separare l'esposizione tra interesse ad agire, come presupposto di ammissibilità dell'istanza cautelare, ed urgenza del provvedere, come suo presupposto di fondatezza, e concentrare l'esame del tema, indicando dapprima le situazioni in cui il *Bundesverfassungsgericht* è solito impiegare la nozione di interesse ad agire, e poi gli altri profili in cui si fa più genericamente questione dell'esistenza o meno di un bisogno di tutela urgente.

#### 6. Interesse ad agire.

Nella rilevanza che il *Bundesverfassungsgericht* attribuisce al presupposto dell'interesse ad agire si può cogliere un'idea centrale,

---

<sup>90</sup> Così, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 33.

<sup>91</sup> Cfr. N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, Herdecke, GCA, 1999, p. 169.

<sup>92</sup> Oltre che l'analisi della giurisprudenza della Corte sintomatica è la posizione di K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 28, che rappresenta fedelmente gli orientamenti del *Bundesverfassungsgericht* (essendo stata anche giudice del Tribunale costituzionale federale, quale membro del secondo *Senat*, dal 1986 al 1998).

<sup>93</sup> A tale proposito emblematica è la posizione di J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 588 ss.; ma si consideri anche H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 182 ss.

anche se generica: l'idea che non si debba ricorrere alla Corte se non vi è un'effettiva necessità od utilità per il ricorrente. In particolare, la richiesta di tutela cautelare è da rifiutare per difetto di interesse ad agire, quando adire la Corte non è necessario, in quanto il ricorrente potrebbe realizzare i suoi interessi con propri provvedimenti o con il ricorso ai giudici comuni, oppure quando adire la Corte è inutile, in quanto l'intervento cautelare della Corte sarebbe in ogni caso intempestivo. Di seguito si delineano quindi dapprima queste diverse situazioni in astratto e si svolge poi l'analisi della correlativa casistica giurisprudenziale.

A) una prima situazione che il Tribunale costituzionale federale valuta sotto il profilo dell'interesse ad agire è quella in cui il ricorrente può ragionevolmente conseguire con propri provvedimenti il risultato cui aspira attraverso l'istanza cautelare. La dottrina tende a comprendere in questa situazione anche l'ipotesi in cui, nei rapporti tra Federazione e *Länder*, la prima possa ricorrere allo strumento del *Bundeszwang* (art. 37 GG)<sup>94</sup>, ma questa soluzione è stata disattesa dalla giurisprudenza costituzionale: a tal riguardo si rinvia a quanto si è già detto nella parte introduttiva dell'indagine.

B) una seconda situazione che il Tribunale costituzionale federale ha cominciato a valutare sotto il profilo dell'interesse ad agire, accogliendo l'impostazione dottrinale, si verifica quando il ricorrente possa ottenere tutela cautelare attraverso il ricorso ai giudici comuni<sup>95</sup>. La necessità di rivolgersi al giudice comune, prima di adire il Tribunale costituzionale federale, incontra eccezioni solo nei casi in cui sia fondatamente da temere il verificarsi di un pregiudizio particolarmente grave a beni costituzionalmente protetti, pregiudizio che non possa (più) essere efficacemente contrastato con il ricorso alla tutela cautelare dinanzi ai giudici comuni<sup>96</sup>. In particolare, nel procedimento della

---

<sup>94</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 183; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 589.

<sup>95</sup> Per l'impostazione cui si accenna nel testo, v. J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 589 s. Questo orientamento dottrinale valuta in quest'ambito anche il carattere sussidiario della competenza affidata al Tribunale costituzionale federale nelle controversie tra Federazione e *Länder*, tra *Länder* e all'interno di un *Land* ex art. 93, I comma, n. 4 GG, nonché la proponibilità della *Verfassungsbeschwerde* solo dopo l'esaurimento della via giudiziaria dinanzi ai giudici comuni secondo la previsione del § 90, II comma *BVerfGG*. Tali disposizioni sono esaminate in un altro luogo della presente indagine. Al di là di queste previsioni normative, che si riferiscono alla sussidiarietà del procedimento di merito, questa dottrina offre una cornice sistematica agli orientamenti del Tribunale costituzionale federale, parlando di "un principio di sussidiarietà" della tutela cautelare della Corte rispetto alla tutela cautelare ottenibile dinanzi ai giudici comuni.

<sup>96</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 590; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 35.

*Verfassungsbeschwerde*, la concessione di una misura cautelare prima dell'esaurimento del procedimento cautelare dinanzi ai giudici comuni entra in gioco di regola solo quando sussistono i particolari presupposti previsti dalla seconda parte del § 90, II comma, *BVerfGG*. Secondo questa disposizione la Corte può decidere anche i ricorsi costituzionali diretti proposti prima dell'esaurimento delle vie di ricorso dinanzi ai giudici comuni quando essi rivestano un "significato generale", oppure – valorizzandosi così l'urgenza del provvedere – quando il ricorrente subirebbe un pregiudizio grave ed irreparabile, se dovesse attendere detto esaurimento.

Per completare il quadro si deve ricordare che il Tribunale costituzionale federale ammette la *Verfassungsbeschwerde*, e conseguentemente anche la tutela cautelare, contro le decisioni (di accoglimento o di rigetto) sulle istanze cautelari, pronunciate dai giudici comuni<sup>97</sup>. In dottrina si sottolinea come questo orientamento, se è da accogliere con favore in considerazione del sempre più frequente carattere parzialmente o totalmente anticipatorio della pronuncia cautelare rispetto alla decisione di merito, può entrare in tensione con l'osservanza del canone della sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde*<sup>98</sup>. Il problema si pone particolarmente riguardo alla proposizione di un'istanza cautelare ex § 32 *BVerfGG* coordinata ad ricorso di costituzionalità contro il provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare da parte del giudice comune ed è da risolvere nel senso che il pregiudizio alla situazione giuridica soggettiva controversa debba scaturire direttamente dal diniego del provvedimento cautelare e non possa essere riparato successivamente in sede di decisione del merito ad opera del giudice comune<sup>99</sup>.

C) una terza situazione che il Tribunale costituzionale federale valuta sotto il profilo dell'interesse ad agire riguarda i casi in cui il risultato che il ricorrente si ripromette di conseguire nel procedimento di merito non può essere assicurato in nessun modo attraverso il provvedimento cautelare, poiché quest'ultimo non può essere attuato, ovvero è prematuro o tardivo rispetto alla situazione sulla quale il ricorrente vuole incidere.

D) una quarta situazione che il Tribunale costituzionale federale valuta sotto il profilo dell'interesse ad agire è la riproposizione dell'istanza cautelare dopo un primo provvedimento di rigetto. La sussistenza dell'interesse ad agire è affermata se a

---

<sup>97</sup> Due esempi incisivi di ciò sono stati segnalati in altri luoghi della presente indagine: cfr. *BVerfG* 13 marzo 1973, in *BVerfGE* 34, 341 (*Lebach*); *BVerfG*, 1 BvQ 32/03, 5 settembre 2003.

<sup>98</sup> Così J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 584.

<sup>99</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 584.

fondamento della nuova istanza vengono allegati mutamenti sopravvenuti della situazione di fatto o di diritto posta a base del precedente provvedimento negativo<sup>100</sup>. L'inserimento di questa terza situazione tra quelle da valutare sotto il profilo dell'interesse ad agire ha destato perplessità in dottrina, poiché si ritiene che si tratti di una questione da valutare piuttosto sotto il profilo del giudicato cautelare<sup>101</sup>.

#### 7. Casistica giurisprudenziale sull'interesse ad agire.

Come accennato nella premessa, per la comprensione delle problematiche relative all'esercizio del potere cautelare è importante tenere presente la relativa casistica giurisprudenziale. Di seguito sono sintetizzati i casi più importanti relativi al requisito dell'interesse ad agire.

A) quanto all'ipotesi in cui il ricorrente può conseguire con propri provvedimenti il risultato cui aspira attraverso l'istanza cautelare, si può prendere in considerazione per esempio il procedimento di controllo di costituzionalità astratto (art. 93, comma I, n. 2 GG) promosso dal Governo federale sulla validità della legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati, per asserita violazione della competenza legislativa concorrente della Federazione. Il Governo federale propone istanza cautelare di sospensione della legge impugnata. Nei loro interventi in giudizio il Parlamento e il Governo dell'Assia<sup>102</sup> ritengono l'istanza cautelare inammissibile per difetto di interesse ad agire, poiché la Federazione, esercitando la propria competenza legislativa concorrente in questa materia, potrebbe regolamentare da sola le questioni controverse, abrogando eventualmente la contrastante disciplina del *Land*. Su questo punto la Corte afferma che la Federazione potrebbe in effetti eliminare le disposizioni della legge dell'Assia che essa ritenga contrastanti con il diritto federale. Ciò però non esclude – prosegue la Corte – che la Federazione possa impugnare la disciplina del *Land* anche attraverso il controllo di costituzionalità astratto. Questa seconda possibilità non è sussidiaria rispetto alla prima. Non si può negare la sussistenza

---

<sup>100</sup> In questo senso, da ultimo, oltre ai provvedimenti esaminati più avanti nel testo, v. *BVerfG* 10 maggio 1994, in *BVerfGE* 91, 83, 91.

<sup>101</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 590. Ricordiamo che la dottrina tedesca impiega le categorie del giudicato formale e sostanziale anche con riferimento alle pronunce sulle istanze cautelari: cfr. F. BAUR, *Studien zum eintsweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, Mohr, 1967, p. 86 ss.; sul giudicato delle pronunce cautelari del *Bundesverfassungsgericht*, così su questo aspetto, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 174 ss.

<sup>102</sup> Si ricorda che, nel controllo di costituzionalità astratto, la Corte assegna un termine entro il quale gli organi della Federazione e dei *Länder* interessati al giudizio possono esprimere le loro valutazioni (§ 77 *BVerfGG*).

dell'interesse ad agire, anche in via cautelare, tanto più che il ricorso alla via legislativa da parte della Federazione può richiedere un tempo maggiore ed essere di esito incerto, tenuto conto della necessità di passare dall'approvazione del *Bundesrat*<sup>103</sup>.

B) quanto all'ipotesi in cui il ricorrente possa ottenere tutela cautelare attraverso il ricorso ai giudici comuni, dapprima il Tribunale costituzionale federale aveva inserito questa situazione tra quelle che escludono l'urgenza del provvedere: "l'intervento del *Bundesverfassungsgericht* non è richiesto con urgenza quando si profila un'altra strada attraverso la quale, senza adire la Corte, si può conseguire lo stesso scopo ricorrendo ai giudici ordinari". Questa affermazione si può leggere in una pronuncia del Tribunale costituzionale federale che aveva dichiarato ammissibile, ma infondata, l'istanza cautelare diretta ad ottenere la registrazione di un'opposizione sui registri fondiari. Finché non sia certo – afferma la Corte – che il giudice ordinario rigetti l'istanza cautelare ex § 899, II comma, *BGB*, parimenti diretta ad ottenere la registrazione di un'opposizione sui libri fondiari, non si impone un provvedimento cautelare ex § 32 *BVerfGG*<sup>104</sup>.

Successivamente il Tribunale costituzionale federale inserisce questa situazione tra quelle che escludono l'interesse ad agire. Interessante a tale proposito è la fattispecie in cui la Repubblica Argentina, convenuta per la condanna al pagamento di ingenti obbligazioni pecuniarie dinanzi ad un tribunale tedesco, si rivolge al Tribunale costituzionale federale con un'istanza cautelare diretta ad ordinare al giudice ordinario la rimessione al *Bundesverfassungsgericht* di una determinata questione di costituzionalità. Nella fattispecie si tratta della questione relativa alla possibilità di far valere lo stato di necessità economica come diritto internazionale generale, prevalente sulla legislazione ordinaria ai sensi del § 25 *GG*. Il Tribunale costituzionale federale dichiara l'istanza inammissibile sotto più profili: accanto al profilo relativo all'inammissibilità del contenuto del provvedimento cautelare richiesto, poiché l'istanza aspira ad un effetto che non potrebbe scaturire in via definitiva nemmeno dalla sentenza di merito sulla *Verfassungsbeschwerde*, ancora prima la Corte accerta il difetto di interesse ad agire della ricorrente, in quanto essa può ottenere tutela dinanzi al giudice comune<sup>105</sup>.

Un'ipotesi in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato eccezionalmente l'istanza cautelare ammissibile, nonostante il mancato esaurimento dei ricorsi dinanzi ai giudici comuni, in forza

---

<sup>103</sup> Cfr. *BVerfG* 27 luglio 1971, in *BVerfGE* 31, 381.

<sup>104</sup> Cfr. *BVerfG* 1° ottobre 1963, in *BVerfGE* 17, 120, 122. Nello stesso senso anche le seguenti pronunce: *BVerfG* 20 dicembre 1966, in *BVerfGE* 21, 50, 51; *BVerfG* 24 aprile 1974, in *BVerfGE* 37, 150, 151. Così K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 35.

<sup>105</sup> Cfr. *BVerfG* 13 febbraio 2003, in *DVB* 2003, 661.

del “particolare significato costituzionale della libertà di stampa”, riguarda la *Verfassungsbeschwerde* contro le modalità di esecuzione del provvedimento di perquisizione nei confronti dell'editore della rivista *Der Spiegel*<sup>106</sup>.

C) un caso emblematico in cui il risultato che il ricorrente si ripromette di conseguire nel procedimento di merito non può essere assicurato in nessun modo attraverso il provvedimento cautelare si è verificato nel 1967 nel conflitto tra organi costituzionali promosso da un partito politico nei confronti del Parlamento dello Schleswig-Holstein, avente ad oggetto la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge del *Land* sul rimborso delle spese elettorali, in riferimento all'art. 21 GG. Il ricorrente richiede un provvedimento cautelare articolato in tre capi: sospensione dei rimborsi da parte del Presidente del Parlamento, divieto al Ministro delle finanze del *Land* di mettere a disposizione la provvista finanziaria, nonché divieto ai partiti politici di disporre delle somme già percepite. L'istanza cautelare è dichiarata inammissibile riguardo a tutti e tre i capi. In questo contesto interessa la motivazione relativa al primo capo: il divieto rivolto al Presidente del Parlamento non potrebbe essere eseguito con riferimento ai rimborsi già corrisposti e sarebbe infruttuoso con riferimento ai rimborsi da corrispondere in futuro, poiché la successiva scadenza prevista dalla legge per il rimborso è posta ad oltre cinque mesi dal procedimento avviato dinanzi alla Corte, ma la durata del provvedimento cautelare è di soli tre mesi (si ricorda che il termine di efficacia della misura cautelare è stata estesa a sei mesi solo nel 1985). Pertanto l'istanza è dichiarata inammissibile per difetto di interesse ad agire<sup>107</sup>.

D) quanto alla riproposizione dell'istanza cautelare dopo un primo provvedimento di rigetto, significativo è il provvedimento pronunciato in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro una condanna penale per atti osceni tra uomini<sup>108</sup>. Il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato ammissibile la riproposizione dell'istanza di sospensione della esecuzione della pena, poiché dopo il primo provvedimento di rigetto era scaduto il termine previsto dal *Grundgesetz*<sup>109</sup> per l'adeguamento della legislazione ordinaria al

---

<sup>106</sup> Cfr. *BVerfG* 9 novembre 1962, in *BVerfGE* 15, 77.

<sup>107</sup> Cfr. *BVerfG* 19 dicembre 1967, in *BVerfGE* 23, 33.

<sup>108</sup> Cfr. anche *BVerfG* 18 novembre 1954, in *BVerfGE* 4, 110. Sul punto che qui interessa la motivazione è la seguente: “la proposizione dell'istanza non incontra un ostacolo nel fatto che la Corte abbia già denegato il rilascio di un tale provvedimento. La riproposizione dell'istanza già rigettata può tuttavia considerarsi ammissibile solo se si fonda su nuovi motivi; per la semplice ripetizione di un'istanza già rigettata non sussisterebbe l'interesse ad agire. Nel presente caso la modificazione giuridica entrata in vigore il 1 aprile 1953 rappresenta un motivo che la sentenza del 18 novembre 1952 non poteva ancora prendere in considerazione”.

<sup>109</sup> Cfr. art. 117, I comma GG.

principio della parità di trattamento tra uomini e donne<sup>110</sup>. Significativa è anche la vicenda relativa alla ratifica del Trattato di base con la Repubblica democratica tedesca. Dopo che una prima istanza di sospensione del procedimento di ratifica era rigettata allo stato degli atti il 4 giugno 1973, in quanto non era prevedibile che esso si chiudesse prima della decisione di merito<sup>111</sup>, veniva dichiarata ammissibile una seconda istanza, proposta dopo la promulgazione della legge di ratifica, questa volta diretta alla sospensione dello scambio delle relative note diplomatiche<sup>112</sup>.

#### 8. *Urgenza del provvedere.*

Passando a trattare i profili in cui si fa più genericamente questione dell'esistenza o meno di un bisogno di tutela urgente, si devono esaminare più ipotesi, tenendo però presente che certa dottrina preferisce impiegare in modo più ampio la nozione di interesse ad agire e valuta sotto quest'ultimo profilo alcune delle situazioni che vengono esaminate a questo punto, invece sotto il profilo dell'urgenza del provvedere, secondo il percorso seguito dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>113</sup>.

In linea generale si osserva che sussiste l'urgenza del provvedere quando senza l'immediata emanazione di una misura cautelare non sarebbe possibile assicurare l'efficacia della decisione nel merito o subirebbe gravi danni l'assetto statale oppure sarebbero irrimediabilmente pregiudicati interessi non patrimoniali individuali costituzionalmente protetti<sup>114</sup>.

In particolare non si considera esigibile, da parte del Governo federale o del Governo di un *Land*, che essi subiscano l'esecuzione di un provvedimento – da loro reputato incostituzionale – che modifica lo *status quo*, prima che la sua conformità costituzionale sia stata accertata in modo vincolante.

A) una prima situazione da esaminare in questo contesto è quella in cui i soggetti coinvolti nella controversia sono disponibili a tenere un comportamento di moratoria fino alla decisione di merito: ciò esclude che ricorra il presupposto dell'urgenza del provvedere da parte del Tribunale costituzionale federale<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> Cfr. art. 3, II comma GG.

<sup>111</sup> Così, *BVerfG* 4 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 193.

<sup>112</sup> Così *BVerfG* 18 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 257. L'istanza veniva rigettata nel merito sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, che sancisce la prevalenza dell'interesse allo scambio delle note di ratifica il 20 giugno, poiché esso condiziona l'ammissione dei due Stati tedeschi all'Onu, prevista nella riunione del Consiglio di sicurezza del 21 giugno.

<sup>113</sup> A tale proposito emblematica è la posizione di J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 588 ss.; ma si veda anche H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 182 ss.

<sup>114</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 612.

<sup>115</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 35.



B) una seconda situazione da prendere in considerazione è quella in cui il Tribunale costituzionale federale possa definire il procedimento nel merito in modo così tempestivo, da evitare il verificarsi dei gravi pregiudizi.

C) una terza situazione da prendere in considerazione sotto il profilo della esistenza o meno di un bisogno di tutela urgente riguarda specificamente la *Verfassungsbeschwerde* proposta contro la legge. Il ricorrente deve in questo caso affermare con un certo grado di plausibilità, di essere leso o minacciato nell'esercizio di un proprio diritto fondamentale in modo "personale", "attuale" ed "immediato". Questi tre elementi rivelano la loro capacità selettiva soprattutto nelle *Verfassungsbeschwerden* contro le leggi, poiché nelle impugnazioni di sentenze tali requisiti sono di regola automaticamente presenti.

Di seguito un panorama di casistica giurisprudenziale relativa alle tre ipotesi.

#### 9. Casistica giurisprudenziale sugli accordi di moratoria.

Una trattazione apposita merita la casistica relativa agli accordi di moratoria. Così per esempio il Tribunale costituzionale federale non ha dovuto pronunciarsi sull'istanza cautelare con la quale i ricorrenti in una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro la legge di ratifica del Trattato di Maastricht richiedevano che fosse provvisoriamente impedito il sorgere del vincolo della Germania al Trattato sull'Unione europea. Dopo la presentazione dell'istanza cautelare il Presidente federale aveva dichiarato la propria intenzione di sottoscrivere lo strumento di ratifica solo dopo la decisione di merito del Tribunale costituzionale federale, mentre il Governo federale aveva dal canto suo assicurato di non voler depositare intanto lo strumento di ratifica<sup>116</sup>.

Analogamente, merita di essere riferito il passaggio della motivazione della pronuncia cautelare nella già ricordata controversia promossa dalla Città di Amburgo e dal Governo dell'Assia ex art. 93, comma I, n. 3 GG nei confronti del Governo federale, avente ad oggetto l'istituzione ad opera di quest'ultimo di un secondo canale televisivo. Il *Bundesverfassungsgericht* prende posizione rispetto all'impegno preso dal Governo federale di non trasmettere i programmi televisivi sul territorio dei *Länder* ricorrenti, a patto che le emittenti radiotelevisive di questi ultimi, a loro volta, non organizzino la trasmissione di un secondo canale televisivo. Il Tribunale costituzionale osserva che questa dichiarazione non è idonea ad evitare il rilascio della misura cautelare: sebbene la controversia costituzionale sia pendente solo tra quattro *Länder* e la Federazione, nella sentenza sulla causa di merito si dovrà accertare la situazione normativa sussistente tra

---

<sup>116</sup> Così si legge in un passo della sentenza di merito, *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155,164 (*Maastricht*).

Federazione e *Länder* in relazione al sistema radiotelevisivo. Ciò può avvenire solo in modo unitario per tutti i *Länder*. Oggetto della controversia è pertanto la posizione costituzionale della Federazione nei confronti di tutti i *Länder* in questa materia. Pertanto – conclude il Tribunale costituzionale federale – è necessario sospendere l’inizio delle trasmissioni in tutti i *Länder* fino alla decisione di merito. Non vi sarebbe stata invece l’urgenza di provvedere se il Governo federale avesse dichiarato che non intendeva iniziare le trasmissioni in alcun *Land* fino alla decisione della causa nel merito, ma esso ha affermato al contrario che non vi era motivo di rinviare l’inizio delle trasmissioni alla data prevista nei sei *Länder*, diversi dai quattro *Länder* ricorrenti, che avevano stipulato con lui “l’accordo sulla organizzazione di trasmissioni radiotelevisive attraverso la Federazione e i *Länder*” del 22 novembre 1960<sup>117</sup>.

10. *Casistica giurisprudenziale sulle altre ipotesi di urgenza del provvedere.*

Quanto all’ipotesi in cui il Tribunale costituzionale federale possa definire il procedimento nel merito in modo così tempestivo, da evitare il verificarsi dei gravi pregiudizi (*sub B*), significativo è un passaggio della motivazione del provvedimento cautelare che si coordina alla già ricordata controversia promossa dalla città di Amburgo e dal Governo dell’Assia ex art. 93, comma I, n. 3 GG nei confronti del Governo federale. Dopo aver osservato che non vi è spazio per una misura cautelare quando la causa di merito possa essere decisa in modo così tempestivo da evitare gravi pregiudizi, la Corte precisa di non potere definire il procedimento di merito prima dell’inizio delle trasmissioni della nuova emittente televisiva, previsto per il 1 gennaio 1961, e motiva poi l’accoglimento dell’istanza cautelare diretta ad ottenere il rinvio dell’inizio delle trasmissioni fino alla decisione di merito<sup>118</sup>.

Significativo è anche il provvedimento pronunciato nella controversia tra organi costituzionali ex art. 93, comma I, n. 1 GG relativa alla pubblicazione della relazione della commissione parlamentare elettorale concernente la collaborazione di Gregor Gysi con il Ministero della sicurezza di Stato della *ex-Ddr*<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Così, *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfGE* 12, 36, 43.

<sup>118</sup> Cfr. *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfGE* 12, 36 (*Fernsehstreit*). Sempre nel senso che non vi è spazio per una misura cautelare quando la causa di merito può essere decisa così tempestivamente da evitare i prevedibili gravi pregiudizi, in precedenza *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367, provvedimento pronunciato in relazione alla controversia promossa dal Governo federale nei confronti della Città di Amburgo avente ad oggetto lo svolgimento di un referendum sull’impiego di armi atomiche.

<sup>119</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1998, in *BVerfGE* 98, 139. Per la decisione di merito di rigetto (su cui però il *Senat* competente si divide a metà), *BVerfG* 20 luglio 1998, in *BVerfGE*, 99, 19 e in *NJW*, 1998, p. 3042.

Nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si registra anche la tendenza a definire nel merito in via preferenziale i ricorsi cui si coordinano istanze cautelari, per risolvere così contemporaneamente anche queste ultime. Ciò accade frequentemente attraverso il giudizio di ammissibilità della *Verfassungsbeschwerde*<sup>120</sup> oppure attraverso il modulo decisorio di cui al § 24 *BVerfGG*<sup>121</sup>. Con una definizione del procedimento nel merito secondo quest'ultima disposizione sono state contestualmente risolte, per esempio<sup>122</sup>, l'istanza cautelare con cui si chiedeva la sospensione dell'esame nel *Bundestag* del progetto di legge di ratifica del Trattato sulla unificazione tedesca fino alla decisione di merito del Tribunale costituzionale federale sulla conformità costituzionale delle modifiche del *Grundgesetz*<sup>123</sup>, l'istanza cautelare diretta a sospendere la partecipazione della Germania all'Unione monetaria europea<sup>124</sup>, l'istanza cautelare diretta ad interdire al governo federale di impiegare le forze armate tedesche nelle operazioni militari della Nato contro la Serbia e il Montenegro<sup>125</sup>.

Quanto al bisogno di tutela urgente in relazione alla ricorso costituzionale diretto proposto contro la legge (*sub C*), una pronuncia cautelare esemplare, in cui il *Bundesverfassungsgericht* dichiara inammissibili le istanze di alcuni ricorrenti in quanto essi non hanno dimostrato di essere colpiti dalla normativa impugnata in modo personale, attuale ed immediato è quella coordinata alla *Verfassungsbeschwerde* contro il consolidamento nel trattato sulla

---

<sup>120</sup> Si tratta del procedimento di "assunzione in decisione" di cui al § 93 a *BVerfGG*. A tale proposito si veda anche il § 40, III comma della *Geschäftsordnung* della Corte, secondo il quale il diniego della *Kammer* di assumere la *Verfassungsbeschwerde* in decisione rende "priva di oggetto" anche l'istanza cautelare eventualmente proposta. Cfr. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 33.

<sup>121</sup> Il § 24 *BVerfGG* prevede che i ricorsi inammissibili o manifestamente infondati possano essere rigettati con ordinanza adottata all'unanimità dal *Senat*.

<sup>122</sup> Questi esempi sono ripresi da K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 34, nota 1.

<sup>123</sup> Si tratta della controversia tra organi costituzionali promossa da un gruppo di parlamentari e risolta nel senso della manifesta infondatezza, lasciando impregiudicata la questione dell'ammissibilità da *BVerfG* 18 settembre 1990, in *BVerfGE* 82, 316.

<sup>124</sup> La relativa *Verfassungsbeschwerde* è risolta nel senso della manifesta infondatezza, lasciando impregiudicata la questione dell'ammissibilità da *BVerfG* 31 marzo 1998, in *BVerfGE* 97, 350

<sup>125</sup> Si tratta della controversia tra organi costituzionali, promossa dal gruppo parlamentare del *Pds* contro il Governo federale e il Ministro della difesa e risolta nel senso della inammissibilità da *BVerfG* 25 marzo 1999, in *BVerfGE* 100, 266.

riunificazione tedesca delle espropriazioni effettuate negli anni 1945-1949<sup>126</sup>.

11. *Motivi del provvedere: impedire un'imminente violenza, evitare gravi pregiudizi o altro importante motivo in vista del bene comune.*

L'indagine sui presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare deve assumere ad oggetto a questo punto la tipologia dei motivi: evitare gravi pregiudizi, impedire un'imminente violenza o un altro importante motivo in vista del bene comune.

Nell'esperienza giurisprudenziale non si è mai presentato il caso di un'istanza cautelare proposta per impedire un'imminente violenza. Il suo inserimento fra i motivi del provvedere con urgenza si spiega storicamente ed esprime semplicemente l'idea che la minaccia e l'esercizio della violenza costituiscono uno strumento inammissibile di composizione della controversia. Inoltre si può osservare che la minaccia di violenza fonda per lo più il pericolo di un grave pregiudizio, per cui la prima tenderebbe in ogni caso ad essere assorbita dal secondo<sup>127</sup>.

Nemmeno l'altro "importante motivo" per intervenire con urgenza ha finora acquisito un rilievo autonomo rispetto all'esigenza di evitare gravi pregiudizi<sup>128</sup>.

Tenendo conto del diritto vivente, il fondamentale presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare può essere descritto pertanto con una formula unitaria: si tratta sempre di dover intervenire con urgenza per neutralizzare un grave pregiudizio al bene comune.

12. *La nozione di "bene comune".*

Un ruolo centrale riveste evidentemente il presupposto attinente al bene comune. Si sostiene che esso abbia due risvolti: uno processuale ed uno sostanziale<sup>129</sup>.

Sotto il primo profilo, il riferimento al bene comune riguarderebbe una questione strutturalmente simile a quella che, nella giustizia amministrativa è risolta dallo (specifico) interesse all'esecuzione di cui al § 80, II comma, n. 4 *VwGO*. Per comprendere questa argomentazione occorre ricordare che secondo quest'ultima disposizione l'efficacia sospensiva prodotta dalla proposizione dell'opposizione o del ricorso nei confronti dell'atto

---

<sup>126</sup> Cfr. *BVerfG* 11 dicembre 1990, in *BVerfGE* 83, 162. Per la decisione di merito, *BVerfG* 23 aprile 1991, in *BVerfGE* 84, 90 (rigetto del ricorso).

<sup>127</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 188; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 592; K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 30 s.

<sup>128</sup> Cfr. K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 30.

<sup>129</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 610.

amministrativo impugnato viene meno nei casi in cui l'ufficio che ha emanato il provvedimento amministrativo o che deve decidere sull'opposizione disponga specificamente l'esecuzione immediata dell'atto amministrativo nell'interesse pubblico o nell'interesse prevalente di una parte. Viceversa, secondo il § 32 BVerfGG si tratterebbe di valutare l'interesse del ricorrente ad impedire l'esecuzione immediata del provvedimento impugnato. La Corte potrebbe soddisfare questo interesse solo quando ci siano ragioni attinenti al bene comune che impongono il rilascio della misura cautelare<sup>130</sup>.

Sotto il profilo sostanziale, si sostiene che il requisito attinente al bene comune debba qualificare le circostanze e le conseguenze rilevanti nell'opera di valutazione comparativa delle conseguenze funzionali alla pronuncia sull'istanza cautelare. In particolare ogni valutazione comparativa avrebbe il compito di concretizzare i valori fondamentali riconosciuti dagli artt. 1 (inviolabilità della dignità dell'uomo e dei diritti umani), 20 (garanzia dello Stato federale, democratico e sociale a livello della Federazione), 28 (garanzia dello Stato federale democratico e sociale a livello dei *Länder*) del *Grundgesetz*<sup>131</sup>.

### 13. Casistica giurisprudenziale relativa al "bene comune" (rinvio).

Sulla nozione di bene comune la concretizzazione ad opera della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale riveste un ruolo fondamentale. Si deve quindi rinviare a tutta la successiva analisi casistica, in cui tale nozione costituisce un punto di riferimento costante.

Anticipando qualche dato, fra gli aspetti pregiudizievoli per il bene comune, un notevole rilievo hanno quelli attinenti alla sfera economico-finanziaria. In tale prospettiva, il *Bundesverfassungsgericht* ha considerato per esempio<sup>132</sup>: un grave scuotimento dell'economia tedesca<sup>133</sup>; gravi danni per l'economia nazionale<sup>134</sup>; gravi difficoltà di approvvigionamento dei prodotti

---

<sup>130</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 610.

<sup>131</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 610.

<sup>132</sup> Cfr. J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 611.

<sup>133</sup> Cfr. *BVerfG* I agosto 1953, in *BVerfGE* 3, 34: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge di sostegno agli investimenti nel settore dell'economia e contestuale richiesta in via cautelare di sospendere l'obbligo di corrispondere i relativi contributi. Il grave scuotimento dell'economia è impiegato come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

<sup>134</sup> Cfr. *BVerfG* 8 ottobre 1956, in *BVerfGE* 6, 1: *Verfassungsbeschwerde* contro la disposizione del codice della strada che introduce il divieto di circolazione di automezzi superiori ad un certo peso nei giorni festivi.

petroliferi<sup>135</sup>; pesanti conseguenze per l'economia<sup>136</sup>; mancata approvazione tempestiva della legge di bilancio<sup>137</sup>; perdita di posti di lavoro in numero abbastanza elevato<sup>138</sup>.

Per quanto attiene alla sfera del diritto e dell'amministrazione della giustizia, la Corte ha considerato per esempio fra gli aspetti pregiudizievoli per il bene comune: il grave scuotimento della fiducia riposta dalla collettività nell'amministrazione della giustizia<sup>139</sup>, il pericolo di frazionamento a livello di *Länder* di una disciplina che invece deve essere unificata sul piano nazionale<sup>140</sup>, il sospetto che il ricorrente sia collegato con

---

L'insussistenza di gravi danni per l'economia nazionale cagionati dal divieto è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

Nello stesso senso, *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, I comma, 12, I comma, 14, 19, I comma GG. L'insussistenza di gravi danni per l'economia nazionale cagionati dall'aumento dell'imposta è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

<sup>135</sup> Cfr. *BVerfG* 17 novembre 1966, in *BVerfGE* 20, 363: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sulla riserva minima di prodotti petroliferi, promossa da alcuni importatori in riferimento agli artt. 2, I comma, 3, I comma, 12 e 14 GG. L'esigenza di evitare il rischio di crisi di approvvigionamento è impiegata come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione. Per la decisione di merito di parziale incostituzionalità, *BVerfG* 16 marzo 1971, in *BVerfGE*, 30, 292.

<sup>136</sup> Cfr. *BVerfG* 7 ottobre 1970, in *BVerfGE* 29, 179: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sul supplemento congiunturale d'imposta (rimborsabile), promossa da un contribuente in riferimento agli artt. 2, I comma, 14, I comma GG. Le pesanti conseguenze per l'economia sono impiegate come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

<sup>137</sup> Cfr. *BVerfG* 15 dicembre 1983, in *BVerfGE* 66, 26.

<sup>138</sup> Cfr. *BVerfG* 21 ottobre 1987, in *BVerfGE*, 77, 130, ove la Corte modifica la misura cautelare concessa su istanza dei proprietari del castello di Cappenberg (istanza coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde* contro il diniego di tutela cautelare da parte del giudice amministrativo) di sospensione dell'inizio dei lavori prodromici all'estrazione di carbonfossile da parte di un'impresa mineraria nel sottosuolo del castello. Dopo lo svolgimento dell'udienza, la Corte riduce gli effetti della misura cautelare, consentendo i sondaggi del terreno preliminari all'attività estrattiva. La perdita di posti di lavoro in numero abbastanza elevato è impiegata come argomento per ridurre gli effetti della misura cautelare.

<sup>139</sup> Cfr. *BVerfG* 13 febbraio 1962, in *BVerfGE* 14, 11, citata (condanna penale sulla base di una norma di regolamento).

<sup>140</sup> Cfr. *BVerfG* 29 aprile 1969, in *BVerfGE* 25, 367: *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che unifica sul piano nazionale la disciplina degli assistenti farmacisti. Il pericolo del ritorno al frazionamento della disciplina a livello di *Länder* è impiegato come argomento per rigettare l'istanza cautelare di sospensione.

un'organizzazione terroristica<sup>141</sup>, il ritardo nella definizione di istanze di asilo politico manifestamente infondate<sup>142</sup>.

#### 14. *Segue: ruolo ambivalente della certezza del diritto.*

La certezza del diritto ha invece un ruolo “ambivalente” nella valutazione comparativa delle conseguenze<sup>143</sup>. Ciò dipende dal fatto che quest'ultima muove proprio da un'incertezza sulla situazione giuridica, senza assumere il compito di risolverla<sup>144</sup>. In questo quadro il *Bundesverfassungsgericht* riconosce che l'incertezza sul fatto che la legge impugnata possa essere attuata o meno non è un motivo sufficiente a fondare il rilascio di un provvedimento cautelare di sospensione, poiché tale incertezza permarrebbe anche qualora l'esecuzione della legge venisse sospesa<sup>145</sup>. Tuttavia una notevole incertezza nell'opinione pubblica sulla validità della legge elettorale ha spinto il Tribunale costituzionale federale a disporre il rinvio di elezioni amministrative fino alla decisione del merito<sup>146</sup>, oppure una notevole incertezza sul fondamento giuridico di un referendum è stata considerata dalla Corte come fonte di confusione tra gli elettori e di possibile falsificazione del risultato elettorale, tali da fondare il rilascio della misura cautelare di sospensione<sup>147</sup>. Altre pronunce considerano invece l'incertezza giuridica che potrebbe scaturire dal rilascio del provvedimento cautelare come un motivo per rigettare l'istanza<sup>148</sup>.

#### 15. *Interessi individuali e bene comune.*

Un discorso a parte merita la rilevanza del presupposto attinente al bene comune in relazione alle istanze cautelari che si coordinano all'impugnazione di atti che incidono esclusivamente su

---

<sup>141</sup> Così, *BVerfG* 24 gennaio 1973, in *BVerfGE* 34, 211, 215: rigetto di un'istanza cautelare di provvisoria interdizione di un'espulsione di un soggetto sospettato di appartenere ad un'organizzazione terroristica palestinese.

<sup>142</sup> Cfr. *BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166.

<sup>143</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 597; K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 56.

<sup>144</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 56.

<sup>145</sup> Così, *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267, 285, nella controversia promossa dall'ex *Land* Lippe nei confronti della Renania del Nord-Vestfalia, relativamente all'applicazione sul suo territorio della prima legge relativa all'ordinamento scolastico.

<sup>146</sup> Cfr. *BVerfG* 5 ottobre 1960, in *BVerfGE* 11, 306.

<sup>147</sup> Cfr. *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1.

<sup>148</sup> Così, *BVerfG* 27 maggio 1975, in *BVerfGE* 40, 7, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro il diniego da parte del giudice amministrativo di rilasciare un divieto cautelare di insegnare educazione sessuale in una scuola, la Corte fonda il rigetto dell'istanza cautelare sulla considerazione che un provvisorio divieto di insegnare educazione sessuale nella scuola provocherebbe una notevole incertezza giuridica nell'insegnamento scolastico in relazione alla trattazione di tutti i temi collegati al sesso.

interessi individuali privati (tipicamente, *Verfassungsbeschwerden* proposte contro provvedimenti giudiziari). A tale proposito vi è stata una significativa evoluzione che è opportuno ripercorrere nelle sue tappe essenziali. Il punto di partenza è la seguente tesi: l'illegittimità costituzionale di un atto lesivo solo di un interesse individuale non costituisce una lesione del bene comune, ma ciò non impedisce il rilascio del provvedimento cautelare. Infatti - si è sostenuto - secondo il tenore letterale del § 32 BVerfGG "evitare gravi pregiudizi" o "un altro importante motivo in vista del bene comune" costituirebbero due presupposti distinti, in grado di fondare in modo autonomo il rilascio di un provvedimento cautelare. In particolare la sussistenza di un pericolo di grave pregiudizio potrebbe giustificare da sola l'adozione della cautela (tipicamente, in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali), senza necessità di verificare che essa si imponga in vista del bene comune<sup>149</sup>.

Il risultato dell'evoluzione della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* - oggetto di esposizione nella successiva sezione dedicata all'analisi casistica della giurisprudenza - ha completamente rovesciato questo punto di vista. Secondo la Corte, dinanzi ad un'istanza cautelare, il requisito attinente alla necessità di provvedere con urgenza in vista del bene comune deve essere sempre riscontrato, indipendentemente dal tipo di giudizio al quale l'istanza cautelare si correla, indipendentemente dal tipo di atto giuridico impugnato, indipendentemente dal motivo sul quale l'istanza cautelare si fonda<sup>150</sup>. In altri termini, il fatto che l'emanazione del provvedimento cautelare si imponga con urgenza in vista del bene costituisce un complementare presupposto di

---

<sup>149</sup> Il riferimento è alla tesi formulata negli anni cinquanta da E.-W. FUS, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in *DöV*, 1959, p. 201 ss., p. 205, secondo la quale la difficoltà di vedere integrato il presupposto della salvaguardia del bene comune nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordina ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro una sentenza o un atto amministrativo discende inevitabilmente dalla funzione del *Bundesverfassungsgericht* come garante del diritto costituzionale oggettivo, per cui l'esigenza di tutelare interessi soggettivi individuali, pur protetti da norme costituzionali e minacciati da pregiudizi gravi, non giustificerebbe mai di per se sola il rilascio di un provvedimento cautelare. Nello stesso senso, più recentemente, F. KLEIN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., München, C. H. Beck, 1993, p. 8; H. LECHNER - R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, quarta ed., München, C. H. Beck, 1996, p. 202.

<sup>150</sup> Cfr., fra gli altri, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, C. H. Beck, 1971, p. 176; W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss. Minoritaria appare la posizione di N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 194, che collega l'elemento del bene comune esclusivamente al requisito dell'urgenza.



fondatezza delle istanze cautelari indirizzate al Tribunale costituzionale federale<sup>151</sup>.

La verifica del presupposto attinente al bene comune si atteggia però diversamente a seconda che l'istanza cautelare si coordini alla impugnazione di atti che incidono sulla posizione di una indeterminata molteplicità di soggetti (che può giungere ad identificarsi con l'intera collettività) oppure si coordini alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di un singolo individuo (o di una serie di due o più soggetti individuati nell'atto stesso). Nell'ambito della prima categoria assume un rilievo centrale l'istanza di sospensione dell'esecuzione (o dell'entrata in vigore) della legge. In ipotesi di sospensione della legge la presenza o l'assenza dell'urgenza del provvedere in vista del bene comune è più semplice da constatare, considerato anche che il ricorrente - in ipotesi di *Verfassungsbeschwerde* - si presenta agli occhi del *Bundesverfassungsgericht* come il "rappresentante" di tutti coloro che sono toccati dalla legge impugnata, cosicché la considerazione del suo interesse individuale è ridimensionata. I semplici pregiudizi economici di cui egli risente attraverso l'esecuzione della legge impugnata per incostituzionalità non sono decisivi al fine del rilascio del provvedimento di sospensione in quanto sono riparabili *ex post*, a meno che non siano in grado di mettere in pericolo l'esistenza stessa del ricorrente.

Più problematico appare il riscontro del requisito attinente al bene comune nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordini alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di un singolo individuo (o di una serie di soggetti individuati nell'atto). In tale ipotesi l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht*, dopo un'iniziale incertezza e salva una recente battuta di arresto relativa al rigetto di istanze di asilo politico per manifesta infondatezza, si è assestato nel senso di cogliere un attentato al bene comune nel caso in cui l'atto impugnato, emanato in ipotetica violazione di norme costituzionali, incida sulla sfera privata dell'individuo, minacciando un grave pregiudizio che non può adeguatamente ripararsi *ex post* (per esempio, in caso di arresto, estradizione, diniego di ammissione all'esercizio di una professione)<sup>152</sup>. In tal caso si può osservare la tendenza ad un impiego più frequente della tutela cautelare, in favore del provvisorio ripristino della situazione anteriore all'emanazione dell'atto impugnato<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Così, in particolare, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 592; E. BENDA - E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, seconda ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 501.

<sup>152</sup> Per ulteriori indicazioni di giurisprudenza sul punto si rinvia a H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 185; J. BERKEMANN, § 32 in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 593.

<sup>153</sup> In questo senso, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 594.

Questo orientamento raccoglie oggi il consenso praticamente unanime della dottrina<sup>154</sup>. In effetti esso è pienamente coerente con il disegno costituzionale. Poiché l'art. 1 GG afferma che "la dignità dell'uomo è inviolabile" e che "rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale", è inevitabile che la protezione cautelare degli interessi individuali costituisca un aspetto della realizzazione del bene comune. L'opposta soluzione non terrebbe nel debito conto il significato che il singolo e la libertà individuale assumono per l'intero ordinamento giuridico<sup>155</sup>.

#### 16. *Gravità del pregiudizio.*

Illustrata la nozione di bene comune, si deve accennare alla nozione di grave pregiudizio. Sul punto il *Bundesverfassungsgericht* ha sviluppato una casistica che non è possibile strutturare in categorie, in quanto prevale la considerazione delle peculiarità del caso concreto<sup>156</sup>.

Distinta dalla nozione di pregiudizio grave è quella di pregiudizio irreparabile. La distinzione tra riparabilità ed irreparabilità si appunta sul fatto che sia possibile ripristinare la situazione anteriore al compimento dell'atto incostituzionale oppure che ciò non sia possibile a causa di impedimenti di fatto o giuridici di varia natura.

Se le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare sono riparabili, la valutazione comparativa può concludersi a favore del rilascio del provvedimento cautelare solo se la gravità del pregiudizio pronosticato lo impone con urgenza in vista del bene comune. Tuttavia proprio la ragionevole possibilità successiva di ripristinare la situazione anteriore o di risarcire i danni contribuisce frequentemente a ridurre la gravità del pregiudizio e a diminuire l'urgenza del provvedere<sup>157</sup>.

Se le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare sono irreparabili, la valutazione comparativa delle conseguenze non si conclude automaticamente a favore del rilascio della misura cautelare. Tenendo conto dei presupposti previsti dal § 32 *BVerfGG*, conseguenze pur irreparabili non possono condurre alla emanazione del provvedimento cautelare se non costituiscono altresì un grave pregiudizio da neutralizzare con urgenza in vista del bene comune<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> A parte le opinioni contrarie segnalate in precedenza: F. KLEIN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 8; H. LECHNER - R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 202

<sup>155</sup> Così, E. BENDA - E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 502.

<sup>156</sup> Cfr. J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 607 s.

<sup>157</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 609.

<sup>158</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 608.

Per quanto attiene alla casistica giurisprudenziale relativa alla gravità del pregiudizio, nei casi in cui gli eventi da impedire attraverso il provvedimento cautelare potrebbero provocare un'irreparabile lesione a diritti fondamentali si rinviengono di regola gli estremi del grave pregiudizio<sup>159</sup>, a meno che la potenziale lesione irreparabile del diritto fondamentale sia di lieve entità<sup>160</sup>.

Il ricorrente è tenuto a sopportare il pregiudizio che gli deriva dal poter conseguire l'effetto cui egli aspira solo con la decisione del merito, qualora sia esigibile che egli attenda per tutto il tempo dello svolgimento del procedimento di merito<sup>161</sup>.

Anche il destinatario del provvedimento cautelare è tenuto a sopportare svantaggi che non mettono seriamente in discussione la sua possibilità di agire e di decidere, qualora il riguardo al bene comune non imponga l'immediata esecuzione del provvedimento impugnato. In favore di ciò gioca anche il fatto che la precedente situazione sia stata tollerata per un periodo di tempo abbastanza lungo<sup>162</sup>.

L'ipotesi più delicata, la cui soluzione non può essere data in astratto, essendo determinata in massimo grado dai particolari del caso concreto, è quella in cui il pregiudizio grave ed irreparabile scaturente dal diniego della misura cautelare (in caso di accoglimento della domanda di merito) sia fronteggiato da un pregiudizio parimenti grave ed irreparabile scaturente dal rilascio del provvedimento cautelare (in caso di rigetto della domanda di merito).

---

<sup>159</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 3 gennaio 1986, in *BVerfGE*, 71, 350, ove la Corte ha accolto l'istanza cautelare con cui il ricorrente chiedeva che fosse sospesa l'applicazione di una disposizione della legge del Baden-Württemberg sui mezzi di comunicazione di massa, nella parte in cui essa lo obbligava ad interrompere un programma radiofonico da lui realizzato per Radio Stuttgart.

<sup>160</sup> Così, *BVerfG* 21 ottobre 1987, in *BVerfGE*, 77, 130.

<sup>161</sup> Così, per esempio, nel caso dell'avvocato che si rifiuta di comparire in tribunale con la toga e che pertanto è escluso dalla possibilità di esercitare il patrocinio in un processo in corso. Egli propone alla Corte istanza cautelare di sospensione del divieto, coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde*, ma la Corte la rigetta sulla base della considerazione che non costituisce un grave pregiudizio il fatto che il ricorrente sia costretto ad indossare la toga fino alla decisione della causa di merito: così, *BVerfG* 13 maggio 1969, in *BVerfGE* 26, 14.

<sup>162</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, 56, nel concedere la sospensione della legge del *Land* Schleswig-Holstein che aveva concesso il voto agli stranieri alle elezioni amministrative.

## **Sezione II**

### **L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare**

1. *Iniziativa officiosa per il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio: premessa.*

L'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio è un problema molto controverso. La legge non riconosce espressamente alla Corte l'iniziativa officiosa, ma la Corte si è riconosciuto questo potere, suscitando le reazioni più diverse della dottrina. Nella ricostruzione della questione è opportuno iniziare dalla casistica giurisprudenziale, per poi esaminare le opinioni dottrinali. Nel procedere secondo questo schema bisogna tenere distinte le due diverse situazioni che ricorrono a seconda che il procedimento di merito non sia stato ancora instaurato dalla parte o invece esso sia già pendente.

2. *Casistica giurisprudenziale sull'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio.*

Fin dall'inizio della sua giurisprudenza il Tribunale costituzionale federale si è riconosciuto il potere di emanare provvedimenti cautelari d'ufficio<sup>163</sup>. Nelle sue affermazioni di carattere generale, che prescindono talora dall'effettivo esercizio di questo potere nella fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, il rilascio della misura cautelare d'ufficio dovrebbe essere ammissibile anche prima che il procedimento di merito sia pendente, qualora ci si debba attendere che quest'ultimo venga prossimamente instaurato.

La Corte non ha fornito una motivazione di questo suo orientamento. Conviene comunque procedere immediatamente ad un'analisi casistica. A tale proposito, utile è l'esame della pronuncia relativa all'accordo tra *Länder* sulla ripartizione di posti di studio universitario<sup>164</sup>. Alcuni *Länder* promuovono contro la Baviera una controversia costituzionale ex art. 93, comma I, n. 4 GG, relativamente all'attuazione di tale accordo, e contestualmente chiedono in via cautelare di ordinare alla Baviera di adempiere alcune prescrizioni dell'accordo fino alla decisione della causa nel merito. Contemporaneamente la Baviera instaura dinanzi al Tribunale amministrativo federale un procedimento contro gli altri *Länder* della Repubblica federale avente ad oggetto la medesima materia del contendere. Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara l'istanza cautelare inammissibile accertando la propria

---

<sup>163</sup> A quanto consta, il primo provvedimento in materia è *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74.

<sup>164</sup> Cfr. *BVerfG* 7 aprile 1976, in *BVerfGE* 42, 103, e in *NJW* 1976, 1084, con nota di C. PESTALOZZA.

incompetenza, poiché si tratta di una controversia di diritto pubblico non costituzionale, affidata alla cognizione del giudice amministrativo. Infatti l'accordo tra *Länder* è di diritto amministrativo, anche se esso risponde ad un obbligo costituzionale dei *Länder* di predisporre insieme un adeguato procedimento relativo all'ammissione ai corsi di laurea a numero chiuso e la sua esecuzione deve ispirarsi all'obbligo costituzionale di comportamento leale tra i *Länder*.

In questo contesto il Tribunale costituzionale federale procede ad alcune affermazioni assai significative. Innanzitutto esso prende in considerazione, per poi scartarla, la possibilità di emanare un provvedimento cautelare d'ufficio: "Il Tribunale può emanare ai sensi del § 32 *BVerfGG* un provvedimento cautelare anche d'ufficio. Ciò presuppone tuttavia che sia da attendersi che venga instaurato un procedimento di merito riguardante un oggetto costituzionale [...]. Il *Bundesverfassungsgericht* può emanare un provvedimento cautelare d'ufficio solo per assicurare una controversia costituzionale già pendente o la cui instaurazione sia da attendersi. Nel presente caso, finché le parti controbattono dinanzi ad un altro giudice non è prevedibile che sia instaurato un processo costituzionale, che abbia per oggetto il contrasto di opinioni tra la Baviera e gli altri *Länder* riguardo all'attuazione dell'accordo sulla ripartizione di posti di studio universitario"<sup>165</sup>.

Se dal piano delle affermazioni generali si passa all'esame dei pochissimi casi in cui il Tribunale ha rilasciato effettivamente una misura cautelare d'ufficio, si può constatare che esso ha sempre esercitato questo potere nel corso di un procedimento di merito già pendente. In un primo caso, la cui fattispecie è più ampiamente esaminata in altro luogo, si tratta di una pronuncia di sospensione del procedimento di estradizione che si coordina ad una *Verfassungsbeschwerde* contro un provvedimento giudiziario con il quale era stato rigettato per infondatezza il ricorso contro un ordine d'arresto ai fini della estradizione in Austria<sup>166</sup>.

In un secondo caso<sup>167</sup>, duecentoquindici membri del *Bundestag* e i Governi dei *Länder* Baviera, Renania-Palatinato e Baden-Württemberg chiedono ai sensi dell'art. 93, comma I, n. 2 GG di dichiarare nulla in quanto incompatibile con il *Grundgesetz* la legge di riforma del servizio militare e del servizio civile del 13 luglio 1977<sup>168</sup>. In sostanza i ricorrenti attaccavano la cosiddetta

---

<sup>165</sup> Cfr. *BVerfG* 7 aprile 1976, in *BVerfGE* 42, 103.

<sup>166</sup> Cfr. *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74.

<sup>167</sup> Cfr. *BVerfG* 7 dicembre 1977, in *BVerfGE* 46, 337.

<sup>168</sup> A loro avviso la legge viola l'art. 4, III comma GG sul diritto all'obiezione di coscienza, contro l'art. 12 a, II comma GG sul servizio sostitutivo civile, contro i precetti costituzionali, previsti negli artt. 12 a, I comma, 73 n. 1 e 87 a, I comma GG, della difesa della patria attraverso un esercito adeguato e del servizio militare generale, contro il principio di eguaglianza e contro il principio della *Wehrgerechtigkeit* (sul quale, cfr. J. KOKOTT, *art. 12 a*, in *Grundgesetz*

“soluzione delle cartoline postali” (*Postkartenlösung*), introdotta dalla legge in questione, secondo la quale si poteva accedere al servizio sostitutivo sulla base di una semplice dichiarazione di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza.

Il Tribunale emana d'ufficio un provvedimento cautelare di sospensione della legge impugnata. Nel dispositivo del provvedimento precisa che, fino alla pubblicazione della decisione della causa di merito, debbano applicarsi le leggi sul servizio militare e sul servizio civile nella versione precedente alla riforma, con salvezza dei rapporti di servizio civile sorti nel periodo di vigenza della legge impugnata (dal 1° agosto al 15 dicembre 1977) e delle posizioni di coloro che, nello stesso periodo, si sono visti riconoscere il loro diritto all'obiezione di coscienza. Nella motivazione, dopo aver ripetuto che i presupposti per l'adozione di un provvedimento cautelare debbano essere valutati con un criterio rigoroso e che, in particolare, il potere di sospendere l'esecuzione di una legge debba essere esercitato con molta prudenza, il Tribunale costituzionale fonda il rilascio del provvedimento sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: se il provvedimento cautelare viene emanato e le istanze di merito si rivelano successivamente infondate, nessuno subisce un grave pregiudizio. I diritti degli obiettori di coscienza rimangono salvaguardati (per loro non inizia il servizio militare), mentre è posticipata solo la decisione definitiva sul riconoscimento del loro diritto a rifiutare di prestare il servizio militare armato. Viceversa sono di notevole gravità i pregiudizi che sorgono qualora il provvedimento cautelare non venga concesso e la legge sottoposta a controllo sia successivamente dichiarata incostituzionale. In conseguenza della nuova disciplina legislativa il numero degli obiettori di coscienza si è innalzato notevolmente al di sopra dei posti disponibili per effettuare il servizio sostitutivo (130.000 obiettori rispetto a 34.000 posti disponibili), cosicché la dichiarazione di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza equivale di fatto, per la maggior parte degli obiettori, all'esenzione da qualsiasi servizio, militare e sostitutivo. Si vanifica così - afferma la Corte - lo stesso scopo, perseguito dal legislatore con la

---

*Kommentar*, seconda ed., a cura di M. Sachs, München, C. H. Beck, 1999, p. 572). In particolare quest'ultimo imporrebbe che la legge ordinaria, emanata ai sensi dell'art. 12, II comma GG in collegamento con l'art. 4, III comma, seconda parte GG, consenta il riconoscimento come obiettori di coscienza solo di quelle persone che rispondano ai requisiti dell'art. 4, III comma, prima parte GG (“nessuno può essere costretto al servizio militare armato contro la propria coscienza”). Ciò può essere garantito attraverso un apposito procedimento di riconoscimento e la previsione di un servizio sostitutivo come “alternativa fastidiosa” (cfr. J. KOKOTT, *art. 12 a*, in *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 304).

nuova disciplina, di sostituire il precedente procedimento di riconoscimento del diritto con uno strumento più adeguato<sup>169</sup>.

In dottrina si segnala anche un terzo caso di rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio, che si coordina al primo procedimento diretto alla dichiarazione di incostituzionalità e allo scioglimento di un partito politico<sup>170</sup>. Il parametro del giudizio è fissato dall'art. 21, comma II GG, secondo il quale i "partiti che, secondo i loro obiettivi e il comportamento dei loro seguaci, si prefiggono di recare pregiudizio o di eliminare l'ordinamento fondamentale democratico-liberale o di mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca sono incostituzionali. Sulla questione della incostituzionalità decide il *Bundesverfassungsgericht*" (il relativo procedimento è previsto dai §§ 13 n. 2, 43 ss. *BVerfGG*)<sup>171</sup>. Nella fattispecie concreta il partito della cui incostituzionalità si discuteva (il partito socialista del *Reich*, *Sozialistische Reichspartei, Srp*) durante il corso del giudizio aveva tenuto una serie di manifestazioni, intese a fare pressione sul Tribunale costituzionale federale e a gettare discredito in anticipo sulla sua decisione, a creare confusione nell'opinione pubblica con una serie di attacchi indiscriminati ad organi federali. Dopo la chiusura dell'udienza di discussione, la Corte aveva per questo ritenuto di pronunciare attraverso un provvedimento cautelare nei confronti della *Sozialistische Reichspartei* il divieto di qualsiasi forma di propaganda fino alla pubblicazione della decisione di merito. La Corte giustificò allora il provvedimento con la considerazione che l'attività propagandistica era intesa a gettare discredito sul ruolo della Corte e ad esercitare un'inammissibile influenza su di essa e sull'opinione pubblica<sup>172</sup>. Questa severa

---

<sup>169</sup> Nella pronuncia di merito, *BVerfG* 13 aprile 1978, in *BVerfGE* 48, 127, la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge, con salvezza dei rapporti di servizio civile sorti nel periodo tra il 1 agosto e il 15 dicembre 1997 e delle posizioni di coloro che, nello stesso periodo, si sono visti riconoscere il loro diritto all'obiezione di coscienza.

<sup>170</sup> Cfr. *BVerfG* 15 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 349, annoverata tra i provvedimenti rilasciati d'ufficio da K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., München, C. H. Beck, 2002, p. 20, in nota 1, benché in un passo della successiva decisione di merito (*BVerfG* 23 ottobre 1952, in *BVerfGE* 2, 1, 8) si menzioni la presenza di un'istanza.

<sup>171</sup> Secondo le parole del *Bundesverfassungsgericht*, questa disposizione "è espressione della consapevole volontà politico-costituzionale di risolvere un problema limite dell'ordinamento statale democratico-liberale, è il precipitato delle esperienze di un legislatore costituzionale, che in una determinata situazione storica ha creduto di non poter più realizzare in modo puro il principio della neutralità dello Stato nei confronti dei partiti politici, è il riconoscimento – in questo senso – di una 'democrazia combattiva (*streitbare Demokratie*)". Così, *BVerfG* 17 agosto 1956, in *BVerfGE*, 5, 85, 139, sul divieto del partito comunista tedesco.

<sup>172</sup> Nella pronuncia di merito, *BVerfG* 23 ottobre 1952, in *BVerfGE* 2, 1, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del partito socialista del *Reich*.

valutazione compiuta dalla Corte si spiega storicamente se si riflette che, al momento del rilascio del provvedimento cautelare, la Corte non aveva ancora compiuto il suo primo anno di vita ed avvertiva di trovarsi ancora in una fase di consolidamento della propria posizione all'interno dell'ordinamento<sup>173</sup>. Tuttavia la pronuncia non ha mancato di raccogliere critiche: in particolare si è osservato che i motivi addotti dalla Corte non erano idonei a sorreggere un provvedimento cautelare così incisivo, mentre esso si sarebbe dovuto fondare sul giudizio di incostituzionalità del partito politico, alla quale la Corte era ormai già pervenuta<sup>174</sup>.

### 3. La giustificazione teorica dell'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio elaborata da Willi Geiger.

Poiché il *Bundesverfassungsgericht* non ha offerto una motivazione del suo orientamento favorevole all'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio, conviene interrogarsi sui possibili motivi a sostegno di questa scelta interpretativa. Un implicito sostegno è costituito dall'argomentazione proposta da Willi Geiger, autore di uno dei primi commenti al *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*<sup>175</sup> ed egli stesso giudice costituzionale fino al 1977<sup>176</sup>. Egli muove dalla modifica del progetto relativo al § 32, I comma, *BVerfGG*, intervenuta nel corso dei lavori preparatori. Come si è già ricordato, in aderenza al progetto presentato dalla *Spd*, la formula "in caso di disputa" aveva preso il posto dell'altra "in un procedimento pendente, su istanza", contenuta nell'art. 28 dell'originario progetto governativo. Dal venir meno del riferimento alla necessità di un'istanza di parte Geiger ricava l'argomento secondo il quale nel procedimento cautelare, l'attivarsi del *Bundesverfassungsgericht* non sia vincolato all'iniziativa di parte, a differenza che nel procedimento di merito<sup>177</sup>. Secondo Geiger l'ammissibilità del rilascio di una misura cautelare d'ufficio non è in contraddizione con il *Grundgesetz*, poiché quest'ultimo ha demandato la disciplina del procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale federale ad una legge ordinaria, né la necessità di un'istanza di parte si può fondare sulla considerazione che nessuno dei procedimenti di merito previsti dalla legge può essere introdotto dal *Bundesverfassungsgericht* d'ufficio, poiché la misura cautelare può essere emanata anche se il procedimento di merito non è ancora pendente. Inoltre la

---

<sup>173</sup> Cfr. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 21, in nota 3.

<sup>174</sup> Così, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, C. H. Beck, 1971, p. 185.

<sup>175</sup> Cfr. W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Vahlen, 1952, p. 120.

<sup>176</sup> Cfr. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 20.

<sup>177</sup> Cfr. § 23 *BVerfGG*.



possibilità di emanare un provvedimento cautelare d'ufficio sarebbe compatibile con la funzione del Tribunale costituzionale federale quale "custode della Costituzione"<sup>178</sup>. Geiger non nasconde che ciò espone al rischio che la Corte intervenga di propria iniziativa in momenti critici della lotta politica, con la pretesa di salvaguardare l'ordine costituzionale. Pertanto egli suggerisce che la Corte possa attivarsi d'ufficio in forza di un apprezzamento particolarmente rigoroso dell'urgenza del provvedere in vista della salvaguardia del bene comune e dopo che non ci si possa più attendere la proposizione di un'istanza di parte. In questo modo, l'iniziativa d'ufficio della Corte dovrebbe essere limitata ai "casi estremi" di inerzia dei soggetti che potrebbero essere parti del procedimento di merito oppure di intesa tra questi ultimi, tesa a mettere fuori gioco il Tribunale costituzionale federale ed a sottrarre la controversia al controllo del diritto<sup>179</sup>.

4. *Posizioni dottrinali radicalmente critiche.* - Contro l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* e la giustificazione proposta da Geiger sono state proposte obiezioni di notevole peso: "il compito del *Bundesverfassungsgericht* non è quello di prendere il timone d'ufficio, quale specie di 'governo di emergenza', nelle situazioni di crisi fra gli altri poteri dello Stato, bensì solo quello di risolvere controversie giuridiche tra organi costituzionali ovvero tra singoli cittadini e il potere pubblico. Chi vorrebbe vedere le cose in modo diverso, è debitore di una spiegazione: come mai il provvedimento cautelare, e non anche il provvedimento di merito, possa essere emanato d'ufficio. Una tale differenziazione sarebbe arbitraria"<sup>180</sup>. Il potere di rilasciare provvedimenti cautelari d'ufficio si giustificerebbe solo in un contesto in cui non funzionassero i meccanismi di controllo, primo fra tutti il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale federale, ma una tale situazione non si verifica nell'odierna vita costituzionale<sup>181</sup>.

Secondo questa impostazione radicalmente contraria all'orientamento del *Bundesverfassungsgericht*, il rilascio della misura cautelare d'ufficio non dovrebbe ritenersi ammissibile nemmeno quando il procedimento di merito sia stato già instaurato. Un primo argomento si fonda sostanzialmente sulla tradizionale massima *ubi lex voluit, dixit*, che indubbiamente può avere un qualche peso in un contesto di intensa predeterminazione legale delle forme processuali come quello in cui agisce il Tribunale

---

<sup>178</sup> Così, W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 120.

<sup>179</sup> W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 120.

<sup>180</sup> Così, W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss.

<sup>181</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. STARCK, vol. II, Tübingen, Mohr, 1976, p. 170 ss., p. 177 ss.

costituzionale federale secondo la sua legge istitutiva. Si menzionano in primo luogo le deroghe alla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, previste dal § 78, comma I, seconda parte e dal § 95, comma III, seconda parte *BVerfGG*. La prima norma prevede il potere della Corte di dichiarare la nullità di altre disposizioni della stessa legge, diverse da quelle sottoposte al suo controllo di costituzionalità, che siano incompatibili con il *Grundgesetz* per gli stessi motivi già fatti valere. La seconda norma prevede il potere della Corte di dichiarare la nullità della legge su cui si basa la decisione impugnata con la *Verfassungsbeschwerde*. Si osserva pertanto che, laddove la legge ha inteso affidare alla Corte, al di là del compito di dirimere controversie, il ruolo di custode della Costituzione che possa attivarsi di propria iniziativa, lo ha espressamente previsto<sup>182</sup>. Se la legge avesse voluto affidare tale ruolo alla Corte anche in relazione alla concessione dei provvedimenti cautelari in corso di procedimento, avrebbe dovuto espressamente prevederlo, poiché l'onere dell'istanza di parte nella tutela cautelare è regola generale anche in tale ipotesi<sup>183</sup>. In altri termini: "in ordine al requisito della domanda è [...] indifferente se la causa di merito è già pendente. Se e attraverso quale forma di tutela (introduzione della causa di merito o – ovvero 'e' – istanza cautelare) il soggetto legittimato fa uso delle propri poteri processuali, deve deciderlo da solo, sotto la propria responsabilità"<sup>184</sup>.

5. *Tesi intermedia: ammissibilità del rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio se il procedimento di merito è già pendente.*

---

<sup>182</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 178.

<sup>183</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 178.

<sup>184</sup> Così, W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, cit., p. 218; accoglie sostanzialmente questa impostazione, limitatamente alla *Verfassungsbeschwerde*, N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, Herdecke, CGA, 1999, p. 141. In ultima analisi la forza di questa argomentazione risiede nell'applicare alla soluzione di questo problema il principio della libera iniziativa della parte nella tutela dei propri interessi e della conseguente responsabilità per la propria attività o per la propria inerzia, che troverebbe un'espressione anche sul piano della iniziativa per la richiesta della tutela cautelare. Da questa stessa argomentazione discende che, nelle ipotesi in cui la possibilità di agire dei soggetti coinvolti nella controversia incontra dei limiti, come accade – lo si è già visto – in materia di controllo di costituzionalità in via incidentale (poiché non è superabile il dato di diritto positivo che esclude il potere della parte del processo *a quo* di richiedere il provvedimento cautelare al *Bundesverfassungsgericht*: cfr. § 82, III comma, *BVerfGG*), si debba riconoscere alla Corte il potere di rilasciare il provvedimento cautelare d'ufficio, in particolare di sospendere *erga omnes* l'esecuzione della legge oggetto della questione di costituzionalità rimessa dinanzi ad essa.

Tuttavia l'orientamento maggioritario della dottrina non è così radicalmente contrario all'emanazione dei provvedimenti cautelari d'ufficio, ma distingue a seconda che il procedimento di merito non sia stato ancora instaurato o invece sia pendente. Il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio appare difficilmente sostenibile nella prima ipotesi, non tanto per la debolezza dell'argomento letterale che sostiene questa tesi, quanto per lo strapotere che riconoscerebbe al Tribunale costituzionale federale: cioè non solo il potere di dire l'ultima parola sulla conformità costituzionale di atti statali, ma anche il potere di attivarsi di propria iniziativa. Sarebbe immanente il rischio di uno snaturamento della funzione della Corte. Viceversa, il rilascio del provvedimento cautelare d'ufficio sarebbe ammissibile quando il procedimento di merito sia già pendente<sup>185</sup>. In ciò si coglie indubbiamente una consonanza con l'effettivo atteggiamento tenuto dal *Bundesverfassungsgericht* che, nelle rarissime ipotesi in cui ha concesso una misura cautelare d'ufficio, lo ha sempre fatto quando il procedimento di merito era stato già instaurato.

In particolare la dottrina osserva che il presupposto del bene comune, contemplato nella fattispecie del § 32, I comma, *BVerfGG*, offre la *ratio* per fondare l'ammissibilità del rilascio dei provvedimenti cautelari d'ufficio da parte del Tribunale costituzionale federale, una volta che il procedimento di merito sia già pendente, senza che in ciò si possa cogliere una contraddizione con il contrapposto principio dell'istanza di parte vigente presso i giudici comuni. A tal fine si è osservato che i processi costituzionali, una volta proposta l'istanza introduttiva, "non sottostanno più all'esclusivo potere dispositivo del ricorrente. Ciò si fonda sul fatto che le controversie costituzionali servono sempre anche alla salvaguardia del diritto costituzionale oggettivo, così come alla sua interpretazione ed al suo ulteriore sviluppo. Ciò vale sia per le controversie tra organi costituzionali, che per la *Verfassungsbeschwerde*, pur diretta a far valere diritti fondamentali individuali"<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Così, R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in NJW, 1971, p. 542 ss., p. 543; J. BERKEMANN, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 579 s.; E. BENDA – E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, seconda ed., Heidelberg, 2001, p. 494 ss.; K. GRAßHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 20 ss.; K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, 2004, p. 322.

<sup>186</sup> Così K. GRAßHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 22. Sotto il profilo della disciplina processuale, dalla previsione del potere della Corte di disciplinare d'ufficio l'esecuzione delle proprie decisioni (§ 35 *BVerfGG*), l'A. argomenta poi che come la Corte può rilasciare d'ufficio provvedimenti esecutivi della decisione di merito, al momento della sua emanazione, così in precedenza essa può assicurarne d'ufficio con provvedimenti cautelari l'attuazione, quando ricorrano motivi urgenti attinenti all'esigenza di salvaguardare il bene comune.

Questo orientamento dottrinale non si ferma tuttavia ad affermare in via generale l'ammissibilità dell'esercizio dei poteri cautelari d'ufficio, una volta che il procedimento di merito sia stato già promosso, ma si sforza di individuare i limiti di ammissibilità in concreto e le tipologie di casi del rilascio della misura cautelare d'ufficio. Il limite fondamentale è stato inquadrato in termini di sussidiarietà dell'iniziativa d'ufficio rispetto all'istanza di parte. Si sviluppa così, delimitandola altresì alla ipotesi in cui il procedimento di merito sia già pendente, l'idea di Geiger: l'esercizio del potere cautelare d'ufficio è ammissibile solo se non ci si può attendere la proposizione di un'istanza di parte<sup>187</sup>.

Quanto alle situazioni tipiche in cui il *Bundesverfassungsgericht* può esercitare il suo potere di rilasciare provvedimenti cautelari d'ufficio si può indicare in primo luogo il caso in cui l'istanza di parte non sia ammissibile. Ci si riferisce all'esclusione del potere della parte del processo *a quo* di richiedere il provvedimento cautelare al Tribunale costituzionale federale nel procedimento di controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale<sup>188</sup>.

In secondo luogo, si è pensato all'ipotesi in cui solo la Corte consegua la conoscenza dello sviluppo della situazione, che fonda un improcrastinabile bisogno di cautela: per esempio, nel caso in cui la Corte abbia in precedenza rigettato un'istanza cautelare ritenendo di poter soddisfare l'urgenza del provvedere decidendo celermente il procedimento nel merito, ma si renda successivamente conto che la controversia, contrariamente alle previsioni, non possa essere tempestivamente definita<sup>189</sup>.

Una terza situazione in cui la Corte potrebbe esercitare il suo potere di rilasciare misure cautelari d'ufficio si presenta quando essa debba neutralizzare pericoli che incombono sulla propria posizione nell'ordinamento costituzionale e nel processo politico, in particolare quando una situazione concreta di forte tensione tra organi costituzionali o nella società civile metta a notevole repentaglio l'accoglienza della propria decisione di merito e metta in forse il contributo che dalle sue decisioni deriva al rafforzamento del consenso sociale sui valori di fondo a cui si ispira l'ordinamento giuridico<sup>190</sup>. Il *Bundesverfassungsgericht* si è venuto a trovare in

---

<sup>187</sup> Così, K. GRABHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 20 s.

<sup>188</sup> 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. 579; K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 22.

<sup>189</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 21, in nota 2; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 580.

<sup>190</sup> Su questo aspetto del ruolo del *Bundesverfassungsgericht* si rinvia sempre a C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung*

questa situazione, per esempio, nel procedimento – già ricordato in precedenza - diretto alla dichiarazione di incostituzionalità e allo scioglimento del partito socialista del *Reich*, in una situazione di grave tensione nella società civile, provocata dalle manifestazioni e dalle campagne di violente accuse promosse da tale partito. In quel caso la Corte ha ritenuto di poter emanare un provvedimento provvisorio sostanzialmente in funzione di “polizia processuale”.

6. *Modifica o revoca d’ufficio di provvedimenti cautelari già emessi.*

Se la Corte può emanare provvedimenti cautelari d’ufficio, *a fortiori* essa può modificare o revocare d’ufficio un provvedimento cautelare già emesso, in caso di mutamento delle circostanze<sup>191</sup>. Il potere di revoca o modifica d’ufficio sussiste anche se la misura cautelare è stata originariamente concessa su istanza di parte: può verificarsi per esempio l’ipotesi in cui il ricorrente l’abbia chiesta ed ottenuta prima dell’introduzione del procedimento di merito e poi non abbia rispettato il termine assegnato dalla legge per l’instaurazione di quest’ultimo. In tal caso la Corte deve revocare (anche d’ufficio) la misura rilasciata *ante causam* non appena sia acquisito il dato che il procedimento di merito non possa essere più instaurato in modo ammissibile<sup>192</sup>. Per un caso concreto in cui la Corte ha revocato d’ufficio il provvedimento cautelare rilasciato *ante causam*, si può vedere la seguente fattispecie: il ricorrente consegue il 15 maggio 2000 la sospensione cautelare dell’efficacia di una sentenza della Corte d’appello, ma omette di proporre la relativa *Verfassungsbeschwerde* entro il 17 maggio successivo. Chiede la rimessione in termini ex § 93, comma II *BVerfGG*, allegando che il proprio difensore riteneva di aver già introdotto il procedimento di merito, contestualmente alla proposizione dell’istanza cautelare. La Corte rigetta l’istanza di rimessione in termini e, d’ufficio, revoca la misura cautelare: una sospensione preordinata a durare fino al 15 novembre (sei mesi dal 15 maggio) cessa così il 29 giugno<sup>193</sup>.

7. *Istanza di parte per il rilascio del provvedimento cautelare ante causam.*

Trattando dell’ammissibilità del rilascio della misura cautelare d’ufficio, si è già avuto modo di osservare che è ammissibile che la parte richieda il provvedimento cautelare *ante causam*, cioè anteriormente all’instaurazione del procedimento di

---

*und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 1 ss., p. 25.

<sup>191</sup> J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 580.

<sup>192</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 17, p. 77, p. 93 s.

<sup>193</sup> Cfr. *BVerfG* 29 giugno 2000, Az: 1 BvQ 8/00.

merito (la terminologia tedesca parla a questo proposito di istanza “isolata”: *isolierter Antrag*). Poiché il § 32 BVerfGG prevede che il *Bundesverfassungsgericht* possa rilasciare la misura cautelare “in caso di disputa”, senza che questa debba essersi già tradotta in una controversia pendente dinanzi ad esso, l’istanza cautelare può essere proposta anche prima della instaurazione del procedimento di merito<sup>194</sup>. Sotto questo profilo, la soluzione è diversa da quanto è previsto in alcune leggi istitutive di corti costituzionali presso i *Länder*, che consentono di proporre l’istanza cautelare solo in corso di causa<sup>195</sup>. Affinché l’istanza cautelare proposta *ante causam* sia ammissibile, il procedimento di merito deve poter essere introdotto in modo ammissibile in un momento successivo<sup>196</sup>. Dal punto di vista pratico, il fattore che può rendere più frequentemente inammissibile la successiva instaurazione del procedimento di merito è costituito dalla scadenza del termine eventualmente previsto per la proponibilità della domanda. Per esempio, la domanda introduttiva delle controversie tra organi costituzionali (art. 93, comma I, n. 2 GG), tra Federazione e *Länder* (art. 93, comma I, n. 3 GG), tra Federazione e *Länder*, tra *Länder* e all’interno di un *Land* (art. 93, comma I, n. 4 GG) è proponibile entro un termine di sei mesi dal momento in cui l’atto o il comportamento omissivo della controparte è diventato noto<sup>197</sup>; la proposizione della *Verfassungsbeschwerde* è sottoposta a termini

---

<sup>194</sup> Così, *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267: il provvedimento è pronunciato in relazione ad una controversia promossa dall’ex *Land* Lippe nei confronti della Renania del Nord-Vestfalia, relativamente all’applicazione sul suo territorio della prima legge relativa all’ordinamento scolastico. Citando a sostegno l’opinione di W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 119, la Corte osserva che l’istanza cautelare di sospensione della legge è ammissibile anche se proposta prima dell’instaurazione del procedimento di merito, poiché si tratta di una controversia che può essere portata alla cognizione del *Bundesverfassungsgericht*, rientrando fra quelle ex art. 93, I comma, n. 4 GG. In dottrina è pacificamente recepita la posizione del *Bundesverfassungsgericht*, tra gli altri, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 179; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit. p. 580; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 16.

<sup>195</sup> Per l’elenco di queste disposizioni delle leggi istitutive di corti costituzionali del *Land* che ammettono il rilascio di misure cautelari solo in corso di causa, v. H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 179, in nota 54.

<sup>196</sup> Il semplice dubbio sull’ammissibilità della domanda di merito non impedisce il rilascio del provvedimento cautelare: cfr. *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281 (*Deutschlandvertrag*). Per la decisione di merito, *BVerfG*, 30 giugno 1952, in *BVerfGE* 1, 396. Secondo J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 581, l’istanza cautelare *ante causam* è da dichiarare inammissibile per difetto di interesse ad agire, quando non sia da attendersi con una certa probabilità che il procedimento di merito venga prontamente instaurato.

<sup>197</sup> Cfr. il § 64, III comma, *BVerfGG*, cui il § 69 e il § 71, II comma *BVerfGG* rinviano.

di decadenza di diversa ampiezza a seconda dell'atto che si intende impugnare<sup>198</sup>. Il fatto che la proposizione della domanda di merito sia per lo più sottoposta a termini di decadenza e che la misura cautelare abbia in ogni caso un'efficacia temporanea<sup>199</sup> fa sì che vi sia poco bisogno pratico di applicare analogicamente il § 926 *Zpo*, secondo il quale il giudice, su istanza della controparte, può assegnare al ricorrente che abbia ottenuto il rilascio della misura cautelare un termine perentorio per l'introduzione del procedimento di merito<sup>200</sup>. Tuttavia, nei limiti in cui un tale bisogno pratico vi sia, l'opinione prevalente della dottrina è nel senso che debba essere data tale possibilità al destinatario passivo della misura cautelare<sup>201</sup>. Infine, per lo stesso motivo anche la questione relativa al se il provvedimento cautelare possa essere rinnovato dopo sei mesi<sup>202</sup>, sebbene al momento della rinnovazione procedimento di merito non sia stato ancora instaurato, riveste prevalentemente un carattere teorico<sup>203</sup>.

#### 8. Interpretazione dell'istanza di parte ad opera del *Bundesverfassungsgericht*.

In questa parte dell'indagine che mira a cogliere la tutela cautelare dal punto di vista dell'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare, resta da trattare un ultimo argomento, quello dell'interpretazione dell'istanza cautelare.

Una regola applicata in materia di tutela cautelare dinanzi alle giurisdizioni comuni, prevede che il giudice sia chiamato ad interpretare l'istanza che gli è rivolta, (specialmente nelle ipotesi in cui, attraverso questa opera interpretativa, il *petitum* possa essere recuperato ad una prospettiva di ammissibilità). In questa operazione, nell'esperienza processuale tedesca, il giudice non è vincolato alla formulazione dell'istanza cautelare, in particolare non è vincolato al tipo di provvedimento richiesto, ma unicamente allo scopo di tutela (*Rechtsschutzziel*) perseguito dal ricorrente. In altri termini, il giudice non è tenuto a rilasciare esattamente il provvedimento richiesto dalla parte, ma può fare impiego del

---

<sup>198</sup> Cfr. il § 93 *BVerfGG*.

<sup>199</sup> Si ricorda che il § 32, VI comma, *BVerfGG* prevede che il provvedimento cautelare perda efficacia dopo sei mesi dal rilascio.

<sup>200</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 17.

<sup>201</sup> In questo senso, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 581 s.

<sup>202</sup> Cfr. § 32, VI comma, seconda parte *BVerfGG*. Si ricorda che la prima parte di questo comma prevede che il provvedimento cautelare perda efficacia dopo sei mesi dal rilascio.

<sup>203</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 17. Ritengono che in questo caso la rinnovazione del provvedimento cautelare sia inammissibile, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 179; E. BENDA – E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, seconda ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 511.

proprio margine di apprezzamento per decidere, nel rispetto dei presupposti indicati dalla norma che prevede la tutela cautelare, come possa attuarsi lo scopo che l'istanza si prefigge<sup>204</sup>. In mancanza di una contraria indicazione, questa regola ha trovato applicazione anche alla tutela cautelare nella giustizia costituzionale.

---

<sup>204</sup> Così, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, cit., p. 190; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 576 coglie sotto questo profilo un riflesso dell'applicazione del canone di diritto processuale generale tedesco della "assistenza processuale" (*prozessuale Fürsorge*) che il giudice è chiamato a svolgere nei confronti delle parti, pur nel rispetto dei vincoli che discendono da un esercizio dei poteri giurisdizionali inquadrato nello Stato di diritto.



### **Sezione III**

#### **La valutazione comparativa delle conseguenze**

1. *Il modello decisorio elaborato dal Bundesverfassungsgericht per il giudizio cautelare: considerazioni preliminari.*

Per la decisione delle istanze cautelari il Tribunale costituzionale federale ha elaborato un modello decisorio piuttosto complesso. Conviene indicarne subito i tratti essenziali che saranno poi approfonditi nei paragrafi successivi.

Si tratta di un modello graduato che contempla dapprima una fase di valutazione prognostica dell'esito del giudizio di merito e poi, eventualmente, una fase di valutazione comparativa delle conseguenze<sup>205</sup>.

Innanzitutto il Tribunale esamina se la 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 per il rilascio del provvedimento cautelare previsti dalla legge.

Nelle ipotesi appena descritte la pronuncia cautelare si fonda in ogni caso su una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

Parimenti, il Tribunale costituzionale federale motiva la pronuncia cautelare sulla base di una 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<sup>206</sup> 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'effettivo avverarsi di una decisione di volta in volta considerata ipoteticamente errata, rinunciando a compiere una prognosi

---

<sup>205</sup> 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. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., München, C. H. Beck, 2002, p. 42.

<sup>206</sup> L'ipotesi tipica: la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, a cui si indirizza la stragrande maggioranza delle istanze cautelari proposte al Tribunale costituzionale federale.

dell'esito del giudizio di merito.

La notevole complessità di questo modello decisorio, come sopra accennato, rende complicata anche l'esposizione. Per cercare di assicurare un minimo di chiarezza evitando indebite semplificazioni si è scelto di articolare l'esposizione strutturandola per approfondimenti successivi.

Poiché l'elemento più caratteristico del modello è la valutazione comparativa delle conseguenze, se ne antepone la descrizione dei tratti essenziali. Si distingue poi questa tecnica decisoria dal bilanciamento fra interessi e si ricostruiscono le tappe fondamentali attraverso le quali il Tribunale costituzionale federale l'ha elaborata.

In un secondo momento si approfondiscono le ipotesi - già indicate - in cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

## 2. *La valutazione comparativa delle conseguenze, (Doppelhypothese), come modello argomentativo delle decisioni cautelari.*

Il modello della valutazione comparativa delle conseguenze consiste nella 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 merito<sup>207</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* decide e motiva tenendo conto della parte che può tollerare in 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<sup>208</sup>. Dall'altro lato è collocato l'interesse dell'avversario ad evitare i danni che si producono in conseguenza della emanazione del provvedimento cautelare, qualora la domanda di merito sia rigettata.

---

<sup>207</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 42, p. 48.

<sup>208</sup> Poiché la misura cautelare ha la funzione di assicurare le condizioni giuridiche e di fatto che, in caso di accoglimento della domanda di merito, consentano di realizzare lo scopo di tutela perseguito con quest'ultimo, si deve avere presente il possibile contenuto del provvedimento conclusivo di quest'ultimo (cfr., J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 606).

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 in modo migliore il rischio di una decisione errata, sulla base della data situazione di interessi<sup>209</sup>. 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.

Pertanto il modello della valutazione comparativa o bilanciamento delle conseguenze non offre in via di principio margini per esaminare se e quali motivi possano essere allegati *pro* o contro la incostituzionalità del provvedimento impugnato. L'esame di questi motivi appartiene al tema della probabilità dell'avverarsi del rischio della decisione errata, tema che è estraneo a questo modello di argomentazione della decisione<sup>210</sup>, in cui la prognosi dell'esito della causa di merito cede il posto ad una prognosi (e ad una comparazione) delle conseguenze rispettivamente derivanti dal mancato rilascio della misura cautelare seguito dall'accoglimento della domanda nel merito, da un lato, e dal rilascio della misura cautelare congiunto al successivo rigetto della domanda nel merito, dall'altro lato.

È utile osservare che la considerazione del pregiudizio che può colpire gli interessi contrapposti a quelli protetti dal rilascio della misura cautelare è dovuta anche ai notevoli limiti che, nel processo costituzionale, può incontrare il ripristino della situazione anteriore al rilascio della misura cautelare rivelatasi poi infondata, nonché alla scarsa utilità che avrebbe, stante il carattere frequentemente non patrimoniale delle posizioni giuridiche coinvolte, l'obbligo di risarcire i danni provocati da un provvedimento cautelare rivelatosi poi infondato, che comunque nel processo costituzionale la legge non prevede, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento tedesco per il processo civile dal § 945 Zpo<sup>211</sup>.

### 3. Differenze ed analogie tra valutazione comparativa delle conseguenze e tecnica decisoria del bilanciamento fra interessi.

L'osservazione appena svolta spiega anche come la valutazione comparativa delle conseguenze come modello di argomentazione della decisione cautelare sia da distinguere anche dalla tecnica del bilanciamento, che ha uno spiccato impiego

---

<sup>209</sup> Per questa formulazione, v. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Jus*, 1977, p. 217 ss., p. 219.

<sup>210</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 49. A tale proposito un'affermazione costante della giurisprudenza della Corte su questo aspetto è che "i motivi che sono allegati per l'incostituzionalità del provvedimento impugnato non devono in via di principio essere presi in considerazione".

<sup>211</sup> J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 573.

proprio nel diritto costituzionale, “come giudizio di prevalenza di uno o l’altro dei principi che nel caso concreto vengono a confliggere, oppure di concorrenza dell’uno con l’altro in condizioni di reciproca limitazione”<sup>212</sup>. Il bilanciamento tra principi costituzionali può costituire una tecnica di individuazione del parametro decisorio nel giudizio di merito, ma di regola non entra in gioco nel giudizio cautelare.

Tuttavia può accadere talvolta che nella comparazione delle conseguenze calcolate sulla base della formulazione della doppia ipotesi si rendano necessarie delle valutazioni che trovano dei paralleli nella motivazione della decisione di merito<sup>213</sup>. Ciò accade frequentemente quando in entrambe le ipotesi che si fronteggiano si debba sopporre la violazione di un diritto fondamentale, per cui l’esito della valutazione comparativa delle conseguenze dipende dalla prevalenza relativa che si debba riconoscere all’uno rispetto all’altro, dipende cioè da quello stesso bilanciamento che entra nel parametro decisorio del giudizio di merito.

Paradigmatico è il confronto tra le pronunce, cautelare e di merito, rese dal *Bundesverfassungsgericht* sul caso *Lebach*. Il provvedimento cautelare è pronunciato in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta, per violazione del diritto generale della personalità<sup>214</sup> e della dignità dell’uomo<sup>215</sup>, contro il rigetto di un’istanza cautelare dinanzi ai giudici civili, con la quale il ricorrente aveva chiesto d’inibire al secondo canale televisivo la trasmissione di un documentario su di un delitto di sangue per il quale egli era stato condannato alla pena della reclusione. Il Tribunale costituzionale federale premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che pone la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al bilanciamento tra il diritto di cronaca attraverso la radio e la televisione<sup>216</sup> e la protezione della personalità del reo, in riferimento a fatti di reato accertati con sentenza passata in giudicato. La Corte accoglie poi l’istanza cautelare di inibitoria, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, il ricorrente subirebbe un pregiudizio irreparabile,

---

<sup>212</sup> Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 122; sul bilanciamento nel diritto costituzionale nella dottrina tedesca, B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker e Humblot, 1976; F. OSSENBÜHL, *Abwägung im Verfassungsrecht*, in *Abwägung im Recht*, a cura di W. ERBGUTH, Köln, Heymann 1996, p. 25 ss., in particolare p. 26 ss. per un accenno implicito alla distinzione prospettata nel testo.

<sup>213</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 68 ss.

<sup>214</sup> Art. 2, I comma GG.

<sup>215</sup> Art. 1, I comma GG.

<sup>216</sup> Art. 5, I comma GG.

poiché nel documentario egli è ricordato per nome e cognome, mentre in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, il pregiudizio non risulterebbe così grave, risolvendosi nel ritardo della trasmissione del documentario, che oltretutto non riguarda un fatto di attualità<sup>217</sup>.

Nella decisione di merito il *Bundesverfassungsgericht* annulla i provvedimenti giurisdizionali impugnati ritornando evidentemente, sebbene con una ricchezza di argomentazioni superiore a quella della motivazione della pronuncia cautelare, sul tema del bilanciamento tra il diritto di cronaca e la tutela della personalità. Il Tribunale costituzionale federale afferma che, in relazione alla cronaca d'attualità su gravi fatti di reato, l'interesse dell'opinione pubblica ad essere informata prevale in via di principio sulla tutela della personalità del reo. Tuttavia merita riguardo, accanto alla protezione della sfera più intima e inviolabile della vita personale, il principio di proporzionalità, per cui l'identificazione dell'autore del reato attraverso il nome e l'immagine non è sempre ammissibile. La tutela costituzionale della personalità non ammette però – prosegue la Corte – che la televisione, al di là della cronaca di attualità, si occupi a notevole distanza di tempo, per esempio in forma di documentario, della personalità dell'autore del reato e della sua sfera privata. Infine – conclude la Corte – una cronaca successiva è in ogni caso inammissibile, laddove essa sia in grado di arrecare un nuovo ed ulteriore danneggiamento alla personalità dell'autore, ed in particolare sia in grado di mettere in pericolo la sua risocializzazione<sup>218</sup>.

Peraltro l'ipotesi in cui si fronteggino possibili lesioni di due diritti fondamentali non è la sola che può dar luogo a delle sovrapposizioni tra valutazione comparativa delle conseguenze ed elementi del giudizio di merito. A tale proposito, significativo appare il provvedimento è pronunciato in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta da un gruppo di impiegati presso istituzioni di ricerca appartenenti originariamente all'Accademia delle scienze della Repubblica democratica tedesca, per violazione del diritto alla libera scelta del posto di lavoro (art. 12, comma I, GG), della libertà della scienza e della ricerca (art. 5, comma III, GG) e della tutela della maternità (art. 6, comma IV, GG), contro la cessazione del loro rapporto di lavoro, disposta dal Trattato sull'unificazione tedesca per la fine del 1991. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che pone la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al se sussista la violazione dei diritti fondamentali invocati dai ricorrenti o se invece gli scopi perseguiti

---

<sup>217</sup> Così, *BVerfG* 13 marzo 1973, in *BVerfGE* 34, 341.

<sup>218</sup> Cfr. *BVerfG* 5 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 202, 227 ss.

dalla disciplina impugnata ne giustifichino una compressione, nonché se sia stato rispettato il principio di proporzionalità. In via cautelare i ricorrenti avevano chiesto la prosecuzione dei loro rapporti di lavoro fino alla decisione della causa di merito, preannunciata per il 12 marzo 1992. Il Tribunale costituzionale federale accoglie parzialmente l'istanza, (con riferimento a due categorie di lavoratori: le donne protette dalla normativa a tutela della maternità e coloro che hanno appreso della cessazione del loro rapporto di lavoro dopo il 30 novembre 1991), sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, i ricorrenti subiscono la perdita del loro lavoro, la quale, pur provvisoria, ha effetti parzialmente non compensabili attraverso la successiva corresponsione degli arretrati, tra i quali si segnalano l'impossibilità di proseguire l'attuale attività e la conseguente oppressione psicologica. In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, la pubblica amministrazione sopporta un notevole aggravio finanziario, che può essere compensato solo con provvedimenti di taglio alla spesa sul fronte della ricerca scientifica nei *Länder* della Germania orientale, mentre non sono da temere pregiudizi sul fronte della ristrutturazione del sistema della ricerca scientifica, avuta di mira dal legislatore con la riforma. Premesso che sarebbe iniquo limitare la misura cautelare solo ai lavoratori che hanno fatto ricorso, la Corte aggiunge che possono essere considerati prevalenti sull'interesse pubblico così profilato, (prevalenza che giustifica il rilascio della misura cautelare), non le posizioni di tutti i lavoratori, ma solo di coloro che rientrano nelle due categorie prima delineate, (limitandosi così l'esborso finanziario e dettandosi altresì una disciplina provvisoria in linea con i presidi di sicurezza sociale minimi previsti dalla legislazione ordinaria)<sup>219</sup>. Se si paragona questa motivazione con quella della decisione di merito, si può osservare come ritorni il tema del bilanciamento tra i diritti fondamentali dei lavoratori e l'interesse pubblico ad una rapida e conveniente ristrutturazione del sistema degli enti di ricerca<sup>220</sup>.

#### 4. *Divieto di effettuare una prognosi dell'esito del giudizio di merito.*

Se si passa a questo punto a ricostruire le tappe fondamentali attraverso le quali il *Bundesverfassungsgericht* ha progressivamente definito il proprio complessivo modello decisorio sulle istanze cautelari conviene tenere distinti due profili, che in realtà sul piano storico si presentano inevitabilmente come intrecciati: la negazione che la motivazione della pronuncia sull'istanza cautelare possa fondarsi su una prognosi dell'esito del

---

<sup>219</sup> Cfr. *BVerfG* 19 dicembre 1991, in *BVerfGE* 85, 167.

<sup>220</sup> Cfr. *BVerfG* 10 marzo 1992, in *BVerfGE* 85, 360.

procedimento di merito; l'elaborazione in termini positivi del modello della valutazione comparativa delle conseguenze.

Quanto al primo profilo, percepibile è l'influenza dello orientamento *Staatsgerichtshof*, ampiamente riferito in precedenza che aveva impiegato il *Vorwegnahmeverbot*, (divieto di anticipazione), non solo come un divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito, e di effettuare una prognosi dell'esito di quest'ultimo. L'adozione di un'apposita disciplina legislativa della tutela cautelare nel *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* non ha impedito al Tribunale costituzionale federale di far proprio e di sviluppare l'orientamento dello *Staatsgerichtshof* appena sintetizzato. Il § 32 *BVerfGG* non prevede infatti che il *Bundesverfassungsgericht* debba accertare sommariamente la probabile esistenza della pretesa di merito al fine del rilascio del provvedimento cautelare, né contiene un rinvio alla disciplina del codice di procedura civile, che richiede al ricorrente di rendere credibile la sussistenza (dei fatti costitutivi) di tale pretesa.

Già nel settembre del 1951, nella prima pronuncia del Tribunale costituzionale federale, esso deve confrontarsi con un'istanza cautelare di sospensione dell'applicazione di alcune norme di legge. Si tratta della legge relativa al nuovo ordinamento dei *Länder* Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern. Nelle righe finali del provvedimento di accoglimento, il *Bundesverfassungsgericht* esclude espressamente che la motivazione della decisione sull'istanza cautelare contenga un'anticipazione provvisoria del suo giudizio sulla invalidità della legge<sup>221</sup>.

La resistenza a motivare il rilascio di un provvedimento cautelare sulla base della valutazione che sia prevedibile il successo del ricorrente nel procedimento di merito emerge poi in modo concludente nelle pronunce che concedono il provvedimento cautelare senza spendere una parola sulle prospettive di successo della causa di merito. Così accade per esempio in relazione ad un'istanza di sospensione di un procedimento di estradizione all'estero<sup>222</sup>.

In decisioni successive il Tribunale costituzionale federale

---

<sup>221</sup> Cfr. *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1. In sede di decisione di merito, *BVerfG* 23 ottobre 1951, in *BVerfGE* 1, 14, premessa l'applicabilità alla controversia sia delle norme del n. 2, che del n. 3 dell'art. 93, I comma GG, dichiara la nullità della prima e in parte della seconda legge.

<sup>222</sup> Cfr. *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74. Sul punto, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, C. H. Beck, 1971, p. 30. Questo provvedimento è il primo in cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia per l'ammissibilità di istanze cautelari coordinate alla proposizione di *Verfassungsbeschwerden*.

afferma espressamente che i motivi allegati dal ricorrente a fondamento della incostituzionalità dell'atto impugnato (per esempio di una norma giuridica o di un atto amministrativo) in via di principio non devono essere presi in considerazione, poiché la legittimità costituzionale di quest'ultimo non può essere oggetto di esame nel procedimento cautelare. Notevole è per esempio la decisione pronunciata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la disposizione del codice della strada che introduce il divieto di circolazione di automezzi superiori ad un certo peso nei giorni festivi, in riferimento agli artt. 2, comma I e 3, comma I GG. Dopo aver precisato che i motivi allegati a fondamento dell'incostituzionalità della norma giuridica impugnata non debbono essere presi in considerazione nel procedimento cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza di sospensione sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, elencando una serie di argomenti per i quali il divieto di circolazione nei giorni festivi non arreca grave pregiudizio all'economia nazionale. Pertanto – conclude la Corte – non si dà un motivo importante per sospendere la legge in vista del bene comune<sup>223</sup>.

Verso la fine degli anni Cinquanta l'orientamento del Tribunale costituzionale federale incontra le prime autorevoli critiche dottrinali. Dinanzi ad una delle sentenze con cui il *Bundesverfassungsgericht* comincia ad enunciare in termini sistematici il modello decisorio seguito<sup>224</sup>, Adolf Arndt osserva che il divieto di anticipare il merito (*Vorwegnahmeverbot*) può costituire solo un criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare, ma non può fondare un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto della causa di merito. A suo avviso il rilascio di un provvedimento cautelare nei confronti di una norma giuridica impugnata per incostituzionalità presuppone che un accertamento sommario riveli la prevalenza dei motivi che ne fanno sospettare l'incostituzionalità. Il *Bundesverfassungsgericht* dovrebbe sempre verificare che vi sia una sufficiente probabilità di fondatezza delle censure mosse dal ricorrente o degli argomenti comunque invocabili contro la costituzionalità della legge<sup>225</sup>.

Il Tribunale costituzionale federale ha poi presto occasione di replicare alle critiche di Arndt. E si tratta di un'occasione di notevole rilievo istituzionale. Il Governo federale chiedeva di accertare *ex art. 93, comma I n. 2, GG* la nullità della legge con cui

---

<sup>223</sup> Così espressamente *BVerfG* 8 ottobre 1956, in *BVerfGE* 6, 1.

<sup>224</sup> Si tratta di *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, in una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, I comma, 12, I comma, 14, 19, I comma GG.

<sup>225</sup> Cfr. A. ARNDT, *Anmerkung zum Urteil vom 13.11.57 des BVerfG*, in *NJW*, 1958, p. 337.



la Città di Amburgo indiceva un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca, ed affiancava a questa richiesta un'istanza cautelare di sospensione della legge. Nell'accogliere l'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* si limita ad accennare fugacemente alla critica di Arndt, ma conferma che "nella valutazione delle circostanze *pro* o contro il rilascio del provvedimento cautelare in via di principio non si deve tenere conto di quale sarà l'esito del procedimento di merito", limitandosi ad aggiungere che "certo il provvedimento cautelare non può essere emanato quando la decisione del merito non rientra nella competenza del *Bundesverfassungsgericht* o quando l'accertamento richiesto nel procedimento di merito è inammissibile o manifestamente infondato". 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"<sup>226</sup>.

L'argomentazione appena riportata esprime sinteticamente il fondamento, ancora oggi attuale<sup>227</sup>, del divieto che la Corte si imponesse di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito della causa di merito, o quantomeno - cercando di esprimere in termini oggettivi ciò che appare all'esterno - del divieto di motivare la decisione sull'istanza cautelare sulla base di tale prognosi.

##### 5. *Elaborazione del modello di valutazione comparativa delle conseguenze.*

Quanto all'elaborazione in termini positivi del modello della valutazione comparativa delle conseguenze, fin dalle pronunce della prima metà degli anni Cinquanta, nel motivare sulla fondatezza delle istanze cautelari di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati, il *Bundesverfassungsgericht* ha cominciato a soffermarsi sulle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'esecuzione del provvedimento impugnato in caso di

---

<sup>226</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367. Su questa pronuncia, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 31.

<sup>227</sup> Si tratta di un'argomentazione ripetuta negli stessi termini anche più recentemente, cfr. *BVerfG* 13 aprile 1983, in *BVerfGE* 64, 67, su un'istanza cautelare coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sul censimento, in riferimento all'art. 2, I comma GG.

sua successiva dichiarazione di incostituzionalità, comparandole con quelle derivanti dalla sua provvisoria sospensione.

Un caso significativo è quello relativo al giudizio promosso dal Governo del Württemberg-Baden ex art. 93, comma I, n. 2 GG sulla validità della legge relativa alla perequazione finanziaria tra *Länder* (1951) con istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione della legge impugnata. Il Tribunale costituzionale federale rigetta l'istanza cautelare di sospensione della legge, senza dire alcunché sulle prospettive di successo del procedimento di merito. Decide infatti sulla sola base del maggiore pregiudizio che subirebbero i *Länder* beneficiari della perequazione in conseguenza della sospensione della legge rispetto a quello che subirebbe il *Land* ricorrente in conseguenza della sua esecuzione, cosicché – conclude la Corte – si deve esigere che quest'ultimo continui ad effettuare i pagamenti fino alla decisione della causa nel merito<sup>228</sup>.

Si comincia così ad intravedere un primo abbozzo di quel modello della valutazione comparativa (o bilanciamento) delle conseguenze (*Abwägungsmodell*) che costituisce tuttora il caposaldo della motivazione sulla fondatezza dell'istanza cautelare.

Rispetto al quadro appena delineato, si devono svolgere alcuni approfondimenti. Il primo concerne la determinazione delle conseguenze scaturenti dall'ipotesi del rigetto dell'istanza cautelare, assumendo l'incostituzionalità del provvedimento impugnato. Il secondo concerne la determinazione delle conseguenze scaturenti dall'ipotesi dell'accoglimento dell'istanza, assumendo la costituzionalità del provvedimento impugnato. I successivi approfondimenti riguardano i criteri particolari cui si ispira la decisione cautelare del *Bundesverfassungsgericht* in relazione alla tipologia dei ricorrenti (e delle controparti) ed alla tipologia degli atti impugnabili dinanzi alla Corte.

#### 6. *Ipotetica incostituzionalità del provvedimento impugnato come elemento della valutazione comparativa delle conseguenze.*

Nella valutazione della gravità delle conseguenze scaturenti dal rigetto dell'istanza cautelare, si deve inserire la stessa incostituzionalità, da assumere in via ipotetica, del provvedimento impugnato, di cui pur non si sospendono gli effetti. In questo modo – si osserva – il piatto della bilancia chiamato ad esprimere la gravità delle conseguenze del mancato rilascio del provvedimento cautelare è appesantito fin dall'inizio da una violazione della Costituzione. Una compensazione sotto questo profilo può realizzarsi nelle ipotesi in cui anche il rilascio del provvedimento cautelare (seguito dal rigetto della domanda di merito) provocherebbe una lesione di un diritto o di una posizione giuridica

---

<sup>228</sup> Così, *BVerfG* 27 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 85. Per la decisione di merito di conformità alla Costituzione della legge impugnata, *BVerfG*, 20 febbraio 1952, in *BVerfGE* 1, 117.

costituzionalmente garantita, come per esempio nel caso *Lebach* commentato in precedenza. Carattere decisivo ha allora in tale situazione la maggiore gravità relativa delle conseguenze che scaturiscono nell'una o nell'altra ipotesi<sup>229</sup>.

Nelle situazioni in cui unicamente l'ipotesi del rigetto del provvedimento cautelare sia appesantita dalla supposizione di una violazione costituzionale, quest'ultima dovrebbe acquistare di regola un peso decisivo, secondo il quadro descritto in precedenza, solo in correlazione ai pregiudizi giuridici e fattuali, tanto più se irreparabili, che da essa scaturiscono<sup>230</sup>.

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* non è però rimasta ferma a questa conclusione, ma ha ritenuto che la violazione della Costituzione possa assumere di per sé sola un peso decisivo nella valutazione comparativa, indipendentemente dai pregiudizi che da essa derivano, qualora essa colpisca principi o beni costituzionali di carattere fondamentale.

Un primo principio che è stato preso in considerazione sotto questo profilo è quello relativo alla delimitazione delle sfere di competenza tra Federazione e *Länder*, come si può ricavare dall'analisi di alcune fattispecie esemplari, svolta nel luogo riservato all'esame della giurisprudenza costituzionale sulle controversie federali. Si tratta del giudizio promosso dal Governo federale *ex art. 93, comma I, n. 2 GG* per l'accertamento della nullità della legge con cui la Città di Amburgo indiceva un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca<sup>231</sup>. Si può prendere in considerazione poi la controversia promossa dalla Città di Amburgo e dal Governo dell'Assia *ex art. 93, comma I, n. 3 GG* nei confronti del Governo federale, avente ad oggetto l'istituzione ad opera di quest'ultimo di un secondo canale televisivo<sup>232</sup>.

Un secondo principio costituzionale che è stato inserito in questo contesto è quello democratico (art. 20, comma I GG), la cui ipotetica violazione è stata presa in considerazione dal Tribunale costituzionale federale nella pronuncia – parimenti esaminata nel luogo riservato all'esame della giurisprudenza costituzionale sulle controversie costituzionali - sull'istanza di sospensione della legge

---

<sup>229</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 52.

<sup>230</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 52.

<sup>231</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367. Nello stesso senso, in un'analoga fattispecie concernente un *referendum* indetto dalla Città di Brema, *BVerfG* 10 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 374. Per la decisione di merito di incostituzionalità di entrambe le leggi, *BVerfG* 30 luglio 1957, in *BVerfGE* 8, 104.

<sup>232</sup> Cfr. *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfGE* 12, 36. Per la decisione di merito, *BVerfG* 28 febbraio 1961, in *BVerfGE* 12, 205.

dello Schleswig-Holstein che concede agli stranieri il diritto di voto alle elezioni amministrative<sup>233</sup>.

Un terzo principio costituzionale fondamentale, la cui ipotetica violazione è entrata di per sé nella valutazione comparativa delle conseguenze è l'obbligo statale di protezione della "vita umana non ancora nata". Nell'accogliere l'istanza cautelare di sospensione dell'entrata in vigore della riforma della disciplina penale dell'interruzione della gravidanza, istanza coordinata ad un giudizio di legittimità promosso dal governo della Baviera e da 248 membri del *Bundestag*, il *Bundesverfassungsgericht* osserva nel 1992 che "la valutazione comparativa delle conseguenze deve muovere dal rilievo che l'obbligo di protezione dello Stato nei confronti della vita umana non ancora nata costituisce una componente fondamentale dello ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca"<sup>234</sup>.

Infine, è stato preso in considerazione sotto questo profilo un aspetto della "costituzione finanziaria": il principio 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. Il Tribunale costituzionale federale lo ha definito come "un principio costituzionale di alto rango nell'ordinamento democratico, la cui (ipotetica) violazione determina di per sé un grave pregiudizio nel senso del § 32 *BVerfGG*"<sup>235</sup>.

In questi casi, e negli altri che ad essi potrebbero assimilarsi, la Corte ritiene giustificata l'emanazione del provvedimento cautelare per il "bene comune" già sulla base della particolare qualità di tali principi costituzionali, che non consentirebbe di poterne tollerare la lesione nemmeno per un periodo di tempo transitorio, fino alla decisione della causa di merito<sup>236</sup>.

Si è rimproverato a questo orientamento del *Bundesverfassungsgericht* di abbandonare il terreno, proprio invece

---

<sup>233</sup> Cfr. *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, annotata da J. MASING, in *NJW* 1990, p. 1830. Per la decisione di merito che dichiara la nullità della legge impugnata, *BVerfG* 31 ottobre 1990, in *BVerfGE* 83, 37.

<sup>234</sup> Cfr. *BVerfG* 4 agosto 1992, in *BVerfGE* 86, 390 e in *NJW* 1992, p. 2343. Per la decisione di merito, *BVerfG* 28 maggio 1993, in *BVerfGE* 88, 203. Successivamente, è stata approvata la *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* del 25 agosto 1995.

<sup>235</sup> Cfr. *BVerfG* 17 settembre 1998, in *BVerfGE* 99, 57 (*Liegenschaftsmodell Schleswig - Holstein*), nel pronunciare la sospensione cautelare della legge di accompagnamento al bilancio del 1998 del *Land* Schleswig-Holstein, in relazione ad un giudizio di costituzionalità instaurato dai deputati di opposizione nel Parlamento del *Land*. Lo Schleswig-Holstein ha rinunciato all'istituzione di una propria Corte costituzionale e si serve del Tribunale costituzionale federale per la risoluzione di controversie costituzionali interne al *Land* (cfr. art. 99 *GG* e § 13 n. 10 *BVerfGG*).

<sup>236</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 53 s.

del bilanciamento delle conseguenze, di una considerazione concreta delle conseguenze di due ipotetiche situazioni che sono parimenti disapprovate dalla Costituzione: da un lato, la violazione di una norma costituzionale; dall'altro, la sospensione dell'efficacia di un provvedimento legittimo. Questo dilemma – si osserva – potrebbe essere risolto solo da un bilanciamento delle conseguenze concrete, rinunciando ad una gerarchia che si impervi sul grado di vincolatività dei principi costituzionali in gioco, gerarchia della quale potrebbe discutersi solo nel procedimento di merito<sup>237</sup>. In altri termini si evidenzia che sostanzialmente in queste ipotesi nella pronuncia cautelare si aggiungerebbe un ulteriore elemento valutativo attinente alla decisione definitiva della controversia, oltre alla valutazione di ammissibilità e di non manifesta infondatezza della domanda di merito.

#### 7. *Valutazione comparativa delle conseguenze e determinazione del contenuto del provvedimento.*

Si deve svolgere a questo punto il secondo approfondimento preannunciato, relativo alla determinazione delle conseguenze scaturenti dall'ipotesi dell'accoglimento dell'istanza. Nella individuazione della gravità delle conseguenze scaturenti dal rigetto dell'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* svolge un'indagine su un corso degli eventi nel quale essa suppone di non intervenire e sul quale pertanto non incidono gli effetti di una propria pronuncia cautelare. Al contrario, l'individuazione delle conseguenze che il Tribunale costituzionale federale ipotizza si verifichino in caso di rilascio del provvedimento cautelare dipende evidentemente dalla determinazione del contenuto di quest'ultimo: un'operazione questa, sulla quale i poteri della Corte hanno invece una notevole incidenza.

A questo riguardo occorre tener presente 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 norma che prevede la tutela cautelare, come possa attuarsi lo scopo che l'istanza si prefigge.

Se vi sono più modi per conseguire lo scopo di tutela che l'istanza cautelare si prefigge, il Tribunale costituzionale federale deve scegliere quello che ha effetti meno pregiudizievoli per i contrapposti interessi<sup>238</sup>. Così, per esempio, impugnata in giudizio di costituzionalità astratto la legge del *Land* Schleswig-Holstein che aveva concesso il voto agli stranieri alle elezioni amministrative, la Corte esamina la possibilità di disporre il provvisorio rinvio delle

---

<sup>237</sup> Così, J. MASING, *Das Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlass einer einstweiligen Anordnung*, in *NJW*, 1990, p. 1830.

<sup>238</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 51.

elezioni, invece della sospensione della applicazione della modifica legislativa in occasione delle elezioni amministrative del 25 marzo 1990, ma conclude nel senso che il rinvio delle elezioni sarebbe più gravoso dello svolgimento delle elezioni sulla base della vecchia disciplina (una conclusione che aveva raccolto il consenso unanime all'udienza)<sup>239</sup>.

8. *Misure cautelari che incidono sulla formazione della volontà di organi politici.* - Se si passano ad esaminare i criteri particolari cui si ispira la decisione cautelare del *Bundesverfassungsgericht*, è giunto il momento di considerare l'ipotesi in cui la misura cautelare richiesta incida sul processo di formazione della volontà di soggetti titolari di un potere decisionale politico. In linea generale la Corte esercita in tali ipotesi un vero e proprio *self-restraint*, preoccupandosi di assicurare un leale processo di confronto politico<sup>240</sup>.

Nel compiere questa operazione, la Corte attribuisce rilevanza allo *status* democratico, all'altezza del livello politico, alla controllabilità del titolare di detto potere decisionale da parte dell'opinione pubblica, nonché all'oggetto della decisione in rapporto con altre <sup>241</sup>. In particolare, riguardo alle funzioni genericamente politiche, la Corte tende ad applicare il principio che, quanto più il *petitum* cautelare ha per oggetto dei compiti di notevole rilievo politico del Parlamento o del vertice dell'esecutivo, tanto più il ricorrente deve accettare di essere, anch'egli, solo una fra le componenti del processo di decisione politica<sup>242</sup>. Riguardo alle funzioni specificamente governative, la Corte afferma che il provvedimento cautelare non può essere lo strumento per scaricare su se stessa la responsabilità di decisioni politiche.

Questi lineamenti della giurisprudenza costituzionale possono essere colti attraverso l'indicazione di una serie di fattispecie esemplari, distinte in quattro gruppi. I primi due gruppi sono formati secondo un criterio che si orienta al tipo di procedimento promosso dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* (controversie tra organi costituzionali; *Verfassungsbeschwerde*). Il terzo e quarto gruppo sono individuati sulla base del criterio dell'oggetto della controversia (aspetti di politica estera; aspetti relativi alla struttura federale dello Stato) e percorrono trasversalmente diversi procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

---

<sup>239</sup> Così, *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, 57.

<sup>240</sup> Così, tra gli altri, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 594.

<sup>241</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 594 s.

<sup>242</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 595.

9. *Il rilascio di misure cautelari nelle controversie tra organi costituzionali.*

Tra le pronunce cautelari che si coordinano alle controversie tra (o all'interno di) organi costituzionali, si possono segnalare quelle relative a: il finanziamento dei partiti politici<sup>243</sup>, lo scioglimento del *Bundestag* nel 1983<sup>244</sup>, la composizione dell'*Hauptausschuss* del parlamento dell'Assia<sup>245</sup>, la disciplina delle prime elezioni politiche nella Germania riunita<sup>246</sup>, l'attività istruttoria della commissione parlamentare di inchiesta sul traffico illegale di plutonio<sup>247</sup>, la pubblicazione della relazione della commissione parlamentare elettorale concernente la collaborazione di Gregor Gysi con il Ministero della sicurezza di Stato della ex-DDR<sup>248</sup>, la composizione del *Vermittlungsausschuss* dopo le elezioni politiche del 2002<sup>249</sup>.

Istanze cautelari coordinate alle controversie tra organi costituzionali sono state rivolte quindi con una certa frequenza al *Bundesverfassungsgericht*, che non ha mai avuto dubbi sulla loro ammissibilità. In effetti se la Corte non ritenesse ammissibile la tutela cautelare in questo settore, ciò indebolirebbe la sua posizione dinanzi agli altri organi costituzionali. Essa avverte tuttavia che l'esercizio dei poteri cautelari sia particolarmente delicato nelle controversie tra organi costituzionali, in quanto incide sulla autonomia di un organo politico, ed osserva la massima prudenza nell'intervenire con una disciplina provvisoria. Il Tribunale costituzionale federale emana quasi sempre una pronuncia di rigetto poiché essa pretende dagli organi costituzionali coinvolti nella controversia il senso di responsabilità politico-costituzionale di trovare da soli un *modus vivendi* durante il procedimento di merito<sup>250</sup>. Rispetto a questo quadro eccezioni si registrano quando la Corte riscontri l'esigenza di tutelare gruppi politici di minoranza, come è accaduto per esempio nella controversia sulla quota minima di sottoscrizioni per le liste di candidati alle prime elezioni politiche nella Germania riunita.

---

<sup>243</sup> Cfr. *BVerfG* 15 marzo 1961, in *BVerfGE* 12, 276.

<sup>244</sup> Cfr. *BVerfG* 16 febbraio 1983, in *BVerfGE* 62, 1.

<sup>245</sup> Cfr. *BVerfG* 17 agosto 1983, in *BVerfGE* 65, 101.

<sup>246</sup> Cfr. *BVerfG* 17 ottobre 1990 in *BVerfGE* 82, 353, in *JZ*, 1991, p. 456 con nota di D. LEIPOLD, in *JuS*, 1991, p. 419 con nota di M. SACHS.

<sup>247</sup> Così, *BVerfG* 8 luglio 1997, in *BVerfGE* 96, 223.

<sup>248</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1998, in *BVerfGE* 98, 139. Per la decisione di merito di rigetto (su cui però il *Senat* competente si spacca a metà), v. *BVerfG* 20 luglio 1998, in *BVerfGE*, 99, 19. e in *NJW* 1998, p. 3042.

<sup>249</sup> Cfr. *BVerfG* 2 dicembre 2002, in *BVerfGE* 106, 253, commentata da J. A. CÄMMERER, *Muss Mehrheit immer Mehrheit bleiben? Über die Kontroversen um die Besetzung des Vermittlungsausschusses*, in *NJW*, 2003, p. 1166.

<sup>250</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 595.

10. *Il rilascio di misure cautelari nei ricorsi diretti di costituzionalità.*

Possono aspirare ad incidere sul processo di formazione della volontà di organi politici anche istanze cautelari proposte da soggetti portatori di un interesse privato, che si coordinano a *Verfassungsbeschwerden*. In ciò si può cogliere una notevole espressione della funzione oggettiva del ricorso diretto di costituzionalità, di promuovere l'integrazione, l'ulteriore svolgimento del diritto costituzionale, che si aggiunge alla sua funzione soggettiva, di tutela dei diritti fondamentali.

Si può considerare per esempio la fattispecie relativa all'istanza cautelare di sospensione del procedimento di ratifica dell'accordo complementare al trattato di appianamento delle relazioni tra Repubblica federale tedesca e Olanda, proposta da alcuni azionisti di una società confiscata dal Governo olandese nel 1944, che lamentano essenzialmente la lesione della garanzia costituzionale della proprietà (art. 14 GG)<sup>251</sup>. Un'altra fattispecie significativa è quella relativa all'istanza cautelare di sospensione del procedimento di ratifica dei Trattati dell'Est (con l'Unione sovietica e la Polonia), proposta da alcuni *ex* proprietari di terreni in Prussia nord-occidentale e in Slesia, per violazione della garanzia costituzionale della proprietà<sup>252</sup>.

Anche in relazione ad istanze cautelari proposte da soggetti portatori di un interesse privato, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene di non poter incidere sull'esercizio di funzioni politiche attraverso un provvedimento cautelare, mettendo in discussione le prerogative di valutazione politica di altri organi costituzionali, in particolare del Governo federale. Non si tratta però di un criterio negativo della ammissibilità della tutela cautelare in questo settore, ma solo di un criterio molto rigoroso di valutazione della fondatezza dell'istanza cautelare, che rende difficile il rilascio del provvedimento. È da notare tuttavia che la Corte, proprio al fine di argomentare la necessità di non incidere in via cautelare sull'esercizio di funzioni politiche, non esita a svolgere un'autonoma valutazione di circostanze politiche: tipica è, nella prima fattispecie ricordata, l'argomentazione che fa leva in modo decisivo sugli svantaggi di politica estera derivanti dal rilascio della misura cautelare.

11. *Il rilascio di misure cautelari nei conflitti che coinvolgono questioni di politica estera.*

Come si è appena avuto l'opportunità di constatare, uno dei banchi di prova più significativi della giurisprudenza costituzionale relativa all'ipotesi in cui la tutela cautelare incide sul processo di formazione della volontà di organi politici è costituito dai conflitti

---

<sup>251</sup> Cfr. *BVerfG* 24 giugno 1963, in *BVerfGE* 16, 220.

<sup>252</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 1972, in *BVerfGE* 33, 195, 198.



che coinvolgono questioni di politica estera. Oltre alle due fattispecie appena segnalate, si possono ricordare le altre che saranno oggetto della successiva analisi casistica: sull'adesione della Repubblica federale tedesca alla comunità europea di difesa<sup>253</sup>, sulla ratifica del Trattato fondamentale con la Repubblica democratica tedesca (*Grundlagenvertrag*)<sup>254</sup>, sulla partecipazione di soldati tedeschi alla missione *Unosom II*<sup>255</sup>, sulla partecipazione di soldati tedeschi ad operazioni Nato in Turchia, in occasione del conflitto con l'Iraq<sup>256</sup>.

Nell'ordinamento tedesco i conflitti che coinvolgono questioni di politica estera sono considerati giustiziabili. In relazione ad essi si determina pertanto per il Tribunale costituzionale federale un importante carico di lavoro, specialmente in termini di ponderazione delle implicazioni istituzionali che ne derivano. Molti atti di politica estera significativi per la collocazione internazionale della Repubblica federale tedesca sono passati al vaglio del *Bundesverfassungsgericht*<sup>257</sup>.

Le difficoltà relative al rilascio di provvedimenti cautelari derivano dalla circostanza che le controversie su questioni di politica estera sono caratterizzate dal fatto di essere a malapena disciplinate dal diritto costituzionale sostanziale: il *Grundgesetz* contiene unicamente attribuzioni di competenza, senza indicazioni contenutistiche<sup>258</sup>.

In secondo luogo, tali controversie toccano aspetti che fuoriescono parzialmente dal diritto costituzionale tedesco e che pertanto non possono essere sottoposti al controllo del Tribunale costituzionale federale<sup>259</sup>.

Nella valutazione comparativa la Corte attribuisce un peso notevolissimo ai pregiudizi che minaccerebbero gli interessi di politica estera della Repubblica federale tedesca, qualora essa emanasse una misura cautelare prima della definizione del procedimento di merito. Una formulazione – da taluno ritenuta

---

<sup>253</sup> Cfr. *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281.

<sup>254</sup> Cfr. *BVerfG* 18 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 257.

<sup>255</sup> Si tratta di *BVerfG* 23 giugno 1993, in *BVerfGE* 89, 38 e in *NJW*, 1993, p. 2038. Per la decisione di merito *BVerfG* 12 luglio 1994, in *BVerfGE* 90, 286 e in *NJW*, 1994, p. 2207, ove si sancisce la conformità costituzionale dell'impiego all'estero delle forze armate tedesche, con l'adesione del *Bundestag*.

<sup>256</sup> Cfr. *BVerfG* 25 marzo 2003, in *BVerfGE* 108, 34, commentata da M. NOLTE, *Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung*, in *NJW*, 2003, p. 2359.

<sup>257</sup> L'osservazione è di F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 265 ss.

<sup>258</sup> Così, F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 288.

<sup>259</sup> Così, F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 288.

“classica”<sup>260</sup> - del criterio di valutazione molto rigoroso che presiede al rilascio di misure cautelari nel settore della politica estera può leggersi nella pronuncia emanata in relazione al procedimento di ratifica dei Trattati dell’Est, ove la Corte afferma di poter “opporsi alla valutazione politica sottesa alla decisione del governo federale e del parlamento e sostituirla con una propria valutazione, unicamente qualora cogenti motivi attinenti al bene comune richiedano in modo evidente la posticipazione dell’entrata in vigore dei Trattati dell’Est”.

L’esito della valutazione comparativa delle conseguenze conduce quasi sempre al rigetto dell’istanza cautelare, al fine di lasciare piena libertà di azione al Governo federale. La Corte stessa qualifica questo suo atteggiamento come una forma di *self-restraint* giudiziale, che però non esonera dal rispetto del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali, in particolare sotto due profili. Da un lato, il potere esecutivo non può frustrare l’utilità di un procedimento pendente dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* e attraverso un proprio provvedimento privare definitivamente la sentenza finale di una parte della propria efficacia. Dall’altro lato, il Tribunale costituzionale federale, se rinuncia ad esercitare i propri poteri cautelari a vantaggio della libertà di azione del Governo federale, si ritiene impegnata ad accelerare in ogni modo la definizione del procedimento di merito, affinché la sentenza finale conservi la propria efficacia, per quanto è possibile nel contesto dato. Sotto questi profili la vicenda giurisprudenziale più significativa è quella relativa al Trattato fondamentale con la Repubblica democratica tedesca nel 1973.

Nelle ipotesi in cui la Corte ha ritenuto eccezionalmente di dover rilasciare la misura cautelare, il peso notevole degli interessi di politica estera si riflette nella massima valorizzazione della possibilità della Corte di modellare il contenuto più proporzionato della misura cautelare, tenendo conto che lo scopo di tutela perseguito nel procedimento di merito (cioè, l’esercizio di attribuzioni scaturenti dalla posizione di organo fatta valere dal ricorrente) deve poter essere provvisoriamente assicurato nel modo meno limitativo delle attribuzioni dell’organo destinatario della misura cautelare. Esempio sotto questo profilo è la vicenda relativa al conflitto di attribuzioni del 1993 tra *Bundestag* e governo federale in ordine alla partecipazione delle forze armate tedesche alle operazioni deliberate dall’Onu per assicurare la pace e gli aiuti umanitari in Somalia.

## 12. *Il rilascio di provvedimenti cautelari nelle controversie federali.*

Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale relativi

---

<sup>260</sup> Così, per esempio, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 596.

all'ipotesi in cui la tutela cautelare incide sul processo di formazione della volontà di organi politici meritano infine di essere specificamente verificati in un quarto gruppo di fattispecie, nel campo delle controversie (formalmente o sostanzialmente) federali, cioè le controversie tra Federazione e *Länder* attinenti ad aspetti della struttura federale dello Stato tedesco, e le controversie tra *Länder*. Fra le pronunce cautelari in questo settore, si possono segnalare quelle relative alla legge sul nuovo ordinamento dei *Länder* Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern<sup>261</sup>, alla legge relativa alla perequazione finanziaria tra *Länder*<sup>262</sup>, alla legge della Città di Amburgo relativa alla retribuzione degli insegnanti<sup>263</sup>, all'applicazione nell'ex *Land* Lippe della prima legge sull'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia<sup>264</sup>, alle leggi dei *Länder* Baviera e Assia relative al pagamento della tredicesima<sup>265</sup>, alla legge della Città di Amburgo che indice un *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche<sup>266</sup>, alle delibere di consigli comunali di città dell'Assia con cui si indicano consultazioni popolari sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche<sup>267</sup>, alla creazione ad opera del Governo federale di un secondo canale televisivo<sup>268</sup>, alla legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati<sup>269</sup>, alla legge dello Schleswig-Holstein che concede agli stranieri il diritto di voto alle elezioni amministrative<sup>270</sup>, alla legge relativa alle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani<sup>271</sup>.

Nell'esame delle pronunce cautelari relative alle controversie in senso lato federali, colpisce che una maggiore percentuale delle istanze cautelari sia accolta, rispetto ai tre gruppi di fattispecie analizzati in precedenza<sup>272</sup>.

E' interessante indagare sui motivi di questa tendenza.

Si può innanzitutto considerare il ruolo fondamentale rivestito dall'effettività dell'esercizio delle funzioni del Tribunale costituzionale per la salvaguardia della struttura federale dello

<sup>261</sup> Si tratta di *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1.

<sup>262</sup> Cfr. *BVerfG* 27 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 85.

<sup>263</sup> Cfr. *BVerfG* 14 gennaio 1953, in *BVerfGE* 2, 103.

<sup>264</sup> Cfr. *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfG* 3, 267.

<sup>265</sup> Cfr. *BVerfG* 10 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 52.

<sup>266</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

<sup>267</sup> Cfr. *BVerfG* 23 giugno 1958, in *BVerfGE* 8, 42.

<sup>268</sup> Cfr. *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfG* 12, 36.

<sup>269</sup> Cfr. *BVerfG* 27 luglio 1971, *BVerfGE* 31, 381.

<sup>270</sup> Cfr. *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, annotata da J. MASING, in *NJW* 1990, p. 1830.

<sup>271</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23.

<sup>272</sup> Il discorso si svolge in termini di percentuale perché, come si osserva nel luogo dedicato ai procedimenti promuovibili dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, in termini assoluti le istanze cautelari in materia di controversie federali sono poche decine.

Stato e quindi l'importanza fondamentale del contributo che la tutela cautelare può offrire in questa direzione, assicurando gli effetti delle decisioni di merito del Tribunale costituzionale federale. A questo proposito occorre ricordare che la violazione del principio federalista è compreso dal *Bundesverfassungsgericht* tra i casi in cui eccezionalmente l'ipotetica violazione della Costituzione assume di per sé sola un peso decisivo nella valutazione comparativa delle conseguenze, in favore del rilascio della misura cautelare, indipendentemente dai pregiudizi che derivano da tale ipotetica violazione. Fra i casi più significativi di applicazione di questo principio si possono ricordare il provvedimento di sospensione della legge della Città di Amburgo relativa al *referendum* sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche e soprattutto il provvedimento con cui il Tribunale costituzionale rinvia l'inizio delle trasmissioni del secondo canale televisivo istituito dal Governo federale. Afferma in quest'ultimo caso il *Bundesverfassungsgericht* che una violazione del principio federalista "anche transitoria ed in buona fede" - è considerata di per sé - "come un grave pregiudizio per il bene comune".

Ma il discorso non può fermarsi qui. Ci sono anche ragioni più profonde che attengono alla dinamica del modello federale tedesco e ai riflessi che esso produce sul ruolo del Tribunale costituzionale. Sotto questo profilo occorre tener presente la forte impronta cooperativa del federalismo tedesco<sup>273</sup>, in cui si realizza la compartecipazione dei *Länder* all'esercizio dei poteri federali attraverso il *Bundesrat* e in numerose altre sedi di raccordo, con correlativo procedimento di compensazione degli interessi in tali sedi. Questo previene di regola l'insorgere di controversie costituzionali ed elimina frequentemente in anticipo la materia del contendere tra la Federazione e i *Länder*, cosicché il "federalismo del *Bundesrat*" rende residuale il "federalismo-processo", cioè il ricorso al *Bundesverfassungsgericht*. È evidente pertanto che le poche controversie federali che non si risolvono attraverso sedi di compensazione preventiva sono molto impegnative. In tal caso quando la diversità di vedute tra le parti non si compone, ma

---

<sup>273</sup> Sulle linee di tendenza del federalismo tedesco, H. BAUER, *Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus sicht der Wissenschaft*, in *Umweltföderalismus*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; M. KENNTNER, *Justitiabler Föderalismus, Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, seconda ed., con l'aggiunta *Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; H.-G. HENNEKE, *Föderalismusreform kommt in Fahrt*, in *DVBl*, 2003, p. 845 ss. Nella letteratura italiana, sullo Stato federale tedesco, J. LUTHER, *Il modello tedesco dello Stato federale*, in *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, Giappichelli, 1996, p. 241 ss.; J. WOELK, *Segnali di crisi nel federalismo tedesco: verso un modello più competitivo?*, in *Le Regioni*, 1999, p. 217 ss., pp. 238-241.

conduce ad un conflitto dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, l'esito del procedimento di merito è particolarmente incerto e ben difficilmente si può parlare di insostenibilità dell'uno o dell'altro punto di vista<sup>274</sup>. D'altra parte, se il filtro di compensazione politica non funziona, ciò dipende spesso dal fatto che almeno uno degli organi responsabili nella struttura federale dello Stato manca della disponibilità a scendere ad un compromesso in una questione politica controversa. In tale contesto vi è frequentemente il pericolo che una delle parti cerchi di produrre unilateralmente dei "fatti compiuti"<sup>275</sup>. Nel caso in cui si riscontri concretamente il pericolo che una delle parti cerchi di produrre unilateralmente dei fatti compiuti, disponendo anche di regola di una sufficiente forza politica ed istituzionale per compiere un'operazione di questo tipo, è evidente l'urgenza del provvedere.

### 13. *Il rilascio di misure cautelari di sospensione della legge.*

Se si passa a questo punto ad impiegare il criterio che si appunta sulla tipologia dei provvedimenti impugnabili nel procedimento di merito, un approfondimento particolare merita l'esame della giurisprudenza costituzionale relativa all'istanza cautelare avente per contenuto la provvisoria sospensione della entrata in vigore di una legge o la sospensione della sua esecuzione se la legge è già in vigore ed applicabile.

La legge può essere oggetto di impugnazione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, in via di principio, solo dopo la sua promulgazione<sup>276</sup>. Un'eccezione è stata introdotta con riguardo alla legge di ratifica di un trattato internazionale (art. 59, comma II GG). In questo caso la Corte consente l'impugnazione dopo l'approvazione parlamentare, ma prima della firma da parte del Presidente della Repubblica, per evitare l'eventuale conflitto che sorgerebbe sul piano del diritto internazionale attraverso la ratifica di un trattato incostituzionale<sup>277</sup>.

Il peso delle conseguenze del rilascio di un provvedimento cautelare avente per contenuto la provvisoria posticipazione dell'entrata in vigore di una legge o la sospensione della sua esecuzione è notevole, in considerazione del fatto che il Tribunale costituzionale federale incide comunque sullo "spazio creativo politico", sulla discrezionalità politica del potere legislativo, poiché il legislatore non può immediatamente realizzare gli interessi

---

<sup>274</sup> Così, *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

<sup>275</sup> Su quest'ultimo aspetto, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 596.

<sup>276</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281 (*Deutschlandvertrag*). Per la decisione di merito, *BVerfG* 30 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 396.

<sup>277</sup> In questo senso è la giurisprudenza costante del Tribunale costituzionale, a partire da *BVerfG* 30 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 396, 413.

perseguiti con l'approvazione della legge in questione<sup>278</sup>.

Per sostenere l'ammissibilità di provvedimenti cautelari nei confronti della legge si muove dall'osservazione che il potere legislativo può esercitare la propria discrezionalità politica solo in conformità all'ordine costituzionale, cui è vincolato<sup>279</sup>. Il controllo sul rispetto di tale vincolo è oggetto del procedimento di merito, ma gli effetti della decisione finale devono poter essere assicurati attraverso la tutela cautelare. Nella valutazione comparativa delle conseguenze finalizzata a provvedere sull'istanza cautelare, si fronteggiano pertanto da un lato, in ipotesi di accoglimento della istanza (e di successivo rigetto della domanda di merito), l'intrusione nella sfera di discrezionalità politica del legislatore; dall'altro lato, in ipotesi di rigetto dell'istanza (e di successivo accoglimento della domanda di merito), la lesione del vincolo del potere legislativo all'ordinamento costituzionale. In via di principio – si conclude – l'intrusione nella sfera di discrezionalità politica del legislatore, da sola, non può pesare di più della lesione del vincolo del potere legislativo alla Costituzione<sup>280</sup>.

A sostegno della coerenza sistematica della previsione del potere cautelare di sospensione (dell'entrata in vigore o dell'esecuzione) della legge si invoca inoltre la necessità di assicurare il più ampio dispiegarsi degli effetti retroattivi della decisione di merito della Corte che dichiara la nullità della legge incostituzionale<sup>281</sup>. È oggetto di percezione immediata che, in assenza di un provvedimento cautelare di sospensione e quindi nella permanenza di applicabilità della legge impugnata, la retroattività della sentenza di accoglimento incontra diversi ostacoli, poiché le lesioni della Costituzione che si sono prodotte nel frattempo in conseguenza dell'applicazione della legge incostituzionale non possono essere poste nel nulla e poiché possono maturare diverse situazioni che sottraggono i rapporti giuridici all'incidenza della pronuncia della Corte. Fra gli ostacoli giuridici al ripristino della situazione anteriore al compimento dell'atto incostituzionale, se la decisione definitiva ha ad oggetto la dichiarazione di nullità o di incompatibilità con il *Grundgesetz* di una norma giuridica, una menzione particolare meritano indubbiamente i "rapporti esauriti", così come sono disciplinati dal

---

<sup>278</sup> Per questa considerazione, da ultimo, *BVerfG* 31 luglio 2001, in *NVwZ* 2002, p. 468, sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge della Sassonia-Anhalt di riforma della scuola elementare.

<sup>279</sup> Cfr. art. 20, III comma GG.

<sup>280</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 62, la quale osserva che è altresì privo di pregio l'argomento che il ricorso alla tutela cautelare del *Bundesverfassungsgericht* non può trasformarsi in uno strumento a disposizione delle parti soccombenti nel procedimento legislativo per ritardare l'entrata in vigore della legge.

<sup>281</sup> In questi termini, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 62 s.

§ 79 BVerfGG<sup>282</sup>.

Da questo punto di vista, la sospensione cautelare della legge si presenta come lo strumento *ad hoc* per assicurare l'efficacia della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, proprio in quanto quest'ultima aspira, per quanto è possibile praticamente, a ripristinare la situazione anteriore all'entrata in vigore della legge incostituzionale.

La considerazione che la sospensione della legge incide notevolmente nella discrezionalità politica del legislatore non è però priva di impatto sulla valutazione dei presupposti della emanazione della misura cautelare. Il Tribunale costituzionale ne tiene conto e in relazione ad istanze di sospensione della legge afferma di adottare un criterio di giudizio "particolarmente rigoroso"<sup>283</sup>. Al fine del rilascio del provvedimento cautelare, la Corte richiede che i danni che si collegano all'entrata in vigore della legge o al proseguimento della sua esecuzione (in ipotesi di successiva dichiarazione di incostituzionalità) "superino nettamente in dimensione e gravità" i danni che si collegano alla provvisoria sospensione (in ipotesi di successiva dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità)<sup>284</sup>.

Conviene ora esaminare il modello della valutazione comparativa nella sua concreta applicazione con riferimento alla sospensione dell'esecuzione della legge. In linea di principio, la valutazione comparativa delle conseguenze ha ad oggetto le due ipotesi seguenti<sup>285</sup>. In ipotesi di rilascio del provvedimento cautelare, si devono esaminare in primo luogo le conseguenze che scaturiscono dalla sospensione della legge in ordine all'attuazione degli scopi avuti di mira dal legislatore. Sono poi da prendere in considerazione tutte le conseguenze giuridiche e fattuali di una transitoria mancata applicazione della legge impugnata e del protrarsi della disciplina legislativa precedente. In ipotesi di mancato rilascio del provvedimento cautelare di sospensione, si devono viceversa prendere in considerazione tutte le conseguenze giuridiche e fattuali di una transitoria applicazione della legge.

---

<sup>282</sup> Alla stregua di questa disposizione sono salve le decisioni (non solo le sentenze, ma anche gli atti amministrativi) non più impugnabili, emanate sulla base di una norma giuridica successivamente dichiarata incostituzionale (ma se non sono state già eseguite non possono esserlo più), tranne le sentenze penali, contro le quali è ammissibile la revisione.

<sup>283</sup> A quanto consta, la necessità di un tale criterio è stata enunciata dapprima da BVerfG 11 novembre 1953, in BVerfGE 3, 41, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro l'anticipazione delle elezioni di consigli comunali e distrettuali, disposta dalla legge del Baden-Württemberg di riforma del diritto degli enti locali.

<sup>284</sup> Così, per esempio, BVerfG 18 luglio 2001, in BVerfGE 104, 51, sull'istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge diretta ad eliminare la discriminazione delle convivenze omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz*).

<sup>285</sup> In questo capoverso si riproduce la sintesi di K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 49.

Per avere un'idea concreta dell'impiego di criteri così ampi e generici, è indispensabile svolgere un'analisi di alcune pronunce esemplari sull'istanza cautelare di provvisoria posticipazione dell'entrata in vigore di una legge o di sospensione della sua esecuzione. A tal fine si è tenuto questa ipotesi sempre in primo piano nel successivo esame della casistica giurisprudenziale, sebbene quest'ultima sia organizzata per una maggiore chiarezza espositiva secondo la tipologia dei procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

14. *Peculiari esigenze di tutela cautelare con riferimento alla legge: la "sospensione regolativa".*

Anticipando in parte i risultati dell'analisi casistica, è opportuno mettere in evidenza fin da subito che il provvedimento di sospensione cautelare dell'esecuzione della legge si rivela talvolta nella prassi una misura inadeguata. È per questo che il *Bundesverfassungsgericht* non esita a fare un notevole impiego del potere – che il § 32 *BVerfGG* direttamente gli attribuisce – di regolamentare provvisoriamente la situazione per conformare efficacemente il contenuto della misura rispetto allo scopo di tutela perseguito con l'istanza cautelare. Spesso infatti, come appena accennato, la pura e semplice disposizione di sospendere l'applicazione della legge impugnata non è idonea a risolvere tutti i problemi che sorgono nella realizzazione dell'obiettivo di assicurare gli effetti della decisione di merito, con il minore pregiudizio possibile degli interessi contrapposti. Né sarebbe opportuno affidarsi ad una soluzione generale ed astratta, completamente avulsa dalla considerazione della situazione concreta sottoposta al giudizio del Tribunale, quale quella che si appellasse alla revivescenza delle norme abrogate dalla legge impugnata, ammesso e non concesso che tale strada sia teoricamente percorribile dinanzi a quella che dottrina e giurisprudenza tedesche qualificano costantemente come una mera sospensione dell'"esecuzione" della legge impugnata.

Esemplare sotto tutti i profili ora considerati è la pronuncia relativa alla legge di riforma del servizio militare e del servizio civile del 13 luglio 1977, in cui la Corte statuisce che fino alla pubblicazione della decisione della causa di merito, debbano applicarsi le leggi sul servizio militare e sul servizio civile nella versione precedente alla riforma, con salvezza dei rapporti di servizio civile sorti nel periodo di vigore della legge impugnata (dal 1° agosto al 15 dicembre 1977) e delle posizioni di coloro che, nello stesso periodo, si sono visti riconoscere il loro diritto all'obiezione di coscienza<sup>286</sup>.

Un altro provvedimento esemplare in questa prospettiva è

---

<sup>286</sup> Cfr. *BVerfG* 7 dicembre 1977, in *BVerfGE* 46, 337.



quello emanato in relazione all'impugnazione della disciplina meno restrittiva della possibilità di interrompere la gravidanza approvata dalla Repubblica federale tedesca nel 1974, in cui il Tribunale costituzionale mitiga una serie di svantaggi che sarebbero derivati dalla pura e semplice sospensione dell'entrata in vigore della nuova legge. In particolare, il Tribunale dispone che l'interruzione della gravidanza operata dal medico con il consenso della donna nelle prime dodici settimane dal concepimento non sia punibile come reato qualora la donna abbia subito una violenza sessuale e sussistano gravi indizi che la gravidanza sia dovuta a questa violenza. Il *Bundesverfassungsgericht* dispone inoltre che i procedimenti penali pendenti, aventi ad oggetto un fatto che secondo la nuova legge non sarebbe reato, siano sospesi fino alla decisione del procedimento di merito sulla sua conformità alla Costituzione e che egualmente sia sospesa l'esecuzione delle eventuali condanne penali negli stessi termini<sup>287</sup>.

15. *Gli effetti erga omnes del provvedimento di sospensione della legge.*

Un altro aspetto qualificante della portata di un provvedimento di sospensione della legge è quello dell'estensione dei suoi effetti.

A questo proposito occorre tenere presente che, specialmente – ma non solo – in relazione alle istanze cautelari di sospensione della legge coordinate alla proposizione di *Verfassungsbeschwerden*, le conseguenze del rilascio della misura cautelare si devono valutare con riguardo agli effetti che la sospensione della legge avrebbe per tutti coloro che sono colpiti da quest'ultima. In via di principio il Tribunale costituzionale federale non può emanare un provvedimento di sospensione della legge con effetti limitati al ricorrente, poiché altrimenti fattispecie identiche sarebbero trattate in modo difforme. Particolarmente significativa appare al riguardo la vicenda relativa al gruppo di pubblici dipendenti della ex Repubblica democratica tedesca, che propongono ricorso di costituzionalità contro la sospensione del loro rapporto di lavoro e la diminuzione del 30 % del loro stipendio. Nel motivare il rigetto dell'istanza con cui i ricorrenti chiedono in via cautelare che sia loro corrisposto lo stipendio nell'ammontare precedente alla decurtazione fino alla decisione di merito, il *Bundesverfassungsgericht* osserva che l'impegno finanziario per il bilancio dello Stato andrebbe molto al di là delle somme pretese dai ricorrenti, poiché il Governo federale ben difficilmente potrebbe evitare di trattare in modo identico gli altri soggetti (più di 200.000 persone) che si trovano nelle stesse condizioni dei ricorrenti,

---

<sup>287</sup> Cfr. *BVerfG* 21 giugno 1974, in *BVerfGE* 37, 324 e in *NJW* 1974, p. 1322.

rischiando così un tracollo delle finanze pubbliche<sup>288</sup>.

In relazione all'ipotesi del rigetto dell'istanza cautelare di sospensione, le conseguenze dell'entrata in vigore della legge o della sua ulteriore esecuzione devono parimenti calcolarsi con riferimento a tutti i soggetti che sono toccati dalla disciplina legislativa impugnata e non solo con riguardo agli effetti che essa produce nei confronti del singolo ricorrente.

16. *Ipotesi problematiche nella tutela cautelare avverso la legge: i limiti della tutela dell'affidamento.*

Il *Bundesverfassungsgericht* considera talvolta un ostacolo al rilascio della misura cautelare il fatto che la legge impugnata sia già in vigore da un certo periodo di tempo, in vista della tutela dell'affidamento di coloro che l'hanno applicata. Particolarmente significativa sotto questo profilo è la fattispecie relativa alle etichette di acquavite. Nel rigettare un'istanza cautelare di sospensione di una legge (entrata in vigore da quasi un anno) che aveva disposto una modifica dell'etichettatura di vini importati dall'estero, la Corte considera prevalente nella valutazione comparativa delle conseguenze l'interesse al mantenimento dell'efficacia della legge, in vista della tutela dell'affidamento di quelle aziende che hanno già provveduto alla sostituzione delle etichette. In caso di rilascio della misura cautelare queste ultime potrebbero essere sollecitate a compiere investimenti per ritornare alla vecchia etichetta, che poi potrebbero rivelarsi *ex post* mal destinati, qualora la Corte accerti la conformità alla Costituzione della normativa impugnata<sup>289</sup>.

Tuttavia il peso di questo argomento non deve essere sopravvalutato. In particolare esso può essere proficuamente impiegato solo insieme ad altri argomenti. Con ciò si evita opportunamente che esso perda la relazione con la fattispecie concreta in cui è stato speso. Infatti non avrebbe senso affermare in generale che, contro la sospensione cautelare della legge, merita di essere sempre presa in considerazione nella valutazione comparativa delle conseguenze l'esigenza di tutelare l'affidamento di coloro che hanno applicato la legge impugnata. Pur dinanzi ad

---

<sup>288</sup> Cfr. *BVerfG* 5 dicembre 1990, in *DVBl* 1991, p. 153. Nella stessa direzione, *BVerfG* 7 dicembre 1994, in *BVerfGE* 91, 320, sull'istanza di sospensione della legge sull'assicurazione per l'assistenza (*Pflegeversicherungsgesetz*).

<sup>289</sup> Cfr. *BVerfG* 12 febbraio 1974, in *BVerfGE* 36, 310. In altre fattispecie, il fatto che la legge impugnata sia stata già quasi compiutamente eseguita, ad esempio dagli organi amministrativi, e che quindi il rilascio di un provvedimento cautelare non provochi un risparmio di attività amministrative, è stato impiegato come fattore che concorre a negare il requisito della urgenza del provvedere: così, per esempio, *BVerfG* 14 gennaio 1953, in *BVerfGE* 2, 103, in relazione al giudizio promosso dal Governo federale sulla validità della legge della Città di Amburgo relativa alla retribuzione degli insegnanti.

una violazione della Costituzione semplicemente ipotetica, si presenta come piuttosto debole la sola esigenza di tutelare l'affidamento dei soggetti nei confronti (non già dell'assetto che i loro rapporti hanno già ricevuto sulla base della legge impugnata, bensì nei confronti) della permanenza di efficacia della legge impugnata (solo quest'ultimo aspetto è toccato infatti dal provvedimento di sospensione).

A sostegno di questa osservazione si può richiamare quanto si è già scritto in precedenza sul ruolo ambivalente che riveste la certezza del diritto nella valutazione comparativa delle conseguenze. Può darsi il caso che la pendenza di un procedimento dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* all'esito del quale una legge possa essere dichiarata nulla ed inefficace sia un fattore che provochi un'incertezza tale da dover essere spesa come argomento favorevole ad una sospensione cautelare della legge impugnata<sup>290</sup>. In questo senso si possono ricordare molteplici affermazioni del Tribunale costituzionale federale: esemplare 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 di 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 peso<sup>291</sup>. 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)<sup>292</sup> 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 pubblica<sup>293</sup>.

17. *Rilevanza della resistenza che la legge impugnata incontra nell'opinione pubblica.* - Se si sviluppa brevemente quest'ultimo profilo, si può constatare che un significativo peso in favore del rilascio della misura cautelare ha la considerazione che i lavori parlamentari della legge poi impugnata dinanzi al

---

<sup>290</sup> Cfr. J. BERKEMANN, § 32 in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 597.

<sup>291</sup> Cfr. *BVerfG* 5 ottobre 1960, in *BVerfGE* 11, 306.

<sup>292</sup> Cfr. *BVerfG* 10 maggio 1960, in *BVerfGE* 11, 102.

<sup>293</sup> Infatti la Corte afferma espressamente, anche in tale fattispecie, che "non si può statuire sulla validità delle prescrizioni legislative impuginate dal ricorrente, poiché nel procedimento cautelare non si può anticipare la decisione della causa nel merito". Accoglie questa interpretazione, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 33.

*Bundesverfassungsgericht* siano stati molto combattuti o la legge incontri una notevole resistenza nell'opinione pubblica<sup>294</sup>.

Paradigmatica può essere la vicenda del censimento, il cui periodico svolgimento suscita in Germania significative tensioni in alcuni strati sociali, che giungono fino a sostenerne il boicottaggio. I motivi posti a fondamento del ricorso contro la legge del censimento del 1983 sono indicativi delle obiezioni che frequentemente vengono mosse a questo strumento (dignità dell'uomo, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero, inviolabilità del domicilio). Nella sua pronuncia di accoglimento la Corte riconosce che la domanda di merito solleva questioni centrali di tutela dei diritti fondamentali in relazione alla possibilità di rilevazione ed elaborazione statistica dei dati<sup>295</sup>.

18. *Un'ipotesi particolare: le leggi che introducono modifiche giuridiche e materiali con effetti durevoli nel tempo.*

In relazione all'esame dei provvedimenti di sospensione della legge, un discorso particolare è necessario poi per l'ipotesi in cui sia richiesta in via cautelare la sospensione dell'entrata in vigore di una legge che, secondo il suo contenuto regolativo e gli scopi perseguiti dal legislatore, sia destinata ad introdurre delle modifiche giuridiche e materiali ad effetti durevoli, che possono avere un senso solo se la legge ha modo di operare per un periodo di tempo abbastanza lungo<sup>296</sup>.

Gli esempi che possono farsi - tratti sempre dalla successiva analisi casistica - sono molteplici: la riforma della disciplina penale dell'interruzione della gravidanza<sup>297</sup>; la legge relativa alle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani<sup>298</sup>; la legge diretta a porre fine alla discriminazione delle convivenze omosessuali<sup>299</sup>. In tali casi non serve né al rispetto degli obiettivi perseguiti dal legislatore, né alla tutela degli interessi di cui è portatore il ricorrente il fatto che la legge espliciti la propria efficacia solo per poco tempo e poi sia dichiarata incostituzionale<sup>300</sup>.

A tale riguardo sono particolarmente significativi alcuni passaggi della motivazione della pronuncia che ha accolto nel 1992 l'istanza cautelare di sospensione dell'entrata in vigore della riforma della disciplina penale dell'interruzione della gravidanza.

---

<sup>294</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 597.

<sup>295</sup> Cfr. *BVerfG* 13 aprile 1983, in *BVerfGE* 64, 67.

<sup>296</sup> Cfr. K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 64.

<sup>297</sup> Cfr. *BVerfG* 4 agosto 1992, in *BVerfGE* 86, 390 e in *NJW*, 1992, p. 2343. Per la decisione di merito, *BVerfG* 28 maggio 1993, in *BVerfGE* 88, 203.

<sup>298</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23.

<sup>299</sup> Cfr. *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51.

<sup>300</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 65.

Dopo la prima pronuncia cautelare del *Bundesverfassungsgericht* in questa materia<sup>301</sup>, la sentenza di merito del 1975 aveva dichiarato l'incostituzionalità della soluzione secondo la quale l'interruzione della gravidanza è consentita nei primi tre mesi dal concepimento (*Fristenlösung*) ed aveva suggerito al legislatore l'adozione di una *Indikationslösung*, secondo la quale l'aborto è punito come reato, tranne che in una serie tassativa di casi (appunto le indicazioni - *Indikationen*)<sup>302</sup>. Il suggerimento è prontamente accolto dal legislatore con la riforma del § 218 del codice penale (*Strafgesetzbuch - StGB*) nel 1976. Con la riunificazione della Germania (1990), per i nuovi *Bundesländer* continua a valere la *Fristenlösung*, ripresa dalla legge della ex Repubblica democratica tedesca. Il 26 giugno del 1992 è approvata la legge che estende a tutto il territorio nazionale la *Fristenlösung*, con il correttivo dell'obbligo della donna di richiedere una consulenza medica. Questa legge costituisce oggetto di un giudizio di costituzionalità, cui si coordina l'istanza cautelare di sospensione dell'entrata in vigore, che qui si commenta.

Dopo aver premesso che "la valutazione comparativa delle conseguenze deve muovere dal rilievo che l'obbligo di protezione dello Stato nei confronti della vita umana non ancora nata costituisce una componente fondamentale dell'ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca - il *Bundesverfassungsgericht* prosegue osservando che - i modelli normativi di attuazione di tale tutela che vengono perseguiti dalla 'disciplina delle indicazioni' (*Indikationsregelung*) e dalla 'disciplina dei termini' (*Fristenregelung*) si differenziano in modo fondamentale, a parte la loro rispettiva efficacia protettiva pratica [...]. Tali modelli si basano su una concezione fondamentalmente diversa di come la vita non ancora nata [...] possa essere efficacemente protetta in una peculiare situazione di conflitto esistenziale: da un lato attraverso un giudizio giuridico di disvalore - anche con la previsione della sanzione penale - delle interruzioni della gravidanza al di fuori dei casi consentiti espressamente dalla legge; dall'altro lato attraverso la fiducia riposta sulla autoresponsabilità della donna, sostenuta da misure sociali e da consulenza medica, nella decisione di portare a compimento la gravidanza". Il modello perseguito adesso dal legislatore - a prescindere dalla sua conformità costituzionale, che in questa sede non è oggetto di valutazione - presuppone per la sua attuazione una certa durata e stabilità di disciplina. Parimenti la direttiva rivolta al legislatore, contenuta nel Trattato di unificazione, aspira ad una durevole disciplina 'che garantisca, in modo migliore di

---

<sup>301</sup> Cfr. *BVerfG* 21 giugno 1974, in *BVerfGE* 37, 324 e in *NJW* 1974, p. 1322.

<sup>302</sup> Cfr. *BVerfG* 25 febbraio 1975, in *BVerfGE* 39, 1 e in *NJW* 1975, p. 573.

quanto accada attualmente in entrambe le parti della Germania, la tutela della vita prima della nascita e la risoluzione conforme a Costituzione di situazioni di conflitto di donne in gravidanza soprattutto attraverso la previsione di diritti delle donne, in particolare alla consulenza medica ed alla assistenza sociale' (art. 31, IV comma). In considerazione di queste particolarità della materia disciplinata, appare come un grave pregiudizio per il bene comune se la legge, che con la sua entrata in vigore provoca il passaggio ad un modello di protezione della vita fondamentalmente diverso, in caso di sua dichiarazione di incostituzionalità perda efficacia dopo pochi mesi e debba cedere ad un diverso modello. La decisione del legislatore è pensata come decisione di principio e non semplicemente come un tentativo di breve termine di tutelare la vita non ancora nata in una maniera fondamentalmente nuova. Si deve anche riflettere – aggiunge la Corte - che si possono avere durevoli effetti negativi sulla fiducia della popolazione nel diritto e sulla possibilità di determinare attraverso regole giuridiche il comportamento umano in questa questione, se il modello normativo è sottoposto più volte a cambiamenti in un settore di significato così rilevante sotto il profilo esistenziale. A tutto ciò si contrappongono i pregiudizi scaturenti dal fatto che la nuova disciplina, per quanto riguarda l'ambito penale toccato dalla domanda, in caso di sua conformità alla Costituzione, entra in vigore con il ritardo di alcuni mesi. Essi sono meno gravi rispetto al ripetuto cambiamento del modello normativo di protezione della vita umana non ancora nata in un breve lasso di tempo<sup>303</sup>.

Questa pronuncia illustra in modo esemplare come la valutazione comparativa delle conseguenze possa dare un peso decisivo all'opportunità che un disegno legislativo di modifica durevole di una certa situazione, esposto al rischio di essere dichiarato incostituzionale, non cominci ad esplicare i propri effetti prima della decisione di merito del *Bundesverfassungsgericht*. Se ciò accade – come è opportuno che ciò accada<sup>304</sup> - la misura

---

<sup>303</sup> Così, *BVerfG* 4 agosto 1992, in *BVerfGE* 86, 390. La disciplina attuale dell'interruzione della gravidanza è quella che risulta dopo le modifiche introdotte dallo *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* del 25 agosto 1995. In via di principio ed in estrema sintesi, l'interruzione della gravidanza non è punibile ai sensi del § 218 *StGB*, quando la donna incinta la richiede ad un medico, dopo essersi rivolta ad un consultorio specializzato riconosciuto dalla legge (*Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle*), sempre che non siano trascorse più di dodici settimane dal concepimento (cfr. § 218 a *StGB*).

<sup>304</sup> Peraltro il Tribunale costituzionale federale non ha applicato sempre questo criterio. Non lo ha applicato, per esempio, nella pronuncia relativa alla legge diretta a porre fine alla discriminazione delle convivenze omosessuali (cfr. *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51), che anche per questo motivo, oltre che per il fatto di aver omesso di considerare, fra le conseguenze del rigetto dell'istanza cautelare, la gravità dell'ipotetica contrarietà della legge alla garanzia costituzionale del matrimonio, si è attirata le recise critiche di K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 65 ss.

cautelare di sospensione dell'entrata in vigore della legge ha un notevole impatto nei rapporti con il legislatore, poiché impedisce provvisoriamente a quest'ultimo di perseguire il proprio progetto – normalmente di notevole rilievo – di modifica durevole dei rapporti in quel settore della realtà sociale, in favore del mantenimento dello *status quo*. Di ciò il Tribunale costituzionale federale può tenere conto, accelerando al massimo la definizione del procedimento nel merito<sup>305</sup>.

---

<sup>305</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 65.

## **Sezione IV**

### **La prognosi dell'esito del giudizio di merito**

#### 1. *Premessa.*

Come si è già anticipato, il divieto di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito del procedimento di merito incontra eccezioni, che sono state enunciate per la prima volta in via sistematica in una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del novembre 1957<sup>306</sup>, nei termini seguenti. Se la questione da decidere nel procedimento di merito è la legittimità costituzionale dell'atto impugnato, tale questione non può di regola essere esaminata nel procedimento sommario di cui al § 32 *BVerfGG*, il quale deve unicamente disciplinare provvisoriamente una situazione fino alla decisione di merito. Con ciò tuttavia non è detto che i motivi a favore o contro la legittimità costituzionale dell'atto impugnato non possano in alcun caso essere presi in considerazione nel procedimento cautelare. Tali motivi hanno un significato, quando la misura cautelare non possa essere rilasciata a causa della inammissibilità o della manifesta infondatezza della domanda di merito, oppure quando, in caso di manifesta incostituzionalità dell'atto impugnato, si riveli particolarmente evidente l'urgenza di disporre provvisoriamente la sospensione dell'esecuzione<sup>307</sup>.

In sintesi, il divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito vale all'interno della "zona grigia" in cui la pretesa di merito ha qualcosa a suo favore, senza che la sua fondatezza sia già palese<sup>308</sup>. In tali casi il Tribunale costituzionale federale dichiara di non effettuare una prognosi dell'esito della causa di merito.

#### 2. *Ammissibilità dell'istanza cautelare.*

Il divieto di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito del procedimento di merito non vale innanzitutto per le questioni di ammissibilità. Stante il carattere accessorio e

---

<sup>306</sup> Si tratta di *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, annotata criticamente da A. ARNDT in *NJW*, 1958, p. 337, in una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge che aveva disposto un aumento dell'imposta sui trasporti interurbani, in riferimento agli artt. 3, I comma, 12, I comma, 14, 19, I comma GG.

<sup>307</sup> Nel testo si formula in termini astratti, con riferimento ad un atto impugnato nel procedimento di merito, quello che in *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, 180, è riferito all'atto legislativo impugnato con la *Verfassungsbeschwerde*. Nella fattispecie il Tribunale non rinviene una di queste eccezioni e rigetta l'istanza cautelare di sospensione della legge sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, poiché l'aumento dell'imposta sui trasporti interurbani non arreca grave pregiudizio all'economia nazionale.

<sup>308</sup> Così, GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *JuS*, 1977, p. 217 ss., p. 219.



strumentale del procedimento cautelare rispetto al procedimento di merito, le questioni di ammissibilità dell'istanza cautelare coincidono in linea di principio con le questioni di ammissibilità del correlativo procedimento di merito<sup>309</sup>.

Oggetto di esame è pertanto, innanzitutto, la questione se la domanda di merito sia inammissibile. Se la risposta è positiva, il provvedimento cautelare non può essere emanato. Il *Bundesverfassungsgericht* enuncia il quesito in termini non sempre identici, ma sostanzialmente tra di loro equivalenti: essa si domanda per esempio se la domanda di merito non sia fin dall'inizio inammissibile<sup>310</sup>, oppure accerta espressamente che la domanda sia ammissibile<sup>311</sup>. Talvolta il Tribunale costituzionale federale dice di limitarsi a pretendere che la domanda di merito non sia manifestamente inammissibile<sup>312</sup>, ma l'intensità con cui la Corte esamina normalmente la questione dell'ammissibilità, induce a ritenere che si tratti di una limitazione puramente verbale<sup>313</sup>. Un esempio "spettacolare" delle impegnative valutazioni che il *Bundesverfassungsgericht* compie sotto questo profilo lo si può cogliere nella pronuncia che nega l'ammissibilità della *Verfassungsbeschwerde* contro lo stazionamento di missili nucleari a medio raggio del tipo *Pershing II* e *Cruise* nel territorio della Repubblica federale tedesca<sup>314</sup>.

---

<sup>309</sup> Così, *BVerfG* 4 maggio 1971, in *BVerfGE* 31, 87 e in *NJW* 1971, p. 1171 ss. con nota critica di K. REDEKER.

<sup>310</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 24 gennaio 1973, in *BVerfGE* 34, 211, 215 (rigetto di un'istanza cautelare di provvisoria interdizione di un'espulsione di un soggetto sospettato di appartenere ad un'organizzazione terroristica palestinese).

<sup>311</sup> Così, *BVerfG* 14 maggio 1957, in *BVerfGE* 6, 443, 444 (sospensione dell'estradizione di un cittadino jugoslavo, al fine di verificare la sua qualità di perseguitato ai sensi dell'art. 16 GG).

<sup>312</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367 (*referendum* indetto dalla Città di Amburgo sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche) in relazione alla questione della competenza della Corte.

<sup>313</sup> L'intensità del controllo in punto di ammissibilità emerge particolarmente in relazione alla verifica del requisito della sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>314</sup> Cfr. *BVerfG* 16 dicembre 1983, in *BVerfGE* 66, 39. L'aggettivo tra virgolette nel testo è ripreso da J. BERKEMANN, *Das "verdeckte" summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, p. 161 ss., p. 166. In questa pronuncia la Corte argomenta che una *Verfassungsbeschwerde* contro un atto autoritativo la cui incostituzionalità è fatta valere con riferimento ad una conseguenza da esso scaturente può essere promossa in modo ammissibile solo quando appare possibile una responsabilità, sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali, di un soggetto tedesco titolare di un pubblico potere nel senso di cui al § 90, I comma *BVerfGG* e all'art. 93, I comma, n. 4 a GG. Una tale responsabilità è però da escludere ove, come in questo caso, il fatto venga compiuto nel suo svolgimento essenziale da uno Stato straniero, indipendentemente dalla volontà della Repubblica federale tedesca. Si deve osservare peraltro che l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* secondo il quale oggetto di ricorso possono essere solo gli atti del pubblico potere della Repubblica federale tedesca ha tenuto fino al 1993, ma nella sua sentenza

Se si affronta dall'angolo visuale più generale il tema della distinzione tra le questioni relative alla ammissibilità, (cioè le questioni relative all'esistenza dei requisiti funzionali alla valida instaurazione del processo secondo le norme che lo disciplinano), e le questioni relative alla fondatezza o alla infondatezza, (cioè le questioni idonee a definire il giudizio con l'accoglimento o il rigetto dell'istanza secondo le norme applicabili al merito della controversia), si può osservare che tale distinzione è il frutto di uno sviluppo teorico che, in Germania, risale all'epoca del diritto comune ed appartiene a tutti i tipi di processo giurisdizionale<sup>315</sup>.

Dal punto di vista logico prima che giuridico, tale distinzione esprime anche l'idea di un ordine nell'esame delle questioni idonee a definire il giudizio, nel senso che prima debbano essere esaminate le questioni di ammissibilità e poi i profili attinenti alla fondatezza dell'istanza. Tuttavia la pressione dell'esigenza di economia processuale, in particolare l'opportunità di evitare complesse valutazioni in termini di ammissibilità, laddove emerga un motivo di merito in grado di condurre con maggiore celerità a rigettare l'istanza, fa sì che talvolta questo ordine non sia rispettato.

La distinzione tra le questioni di ammissibilità e le questioni di fondatezza è penetrata anche nella giustizia costituzionale. Parimenti, la tendenza a lasciare impregiudicate le questioni di ammissibilità, ove l'istanza possa essere più celermente definita sulla base della sua manifesta infondatezza nel merito, trova manifestazioni motivate sulla base dell'economia processuale non solo dinanzi ai giudici comuni, ma anche dinanzi al Tribunale costituzionale federale, specialmente quando essa si pronuncia secondo il modulo decisorio di cui al § 24 *BVerfGG*<sup>316</sup>. Questa disposizione prevede che le domande inammissibili o manifestamente infondate possano essere rigettate con ordinanza adottata all'unanimità dal *Senat* ed aggiunge che il provvedimento non ha bisogno di "ulteriore motivazione, se in precedenza è stata richiamata l'attenzione del ricorrente sui dubbi relativi alla ammissibilità o alla fondatezza della sua istanza".

Anche in relazione all'istanza cautelare il *Bundesverfassungsgericht* manifesta la tendenza a lasciare aperte le questioni di ammissibilità, ove si possa più celermente e convincentemente pervenire ad una definizione del giudizio sulla base della manifesta infondatezza. Così, per esempio, in una

---

sul trattato di Maastricht la Corte ha annunciato per il futuro di ritenere ammissibili *Verfassungsbeschwerden* che si indirizzino contro atti comunitari (così, *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155, 175).

<sup>315</sup> 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. 575.

<sup>316</sup> A partire da *BVerfGE* 8 ottobre 1956, in *BVerfGE* 6, 7, 11.

controversia tra organi costituzionali promossa da un deputato e dal gruppo parlamentare dei Verdi nei confronti del *Bundestag* e del Governo federale, Il Tribunale è destinatario di un'istanza cautelare diretta ad ordinare al *Bundestag* di deliberare di nuovo sulla legge di bilancio del 1984, a causa di lamentate irregolarità nella discussione di alcune poste per il finanziamento dei servizi segreti<sup>317</sup>. In motivazione il Tribunale costituzionale federale premette di lasciare impregiudicata la questione relativa se un ordine rivolto al *Bundestag* di deliberare di nuovo la legge di bilancio possa essere assunto a contenuto di un provvedimento cautelare secondo il § 32, comma I *BVerfGG*<sup>318</sup>. Si tratta certamente di una questione di ammissibilità, riguardando essa il requisito del contenuto ammissibile del provvedimento cautelare richiesto<sup>319</sup>, ma la Corte la lascia aperta ed entra nel merito dei presupposti di fondatezza dell'istanza cautelare, rigettandola sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze che vede pesare di più il danno derivante da un rinvio all'anno successivo dell'approvazione della legge di bilancio rispetto al danno subito dalla minoranza parlamentare di opposizione per la irregolarità nella discussione di alcune poste relative al finanziamento dei servizi segreti.

In un'altra fattispecie, alcuni allevatori di cani propongono un ricorso contro la legge relativa ai cani pericolosi, specialmente nella parte in cui essa prevede il divieto di importazione, assumendo la lesione di una serie di diritti fondamentali, tra cui in particolare la libertà di scelta della professione (art. 12, comma I GG), e contestualmente ne chiedono in via cautelare la sospensione dell'applicazione di alcune parti. Il *Bundesverfassungsgericht* premette di lasciare impregiudicate le questioni relative all'inammissibilità e alla manifesta infondatezza della domanda di merito, poiché in ogni caso l'istanza cautelare è da rigettare sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, in cui la salvaguardia della vita e della salute degli uomini prevale sugli svantaggi economici che colpiscono gli allevatori in conseguenza del divieto di importazione e di allevamento di certe categorie di

---

<sup>317</sup> L'istanza cautelare contiene anche richieste sussidiarie, tra cui quella di sospendere i lavori parlamentari della legge di bilancio (nel frattempo passata all'esame del *Bundesrat*), che vengono assorbite dal rigetto dell'istanza principale di cui al testo.

<sup>318</sup> Cfr. *BVerfG* 15 dicembre 1983, in *BVerfGE* 66, 26. Per la decisione di merito di rigetto della domanda, v. *BVerfG* 14 gennaio 1986, in *BVerfGE* 70, 324 e in *NJW* 1986, 907.

<sup>319</sup> Sul punto la Corte si accontenta di una fuggevole osservazione: "un tale provvedimento producendo sostanzialmente l'effetto di rendere inefficace la precedente delibera, rappresenterebbe un notevole intervento nella competenza legislativa del *Bundestag* e, quanto agli effetti, andrebbe probabilmente al di là di quanto si produce con la provvisoria, cioè temporanea, sospensione dell'esecuzione di una legge già entrata in vigore ad opera del *Bundesverfassungsgericht*".

cani<sup>320</sup>.

La tendenza a lasciare impregiudicate le questioni di ammissibilità, ove si possa più celermente e convincentemente pervenire ad una definizione del giudizio sulla base della manifesta infondatezza, ha incontrato le critiche della dottrina, che ha prospettato il dubbio che così il Tribunale costituzionale federale si arroghi sostanzialmente una competenza decisoria, senza aver preliminarmente verificato i presupposti della sua esistenza<sup>321</sup>. Le perplessità pesano tanto di più in quanto la distinzione tra le questioni di ammissibilità e le questioni di fondatezza nei processi dinanzi alla Corte ha una rilevanza completamente diversa da quella che essa assume nei processi dinanzi ai giudici comuni. Nel processo costituzionale le questioni di ammissibilità scaturiscono solo nel minor numero dei casi dalla censura relativa al difetto di un presupposto processuale per l'emanazione di una decisione di merito, il quale esaurisce la sua rilevanza all'interno del singolo processo. Ben più frequentemente esse costituiscono il riflesso di problemi attinenti alla collocazione del *Bundesverfassungsgericht* nel sistema costituzionale e nel processo politico ed al suo rapporto con i poteri dello Stato, sicché una questione di ammissibilità trascurata, potendo produrre uno sconfinamento del potere della Corte rispetto ai limiti delle proprie attribuzioni, è idonea ad innescare una tensione al più alto livello della vita istituzionale dell'ordinamento<sup>322</sup>.

### 3. Casistica relativa alle questioni di ammissibilità.

È opportuno fare un quadro delle questioni di ammissibilità dell'istanza cautelare, con l'attenzione rivolta prevalentemente a

---

<sup>320</sup> Cfr. *BVerfG* 23 novembre 2001, in *NJW*, 2002, p. 2025 ss. Per la decisione di merito di conformità alla costituzione della legge impugnata, v. *BVerfG* 16 marzo 2004, 1 *BvR* 1778/01.

<sup>321</sup> Così, W. KNIES, *Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"*, in *Festschrift für Klaus Stern*, München, C. H. Beck, 1997, p. 1155 ss., p. 1163; J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 575 s. osserva che questo atteggiamento è frutto di un "pragmatismo giudiziale" che non può compensare la perdita di certezza sui limiti delle competenze decisorie della Corte.

<sup>322</sup> Così, W. KNIES, *Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"*, cit., p. 1162; nello stesso senso, H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. STARCK, II, Tübingen, Mohr, 1976, p. 170 ss., p. 190. Su un piano più tecnico processuale, K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. Maunz ed a., München, C. H. Beck, 2002, p. 24, ridimensiona invece la distinzione tra ammissibilità e fondatezza di un'istanza cautelare, in quanto finora non ha mai acquistato un rilievo concreto nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, anche perché la decisione sull'istanza cautelare è dotata di un basso grado di stabilità e l'istanza rigettata, indipendentemente dal fatto che il rigetto si fondi su di un motivo di inammissibilità o di infondatezza, può essere riproposta successivamente se la fattispecie sottesa alla precedente decisione si è modificata nel frattempo.

casi in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha concretamente affrontato la questione.

4. *Segue: istanza di parte ante causam (rinvio).*

In primo luogo, tipica questione di ammissibilità, risolta unanimemente in senso positivo, riguarda la possibilità che la parte richieda il provvedimento cautelare *ante causam*, cioè anteriormente all'instaurazione del procedimento di merito (*isolierter Antrag*). Di essa si è già trattato indietro.

5. *Segue: competenza del Bundesverfassungsgericht.*

In secondo luogo, l'istanza cautelare è inammissibile se non si coordina ad un procedimento di merito che rientra nella competenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>323</sup>. Fra le pronunce più significative in questo settore, si può segnalare quella relativa all'istanza di sospensione dell'applicazione nell'*ex Land* Lippe della prima legge relativa all'ordinamento scolastico emanata dalla Renania del Nord-Vestfalia nel 1953. Al tempo della Repubblica di Weimar, Lippe è un *Land* autonomo, con un proprio Governo ed un proprio Parlamento. Nel 1948 esso è unito alla Renania del Nord-Vestfalia, sulla base di un programma concordato nel 1947 tra i presidenti dei due *Länder*. Alla fine del 1953 gli enti locali dell'*ex Land* chiedono in via cautelare al Tribunale costituzionale federale la sospensione sul loro territorio dell'applicazione della prima legge relativa all'ordinamento scolastico, e preannunciano all'udienza la instaurazione di una controversia *ex art. 93, comma I, n. 3 GG* avente ad oggetto l'accertamento che la definitiva unificazione del Lippe con la Renania del Nord-Vestfalia non è avvenuta o che, comunque, la Renania del Nord-Vestfalia, in forza del programma concordato nel 1947, non può applicare la legge in questione nel territorio dell'*ex Land*. La Corte accerta la propria competenza *ex art. 93, comma I, n. 4 GG*, sulla base della considerazione che, quando si controverte degli effetti giuridici di un accordo che sancisce l'integrazione di un *Land* all'interno di un altro, il primo deve essere considerato ancora esistente ai fini della competenza del giudice, della capacità di essere parte e della legittimazione ad agire<sup>324</sup>.

In un'altra pronuncia, emanata in una controversia tra un partito politico e il Presidente del *Bundestag* riguardo al rimborso delle spese elettorali ai sensi dei §§ 18 ss. della legge sui partiti politici, il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato la inammissibilità dell'istanza cautelare di condanna al rimborso delle spese, poiché il rapporto giuridico tra un partito politico e il Presidente del *Bundestag* riguardo al rimborso delle spese elettorali

---

<sup>323</sup> Cfr. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 25.

<sup>324</sup> Cfr. *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267.

non è di diritto costituzionale. A tale riguardo il Presidente del *Bundestag* opera infatti come organo amministrativo. Pertanto non si tratta di un conflitto tra organi costituzionali<sup>325</sup>.

6. *Segue: legittimazione ad agire.*

In terzo luogo, l'istanza cautelare è inammissibile se proviene da un soggetto privo della legittimazione ad agire nel procedimento di merito cui essa intende coordinarsi<sup>326</sup>, come è accaduto in relazione ad una istanza cautelare di sospensione di un divieto di associazione pronunciato dal Ministro dell'Interno, coordinata ad una controversia tra organi costituzionali. La dichiarazione di inammissibilità si è fondata sulla considerazione che l'associazione ricorrente non è da qualificarsi come partito politico ed è quindi priva della capacità di essere parte in un conflitto tra organi costituzionali<sup>327</sup>.

Sotto questo profilo si prestano ad essere trattate le ipotesi in cui il Tribunale costituzionale federale dichiara inammissibile l'istanza cautelare o dichiara inammissibile l'opposizione contro il rilascio del provvedimento cautelare proposte da chi non è legittimato ad agire nel processo costituzionale, ma è semplicemente chiamato dalla Corte a partecipare all'udienza ed a manifestare la propria opinione<sup>328</sup>. Tale è per esempio la parte del processo *a quo* nel procedimento di controllo di costituzionalità di norme giuridiche in via incidentale. Essa pertanto non è legittimata a chiedere provvedimenti cautelari al *Bundesverfassungsgericht*<sup>329</sup>. Tale è anche la parte vittoriosa nel processo dinanzi al giudice comune, nel procedimento della *Verfassungsbeschwerde* che si indirizza contro la sentenza. Essa pertanto non è legittimata a proporre opposizione nei confronti del rilascio del provvedimento cautelare con cui il Tribunale costituzionale federale sospende l'efficacia della sentenza impugnata (un profilo questo che desta critiche da parte della dottrina)<sup>330</sup>.

7. *Segue: interesse ad agire (rinvio).*

Tra le questioni di ammissibilità entra in gioco anche quella

---

<sup>325</sup> Cfr. *BVerfG* 1 marzo 1970, in *BVerfGE* 28, 97. Per una analoga decisione su una medesima fattispecie, *BVerfG* 11 giugno 2002, 2 *BvQ* 27/02. In questo senso, anche *BVerfG* 7 aprile 1976, *BVerfGE* 42, 103.

<sup>326</sup> Cfr. K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 25.

<sup>327</sup> Cfr. *BVerfG* 7 marzo 1989, in *BVerfGE* 79, 379.

<sup>328</sup> A proposito di questi soggetti il *BVerfGG* parla di *Äußerungsberechtigte*: v. per esempio il § 82, III comma *BVerfGG*, in relazione al giudizio di controllo di costituzionalità di norme giuridiche in via incidentale e il § 94, III comma *BVerfGG*, in relazione alla *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>329</sup> Cfr. *BVerfG* 2 novembre 1960, in *BVerfGE* 11, 339.

<sup>330</sup> Cfr. *BVerfG* 4 maggio 1971, in *BVerfGE* 31, 87 e in *NJW* 1971, p. 1171.

attinente alla sussistenza dell'interesse ad agire. Come si è già osservato, notevole è però la sovrapposizione che si crea tra questo presupposto di ammissibilità e il presupposto di fondatezza dell'istanza cautelare che consiste nell'urgenza del provvedere per scongiurare i pericoli di pregiudizio, per cui si è preferito trattare insieme le due ipotesi.

8. *Segue: requisiti di forma e di contenuto dell'istanza cautelare.*

Sotto il profilo dell'ammissibilità rientra anche il rispetto da parte del ricorrente dei requisiti di forma e di contenuto della istanza cautelare<sup>331</sup>. Riguardo al contenuto, è opportuno ripetere che nell'esperienza tedesca il giudice può fare impiego del proprio margine di apprezzamento per determinare il contenuto del provvedimento nel modo più idoneo a conseguire lo scopo che l'istanza cautelare si prefigge, al di là del tipo di provvedimento cautelare richiesto dalla parte.

Da ciò segue per converso che l'onere di precisazione del contenuto della istanza cautelare il cui assolvimento si pretende dal ricorrente ai fini della sua ammissibilità è piuttosto tenue e riguarda praticamente solo l'indicazione dello scopo di tutela perseguito, potendo se del caso supplire al difetto di determinatezza del provvedimento richiesto gli ampi poteri interpretativi della Corte, che incontrerebbero un limite invalicabile, appunto, nel rispetto dello scopo di tutela perseguito con l'istanza.

9. *Segue: divieto di anticipazione, (Vorwegnahmeverbot), come criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare (rinvio).*

Nel quadro delle questioni di ammissibilità rientra anche il *Vorwegnahmeverbot*, inteso appunto come criterio regolatore degli effetti ammissibili del provvedimento cautelare, ma è opportuno rinviare la trattazione del tema più avanti, in collegamento con l'esame delle ipotesi in cui il provvedimento cautelare, al fine di garantire la realizzazione dello scopo di tutela perseguito con la domanda di merito, debba assumere necessariamente un contenuto totalmente anticipatorio degli effetti del provvedimento definitivo.

10. *Segue: perfezionamento dell'atto da impugnare.*

Un ulteriore generale limite di ammissibilità dell'istanza cautelare è ravvisato nel fatto che non si sia ancora perfezionato l'atto da impugnare nel processo costituzionale. In tal caso manca lo stesso *Streitfall*, cosicché la misura cautelare non può essere

---

<sup>331</sup> Cfr. J. BERKEMANN, § 32 in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 590; K. GRAßHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 26.

emanata <sup>332</sup>. Da ciò discende per esempio che il *Bundesverfassungsgericht* pronuncia l'inammissibilità di un'istanza cautelare di sospensione dei lavori parlamentari diretti all'approvazione di una legge<sup>333</sup>, come è accaduto recentemente con riferimento all'istanza cautelare di sospensione dei lavori preparatori della legge di riforma scolastica del Brandeburgo<sup>334</sup>. In senso contrario alla ammissibilità di un provvedimento cautelare di tale contenuto gioca anche l'esigenza - avvertita dal Tribunale costituzionale federale - di salvaguardare l'autonomia della formazione della volontà politica, all'interno di un processo politico ancora aperto<sup>335</sup>.

A causa della inosservanza del limite costituito dal mancato perfezionamento di un atto impugnabile nel processo costituzionale ha invece sollevato critiche una pronuncia che ha concesso una forma di "tutela preventiva" contro una decisione non ancora emanata di una Corte d'appello sul rimpatrio di minori sulla base della convenzione dell'Aja sugli aspetti civilistici della sottrazione internazionale di minori, argomentando dalla impossibilità di impedire tempestivamente l'allontanamento dei minori dal suolo tedesco, nel caso in cui la decisione della Corte d'appello ne disponesse l'affidamento alla madre vivente in Francia<sup>336</sup>.

#### 11. *Segue: sussidiarietà della Verfassungsbeschwerde.*

Una questione di ammissibilità più specifica riguarda l'istanza cautelare che si coordini ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta senza rispettare il requisito della sussidiarietà di tale rimedio, come è accaduto in relazione ad un'istanza cautelare di sospensione, coordinata ad un ricorso di costituzionalità indirizzato contro l'imposizione di una tassa per la reiscrizione all'Università. La dichiarazione di inammissibilità ad opera della Corte è fondata sulla considerazione che il ricorrente avrebbe dovuto rivolgersi al giudice amministrativo e colà richiedere anche il provvedimento cautelare<sup>337</sup>.

---

<sup>332</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 17.

<sup>333</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 17.

<sup>334</sup> Cfr. *BVerfG* 23 aprile 2002, in *BVerfGE* 105, 235, ove la Corte parla di difetto di un atto d'imperio dal quale possa discendere la violazione di un diritto fondamentale. Una successiva istanza cautelare di sospensione proposta dopo l'approvazione della legge viene rigettata in quanto la Corte ritiene che i ricorrenti non alleghino la violazione di un proprio diritto fondamentale: così, *BVerfG* 28 luglio 2002, 1 *BvQ* 25/02.

<sup>335</sup> Così, per esempio, *BVerfG* 2 novembre 1960, in *BVerfGE* 11, 339.

<sup>336</sup> Cfr. *BVerfG* 11 marzo 1999, 2 *BvQ* 4/99.

<sup>337</sup> Cfr. *BVerfG* 12 febbraio 1997. Sempre sull'inammissibilità della *Verfassungsbeschwerde* per mancato esaurimento delle vie di ricorso, *BVerfG* 6 agosto 1999, 2 *BvQ* 34/99.



### 12. *Manifesta infondatezza dell'istanza cautelare.*

Oltre che per le questioni di ammissibilità, il divieto di effettuare in sede cautelare una prognosi dell'esito del giudizio di merito è superato inoltre se la domanda di merito è manifestamente infondata<sup>338</sup>. In tal caso il rigetto dell'istanza cautelare si fonda sulla stessa manifesta infondatezza dell'istanza di merito<sup>339</sup>. Il carattere manifesto della infondatezza è da negare quando vi sia la necessità di un esame approfondito di difficili questioni di diritto costituzionale: ciò vale specialmente nei contrasti tra organi costituzionali o tra la Federazione e un *Land*: in tal caso, quando la diversità di vedute tra le parti non si compone, ma conduce ad un conflitto dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, l'esito della causa di merito è particolarmente incerto e ben difficilmente si può parlare di insostenibilità dell'uno o dell'altro punto di vista<sup>340</sup>.

### 13. *Manifesta fondatezza dell'istanza cautelare.*

Il Tribunale costituzionale federale ha anche affermato che si può porre a fondamento del rilascio di un provvedimento cautelare la manifesta incostituzionalità della legge e l'urgenza di sospenderne l'esecuzione<sup>341</sup>. Esso ha avuto occasione di applicare concretamente questo criterio in una recente pronuncia resa su un'istanza cautelare (coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde*) con cui gli si chiedeva di ripristinare l'efficacia sospensiva collegata alla proposizione di un'opposizione contro il divieto di tenere una manifestazione<sup>342</sup>: nel passo saliente della motivazione il

---

<sup>338</sup> Sulla nozione di manifesta infondatezza, v. D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 180 ss.

<sup>339</sup> Così, *BVerfG* 29 aprile 1994, in *LKV* 1994, p. 403, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la necessità di un *quorum* di sottoscrizioni di sostegno a candidature elettorali, poiché la Corte ne afferma la costituzionalità con orientamento costante.

<sup>340</sup> Così, *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367.

<sup>341</sup> Oltre a *BVerfG* 13 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 175, *BVerfG* 17 novembre 1966, in *BVerfGE* 20, 363, in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge sulla riserva minima di prodotti petroliferi, promossa da alcuni importatori in riferimento agli artt. 2, I comma, 3, I comma, 12 e 14 GG.

<sup>342</sup> Si tratta di *BVerfG* 1° marzo 2002, *BvQ* 5/02, in *NVwZ* 2002, p. 982. Per comprendere la fattispecie è opportuno ricordare che la proposizione di un'opposizione o di un'impugnazione avverso un atto amministrativo sospende in linea di principio l'efficacia di quest'ultimo (§ 80, I comma *VwGO*), ma la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto o quella contro la quale è proposta opposizione può escludere l'efficacia sospensiva, disponendone l'esecuzione immediata in considerazione dell'interesse pubblico o del prevalente interesse di una parte (§ 80, II comma, n. 4 *VwGO*). In tal caso il giudice amministrativo può decidere di ripristinare l'efficacia sospensiva (§ 80, V comma *VwGO*). Nella fattispecie di cui al testo era stato chiesto al *Bundesverfassungsgericht* di ripristinare l'efficacia sospensiva dell'opposizione

*Bundesverfassungsgericht* afferma: “l’istanza di ripristino dell’efficacia sospensiva della opposizione è da accogliere, in quanto è manifesto che la valutazione giuridica della fattispecie compiuta dalla pubblica amministrazione e dal giudice amministrativo non resiste alla luce del contenuto di tutela della libertà di riunione garantita dall’art. 8 GG”. In questa categoria si potrebbe comprendere anche il caso del provvedimento cautelare di divieto di propaganda rilasciato nei confronti della *Sozialistische Reichspartei*, dopo la chiusura dell’udienza di discussione nel procedimento avente ad oggetto la dichiarazione di incostituzionalità e lo scioglimento del partito politico, senonché la Corte ha ritenuto di poter giustificare il provvedimento unicamente con la considerazione che l’attività propagandistica era intesa a gettare discredito sul ruolo della Corte e ad esercitare un’inammissibile influenza su di essa e sull’opinione pubblica<sup>343</sup>.

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 decisione <sup>344</sup>. Tale prognosi è sostanzialmente priva di quell’elemento di incertezza, dalla quale la Corte rifiuta di far dipendere la decisione sull’istanza cautelare<sup>345</sup>.

#### 14. *Pericolo da tardività della decisione di merito.*

Il divieto di effettuare in sede cautelare una prognosi dell’esito del giudizio di merito non vale infine nelle ipotesi - che la dottrina italiana vedrebbe caratterizzate da un “pericolo da tardività” - nelle quali la decisione definitiva arriverebbe troppo tardi, qualora i suoi effetti non fossero anticipati attraverso il provvedimento cautelare, ed il ricorrente non potrebbe godere altrimenti di un’adeguata tutela. In questi casi il *Bundesverfassungsgericht* decide sull’istanza cautelare sulla base di una prognosi dell’esito del giudizio di merito<sup>346</sup>. Secondo la

---

dopo che il giudice amministrativo, in primo e in secondo grado, aveva rigettato un’istanza di identico contenuto.

<sup>343</sup> Cfr. *BVerfG* 15 luglio 1952, in *BVerfGE* 1, 349.

<sup>344</sup> 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. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 45, in nota 1.

<sup>345</sup> Cfr. K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 45.

<sup>346</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 43.

dottrina tedesca ciò può accadere nei casi in cui “la materia del contendere nel procedimento di merito sia determinata da un evento istantaneo o di breve durata, sul quale la decisione di merito non potrebbe esercitare più alcuna influenza, poiché a quel punto esso si sarebbe già esaurito”<sup>347</sup>.

15. *Segue: Vorwegnahmeverbot: due accezioni.*

Prima di approfondire le ipotesi in cui ricorre un pericolo da tardività della decisione di merito, conviene riprendere il discorso sul *Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache*, detto più sinteticamente *Vorwegnahmeverbot*, ovvero il “divieto di anticipare il merito”.

Questa massima è impiegata in due accezioni tra di loro notevolmente diverse. Nel processo civile, nel quale la massima è stata originariamente elaborata, essa esprime la direttiva secondo la quale la pronuncia cautelare, in via di principio, non può anticipare gli effetti della decisione di merito (*Maßnahmeverwegnahme* oppure *Ergebnisvorwegnahme*). Nella giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, e poi del *Bundesverfassungsgericht*, il *Vorwegnahmeverbot* è stato chiamato ad esprimere non solo il divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma anche un divieto di prendere posizione, nella motivazione della decisione cautelare, sulle questioni oggetto del giudizio di merito (*Prüfungsvorwegnahme*)<sup>348</sup>.

Come si è accennato e si avrà modo di constatare nei prossimi paragrafi, nella giurisprudenza cautelare del *Bundesverfassungsgericht* si crea un significativo raccordo tra i limiti del “divieto di anticipare il merito” nelle sue due accezioni. Nei casi in cui la Corte ritiene di non dover rispettare il divieto di anticipare in via cautelare gli effetti della decisione di merito, poiché altrimenti la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa adeguata tutela, allora essa si sottrae anche al rispetto del divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito.

16. *Segue: Vorwegnahmeverbot come criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare.*

Collegato al contenuto precettivo del provvedimento cautelare, il *Vorwegnahmeverbot* esprime un criterio regolativo degli effetti ammissibili della misura cautelare. In altri termini, in via di principio la misura cautelare non potrebbe avere un

---

<sup>347</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 27.

<sup>348</sup> Per questa precisazione, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 15; del medesimo Autore, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *ZZP*, 90 (1977), p. 258 ss., in particolare p. 268.

carattere totalmente anticipatorio del contenuto precettivo della pronuncia di merito, ma dovrebbe offrire sempre un qualcosa di meno o di diverso rispetto a quest'ultima<sup>349</sup>, per evitare il rischio che il procedimento di merito sia sostituito di fatto dal procedimento cautelare. È peraltro osservazione piuttosto comune in dottrina che, in questa accezione, gli aspetti del divieto “sono così indistinti e le eccezioni che esso ammette sono così ampie, che non si può parlare di un principio giuridico, ma nella migliore delle ipotesi di un certo criterio direttivo per il giudice nell'ambito del particolare margine creativo, che gli si addice nell'ambito della tutela cautelare”<sup>350</sup>.

In particolare con riferimento ai giudizi costituzionali, come già accennato, la dottrina tende a cogliere nel rispetto del divieto di anticipazione, inteso in questa accezione, un presupposto di ammissibilità della istanza cautelare: essa non è ammissibile quando il ricorrente intenda conseguire una decisione urgente sul provvedimento impugnato nel procedimento di merito, cioè quando aspiri ad anticipare il contenuto precettivo della decisione di merito<sup>351</sup>. Il ricorrente non può chiedere già con l'istanza cautelare ciò che egli si ripromette di conseguire nella causa di merito<sup>352</sup>. Se si entra nei dettagli, non è però agevole distinguere ciò che – su questo tema – sia da valutare come questione di ammissibilità e ciò che invece sia da valutare come questione di fondatezza dell'istanza<sup>353</sup>.

La dottrina richiede comunque al Tribunale costituzionale federale di impiegare il proprio potere di interpretare l'istanza cautelare per recuperarla ove possibile ad una prospettiva di ammissibilità. Ciò può accadere per esempio quando il ricorrente proponga un'istanza cautelare avente un contenuto anticipatorio degli effetti del provvedimento di merito, mentre sia praticabile una misura cautelare di contenuto conservativo. Poiché la Corte non è vincolata all'istanza concretamente proposta, ma può disporre, senza esorbitare dallo scopo di tutela perseguito dal ricorrente, le misure idonee ad assicurare ed a “mantenere aperta” la decisione di merito, essa deve dare alla misura cautelare un contenuto tale

---

<sup>349</sup> Così, F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967, p. 49, p. 60. Nello stesso senso, con riferimento alla tutela cautelare nel processo costituzionale, v. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, terza ed., München, C. H. Beck, 1991, p. 248.

<sup>350</sup> Così, D. LEIPOLD, *Anmerkung zum BVerfG 17.10.1990*, in *JZ*, 1991, p. 461 ss., p. 462; per una critica di quello che è considerato come un dogma inutile, F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Decker, 1988, p. 1395 ss.

<sup>351</sup> Così, K. GRASHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 27.

<sup>352</sup> Così, J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 601.

<sup>353</sup> In questo senso J. BERKEMANN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 588.

da evitare l'anticipazione degli effetti del provvedimento definitivo, laddove ciò sia possibile secondo l'oggetto del processo di merito<sup>354</sup>.

17. *Segue: analisi della giurisprudenza costituzionale sul raccordo tra le due accezioni del Vorwegnahmeverbot.* - Se si passa ad analizzare la giurisprudenza costituzionale, si può constatare una progressiva attenuazione dell'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* sul divieto di anticipazione come limite di ammissibilità degli effetti del provvedimento cautelare. Questa evoluzione può essere colta specialmente con riferimento alle controversie relative alla assegnazione ai partiti politici di tempi di trasmissione radiotelevisiva per *spot* elettorali. In occasione di una *Verfassungsbeschwerde* promossa da un partito politico nei confronti di un'emittente radiotelevisiva pubblica, in cui il primo aveva richiesto un ordine cautelare di assegnazione di tempi di trasmissione in campagna elettorale, pur accogliendo successivamente la domanda di merito, il *Bundesverfassungsgericht* nega l'ammissibilità di una misura cautelare di tale contenuto, osservando che in esito alla *Verfassungsbeschwerde* la pronuncia di merito accerta la violazione di una norma costituzionale e, se del caso, annulla la decisione lesiva, ma non può imporre al convenuto di tenere un certo comportamento, per cui *a fortiori* non può avere questo contenuto la misura cautelare<sup>355</sup>. Per difendere quest'ultima conclusione, il Tribunale si appella al divieto di anticipazione<sup>356</sup>, in questo senso. Se la misura cautelare non può anticipare il contenuto precettivo della decisione di merito, *a fortiori* essa non può concedere qualcosa di più o di fondamentalmente diverso rispetto a quest'ultima.

In occasione della campagna elettorale per le elezioni politiche del 1972, la giurisprudenza costituzionale sull'assegnazione ai partiti politici di tempi di trasmissione radiotelevisiva per *spot* elettorali muta sensibilmente. Il consorzio delle emittenti radiotelevisive pubbliche (*Ard*) propone una *Verfassungsbeschwerde* contro la decisione del giudice amministrativo che lo obbliga a concedere ad un partito politico dieci ulteriori minuti di trasmissione in campagna elettorale, rispetto a quelli già stabiliti<sup>357</sup>, e chiede in via cautelare la

---

<sup>354</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 27.

<sup>355</sup> Così, *BVerfG* 3 settembre 1957, in *BVerfGE* 7, 99. Nello stesso senso, in un'analoga fattispecie, in cui peraltro viene rigettata la stessa *Verfassungsbeschwerde*, *BVerfG* 4 luglio 1962, in *BVerfGE* 14, 192 ove l'istanza cautelare è qualificata, per questo profilo, come manifestamente inammissibile.

<sup>356</sup> Così, esplicitamente, *BVerfG* 4 luglio 1962, in *BVerfGE* 14, 192, citata.

<sup>357</sup> Il ricorrente lamenta che la decisione impugnata lede l'art. 5 GG e che lo costringe a violare la parità di *chance* tra i partiti politici in campagna elettorale.

sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione impugnata. Nell'accogliere l'istanza cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* conferma in via di principio la sua adesione al divieto di anticipare gli effetti della decisione di merito, ma osserva immediatamente che, in questo caso, dal punto di vista formale non viene in considerazione una tale anticipazione, poiché non è richiesto in via cautelare l'annullamento del provvedimento impugnato. Tuttavia – prosegue il Tribunale costituzionale federale – la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato fino al giorno delle elezioni produce un risultato pratico molto vicino all'anticipazione del contenuto precettivo della decisione di merito. Ciò non mette in discussione l'ammissibilità dell'istanza cautelare, poiché altrimenti nelle date circostanze “la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa altrimenti adeguata tutela”. Nel motivare l'accoglimento dell'istanza cautelare la Corte procede poi a valutare le questioni giuridiche rilevanti ai fini della decisione del procedimento di merito, argomentando in particolare dall'importanza che riveste la propaganda elettorale radiotelevisiva e la necessità di garantire a tal riguardo la parità di *chances* tra partiti politici, (commisurata non formalmente al loro numero, ma al loro rispettivo significato politico, desunto dalla loro rappresentanza parlamentare, dalla loro partecipazione al Governo della Federazione e dei *Länder*, nonché dal risultato delle precedenti consultazioni elettorali)<sup>358</sup>.

Come si è già anticipato, si crea così un significativo raccordo tra i limiti del “divieto di anticipare il merito” nelle sue due accezioni. Nei casi in cui vi è motivo per non rispettare il divieto di anticipare in via cautelare gli effetti della decisione di merito, poiché altrimenti la decisione della causa di merito sarebbe tardiva e al ricorrente non potrebbe essere concessa adeguata tutela, allora deve venire meno anche il rispetto del divieto di valutare anticipatamente in sede cautelare le questioni rilevanti per la decisione della causa di merito. Questo raccordo – già palese nella pronuncia del 1972 appena riferita - viene esplicitamente teorizzato in alcune pronunce successive.

A tale proposito, il caso più noto si è presentato al *Bundesverfassungsgericht* in relazione all'azione terroristica che conduce al rapimento di Hanns-Martin Schleyer. Il rapimento avviene il 5 settembre 1977 con un'azione che vede l'uccisione del suo autista e di tre uomini della scorta. Come contropartita per il rilascio dell'ostaggio, i rapitori chiedono tra l'altro la liberazione e l'espatrio dalla Germania di undici terroristi detenuti. I familiari del rapito propongono dinanzi al Tribunale costituzionale federale un'istanza cautelare, avente per contenuto un ordine al Governo di accogliere le richieste dei rapitori, al fine di scongiurare il pericolo

---

<sup>358</sup> Cfr. *BVerfG* 17 novembre 1972, in *BVerfGE*, 34, 160.

imminente di vita del rapito. L'istanza fa leva sull'obbligo statale di protezione della vita umana<sup>359</sup>. Il Tribunale ritiene l'istanza cautelare ammissibile, nonostante che essa si avvicini molto alla richiesta di anticipare gli effetti della decisione di merito. Infatti nelle presenti circostanze la decisione di merito potrebbe giungere troppo tardi. In casi di questo tipo tuttavia – afferma esplicitamente il *Bundesverfassungsgericht* – l'esame della domanda deve avere ad oggetto una prognosi dell'esito della causa di merito. Sulla base di questa prognosi, l'istanza è rigettata. In particolare il Tribunale ritiene che “la peculiarità della tutela contro ricatti terroristici è che le misure richieste devono essere adeguate alla molteplicità delle situazioni concrete. Esse non possono essere disciplinate anticipatamente in via generale, né essere fatte discendere da un diritto fondamentale individuale in quanto norma. Il *Grundgesetz* fonda un obbligo di protezione non solo nei confronti del singolo, ma anche della totalità dei cittadini. Un'efficace attuazione di quest'obbligo presuppone che i competenti organi statali siano in grado di reagire adeguatamente alle circostanze del caso concreto. Già questo esclude la determinazione di una sola misura di protezione. In particolare una tale determinazione non può discendere dalla Costituzione, perché altrimenti la reazione dello Stato nei confronti dei terroristi sarebbe fin dall'inizio prevedibile. [...] In considerazione di questa situazione il *Bundesverfassungsgericht* non può imporre ai competenti organi statali alcuna decisione”<sup>360</sup>.

Un'altra pronuncia da inserire in questo contesto è stata emanata di nuovo in tema assegnazione ai partiti politici di tempi di trasmissione radiotelevisiva per spot elettorali. Ad un partito politico sono assegnati due appuntamenti televisivi in una serie dedicata alla campagna elettorale per le elezioni europee del 1984. L'emittente televisiva rifiuta la trasmissione del primo spot, prevista per il 15 maggio, allegandone il contenuto ingiurioso nei confronti dei partiti rappresentati al *Bundestag*. Un'istanza cautelare proposta dinanzi al giudice comune intesa ad ottenere un ordine di trasmettere è rigettata in primo e in secondo grado (tutto ciò accade nello stesso giorno: il 15 maggio). Contro tali provvedimenti il partito propone *Verfassungsbeschwerde*, rinnovando un'istanza cautelare di identico contenuto. Premesso che l'istanza cautelare è ammissibile nonostante il contenuto anticipatorio del provvedimento richiesto, poiché altrimenti la decisione di merito sarebbe tardiva (e il ricorrente non potrebbe godere altrimenti di un'adeguata tutela), il *Bundesverfassungsgericht* l'accoglie, effettuando esplicitamente una prognosi dell'esito della

---

<sup>359</sup> Artt. 1, I comma e 2, II comma, GG.

<sup>360</sup> Cfr. *BVerfG* 16 ottobre 1977, in *BVerfGE* 46, 160.

causa di merito <sup>361</sup> . In particolare, la Corte argomenta dall'importanza che riveste la propaganda elettorale radiotelevisiva e la necessità di garantire a tal riguardo la parità di *chances* tra partiti politici per concludere che la trasmissione di uno spot elettorale può essere rifiutata solo se il suo contenuto è manifestamente illecito sotto il profilo penale, ma è dubbio che questa condizione si sia verificata nel caso di specie.

18. *Segue: conclusioni sul pericolo da tardività della decisione di merito.*

Si può pertanto concludere, confermando il dato già anticipato. I limiti fissati agli effetti del provvedimento cautelare, (il divieto di anticipare il contenuto precettivo della decisione di merito), vengono meno nelle ipotesi in cui la decisione di merito arriverebbe troppo tardi qualora i suoi effetti non fossero anticipati attraverso il provvedimento cautelare ed il ricorrente non potrebbe godere altrimenti di un'adeguata tutela <sup>362</sup> . In tali ipotesi il *Bundesverfassungsgericht* decide sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito del giudizio di merito.

Tuttavia, se si ripensa all'analisi della giurisprudenza, le ipotesi in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha riscontrato un contenuto del provvedimento cautelare anticipatorio della decisione di merito sono pochissime. In particolare non riguarda ovviamente le ipotesi di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, a cui si indirizza la stragrande maggioranza delle istanze cautelari proposte al Tribunale costituzionale federale. Esse infatti hanno di regola funzione conservativa e non anticipatoria<sup>363</sup>.

La ragione giustificatrice della possibilità che il Tribunale costituzionale federale si riconosce, nei pochi casi di provvedimento cautelare totalmente anticipatorio, di pronunciarsi sull'istanza cautelare sulla base di una prognosi dell'esito della causa di merito

---

<sup>361</sup> Così, *BVerfG* 30 maggio 1984, in *BVerfGE* 67, 149. È doveroso tuttavia segnalare che la Corte non si è attenuta a questi criteri, bensì alla classica formula della valutazione comparativa delle conseguenze - in una successiva pronuncia con cui essa ha concesso in via cautelare alla capalista del partito dei Verdi in Renania del Nord-Vestfalia di partecipare ad una trasmissione elettorale dell'emittente radiotelevisiva regionale (*Wdr*) tre giorni prima delle elezioni: cfr. *BVerfG* 10 maggio 1990, in *BVerfGE* 82, 54 (era stato impugnato il provvedimento del giudice amministrativo di rigetto di un'omologa istanza cautelare).

<sup>362</sup> Questo dato è stato esplicitamente confermato anche nella recente pronuncia *BVerfG* 25 marzo 2003, in *BVerfGE* 108, 34, commentata da M. NOLTE, *Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung*, in *NJW*, 2003, p. 2359, relativa alla controversia tra organi costituzionali sulla partecipazione di soldati tedeschi alle operazioni della NATO in una pattuglia AWACS sullo spazio aereo della Turchia. La fattispecie è sintetizzata in altro luogo.

<sup>363</sup> Si deve comunque anche considerare che talvolta la sospensione ha effetti anticipatori, così nel caso di sospensione di atti negativi.



è stata individuata – da parte di quei settori della dottrina che appoggiano il modello decisorio adottato dalla Corte – nella considerazione che, sebbene la pronuncia cautelare abbia carattere provvisorio, gli effetti che essa dispone (in caso di accoglimento dell'istanza) o la situazione che essa lascia intatta (in caso di rigetto dell'istanza) sono tendenzialmente irreversibili. Si è osservato infatti che, se lo scopo di tutela della domanda di merito può essere realizzato solo anticipando totalmente gli effetti della decisione finale, la pronuncia sull'istanza cautelare non dispone una regolamentazione provvisoria, ma risolve definitivamente, di fatto, anche la causa di merito<sup>364</sup>. Se la misura cautelare è rilasciata, il ricorrente consegue definitivamente tutto ciò che intendeva ottenere nel procedimento di merito, mentre la controparte perde tutto ciò che intendeva difendere nel procedimento di merito. Inversamente, il rigetto del provvedimento cautelare priva definitivamente il ricorrente di tutto ciò che egli aspirava a conseguire nel procedimento di merito, mentre assegna alla controparte tutto ciò che essa intendeva difendere nel procedimento di merito<sup>365</sup>. Il rischio di una decisione errata nella valutazione della situazione giuridica sostanziale rilevante nella causa di merito ricade con la stessa consistenza sia sul ricorrente che sulla controparte e non vi è un sufficiente fondamento per addossare all'uno o all'altro la perdita definitiva della posizione giuridica controversa, senza riguardo alla situazione giuridica sostanziale<sup>366</sup>. Pertanto la pronuncia sull'istanza cautelare deve avvenire sulla base di una prognosi dell'esito del procedimento di merito, che si avvicini, per quanto ciò è reso possibile dalla necessità di provvedere con urgenza, ad una cognizione piena ed esauriente<sup>367</sup>.

61. *Segue: altri casi di prognosi dell'esito del giudizio di merito.*

Infine resta ora da considerare che in qualche caso isolato il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato di effettuare una prognosi dell'esito del giudizio di merito anche al di fuori delle questioni di ammissibilità, delle ipotesi di manifesta infondatezza o manifesta fondatezza della domanda e della ipotesi di pericolo da tardività della decisione di merito. Rientra fra questi la prima decisione relativa alla ratifica del Trattato di base con la

---

<sup>364</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 43.

<sup>365</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 43.

<sup>366</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 43.

<sup>367</sup> Così, K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di T. MAUNZ ed a., cit., p. 44, ove si ricorda che nel caso del rapimento di Hanns-Martin Schleyer l'udienza si tenne di sabato e la decisione fu pubblicata di domenica.

Repubblica democratica tedesca, in cui il *Bundesverfassungsgericht* giustifica la scelta di effettuare una prognosi dell'esito della causa di merito sulla base del "notevole significato" della controversia<sup>368</sup>. Altri casi in cui la Corte ha effettuato una valutazione anticipata di questioni attinenti alla causa di merito sono i seguenti. Nella già ricordata controversia relativa all'applicazione della prima legge sull'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia nell'ex *Land* Lippe, la Corte osserva: "chi richiede un provvedimento cautelare in una controversia di questo tipo deve dimostrare in modo concludente che gli spettano dei diritti che la controparte lede. Ciò che i ricorrenti non sono stati in grado di fare nel presente giudizio"<sup>369</sup>. In relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro una condanna penale per atti osceni tra uomini (§§ 175 ss. *StGB*) in riferimento all'art. 2 e 3 GG, la Corte rigetta l'istanza cautelare di sospensione della esecuzione della pena, poiché una delle fattispecie incriminatrici non urta contro tali norme costituzionali, cosicché in ogni caso una pena detentiva di più mesi di reclusione è destinata a rimanere in piedi. Anche in questo caso la Corte opera una parziale anticipazione di una questione rilevante per la decisione della controversia nel merito<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> Cfr. *BVerfG* 4 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 193.

<sup>369</sup> Cfr. *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267. Nel senso che in tal modo il Tribunale ha intrapreso una valutazione anticipata della questione di diritto risolutiva per la decisione della controversia nel merito, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 32.

<sup>370</sup> Così, D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 33.

**CAPITOLO III**  
**LA TUTELA CAUTELARE NEI DIVERSI GIUDIZI DI**  
**COMPETENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE:**  
**ANALISI CASISTICA DELLA GIURISPRUDENZA**

1. *Premessa.*

Dopo aver illustrato i tratti fondamentali del modello decisorio adottato dal *Bundesverfassungsgericht* con riferimento ai provvedimenti cautelari, si tratta a questo punto di studiare l'impiego della tutela cautelare nel quadro dei diversi procedimenti promuovibili dinanzi al Tribunale costituzionale federale e di offrire così contemporaneamente un'ampia analisi casistica della giurisprudenza costituzionale in materia cautelare.

Non saranno qui considerate le norme speciali di tutela cautelare poiché esse non hanno acquistato finora un rilievo pratico. L'esame del tema sarà svolto mettendo in relazione la disposizione generale del § 32 *BVerfGG* con i presupposti e la disciplina di ogni procedimento. Nel delineare il quadro di tali procedimenti si segue l'ordine delle attribuzioni di competenza contenuto nell'art. 93, comma I, 1-4 b, *GG* e nell'art. 100, comma I, *GG*, che fissano le competenze più importanti del Tribunale costituzionale federale.

La letteratura in lingua italiana dispone già di analisi dei procedimenti attivabili dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*<sup>371</sup>. Tuttavia è parso indispensabile anteporre all'analisi casistica un'esposizione *ad hoc*, volta a delineare brevemente il quadro dei procedimenti e delle possibili decisioni di merito del Tribunale costituzionale federale. Poiché si tratta di aspetti ai quali l'esercizio dei poteri cautelari è strettamente correlato, essi non possono infatti essere tenuti fuori dal quadro della presente indagine.

Nel verificare l'impiego dei provvedimenti cautelari nei diversi tipi di procedimento attivabili dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, si cerca implicitamente di poter offrire anche un'immagine, se non esaustiva, certamente sufficientemente circostanziata del ruolo effettivamente svolto dal Tribunale costituzionale federale nell'ordine costituzionale e nel processo politico, nelle situazioni in cui sussiste l'urgenza del provvedere.

---

<sup>371</sup> Per un recente quadro delle competenze del *Bundesverfassungsgericht* in lingua italiana si rinvia a 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.

## Sezione I

### Controversie tra (e all'interno di) organi costituzionali (art. 93, I comma, n. 1 GG)

#### 1. Il procedimento.

Il primo giudizio che viene in considerazione è quello previsto dall'art. 93, I comma, n. 1 GG, secondo il quale il *Bundesverfassungsgericht* decide “sull'interpretazione del *Grundgesetz* in occasione di controversie sul modo di essere dei diritti e dei doveri di un organo federale supremo o di altri soggetti (*Beteiligte*), cui sono attribuiti diritti propri dal *Grundgesetz* o dal regolamento di un organo federale supremo”<sup>372</sup>. Con questa formulazione i conflitti tra (e all'interno di) organi costituzionali (*Organstreitigkeiten*), attinenti alla delimitazione delle rispettive sfere di competenza, sono proposti in termini di controversie su diritti e doveri soggettivi<sup>373</sup>. Ciò ha spinto il Tribunale costituzionale federale a parlare di una certa “soggettivizzazione dei rapporti di diritto costituzionale”. Questa impostazione – accolta tuttora anche dalla dottrina prevalente - rende più agevole il paragone “con i processi diretti alla risoluzione giurisdizionale delle controversie in altri settori del diritto”<sup>374</sup> e con i corrispondenti strumenti di tutela giurisdizionale.

Rispetto al testo del *Grundgesetz*, il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* restringe la cerchia di soggetti capaci di essere parti di queste controversie: “soltanto il Presidente federale, il *Bundestag*, il *Bundesrat*, il Governo federale e le articolazioni di questi organi, a cui sono attribuiti propri diritti dal *Grundgesetz* o dal regolamento del *Bundestag* e del *Bundesrat*” potrebbero esserlo (così il § 63 *BVerfGG*). Tuttavia il Tribunale costituzionale federale non si è sentito vincolato a tale restrizione e, facendo leva sul riferimento costituzionale a soggetti diversi dagli organi federali (“altri soggetti”), per ricordare l'ipotesi più rilevante, ha riconosciuto la capacità di essere parte dei partiti politici, qualora essi controvertano per il riconoscimento di diritti che discendono dal loro *status* costituzionale, delineato nell'art. 21 GG, nei confronti di un organo costituzionale<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> Oltre all'art. 93, comma I, n. 1 GG, v. anche i §§ art. 13, n. 5, 63-67 *BVerfGG*. Quanto al richiamo ai regolamenti degli organi federali supremi, è opinione pacifica che il parametro sia costituito dalle norme costituzionali, mentre i regolamenti sono rilevanti per l'accertamento della capacità di essere parte.

<sup>373</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, C. H. Beck, 2004, p. 61.

<sup>374</sup> Così, *BVerfG* 7 marzo 1953, in *BVerfGE* 2, 143, 152.

<sup>375</sup> Fondamentale sul punto è *BVerfG* 20 luglio 1954, in *BVerfGE* 4, 27, che ha avviato un indirizzo, sul quale la dottrina è divisa, sostenendosi da parte di alcuni che i partiti politici in quanto istituzioni sociali dovrebbero impiegare in ogni caso la *Verfassungsbeschwerde*, alla quale essi devono comunque ricorrere

Fra gli aspetti processuali, merita di essere sottolineato che la domanda è proponibile entro un termine di sei mesi dal momento in cui l'atto o il comportamento omissivo della controparte è diventato noto<sup>376</sup>.

## 2. L'ammissibilità dei provvedimenti cautelari.

In dottrina è stata messa in dubbio l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari in queste controversie. Per comprendere l'argomentazione su cui si fonda questa posizione dottrinale, occorre svolgere una breve premessa sull'oggetto del processo nei conflitti tra organi costituzionali. Secondo il tenore letterale dell'art. 93, I comma, n. 1 GG, in queste controversie il *Bundesverfassungsgericht* dovrebbe pronunciarsi unicamente "sull'interpretazione del *Grundgesetz*". Questa cauta formulazione è il riflesso della concezione risalente – se ne trova un'espressione già nel § 153 della Costituzione della Sassonia del 1831 – secondo la quale l'organo di giustizia costituzionale è chiamato ad accertare che cosa prevede in astratto la Costituzione in relazione alla materia del contendere, mentre le conseguenze pratiche di una tale pronuncia devono essere ricavate dagli organi coinvolti nella controversia, cui la Corte non potrebbe ordinare o vietare alcunché<sup>377</sup>. Rispetto a questa impostazione, il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* fa un passo avanti in direzione di un contenuto maggiormente concreto della pronuncia. Dopo aver previsto che il ricorrente debba far valere una lesione perpetrata o minacciata a cagione di un provvedimento o di un'omissione della controparte giuridicamente rilevanti<sup>378</sup>, il § 67 *BVerfGG* individua l'oggetto del processo non già nella mera interpretazione della norma costituzionale, bensì nella questione se "il provvedimento o il comportamento omissivo censurato urti contro una disposizione del *Grundgesetz*". Con ciò il contenuto della decisione di merito del Tribunale costituzionale federale non si estende però oltre il mero accertamento, anche in caso di accoglimento del ricorso. In particolare la norma non prevede che la pronuncia possa contenere la condanna rivolta agli organi in conflitto oppure l'annullamento del provvedimento di cui sia stata accertata l'illegittimità costituzionale.

Un passo dei lavori preparatori del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* si riferisce espressamente a

---

nelle controversie in cui la controparte non è un organo costituzionale: così, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 70.

<sup>376</sup> Cfr. art. 64, comma III *BVerfGG*.

<sup>377</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 63.

<sup>378</sup> Cfr. § 64, comma I *BVerfGG*. Fra gli aspetti processuali, merita di essere sottolineato che la domanda è proponibile entro un termine di sei mesi dal momento in cui l'atto o il comportamento omissivo della controparte è diventato noto (cfr. § 64, comma III *BVerfGG*).

questa limitazione di contenuto della decisione di merito sul conflitto tra organi costituzionali e la giustifica sulla base dell'osservazione che il contenuto di mero accertamento lascerebbe al Tribunale costituzionale federale la possibilità di sviluppare con cautela, di caso in caso, la propria giurisprudenza in un settore così difficile come quello delle controversie tra organi costituzionali. Tale contenuto consentirebbe inoltre alla Corte di circoscrivere il proprio intervento all'accertamento della questione di diritto, se un certo provvedimento adottato da un organo costituzionale sia conforme al *Grundgesetz* o meno, senza costringerla ad incidere con l'imposizione di ordini o di divieti nel rapporto tra gli organi in conflitto e ad intervenire così inutilmente nella lotta politica<sup>379</sup>.

Da ciò discende l'obiezione contro l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari strumentali alle controversie tra organi costituzionali. Dovendo disciplinare provvisoriamente una situazione – si osserva – i provvedimenti cautelari non potrebbero limitarsi ad un mero accertamento, ma dovrebbero contenere necessariamente un ordine o un divieto. In caso di conflitto tra organi costituzionali il loro contenuto sarebbe, in modo inammissibile, più ampio di quello della decisione definitiva, che il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* limita appunto al mero accertamento della questione se il provvedimento o il comportamento omissivo censurato urti contro una disposizione della Costituzione<sup>380</sup>.

Questa argomentazione fa leva su un parallelismo tra contenuto del provvedimento cautelare e contenuto del provvedimento di merito che non persuade la dottrina maggioritaria già sul piano della tutela cautelare in generale, in quanto ne può tradire la sua stessa funzione tutte le volte in cui, proprio al fine di assicurare l'utilità della decisione di merito, il rimedio cautelare debba assumere un contenuto diverso da quest'ultima, commisurato al tipo di pericolo che si tratta di evitare. In altri termini, il contenuto del provvedimento cautelare deve calibrarsi sulla necessità di neutralizzare il concreto pregiudizio ulteriore che la durata del processo può recare, sulla necessità di evitare che si verifichino fatti tali da frustrare, rendendola vana o tardiva, la decisione della causa di merito, e non deve

---

<sup>379</sup> Cfr. *Bundestags-Drucks.* 1/788, p. 31 s., cfr., inoltre, Cfr. LÜCKE, *Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen*, in *JZ*, 1983, p. 380 ss., p. 380.

<sup>380</sup> Così H. MOSLER, *Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, in *Festschrift für Carl Bilfinger*, Köln e Berlin, Heymanns, 1954, p. 243 ss., p. 274 s. Questa tesi si appoggia anche ad un risalente affermazione dubitativa del *Bundesverfassungsgericht*, contenuta in *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281, emanata nella controversia relativa all'adesione della Repubblica federale tedesca alla comunità europea di difesa (*Deutschlandvertrag*).

commisurarsi ad un astratto parallelismo con il possibile contenuto di quest'ultima<sup>381</sup>.

Da ciò discende l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari nei conflitti tra organi costituzionali, come si osserva del resto da parte della opinione maggioritaria della dottrina tedesca. Infatti, gli organi in conflitto non possono certamente sottrarsi all'effetto vincolante della pronuncia di merito<sup>382</sup>. La decisione di merito di accoglimento del ricorso, pur nel suo contenuto di mero accertamento, possiede nei confronti degli organi in conflitto una distinta valenza precettiva, che impegna i destinatari passivi della decisione a ripristinare la legalità costituzionale, attraverso l'annullamento del provvedimento incostituzionale e l'adozione di qualsiasi altra misura idonea a tale scopo<sup>383</sup>. In altri termini, il contenuto di mero accertamento della pronuncia di accoglimento fa sì che sia rimessa alla discrezionalità del destinatario passivo unicamente la scelta del modo in cui ottemperare alla decisione del *Bundesverfassungsgericht*. Purché il contenuto della misura cautelare non comprima tale margine di discrezionalità, esso può ben essere diverso, ed anche più ampio, di quello della decisione di merito, in vista di assicurare gli effetti di quest'ultima: cosicché, per esempio, la sospensione cautelare dell'efficacia di un provvedimento ben può essere strumentale ad una pronuncia di merito di mero accertamento<sup>384</sup>.

Su questa linea è la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, oggetto del successivo esame casistico.

### 3. Casistica. Finanziamento dei partiti politici.

In via preliminare rispetto all'esame di questa fattispecie si deve osservare che nelle controversie tra organi costituzionali il provvedimento censurato può essere anche una legge. Come ha stabilito il *Bundesverfassungsgericht* in una sentenza dell'inizio del 1952, "con la introduzione di una legge possono essere lesi anche 'diritti' di un soggetto che partecipa alla vita costituzionale"<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> In questo senso, fondamentalmente, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 321, in riferimento al caso relativo allo scioglimento del *Bundestag*.

<sup>382</sup> Cfr., in *apicibus*, § 31, comma I *BVerfGG*.

<sup>383</sup> Cfr. LÜCKE, *Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen*, cit., p. 381.

<sup>384</sup> Così, K. SCHLAICH, *Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts*, in *Festschrift für O. Bachof*, München, C. H. Beck, 1984, p. 321 ss., p. 338 s.; K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 321.

<sup>385</sup> Cfr. *BVerfG* 5 aprile 1952, in *BVerfGE* 1, 208, 220: "Ciò accade in primo luogo quando la norma è posta da un legislatore incompetente, che pertanto incide sull'ambito di competenza di un altro soggetto che partecipa alla vita costituzionale [...]. In tal caso non si compara il contenuto di una norma con il contenuto di una norma di rango superiore, bensì si verifica la competenza del legislatore sulla base delle prescrizioni che determinano la sua competenza. Ma

Nel caso di specie si tratta delle leggi federali di bilancio degli anni 1959 e 1960, nelle parti in cui prevedono finanziamenti ai partiti politici nell'ordine di cinque milioni di marchi annui, da destinare ad "attività di formazione politica" nei confronti dei cittadini. Tali mezzi finanziari sono assegnati ai partiti in ragione della loro rappresentanza parlamentare attraverso una delibera del 10 febbraio 1960 della Commissione di bilancio del *Bundestag*. In conseguenza di ciò, un partito politico extraparlamentare, pertanto escluso dai finanziamenti, solleva il 15 giugno 1960 conflitto nei confronti del *Bundestag*, della Commissione di bilancio (nonché del ministero degli interni), lamentando che le disposizioni delle leggi di bilancio degli anni 1959 e 1960 *de quibus*, in collegamento con la delibera della Commissione bilancio, concretino una violazione del principio di uguaglianza (art. 3, comma I GG). Contestualmente il partito ricorrente chiede in via cautelare che al Ministro degli interni sia imposto il divieto di corrispondere i finanziamenti ai partiti politici fino alla decisione della causa di merito.

A sostegno dell'istanza cautelare il ricorrente argomenta che il sostegno finanziario ai partiti politici rappresentati in parlamento lederebbe il suo diritto alla parità di trattamento. Ciò gli provocherebbe un pregiudizio irreparabile anche in considerazione delle prossime elezioni politiche, poiché l'opera di propaganda non può essere svolta senza un ingente impegno di risorse finanziarie. Ogni disparità di trattamento tra partiti politici nella ripartizione dei mezzi per il finanziamento del lavoro di formazione politica – conclude il ricorrente – "pregiudicherebbe la libera formazione dell'opinione dell'elettore: pertanto il rilascio del provvedimento cautelare si impone con urgenza per il bene comune". Il Ministro degli interni replica che non ricorrerebbero i presupposti per il rilascio della misura cautelare, poiché nell'ambito del § 32 *BVerfGG* devono essere presi in considerazione non solo gli interessi del ricorrente, ma anche quelli della generalità. Orbene - prosegue il Ministro - i mezzi finanziari previsti dalla legge di bilancio devono consentire ai partiti che ne sono destinatari di contribuire "alla formazione politica e all'approfondimento del senso civico e democratico del popolo tedesco. Lo svolgimento di questo compito, sovraordinato rispetto agli scopi della politica di partito, sarebbe

---

anche quando il legislatore non osserva sotto il profilo contenutistico norme superiori, che garantiscono i diritti di un altro soggetto che partecipa alla vita costituzionale, si può pervenire ad un'autentica controversia tra il legislatore e questo soggetto. Se una tale controversia viene portata dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, in primo piano si colloca la lesione del diritto del ricorrente attraverso l'atto della controparte in quanto tale (l'emanazione della legge). Il 'provvedimento' contro il quale si può dirigere l'istanza, per esempio a sensi dei §§ 64, 69, 72 *BVerfGG* può essere certamente anche una norma emanata dalla controparte. Per questa via anche la questione della validità o invalidità di una norma può essere oggetto di una *controversia* dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*".



seriamente messo in pericolo dal rilascio del provvedimento cautelare richiesto dal ricorrente”.

Il *Bundesverfassungsgericht* non vede alcun motivo di inammissibilità nella circostanza che il ricorrente chieda sostanzialmente una sospensione cautelare dell'esecuzione delle disposizioni legislative sul finanziamento dei partiti politici, a fronte di una decisione di merito che non potrebbe dichiarare la nullità delle disposizioni medesime, ma rigetta l'istanza cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: “in questo caso il peso maggiore è da attribuire al pregiudizio al bene comune che deriverebbe dalla sospensione dell'esecuzione della legge. Nell'esame dell'istanza cautelare si debbono prendere in considerazione non solo l'interesse del ricorrente, bensì tutti gli interessi che ad esso si contrappongono, valutandoli comparativamente con il primo. Il *Bundesverfassungsgericht* ha già statuito che, con riguardo al ruolo determinante che compete ai partiti politici nella formazione della volontà politica del popolo, in particolare in occasione della campagna elettorale, è costituzionalmente ammissibile che lo Stato conceda mezzi finanziari ai partiti politici che sopportano il peso delle elezioni. La sospensione della esecuzione di un tale provvedimento, che consente ai partiti beneficiari di assolvere il loro compito di organi costituzionali, in misura maggiore rispetto al passato, in modo indipendente da fonti di finanziamento estranee, danneggerebbe il bene comune di più di quanto lo danneggerebbe l'esclusione dal finanziamento di un partito politico non rappresentato in Parlamento”<sup>386</sup>.

#### 4. Scioglimento del Bundestag.

Quattro deputati del *Bundestag* promuovono un conflitto nei confronti del Presidente della Repubblica federale, in relazione allo scioglimento anticipato del *Bundestag*, disposto dal primo ai sensi del § 68 GG il 6 gennaio 1983, dopo che il secondo aveva negato la fiducia al cancelliere in carica<sup>387</sup>. Sotto il profilo sostanziale i ricorrenti lamentano che il Presidente della Repubblica abbia ceduto alla pressione dei partiti politici, senza verificare l'effettiva sussistenza di una situazione di instabilità politica idonea a costituire il presupposto per il legittimo esercizio del potere di scioglimento anticipato del *Bundestag*. Alle avvisaglie di questi sviluppi una voce dottrinale sostiene che la misura cautelare di sospensione del provvedimento non è ammissibile, invocando l'argomento che, se la decisione di merito non può condurre allo

---

<sup>386</sup> Cfr. *BVerfG* 15 marzo 1961, in *BVerfGE* 12, 276.

<sup>387</sup> Il conflitto è risolto da *BVerfG* 16 febbraio 1983, in *BVerfGE* 62, 1.

annullamento del provvedimento, la misura cautelare non può avere per contenuto la sua sospensione<sup>388</sup>.

Come si è già osservato indietro, questa argomentazione fa leva su un parallelismo tra contenuto del provvedimento cautelare e contenuto del provvedimento di merito che non persuade la dottrina maggioritaria. In realtà, il contenuto della misura cautelare può ben essere diverso da quello della decisione di merito, in vista di assicurare gli effetti di quest'ultima: cosicché, per esempio, in punto di ammissibilità, nessun ostacolo si sarebbe frapposto alla sospensione in via cautelare dell'efficacia del provvedimento di scioglimento anticipato del *Bundestag*, per consentire al Presidente della Repubblica di restaurare una situazione conforme al *Grundgesetz* con il ritiro del provvedimento, in caso di accertamento della sua illegittimità costituzionale<sup>389</sup>. Il *Bundesverfassungsgericht* non affronta questo problema, ma accelera la definizione della controversia nel merito, con una decisione di rigetto emanata qualche settimana prima del giorno fissato per lo svolgimento delle elezioni anticipate (il 6 marzo 1983)<sup>390</sup>.

##### 5. *Composizione dell'Hauptausschuss del Parlamento dell'Assia.*

Un deputato e il gruppo parlamentare del partito dei *Grüne* (i Verdi) propongono un'istanza cautelare nei confronti del Parlamento dell'Assia, diretta ad assicurare provvisoriamente la partecipazione di un rappresentante dei *Grüne* ai lavori dell'*Hauptausschuss* del Parlamento. Tale commissione è prevista dall'art. 93 della Costituzione dell'Assia con il compito di tutelare le prerogative del Parlamento nei confronti del Governo del *Land* nel periodo in cui il Parlamento non è riunito o è sciolto (nella fattispecie si era verificato quest'ultimo caso). L'istanza cautelare è coordinata ad una domanda di merito con cui si chiede l'accertamento della illegittimità costituzionale (per violazione del principio democratico, nonché del principio della tutela delle minoranze politiche) della composizione della Commissione che non vede la presenza di alcun membro dei *Grüne* con diritto di voto. Con una decisione presa a maggioranza, il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze in cui il pregiudizio arrecato alla frazione dei *Grüne* da una mancata partecipazione con diritto di voto ai lavori della Commissione (in caso di rigetto

---

<sup>388</sup> Così ZEH, *Bundestagsauflösung über die Vertrauensfrage – Möglichkeiten und Grenzen der Verfassung*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen – Zparl*, 1983, p. 119 ss., p. 127.

<sup>389</sup> Così, infatti, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 321.

<sup>390</sup> Cfr. *BVerfG* 16 febbraio 1983, in *BVerfGE* 62, 1.

dell'istanza cautelare, seguito dallo accoglimento del ricorso) è considerato equivalente al pregiudizio derivante da una parimenti erronea composizione della Commissione (in caso di accoglimento dell'istanza, seguito dal rigetto del ricorso). Il Tribunale costituzionale federale preferisce rigettare l'istanza cautelare, riferendosi esplicitamente all'esigenza di evitare una sua intromissione in via cautelare nell'autonomia del parlamento dell'Assia, in una situazione in cui la valutazione comparativa delle conseguenze si conclude con un giudizio di parità<sup>391</sup>. In questo modo, la Corte deriva dall'onere della prova dei presupposti previsti dal § 32, comma I *BVerfGG* anche una regola formale di giudizio, che risolve in danno del ricorrente le situazioni di incertezza sulla sussistenza dei presupposti per il rilascio della misura cautelare<sup>392</sup>.

#### 6. *Disciplina delle prime elezioni politiche nella Germania riunita.*

In conseguenza della riunificazione tedesca i rappresentanti della Repubblica federale tedesca e dell'allora Repubblica democratica tedesca stipulano il 3 agosto 1990 un accordo con il quale la legge elettorale tedesco-occidentale viene estesa ai nuovi *Länder* e viene concordata una disciplina transitoria – inserita qualche settimana dopo nella legge elettorale – delle prime elezioni politiche nella Germania riunita, indette per il 2 dicembre 1990. Due piccoli partiti promuovono una controversia tra organi costituzionali contro la quota minima di sottoscrizioni che questa legge prevede per le liste di candidati e chiedono il rilascio di una misura cautelare sospensiva. Premesso che la domanda di merito non è inammissibile, né – almeno in alcuni punti – manifestamente infondata, il *Bundesverfassungsgericht* rilascia la misura cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, il Tribunale costituzionale federale prende in considerazione una violazione della parità di *chances* tra i partiti politici con la conseguenza di un grave difetto delle elezioni. Inoltre la Corte ritiene che il deficit di legittimazione del *Bundestag* si trasmetterebbe a tutti gli altri organi costituzionali che derivano la loro legittimazione democratica da quest'ultimo. In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, il *Bundesverfassungsgericht* non vede pregiudizi così gravi: si incide sulla discrezionalità del legislatore, ma in misura piuttosto limitata. Assume poi secondo il Tribunale costituzionale federale un

---

<sup>391</sup> Cfr. *BVerfG* 17 agosto 1983, in *BVerfGE* 65, 101.

<sup>392</sup> Così, con riferimento ad un'analoga situazione in una diversa fattispecie (commentata più avanti), v. M. NOLTE, *Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung*, in *NJW* 2003, p. 2359, p. 2360.

particolare significato il fatto che il provvedimento cautelare procuri alle prime elezioni politiche nella Germania riunita un fondamento inattaccabile sotto il profilo costituzionale. Pertanto la Corte dispone in via cautelare l'esonero dalla quota minima di sottoscrizioni per le liste dei candidati nei nuovi *Länder* e, per i partiti che nelle precedenti elezioni del *Bundestag* avevano raggiunto un certo numero di voti, anche nei vecchi *Länder*<sup>393</sup>.

#### 7. Missione militare Unosom II.

Con una delibera del 21 aprile 1993, il Governo federale decide la partecipazione delle forze armate tedesche alle operazioni deliberate dall'Onu per assicurare la pace e gli aiuti umanitari in Somalia (*Unosom I e II*). Su iniziativa dei gruppi parlamentari cristiano-democratico e cristiano-sociale (*Cdu/Csu*), nonché liberale (*Fdp*), il *Bundestag* approva lo stesso giorno la decisione governativa. Un primo gruppo di 240 soldati tedeschi viene inviato in Somalia il 12 maggio successivo. Il 17 giugno 1993 il *Bundestag* respinge una proposta di delibera del gruppo parlamentare socialdemocratico (*Spd*), diretta ad invitare il Governo a ritirare le truppe tedesche dalla Somalia. Successivamente lo stesso gruppo parlamentare, agendo come sostituto processuale del *Bundestag*, solleva dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* un conflitto di attribuzioni tra questo e il Governo federale, lamentando che la delibera governativa di impiegare l'esercito tedesco in Somalia leda il diritto del *Bundestag* di partecipare ad una tale decisione (garantito da una serie di norme costituzionali come gli artt. 24, I comma, 59, II comma, 20 GG, in collegamento con gli artt. 87 a, II comma e 79, I e II comma GG) e chiede che questo diritto venga assicurato dal Tribunale costituzionale federale in via cautelare.

Il Tribunale costituzionale federale premette che occorre adottare un criterio molto rigoroso nel verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio di misure cautelari che incidono su provvedimenti con effetti sul piano del diritto internazionale o della politica estera. Essa premette inoltre che la preannunciata domanda di merito, non inammissibile né manifestamente infondata, solleva "l'importante e difficile questione relativa al se ed a quali condizioni il governo federale violi le prerogative del *Bundestag* nel decidere la partecipazione di soldati tedeschi ad un'azione deliberata dal Consiglio di sicurezza dell'Onu". Il rilascio di una misura cautelare nell'ambito di una tale controversia – precisa la Corte – "può servire unicamente ad assicurare provvisoriamente questa controversa prerogativa del *Bundestag*,

---

<sup>393</sup> Cfr. *BVerfG* 17 ottobre 1990 in *BVerfGE* 82, 353, in *JZ*, 1991, p. 456 con nota di D. LEIPOLD, in *JuS*, 1991, p. 419 con nota di M. SACHS. Nella *dissenting opinion* il giudice Winter lamenta che la Corte abbia adottato un provvedimento anticipatorio degli effetti della decisione nel merito al di fuori delle ipotesi in cui un tale contenuto anticipatorio sarebbe ammissibile.

affinché essa non sia frustrata da fatti compiuti nel periodo di tempo intercorrente fino alla decisione del merito. Questa misura assicurativa deve muovere dal dato che è incerto se l'impiego di soldati tedeschi nell'ambito di una missione dell'Onu sia ammissibile sulla base di una legge ordinaria o costituzionale, oppure se il governo federale – secondo il diritto costituzionale attualmente vigente – ha, come esso rivendica, la competenza esclusiva a decidere negli affari di politica estera e di difesa. Per assicurare le possibili prerogative del *Bundestag* in questo conflitto di attribuzioni tra parlamento e governo, senza sacrificare la posizione giuridica del governo, il *Bundesverfassungsgericht* può adottare una disciplina provvisoria unicamente su questo aspetto: quale organo debba essere autorizzato a decidere sull'impiego delle forze armate fino alla decisione del merito. Nella misura in cui ciò non impedisca la conservazione in via cautelare del diritto fatto valere, questa disciplina deve collocarsi in un ambito intermedio tra le pretese di competenza tra di loro configgenti. In questa sede preliminare rispetto alla risoluzione del conflitto di attribuzioni tra parlamento e governo non è in via di principio compito della Corte, che non è chiamata a compiere atti di discrezionalità politica, di sostituirsi a questi organi nell'adottare provvisoriamente una decisione nel merito sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, per quale difettano sufficienti punti d'appoggio giuridici”.

Sulla base di questa premessa, il Tribunale costituzionale federale modella un provvedimento cautelare così strutturato: “fino alla decisione di merito la partecipazione dello esercito tedesco alla missione *Unosom II* secondo la delibera del governo federale del 21 aprile 1993 può essere mantenuta ferma e proseguita se e nella misura in cui il *Bundestag* delibere ciò; fino all'emanazione di una tale delibera, i provvedimenti adottati finora possono essere attuati”. In altri termini, fino alla decisione della causa di merito, la partecipazione del contingente tedesco alla missione Onu in Somalia è sorretta insieme sia dall'iniziativa del governo federale, che dall'approvazione del *Bundestag*.

Il rilascio di una misura cautelare di questo tenore è giustificato sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accertamento che l'impiego di soldati tedeschi nella missione dell'Onu in Somalia senza la partecipazione del *Bundestag* è incostituzionale, il *Bundestag* non potrebbe esercitare il proprio diritto di partecipare alla decisione sull'invio di soldati in Somalia, con una grave lesione della propria sfera di attribuzioni. Minori sono invece i pregiudizi in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accertamento che l'invio dei soldati in Somalia è stato deliberato dal governo federale senza violare le prerogative del *Bundestag*. In tal caso quest'ultimo –

osserva la Corte - avrebbe partecipato ad una decisione che ricade nella competenza del governo federale, ma lo avrebbe fatto nella qualità di organo costituzionale dinanzi al quale il governo federale è responsabile anche per le proprie decisioni nell'ambito della politica estera e di sicurezza<sup>394</sup>.

Questa decisione è stata accolta con il consenso della prevalente dottrina per l'equilibrio dimostrato dal Tribunale che ha manifestato una notevole capacità di convertire lo scontro politico in un conflitto di attribuzioni dominato dal confronto di argomentazioni giuridiche<sup>395</sup>.

#### 8. Commissione parlamentare di inchiesta sul traffico illegale di plutonio.

Nel maggio del 1995 il *Bundestag* istituisce una commissione parlamentare di inchiesta sul traffico illegale di plutonio nella Repubblica federale tedesca. Nel corso dei lavori è prevista anche l'assunzione della testimonianza, tra gli altri, del cancelliere Helmut Kohl. Una successiva delibera della commissione dispone la sospensione dell'assunzione delle prove testimoniali per consentire la redazione di un progetto di relazione. Contro questa delibera il gruppo parlamentare della Spd promuove un conflitto dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, lamentando la lesione dei diritti delle forze politiche di minoranza, quali discendono dall'art. 44, comma I GG<sup>396</sup>. In via cautelare si richiede di accertare che la commissione parlamentare sia obbligata a proseguire l'istruzione probatoria fino alla decisione sul merito del conflitto, ed in particolare a fissare la data della assunzione della testimonianza del cancelliere Kohl (e di altri), facendo valere che altrimenti la decisione di merito sarebbe tardiva rispetto al fine di consentire una regolare conclusione dei lavori della commissione parlamentare prima della fine della legislatura. Il Tribunale costituzionale federale premette, con una massima ripetuta anche in altre pronunce - che "con il rilascio di provvedimenti cautelari in un conflitto tra organi costituzionali si incide sulla autonomia di un organo statale. Il provvedimento può servire unicamente alla provvisoria conservazione del diritto controverso fatto valere dal ricorrente, affinché esso non sia frustrato attraverso la produzione

---

<sup>394</sup> La decisione in commento è *BVerfG* 23 giugno 1993, in *BVerfGE* 89, 38 e in *NJW* 1993, p. 2038. Per la decisione di merito v. *BVerfG* 12 luglio 1994, in *BVerfGE* 90, 286 e in *NJW* 1994, p. 2207, ove si sancisce la conformità costituzionale dell'impiego all'estero delle forze armate tedesche, con l'adesione del *Bundestag*.

<sup>395</sup> Cfr., per esempio, F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 265 ss., p. 272 ss.

<sup>396</sup> L'art. 44, comma I GG prevede: "il *Bundestag* ha il diritto e, su istanza di un quarto dei suoi membri, il dovere di nominare una commissione di inchiesta, che assuma le prove necessarie in un pubblico dibattito [...]".

di fatti compiuti nel periodo di tempo occorrente per la decisione di merito”. La Corte osserva poi che la domanda di merito solleva tra le altre le seguenti questioni, da affrontare nel procedimento di merito; se l’istanza di un gruppo parlamentare di istituire una commissione parlamentare possa essere considerata come “richiesta di un quarto dei membri del *Bundestag* ai sensi dell’art. 44, comma I, prima parte GG” (qualificazione questa contestata dalla controparte); se ed a quali condizioni una sospensione dell’assunzione di una prova testimoniale già deliberata ed il conseguente ritardo nei lavori della commissione siano in grado di mettere in pericolo l’efficacia del controllo parlamentare in modo incompatibile con la costituzione. Pertanto la domanda di merito non è inammissibile o manifestamente infondata. Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta però l’istanza cautelare per mancanza dell’urgenza di dettare una disciplina provvisoria. Non appare infatti – si argomenta – che la regolare esecuzione dell’incarico da parte della commissione sia immediatamente messa in pericolo se la misura cautelare richiesta non viene rilasciata, considerata la brevità della sospensione ancora prevista (due mesi e mezzo) rispetto al lasso di tempo che manca alla fine della legislatura (un anno), cosicché non sussiste il pericolo che la realizzazione del diritto fatto valere dal ricorrente nel procedimento di merito sia frustrata<sup>397</sup>.

9. *Pubblicazione della relazione della commissione parlamentare elettorale concernente la collaborazione di Gregor Gysi con il Ministero della sicurezza di Stato della ex-DDr.*

Con delibera dell’8 maggio 1998, la commissione parlamentare elettorale del *Bundestag* approva una relazione che documenta la precedente collaborazione del Dr. Gregor Gysi, deputato del *Bundestag* con il ministero della sicurezza di Stato della ex-DDR. La pubblicazione ufficiale della relazione nel bollettino del *Bundestag* (*Bundestagsdrucksache*) è prevista per il successivo 29 maggio. Prima di questa scadenza, il deputato introduce una controversia tra organi costituzionali, lamentando che la delibera della commissione contrasti contro i diritti derivanti dal suo status di parlamentare (quali sono disciplinati dall’art. 38, comma I, seconda proposizione GG). In via cautelare il ricorrente chiede che la pubblicazione della relazione nel bollettino del *Bundestag* venga sospesa fino alla decisione della causa di merito, facendo valere che altrimenti le accuse che gli sono rivolte acquisterebbero una nuova qualità, poiché la relazione potrebbe

---

<sup>397</sup> Così, *BVerfG* 8 luglio 1997, in *BVerfGE* 96, 223. Nella stessa controversia, *BVerfG* 25 ottobre 2001, 2 *BvE* 1/97, concernente l’esclusione del giudice Udo di Fabio, per aver prestato la propria opera come difensore del ricorrente in questa controversia, prima della sua nomina a giudice costituzionale.

essere citata da tutti come documento ufficiale. Il *Bundesverfassungsgericht* fonda il rigetto dell'istanza cautelare poiché non sussiste l'urgenza del provvedere per impedire che la realizzazione del diritto fatto valere dal ricorrente venga frustrata con la produzione di "fatti compiuti" nel lasso di tempo fino alla decisione della causa di merito. Per giustificare questa conclusione, il Tribunale costituzionale federale premette di essere in grado di decidere la controversia nel merito entro la fine di luglio del 1998. In caso di mancato rilascio della misura cautelare (seguito dall'accoglimento della domanda di merito), il pregiudizio subito dal ricorrente attraverso la pubblicazione della relazione è modesto, tenuto conto che la vicenda è già oggetto di cronaca nei mezzi di comunicazione di massa e che il ricorrente potrebbe mitigare gli effetti della pubblicazione della relazione attraverso la contestuale pubblicazione di una sua dichiarazione nel bollettino. Il pregiudizio sarebbe poi del tutto annullato dalla ravvicinata pronuncia di accoglimento nel merito della Corte, che sarebbe recepita dall'opinione pubblica con molta attenzione<sup>398</sup>.

#### 10. *Composizione del Vermittlungsausschuss dopo le elezioni politiche del 2002.*

La controversia, introdotta dall'iniziativa del gruppo parlamentare cristiano-democratico e cristiano-sociale nei confronti del *Bundestag*, verte sulla delibera di quest'ultimo del 30 ottobre 2002, con la quale è determinato il meccanismo per il calcolo delle quote di seggi spettanti ai gruppi parlamentari nella commissione di mediazione (*Vermittlungsausschuss*) tra *Bundestag* e *Bundesrat*, prevista dall'art. 77 GG in seno al procedimento legislativo (nonché di altre commissioni). La delibera modifica il meccanismo di calcolo determinato nella precedente legislatura – così si legge nella motivazione – al fine di riprodurre all'interno del *Vermittlungsausschuss* la maggioranza parlamentare uscita dalle elezioni politiche del 2002. Il ricorrente lamenta che la delibera violi le garanzie costituzionali collegate alla sua posizione di gruppo parlamentare. A tale iniziativa si coordina anche la richiesta di un provvedimento cautelare, diretto ad ottenere provvisoriamente – sulla base di un altro meccanismo di calcolo – una diversa composizione della commissione, che assegni al ricorrente un seggio in più, al fine di evitare – così si legge nella motivazione dell'istanza cautelare – una distorsione dei risultati del lavoro della commissione, che inciderebbe a sua volta sul lavoro del *plenum*. Premesso che l'istanza cautelare è ammissibile e non è manifestamente infondata, il *Bundesverfassungsgericht* la rigetta sulla base della seguente valutazione comparativa delle

---

<sup>398</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1998, in *BVerfGE* 98, 139. Per la decisione di merito di rigetto, *BVerfG* 20 luglio 1998, in *BVerfGE*, 99, 19 e in *NJW* 1998, p. 3042 ss.



conseguenze. In caso di rilascio della misura cautelare e di rigetto della domanda di merito, sarebbe pregiudicata l'autonomia decisoria del *Bundestag* e risulterebbe erronea la composizione della commissione. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di accoglimento della domanda di merito, risulterebbe parimenti erronea la composizione della commissione. In una situazione in cui la validità formale del procedimento legislativo è in entrambe le ipotesi pregiudicata con lo stesso grado di gravità, il Tribunale costituzionale federale non vede ragione di dare la prevalenza all'interesse del ricorrente, tenuto conto che questi non è riuscito dimostrare che l'aumento di un seggio a suo vantaggio (rispetto ai sei di cui esso già dispone) nella componente della commissione eletta dal *Bundestag* distorcerebbe le maggioranze politiche all'interno di quest'ultima. Una tale conclusione presupporrebbe infatti che i membri eletti dal *Bundesrat* fossero univocamente attribuibili alla maggioranza governativa o all'opposizione. Ma questo presupposto non può essere dato per scontato, in considerazione delle diverse costellazioni politiche nei *Länder* e del peso degli interessi dei *Länder* all'interno del *Bundesrat*<sup>399</sup>.

11. *Partecipazione di soldati tedeschi ad operazioni Nato in Turchia, in occasione del conflitto con l'Iraq.*

In seguito a consultazioni avviate su istanza della Turchia, il *Defence Planning Committee* della Nato decide il 19 febbraio 2003 di spostare da una base aerea in territorio tedesco ad una base aerea in territorio turco e di impegnare sul relativo spazio aereo una pattuglia di aerei di ricognizione *Awacs* (nonché di stazionare sempre sul territorio turco un sistema di difesa contro attacchi missilistici e attacchi con armi chimiche e biologiche). Circa un terzo dei membri dell'equipaggio degli aerei appartiene all'esercito tedesco.

Scoppiata la guerra in Iraq, il 20 marzo 2003 il *Bundestag* respinge una proposta di delibera del gruppo parlamentare liberale, diretta ad invitare il governo federale a richiedere l'approvazione del *Bundestag* per la partecipazione di soldati tedeschi alla missione Nato in Turchia. Il gruppo parlamentare del partito liberale propone pertanto un'istanza cautelare nei confronti del Governo federale dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, diretta a condizionare all'approvazione del *Bundestag* l'impiego di soldati tedeschi nella missione Nato in Turchia.

---

<sup>399</sup> Cfr. *BVerfG* 2 dicembre 2002, in *BVerfGE* 106, 253, commentata da J. A. CÄMMERER, *Muss Mehrheit immer Mehrheit bleiben? Über die Kontroversen um die Besetzung des Vermittlungsausschusses*, in *NJW*, 2003, p. 1166. Si deve segnalare comunque la *dissenting opinion* del giudice Broß, il quale ritiene la domanda di merito manifestamente fondata.

Il Tribunale costituzionale federale osserva che, discutendosi di una misura cautelare con effetti sul piano del diritto internazionale e della politica estera, i presupposti per il suo rilascio sono ancora più severi di quelli, già rigorosi, che presiedono alla emanazione di un provvedimento cautelare in un conflitto tra organi costituzionali. Dopo aver premesso che l'istanza cautelare non è inammissibile<sup>400</sup>, né manifestamente infondata<sup>401</sup>, la Corte la rigetta sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento e di successivo accoglimento della domanda nel giudizio di merito, l'impiego di soldati tedeschi in azioni armate senza l'approvazione di quest'ultimo rappresenterebbe una profonda lesione dei diritti del parlamento. In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto della domanda di merito, il governo federale sarebbe costretto a richiedere un'approvazione in realtà non necessaria oppure a ritirare i soldati tedeschi. Questa costrizione inciderebbe a sua volta profondamente nel nucleo della responsabilità di politica estera e di sicurezza del governo federale. La valutazione comparativa delle conseguenze si conclude pertanto con un giudizio di parità e il *Bundesverfassungsgericht* nega la misura cautelare, derivando dall'onere della prova dei presupposti previsti dal § 32, I comma *BVerfGG* anche una regola formale di giudizio, in danno della ricorrente<sup>402</sup>.

## Sezione II

### Controllo di costituzionalità astratto ex art. 93, I comma, n. 2 GG

#### 1. Il procedimento.

Si esamina a questo punto l'impiego dei provvedimenti cautelari ex § 32 *BVerfGG* nel procedimento previsto dall'art. 93, I comma, n. 2 GG<sup>403</sup>. Secondo questa disposizione il *Bundesverfassungsgericht* può essere chiamato a decidere in caso

---

<sup>400</sup> Sotto il profilo dell'ammissibilità, la Corte osserva che l'istanza cautelare è ammissibile anche se indirizzata ad ottenere un provvedimento che anticiperebbe gli effetti della decisione di merito, poiché quest'ultima sarebbe tardiva qualora i suoi effetti non fossero anticipati attraverso il provvedimento cautelare ed il ricorrente non potrebbe godere altrimenti di un'adeguata tutela. La Corte osserva inoltre che il gruppo parlamentare liberale può agire come sostituto processuale del *Bundestag*.

<sup>401</sup> Sotto il profilo della fondatezza, la Corte osserva che l'istanza solleva tra l'altro la seguente questione, da affrontare nell'instaurando procedimento di merito: in che misura la riserva parlamentare prevista dalla Costituzione per l'impiego di forze armate in stato di guerra valga in questa fattispecie.

<sup>402</sup> Cfr. *BVerfG* 25 marzo 2003, in *BVerfGE* 108, 34, commentata da M. NOLTE, *Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung*, in *NJW*, 2003, p. 2359.

<sup>403</sup> Art. 93, comma I, n. 2 GG e §§ 13, n. 6 e 76-79 ss. *BVerfGG*.

di “diversità di opinioni o dubbi sulla conformità formale o sostanziale del diritto federale o del diritto dei *Länder* al *Grundgesetz* o sulla conformità del diritto dei *Länder* ad altro diritto federale, su istanza del Governo federale, del Governo di un *Land* o di un terzo dei membri del *Bundestag*”<sup>404</sup>. Si tratta di un controllo di costituzionalità di norme giuridiche (anche secondarie) “astratto” (*abstrakte Normenkontrolle*), che non presuppone cioè alcuna controversia in cui si discuta della loro applicazione<sup>405</sup>. Se il Tribunale costituzionale federale giunge alla conclusione che la norma giuridica federale non è conforme al *Grundgesetz* o che la norma giuridica del *Land* non è conforme al *Grundgesetz* o ad un’altra norma giuridica federale, ne dichiara la nullità<sup>406</sup>.

Oggetto del processo non è una pretesa fatta valere dal ricorrente nei confronti di una controparte, bensì unicamente la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata<sup>407</sup>. L’ammissibilità della domanda non dipende pertanto dalla sussistenza di un concreto interesse ad agire (non è quindi indispensabile che il ricorrente affermi la lesione della sua sfera soggettiva) e la Corte ritiene di poter decidere nel merito quand’anche il ricorrente abbia ritirato la propria istanza, laddove essa ravvisi la sussistenza di un pubblico interesse alla prosecuzione del giudizio<sup>408</sup>. In sintesi, nel corso di questo processo si perviene ad un ampio controllo di costituzionalità della norma impugnata, a prescindere dall’applicazione ad un caso concreto.

Configurato così l’oggetto del processo, non sembrerebbe esservi bisogno alcuno di tutela cautelare. Tuttavia, nonostante

---

<sup>404</sup> Art. 93, comma I, n. 2 GG.

<sup>405</sup> Di ciò tiene conto la formulazione letterale dell’art. 93, comma I, n. 2 GG, che parla di *Meinungsverschiedenheiten* (“diversità di opinioni”) e non di *Streitigkeiten* (“controversie”, che è il termine impiegato dal precedente art. 93, comma I, n. 1 GG). Infatti, come precisa Heinrich Triepel al tempo della Costituzione di Weimar: “controversia è concetto più ristretto rispetto a diversità di opinioni. Ogni controversia è anche una diversità di opinioni, ma non ogni diversità di opinioni è una controversia” (così, H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, Tübingen, Mohr, 1923, p. 43 s.).

<sup>406</sup> § 78 BVerfGG.

<sup>407</sup> Impiegando le parole della dottrina tedesca: “non è un processo contenzioso (*kontradiktorisches*), bensì è strutturato come un processo oggettivo per il controllo e l’accertamento della validità o invalidità della norma”. Così, K. SCHLAICH -S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 93.

<sup>408</sup> Cfr. BVerfG 22 settembre 1958, in BVerfGE 8, 183, 184, nel procedimento di controllo di costituzionalità del regolamento di polizia del Ministero degli Interni del *Land* Renania del Nord-Vestfalia concernente il divieto di referendum sulla rimilitarizzazione della Germania, promosso su istanza del Governo del *Land*, che poi aveva successivamente rinunciato all’istanza. Nell’archiviare il procedimento, il *Bundesverfassungsgericht* afferma che “trattandosi di un procedimento di controllo ai sensi dell’art. 93, comma I, n. 2 GG, la rinuncia all’istanza non comporta automaticamente l’archiviazione del procedimento. Il procedimento è tuttavia da archiviare quando, come nel caso di specie, non sussiste un interesse pubblico alla sua prosecuzione”.

che il modello teorico di questo tipo di procedimenti non contempli il carattere contenzioso, nella prassi il loro svolgimento è frequentemente ricco di elementi conflittuali<sup>409</sup>, in forza di due fattori distinti, anche se frequentemente concorrenti.

In primo luogo il procedimento ex art. 93, I comma, n. 2 GG si è rivelato uno strumento per far valere gli interessi politici dei partiti di opposizione nel *Bundestag*, i quali possono contare sulla instaurazione del giudizio sia attraverso l'iniziativa di un terzo dei membri del *Bundestag*, che attraverso l'iniziativa di un Governo di un *Land* da loro guidato<sup>410</sup>.

In secondo luogo è accaduto che siano state tratte frequentemente ad oggetto di questo procedimento anche tipiche controversie "federali" per le quali in realtà è previsto un distinto procedimento ex art. 93, I comma, n. 3 GG, che sarà esaminato successivamente. I motivi di questa seconda evoluzione, dischiusa dalla possibilità - riconosciuta tempestivamente dal *Bundesverfassungsgericht* - di scegliere tra l'uno e l'altro tipo di procedimento o di proporre contestualmente i due ricorsi<sup>411</sup>, risiedono nei vantaggi che il controllo di costituzionalità astratto offre rispetto all'altro procedimento: cioè l'assenza di un termine di decadenza per la proposizione della domanda introduttiva, la circostanza che non è necessario dedurre in giudizio da parte del ricorrente un diritto proprio o un obbligo altrui, la più ampia cerchia dei soggetti legittimati ad esprimersi nel corso dell'istruttoria (*Äußerungsberechtigte*)<sup>412</sup>, la contestuale risoluzione di questioni controverse attinenti al rapporto tra *Länder*, i più ampi effetti della decisione (che può portare alla dichiarazione di nullità della legge impugnata, mentre nel procedimento ex art. 93, I comma, n. 3 GG gli effetti della decisione sono disciplinati mediante rinvio alle norme - già illustrate - sulle controversie tra organi costituzionali)<sup>413</sup>. Tali elementi hanno fatto sì che, qualora la controversia "federale" coinvolga la legittimità costituzionale di una legge, essa si svolga di regola nelle forme del controllo di costituzionalità astratto<sup>414</sup>.

---

<sup>409</sup> Si ricorda che la Corte assegna un termine entro il quale gli organi della Federazione e dei *Länder* interessati al giudizio possono esprimere le loro valutazioni (§ 77 *BVerfGG*).

<sup>410</sup> Così W. LÖWER, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, a cura di J. Isensee, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, § 56.

<sup>411</sup> In questo senso già *BVerfGE* 23 ottobre 1951, in *BVerfGE* 1, 14, 30 (*Südweststaat*).

<sup>412</sup> Cfr. § 82, comma III *BVerfGG*.

<sup>413</sup> Così, P. SELMER, *Bund-Länder-Streit*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 563 ss., p. 565.

<sup>414</sup> Così, P. SELMER, *Bund-Länder-Streit*, cit., p. 565.

La configurazione che il controllo di costituzionalità astratto ha assunto nella prassi, in forza dei fattori appena segnalati, rende ragione del fatto che il *Bundesverfassungsgericht* sia stato frequentemente destinatario di istanze cautelari di sospensione del provvedimento legislativo impugnato, come si può attestare attraverso l'esame di alcune pronunce esemplari.

### 2. *Casistica. Istanza di sospensione della legge di perequazione finanziaria tra i Länder.*

Il Governo del Württemberg-Baden promuove un giudizio costituzionale sulla validità della legge relativa alla perequazione finanziaria tra *Länder* (1951) ed affianca un'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione della legge impugnata. Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara ammissibile l'istanza cautelare poiché "anche nei casi di controllo di norme può sussistere un bisogno pratico di sospendere provvisoriamente la esecuzione di una legge possibilmente incostituzionale", ma poi la rigetta sulla sola base del maggiore pregiudizio che subirebbero i *Länder* beneficiari della perequazione in conseguenza della sospensione della legge rispetto a quello che subirebbe il *Land* ricorrente in conseguenza della sua esecuzione, cosicché – conclude il Tribunale costituzionale federale - si deve esigere che quest'ultimo continui ad effettuare i pagamenti fino alla decisione della causa nel merito<sup>415</sup>.

### 3. *Istanza cautelare relativa relativa all'adesione della Repubblica federale tedesca alla comunità europea di difesa.*

I deputati dell'opposizione del *Bundestag* promuovono un giudizio di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato sulla Comunità europea di difesa e chiedono di accertare "l'incompatibilità formale e sostanziale con il *Grundgesetz* di una legge federale che disciplini la partecipazione di tedeschi ad una forza militare armata o che obblighi cittadini tedeschi ad un servizio militare, senza una previa integrazione e modificazione del *Grundgesetz*". A questa pretesa si coordina un'istanza cautelare diretta ad ingiungere "al cancelliere federale e al ministro degli esteri che, nella firma del trattato generale sulla estinzione dello stato di occupazione e dei trattati complementari, in particolare del trattato sulla Comunità europea di difesa, costoro facciano espressa riserva che tali trattati non possano entrare in vigore ovvero che lo strumento di ratifica da parte tedesca non possa essere depositato, prima che il *Bundesverfassungsgericht* si sia pronunciato sui presupposti costituzionali per l'entrata in vigore dei trattati ovvero per la ratifica". Per il *Bundesverfassungsgericht* è

---

<sup>415</sup> Cfr. *BVerfG* 27 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 85. Per la decisione di merito di conformità alla costituzione della legge impugnata, v. *BVerfG* 20 febbraio 1952, in *BVerfGE* 1, 117.

dubbio se rientri nell'ambito della giurisdizione costituzionale o non debba essere considerato piuttosto una inammissibile restrizione della discrezionalità politica del Cancelliere federale un provvedimento cautelare che imponga al responsabile della politica estera della Repubblica federale l'emanazione di una dichiarazione di un certo contenuto, giuridicamente rilevante, in occasione della firma di un trattato internazionale". La Corte non approfondisce la questione dell'ammissibilità del contenuto del provvedimento cautelare richiesto<sup>416</sup>, poiché ritiene che non ci siano i presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare, in particolare che difetti il pericolo di un pregiudizio irreparabile. In particolare osserva che la firma di un trattato internazionale non esplica di per sé sola effetti giuridici vincolanti sul piano interno ed internazionale, poiché occorre la legge di ratifica (art. 59, comma II GG). Tuttavia il Tribunale costituzionale federale non disdegna la possibilità di assumere un ruolo su questo terreno, poiché si premura di affermare di poter intervenire in via cautelare – su istanza di parte o anche d'ufficio – dopo la delibera degli organi legislativi, per impedire il verificarsi di vincoli irretrattabili sul piano del diritto internazionale o del diritto statale prima della sua decisione di merito (in particolare la Corte afferma di poter sospendere in via cautelare il procedimento di ratifica da parte del presidente della Repubblica fino alla sua decisione definitiva)<sup>417</sup>.

#### 4. *Istanza di sospensione della legge della Città di Amburgo sulla retribuzione degli insegnanti.*

Il Governo federale promuove un giudizio costituzionale sulla validità della legge della città di Amburgo relativa alla retribuzione degli insegnanti, a causa della asserita violazione della parità di trattamento nel settore delle retribuzioni del pubblico impiego, ed affianca un'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione della legge impugnata. Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare per una serie di motivi, fra i quali un rilievo centrale assolve la considerazione che la violazione da parte della legge della città di Amburgo delle norme federali dirette ad assicurare la parità di trattamento retributivo nel settore del pubblico impiego può essere accertata solo nella causa di merito, mentre un generico richiamo all'esigenza di salvaguardare l'unitarietà del trattamento retributivo nel pubblico impiego non è da solo sufficiente a fondare il rilascio del provvedimento cautelare. Inoltre, la legge impugnata è stata già quasi compiutamente eseguita da parte della pubblica

---

<sup>416</sup> H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. STARCK, vol. II, Tübingen, Mohr, 1976, p. 170 ss., p. 174 s., ritiene tuttavia che il Tribunale sollevi con questa affermazione un problema di *self restraint*, senza mettere in dubbio la propria competenza.

<sup>417</sup> Cfr. *BVerfG* 15 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 281.

amministrazione e il rilascio di un provvedimento cautelare non provocherebbe quindi un significativo risparmio di attività amministrative. Infine, non possono essere qualificate come fonte di grave pregiudizio l'inquietudine diffusasi tra i pubblici impiegati non destinatari degli aumenti, né la necessità di restituire alcune voci di stipendio in caso di invalidità della legge<sup>418</sup>.

5. *Istanza di sospensione del referendum della Città di Amburgo sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche.*

Il Governo federale promuove un giudizio costituzionale sulla validità della legge con cui la Città di Amburgo indice un referendum sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche, sul deposito di armi atomiche nonché sul posizionamento di basi di lancio di missili atomici nel territorio della Repubblica federale tedesca. Il Governo federale affianca a questa richiesta un'istanza cautelare di sospensione della legge. Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara ammissibile l'istanza cautelare e l'accoglie identificando un pregiudizio irreparabile, in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accertamento dell'invalidità costituzionale della legge, nello stesso peso giuridico e politico dello svolgimento di un referendum sulla base di una legge incostituzionale, mentre in caso di rilascio della misura cautelare e di successivo rigetto della pretesa fatta valere dal Governo federale, il pregiudizio consisterebbe unicamente nel ritardo nello svolgimento del referendum<sup>419</sup>.

6. *Istanza di sospensione della legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati.*

Il Governo federale promuove un giudizio costituzionale sulla validità della legge dell'Assia di adeguamento alla legge federale di riforma del trattamento economico dei pubblici impiegati, per asserita violazione della competenza legislativa concorrente della Federazione, e chiede in via cautelare la sospensione della esecuzione della legge impugnata. Il *Bundesverfassungsgericht* afferma l'interesse ad agire del Governo federale, benché esso possa alternativamente percorrere la via legislativa per eliminare le disposizioni della legge dell'Assia che esso ritenga contrastanti con il diritto federale. Ciò infatti non esclude – statuisce il Tribunale costituzionale federale - che la Federazione possa impugnare la disciplina del *Land* anche attraverso il controllo di costituzionalità

---

<sup>418</sup> Cfr. *BVerfG* 14 gennaio 1953, in *BVerfGE* 2, 103.

<sup>419</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367. Nello stesso senso, in un'analoga fattispecie concernente un referendum indetto dalla città di Brema, v. *BVerfG* 10 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 374. Per la decisione di merito di incostituzionalità di entrambe le leggi, v. *BVerfG* 30 luglio 1957, in *BVerfGE* 8, 104.

astratto. Questa seconda possibilità non è sussidiaria rispetto alla prima. Non si può negare la sussistenza dell'interesse ad agire, anche in via cautelare, tanto più che il ricorso alla via legislativa da parte della Federazione può richiedere un tempo maggiore ed essere di esito incerto, tenuto conto della necessità di passare dall'approvazione del *Bundesrat* <sup>420</sup>. Entrando nel merito dell'istanza cautelare, la Corte ritiene che la valutazione comparativa delle conseguenze (tra l'applicazione di una legge in ipotesi incostituzionale e la mancata applicazione di una legge in ipotesi costituzionale) dia luogo in questo caso ad una situazione di equivalenza, ma l'incertezza della situazione giuridica dovuta ai dubbi sulla costituzionalità della legge dell'Assia non giustifica da sola il rilascio di una misura cautelare, né ciò è imposto dalla considerazione del bene comune. Inoltre – prosegue il *Bundesverfassungsgericht* – il pericolo, lamentato dal governo federale, che altri *Länder* seguano l'esempio dell'Assia, adottando normative che difficilmente potrebbero essere successivamente annullate ed indebolendo così l'autorità del governo e del legislatore federale, è effettivamente tale solo se si muove dal presupposto che l'Assia abbia agito in modo incostituzionale. Si tratta però di un pericolo di un pregiudizio non immediato, che in quanto tale può essere neutralizzato non dal provvedimento cautelare, ma dalla decisione nel merito della causa<sup>421</sup>.

*7. Istanze di sospensione del procedimento di ratifica del Trattato fondamentale con la Repubblica democratica tedesca (Grundlagenvertrag).*

Il trattato viene concluso il 21 dicembre 1972. Nella primavera del 1972 viene approvata la legge di ratifica. Prima della conclusione del procedimento di ratifica, il 22 maggio 1973, il Governo della Baviera propone dinanzi al Tribunale costituzionale federale un'istanza cautelare di sospensione della promulgazione della legge di ratifica, nonché di sospensione dello scambio degli strumenti di ratifica, allegando che il Trattato sia incompatibile con il *Grundgesetz*, in particolare con il principio della riunificazione tedesca, con il principio di salvaguardia dell'unità statale, con il diritto di adesione delle altre parti della Germania alla Repubblica federale tedesca, nonché con l'obbligo di protezione nei confronti dei tedeschi nella Repubblica democratica tedesca. Secondo il Governo bavarese il rilascio del provvedimento cautelare si impone con urgenza, poiché altrimenti il *Bundesverfassungsgericht* non

---

<sup>420</sup> Cfr. *BVerfG* 27 luglio 1971, *BVerfGE* 31, 381.

<sup>421</sup> Cfr. *BVerfG* 27 luglio 1971, *BVerfGE* 31, 381. Per la decisione di merito, che conferma l'assenza del carattere di sussidiarietà del procedimento di controllo di costituzionalità rispetto ad un possibile atto legislativo della Federazione che potrebbe parimenti condurre all'eliminazione della legge del *Land*, v. *BVerfG* 15 novembre 1971, in *BVerfGE* 32, 199 e in *NJW*, 1972, p. 25.



avrebbe tempo di verificare la legittimità costituzionale del Trattato prima dello scambio degli strumenti di ratifica, con il quale sorge il vincolo sul piano del diritto internazionale (con il quale quindi il Governo federale si obbligherebbe ad agire, secondo la tesi del Governo bavarese, in violazione dei summenzionati precetti costituzionali). D'altra parte – argomenta ancora il Governo bavarese, quand'anche si assuma in via ipotetica che il *Bundesverfassungsgericht* pervenga ad accertare la conformità del trattato ai principi costituzionali, sarebbe comunque esigibile posticipare la sua ratifica a tale esito del procedimento di merito.

All'unanimità il Tribunale costituzionale federale (il secondo *Senat*) ritiene che il rilascio della misura cautelare non si imponga attualmente con urgenza, poiché in ogni caso è prevedibile che lo scambio degli strumenti di ratifica (atto che determina l'entrata in vigore del Trattato) non avvenga prima del mese di agosto 1973 (mentre la decisione sul merito del ricorso è prevista entro la fine del mese di luglio)<sup>422</sup>. Il seguito della motivazione vede tuttavia il *Senat* spaccarsi esattamente a metà: i quattro giudici “portanti” (*tragende*) la decisione premettono che il rigoroso criterio a cui il Tribunale costituzionale federale si ispira nel decidere sulle istanze cautelari vale in modo particolare quando si tratta di leggi di ratifica di trattati internazionali di notevole significato politico. In questo contesto essi dichiarano di non potersi accontentare di prendere in considerazione solo l'astratta possibilità della incostituzionalità della legge di ratifica ed effettuano eccezionalmente una prognosi dell'esito della causa di merito, valutando “in modo sommario se i motivi finora riconoscibili che depongono a sfavore della costituzionalità della legge di ratifica fanno presagire, almeno con un alto grado di probabilità, che il *Bundesverfassungsgericht* dichiarerà la legge di ratifica in tutto o in parte costituzionalmente illegittima”. Su questa base è valutata come poco probabile la dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica, senza escludere però l'eventualità di assoggettarla in qualche punto ad una interpretazione conforme a Costituzione. La successiva valutazione comparativa delle conseguenze sottolinea i maggiori pregiudizi che scaturirebbero dal rilascio della misura cautelare: “il trattato rappresenta un passo importante nel quadro della *Ostpolitik*, avviata dal Governo federale ed indirizzata alla distensione, che ha avuto inizio con la stipula dei trattati di Mosca e di Varsavia. Esso non può quindi essere considerato isolatamente. Il suo trattamento nell'ambito del procedimento di ratifica avrà riflessi sugli altri passi di politica estera del Governo federale, in particolare nell'ambito della *Ostpolitik* da esso perseguita. Dall'ulteriore trattamento di questo accordo dipendono anche molte cose, in particolare una normalizzazione delle relazioni

---

<sup>422</sup> Cfr. *BVerfG* 4 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 193.

tra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica democratica tedesca e facilitazioni per gli uomini al di là e al di qua della frontiera. Riguardo alla stipula e alla ratifica di un trattato dal significato politico così fondamentale, gli organi della Repubblica federale tedesca chiamati ad agire politicamente debbono assumersi la loro responsabilità, che non può essere diminuita dall'intervento della Corte, che in base alla propria competenza non è in grado di avere una visione d'insieme delle implicazioni politiche". Vengono riferite poi le argomentazioni del Governo federale<sup>423</sup>, che sono tipiche della pressione che il Governo federale esercita sulla Corte in queste circostanze<sup>424</sup>.

Tendenzialmente contrapposta è invece la visione dei rapporti fra Tribunale costituzionale federale ed organi politici che emerge dalla motivazione degli altri quattro giudici. Essi sostengono che sarebbe un grave pregiudizio se un trattato di questa portata entrasse in vigore prima che il *Bundesverfassungsgericht* si sia pronunciato in via definitiva sulla sua conformità alla Costituzione: "in virtù della Costituzione gli organi costituzionali devono avere riguardo l'uno dell'altro e tale riguardo, giuridicamente doveroso, non può essere superato da alcuna considerazione politica". Inoltre, prosegue questa argomentazione, il sorgere dell'obbligo internazionale di esecuzione del Trattato prima della decisione di merito precluderebbe l'efficacia di una successiva interpretazione adeguatrice del Trattato ad opera del *Bundesverfassungsgericht*, interpretazione che potrebbe rivelarsi necessaria per renderlo conforme a Costituzione ma che, a quel punto, non potrebbe essere più opposta all'altra parte contraente. Pertanto la Corte non sarebbe più in condizione di poter svolgere la propria funzione. Ciò rappresenterebbe un motivo per il quale il rilascio del provvedimento cautelare può imporsi con urgenza per il bene comune (qualora il Governo federale dia ad intendere di volere procedere allo scambio dello strumento di ratifica prima della decisione di merito). Manifesta è la volontà di sottrarre il Tribunale alla pressione proveniente dal potere politico nel sostenere infine che Corte non può sottrarsi alla responsabilità di sottoporre ad una propria valutazione il Trattato e le sue implicazioni sul piano della politica internazionale.

---

<sup>423</sup> Il Governo federale comunica che anche un limitato ritardo nella ratifica del trattato fino al 31 luglio (la data entro la quale la Corte si è impegnata a decidere nel merito) metterebbe decisamente in discussione la capacità di azione della Repubblica federale tedesca nelle trattative internazionali, in particolare per la partecipazione alla conferenza sulla sicurezza e la collaborazione in Europa e per l'ingresso della Repubblica federale tedesca all'Onu.

<sup>424</sup> In questo senso, v. F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 284.

Nei giorni successivi all'emanazione di questo provvedimento si verificano in rapida successione una serie di eventi che avrebbero potuto provocare un inasprimento del conflitto. Il 6 giugno viene pubblicata nella Gazzetta ufficiale la legge di ratifica e fissato al 20 giugno 1973 il termine per lo scambio delle note diplomatiche: cinque settimane prima del termine fissato dalla Corte per la emanazione della decisione di merito. Il 13 giugno il Governo della Baviera torna a chiedere in via cautelare la sospensione dello scambio di note diplomatiche, facendo valere i fatti sopravvenuti della entrata in vigore della legge di ratifica e della manifestazione dell'intenzione dei Governi dei due Stati tedeschi di procedere allo scambio delle note diplomatiche il 20 giugno a Bonn. Il 16 giugno viene accolta dal *Bundesverfassungsgericht* un'istanza di ricusazione nei confronti del giudice Rottmann, uno dei quattro giudici "portanti" la precedente decisione<sup>425</sup>. Tuttavia l'istanza cautelare viene respinta, questa volta con unanimità non solo nel dispositivo ma anche nella motivazione. Il Governo federale fa valere un argomento dal peso politico difficilmente resistibile, poiché giustifica l'urgente necessità che il Trattato entri in vigore il 21 giugno come condizione affinché il Consiglio di sicurezza dell'Onu, nella sua riunione fissata per lo stesso giorno, possa deliberare sull'ingresso dei due Stati tedeschi nell'Organizzazione delle Nazioni Unite<sup>426</sup>.

In queste condizioni al *Bundesverfassungsgericht* non rimane altra scelta che battere la strada di una "ritirata ordinata"<sup>427</sup>: "il rigetto dell'istanza cautelare, ove fosse seguito dall'accoglimento della domanda di merito, condurrebbe alla conseguenza che la Repubblica federale e il Governo entrerebbero nel seguente conflitto: da un lato, rispettare un Trattato, la cui esecuzione costringerebbe alla violazione degli obblighi costituzionali, così come fossero accertati dalla sentenza del Tribunale costituzionale federale; dall'altro lato, rispettare la sentenza della Corte e per questo violare il Trattato. Questo sarebbe un conflitto che potrebbe risolversi all'interno dello Stato solo attraverso una modificazione della Costituzione, mentre il suo superamento attraverso una modifica del contenuto del Trattato non sarebbe più rimesso unicamente al potere del Governo federale, poiché il Trattato non contiene alcuna clausola di estinzione o di recesso".

---

<sup>425</sup> Cfr. *BVerfG* 16 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 246: una decisione contrastata (tre le *dissenting opinions*) che considera rilevanti ai fini della ricusazione una relazione svolta dal giudice in questione e le espressioni contenute in una lettera da lui scritta. Una precedente istanza di ricusazione nei confronti del medesimo giudice era stata respinta da *BVerfG* 29 maggio 1973, in *BVerfGE* 35, 171.

<sup>426</sup> Cfr. *BVerfG* 18 giugno 1973, in *BVerfGE* 35, 257.

<sup>427</sup> Così, F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 285.

Il *Bundesverfassungsgericht* invita poi il Governo federale al rispetto del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali: “a prescindere da ciò, il rigetto dell’istanza cautelare rende in ogni caso necessario accennare che con ciò il Governo federale non è in alcun modo esonerato dal rispetto del principio costituzionale che deriva dal rapporto fondamentale dei supremi organi costituzionali tra di loro. È in via di principio incompatibile con la scelta del *Grundgesetz* in favore della giurisdizione costituzionale e con la competenza del Tribunale costituzionale federale a verificare la conformità costituzionale anche di un trattato di politica estera che il potere esecutivo frustri l’utilità di un procedimento pendente dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* e attraverso un proprio provvedimento privi definitivamente la sentenza finale di una parte della propria efficacia; come d’altra parte il Tribunale costituzionale federale è tenuto, in un tale caso di imminente conflitto costituzionale, ad accelerare in ogni modo il procedimento”. La Corte aggiunge incidentalmente che “la stessa cosa vale per l’obbligo del Governo federale di tenere un comportamento di lealtà federale nei confronti di un *Land*, secondo il corrispondente principio costituzionale elaborato dal *Bundesverfassungsgericht*. Entrambi i principi costituzionali hanno i loro confini. Se il Tribunale costituzionale federale rinuncia ad emanare una misura cautelare, la determinazione di questi confini è rimessa alla responsabilità del Governo federale. Ciò discende dal canone del *self-restraint* giudiziale, che il *Bundesverfassungsgericht* si è imposto in questi casi secondo un orientamento giurisprudenziale costante”.

Il Tribunale costituzionale federale evita poi di intraprendere un calcolo delle conseguenze del rilascio della misura cautelare, collegato al successivo rigetto della domanda di merito: “non sono prevedibili i rischi politici di un ritardo dell’entrata in vigore del Trattato [...]. Solo una cosa è sicura dopo quanto ha allegato il Governo federale, da ultimo all’udienza: “la correlazione, che sussiste tra l’ingresso delle parti contraenti alle Nazioni Unite e il Trattato, si può solo assicurare se, come concordato tra le parti, lo scambio delle note secondo l’art. 10 del Trattato avvenga il 20 giugno 1973, poiché nella seduta del 21 giugno 1973 del Consiglio di sicurezza verrà presa la decisione sull’ingresso di entrambe le parti contraenti alle Nazioni Unite”.

Infine il Tribunale costituzionale federale non manca di riflettere sul diminuito valore che così assume la decisione nel merito: “nella valutazione comparativa dei pregiudizi, prevalgono quelli che scaturiscono dal rilascio della misura cautelare. La sentenza sul merito possiede ancora, se non la piena efficacia, certamente un significato importante per l’ordinamento statale

interno e per la posizione giuridica del Governo federale nelle trattative per la stipula degli accordi successivi<sup>428</sup>.

8. *Istanza di sospensione della legge del 1974 sulla interruzione della gravidanza.*

La Repubblica federale tedesca approva il 18 giugno del 1974 una disciplina meno restrittiva della possibilità di interrompere la gravidanza, sul modello di quella in vigore nella ex Repubblica democratica tedesca a partire dal 1972, secondo la quale l'interruzione della gravidanza è consentita nei primi tre mesi dal concepimento (*Fristenlösung*), ma il *Bundesverfassungsgericht*, investita immediatamente dal governo del *Land* Baden-Württemberg, ne sospende in via cautelare l'entrata in vigore, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso (in quanto la *Fristenlösung* adottata dal nuovo testo del § 218 a *StGB* urti ipoteticamente contro l'art. 2, II comma GG), in un numero indeterminato di casi sarebbero nel frattempo distrutte delle vite umane in via di sviluppo con la copertura di una norma incostituzionale. In considerazione dell'alto valore che il *Grundgesetz* attribuisce alla vita umana – argomenta il Tribunale costituzionale federale – questo risultato sarebbe difficilmente tollerabile. Viceversa, in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, i miglioramenti di una situazione legislativa avvertita come insoddisfacente sarebbero solo posticipati nel tempo. Il *Bundesverfassungsgericht* non disconosce che in certi casi questo rinvio dell'entrata in vigore della nuova legge possa produrre dei gravi pregiudizi, ma ritiene di poterli mitigare adottando una serie di controcautele nel dispositivo del provvedimento cautelare. In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* dispone che l'interruzione della gravidanza operata dal medico con il consenso della donna nelle prime dodici settimane dal concepimento non sia punibile come reato qualora la donna abbia subito una violenza sessuale e sussistano gravi indizi che la gravidanza sia dovuta a questa violenza. Il Tribunale costituzionale federale dispone inoltre che i procedimenti penali pendenti, aventi ad oggetto un fatto che secondo la nuova legge non sarebbe reato, siano sospesi fino alla decisione del procedimento di merito sulla sua conformità al *Grundgesetz* e che egualmente sia sospesa l'esecuzione delle eventuali condanne penali negli stessi termini<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> Per la decisione di merito sulla conformità al *Grundgesetz* del Trattato, v. *BVerfG* 31 luglio 1973, in *BVerfGE* 36, 1.

<sup>429</sup> Così, *BVerfG* 21 giugno 1974, in *BVerfGE* 37, 324 e in *NJW*, 1974, p. 1322. La decisione di merito accerta l'incostituzionalità della *Fristenlösung* con il *Grundgesetz* e suggerisce al legislatore l'adozione della *Indikationslösung* (cfr.

9. *Istanza di sospensione della legge dello Schleswig-Holstein che concede agli stranieri il diritto di voto alle elezioni amministrative.*

Con una modifica del 21 febbraio 1989 della legge elettorale per le elezioni amministrative, il parlamento dello Schleswig-Holstein concede l'elettorato attivo e passivo anche ai cittadini di sei paesi europei, residenti da almeno cinque anni in Germania, sulla base dell'accertata sussistenza della condizione di reciprocità: si tratta infatti di sei paesi nei quali ai cittadini tedeschi è parimenti riconosciuto il diritto di voto alle elezioni amministrative. Duecentoventiquattro deputati del *Bundestag* appartenenti al gruppo parlamentare della Cdu/Csu e il Governo della Baviera promuovono un giudizio di costituzionalità di tale modifica legislativa, per asserita violazione del principio democratico, della "garanzia istituzionale" della cittadinanza tedesca, nonché del principio di uguaglianza, e ne chiedono in via cautelare la sospensione dell'esecuzione, con riferimento alle elezioni amministrative del 25 marzo 1990, in cui la legge dovrebbe ricevere la prima applicazione. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la domanda di merito di dichiarazione di nullità della legge impugnata non è inammissibile, né manifestamente infondata, sollevando essa importanti e difficili questioni di diritto costituzionale. Il Tribunale costituzionale federale accoglie poi l'istanza cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, la Corte attribuisce un particolare peso alla violazione del principio democratico, sotto la specie della erronea determinazione del corpo elettorale. Poiché quest'ultimo costituisce il punto di partenza di ogni legittimazione democratica – argomenta il *Bundesverfassungsgericht* – un'illegittimità costituzionale di questa natura integra di per sé un grave pregiudizio per il bene comune: "la lesione del principio democratico sarebbe così grave, che essa non potrebbe essere eliminata nemmeno dal necessario svolgimento di nuove elezioni dopo l'accoglimento della domanda di merito; una tale violazione costituzionale non può essere tollerata nemmeno per un periodo di tempo transitorio, cioè fino alla decisione della causa di merito. In tali circostanze ulteriori effetti di elezioni affette da un vizio così grave sono irrilevanti". In confronto a ciò, in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, ha un peso minore la compressione della discrezionalità del legislatore, derivante dal fatto che la misura cautelare offre una base legittimante allo svolgimento delle

---

*BVerfG* 25 febbraio 1975, in *BVerfGE* 39, 1 e in *NJW*, 1975, p. 573), suggerimento che è accolto nel 1976.

elezioni amministrative secondo la precedente disciplina legislativa<sup>430</sup>.

10. *Istanza di sospensione dell'entrata in vigore della legge diretta ad eliminare la discriminazione delle convivenze omosessuali.*

I *Länder* della Baviera e della Sassonia promuovono un giudizio di costituzionalità sulla validità legge diretta a porre fine alla discriminazione delle convivenze omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), assumendone la violazione, tra l'altro, della garanzia costituzionale del matrimonio e della famiglia (art. 6 GG), e chiedono in via cautelare la sospensione dell'entrata in vigore della legge. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che il procedimento di merito non è inammissibile, né manifestamente infondato e che le questioni giuridiche sollevate non possono essere risolte semplicemente sulla base della propria precedente giurisprudenza e della letteratura esistente in materia. Il Tribunale costituzionale federale rigetta poi l'istanza cautelare, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, non sono da temere pregiudizi irreparabili per l'istituto del matrimonio, che non subisce modifiche attraverso la nuova legge. Quest'ultima è anche eseguibile: nell'ambito della loro competenza i *Länder* – prosegue la Corte – possono emanare leggi di esecuzione (artt. 83, 84, comma I GG), finché e nella misura in cui il legislatore federale non faccia uso della propria competenza legislativa in questo settore (art. 72, comma I GG). Differenti leggi di esecuzione dei *Länder* in tema di competenza e di procedimento relativi allo stato civile non conducono ad un problematico difetto di trasparenza in questa materia. Tali differenze sono al contrario una legittima espressione della ripartizione di competenza legislativa prevista dal *Grundgesetz* in considerazione della struttura federale dello Stato e possono comunque essere evitate attraverso intese tra i *Länder*. In caso di successiva dichiarazione di nullità della legge, le convivenze fondate su di essa dovrebbero essere dichiarate inefficaci fin dall'inizio, ma l'ordinamento – argomenta il *Bundesverfassungsgericht* – conosce strumenti per risolvere i problemi giuridici sollevati da questa necessità, senza che la certezza del diritto ne debba soffrire. Alcuni effetti giuridici prodotti dalla nuova legge (nell'ambito del diritto ereditario, dell'acquisizione della cittadinanza, del legittimo rifiuto di testimoniare) non potrebbero essere successivamente annullati, in caso di sua dichiarazione di nullità, ma i pregiudizi così prodottisi non sarebbero certamente più pesanti di quelli che in tali casi si

---

<sup>430</sup> Cfr. *BVerfG* 12 ottobre 1989, in *BVerfGE* 81, 53, annotata da J. MASING, in *NJW*, 1990, p. 1830. Per la decisione di merito che dichiara la nullità della legge impugnata, v. *BVerfG* 31 ottobre 1990, in *BVerfGE* 83, 37.

verificherebbero in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso. Il Tribunale costituzionale federale passa poi ad una considerazione complessiva delle conseguenze scaturenti dal rilascio della misura cautelare (seguito dal rigetto del ricorso) e constata che tutti coloro che ricevono benefici dalla nuova legge subirebbero delle perdite definitive fino alla decisione di merito, con riferimento a tutti quei rilevanti settori nei quali l'autonomia privata in tutto o in parte non può operare. Tali pregiudizi sono tanto più gravi in quanto il legislatore riconosce per la prima volta diritti a persone, i quali dovrebbero contribuire ad un migliore sviluppo della loro personalità e all'abbattimento di una durevole discriminazione. Una provvisoria sottrazione di questi diritti attraverso una misura cautelare potrebbe giustificarsi solo se altrimenti si verificassero gravi pregiudizi per il bene comune, ma non è questo il caso. Pertanto – conclude la Corte – non si impone il rilascio del provvedimento cautelare. Alla conclusione opposta – manifestata attraverso una *dissenting opinion* - giungono invece alcuni componenti del collegio decidente (il primo *Senat*). Costoro riterrebbero giustificato il rilascio di un provvedimento cautelare per neutralizzare un pericolo gravante sul bene comune ai sensi del § 32 *BVerfGG*, in quanto i pregiudizi scaturenti dal rigetto dell'istanza cautelare (seguito dallo accoglimento del ricorso) subirebbero in gravità i pregiudizi che si verificherebbero in caso di rilascio del provvedimento cautelare (seguito dal rigetto del ricorso). In particolare, la legge sottoposta al controllo di costituzionalità collega alla costituzione di una convivenza registrata presso lo stato civile una notevole serie di effetti giuridici diretti ed indiretti, che si estendono ai settori più diversi (nome, filiazione, mantenimento, successioni, ecc.) e coinvolgono anche terzi. In caso di successiva dichiarazione di nullità della legge – proseguono i giudici dissenzienti – a parte i dubbi sul venir meno *ex nunc* o *ex tunc* dello stato civile costituitosi sulla base della legge incostituzionale, il ripristino dello *status quo ante* non potrebbe avvenire se non al prezzo di un intollerabile pregiudizio alla certezza del diritto. Meno gravi sono invece i pregiudizi in caso di posticipazione dell'entrata in vigore della legge, anche perché le persone che vorrebbero costituire una convivenza nel senso della nuova legge, potrebbero produrre in molti settori effetti equivalenti attraverso l'esercizio della loro autonomia privata. Nel settori in cui l'autonomia privata non può operare è esigibile che tali persone attendano fino alla pronuncia della Corte sulla conformità costituzionale della nuova legge<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup> Cfr. *BVerfG* 18 luglio 2001, in *BVerfGE* 104, 51 e in *NJW*, 2001, p. 2457, commentata da M. SACHS, in *JuS*, 2001, p. 1114. Per la decisione di merito di conformità al *Grundgesetz* della *Lebenspartnerschaftsgesetz*, v. *BVerfG* 17 luglio 2002, in *BVerfGE* 105, 313 e in *NJW*, 2002, p. 2543. Due *dissenting opinions* si manifestano anche in occasione della pronuncia di merito *BVerfG* 17



**Sezione III**  
**Controllo di costituzionalità astratto ex art. 93, I comma, n.**  
**2a GG**

1. *Il procedimento.*

L'impiego dei provvedimenti cautelari nell'ambito del controllo di costituzionalità astratto è da esaminare distintamente con riferimento alla nuova variante di questo tipo procedimento, introdotta dalla legge costituzionale del 27 ottobre 1994<sup>432</sup>. In base a questa nuova attribuzione, la Corte decide in caso di "diversità di opinioni se una legge rispetti i presupposti dell'art. 72, II comma, su istanza del *Bundesrat*, del Governo di un *Land* o del Parlamento di un *Land*"<sup>433</sup>.

Il tema non può essere adeguatamente affrontato senza accennare alla ragione del cambiamento legislativo. A sua volta, quest'ultima si comprende se si illustra la contestuale modifica dell'art. 72, II comma GG, che si inserisce nel quadro delle regole in tema di ripartizione della competenza legislativa tra Federazione e *Länder*<sup>434</sup>. In particolare, nell'ambito della *konkurrierende Gesetzgebung* – così prevede l'attuale formulazione dell'art. 72, I comma GG – "i *Länder* hanno il potere di legiferare finché e nella misura in cui la Federazione non abbia fatto uso della propria competenza legislativa attraverso la legge". L'art. 72, II comma prevede che la Federazione abbia in questo ambito il diritto di legiferare "se è nella misura in cui la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso renda necessaria l'adozione di una disciplina legislativa federale". Una legge federale ai sensi dell'art. 72, III comma GG può stabilire che la disciplina legislativa federale, per la quale non sussista più il requisito della necessità nel senso di cui al secondo comma, possa essere sostituita da una legge del *Land*.

---

luglio 2002, in *BVerfGE* 105, 313, cit., 357, argomentando in particolare dalla contrarietà della nuova legge alla garanzia costituzionale del matrimonio (art. 6, comma I GG).

<sup>432</sup> Cfr. *BGBI*, I, 3146.

<sup>433</sup> Cfr. art. 93, comma I, n. 2 a GG.

<sup>434</sup> Secondo l'art. 70, comma I GG "i *Länder* hanno il diritto di legiferare nella misura in cui questo *Grundgesetz* non attribuisca poteri legislativi alla Federazione". La regola è prevalentemente interpretata nel senso che essa istituisca un rapporto di regola-eccezione a vantaggio della competenza dei *Länder*, anche se si osserva che i successivi artt. 72 ss. GG segnano di fatto una preponderanza quantitativa della legislazione della Federazione. Cfr. C. DEGENHART, *Art. 72*, in *Grundgesetz Kommentar*, seconda ed., a cura di M. SACHS, München, C. H. Beck, 1999, p. 1369. L'art. 70, comma II GG prosegue distinguendo tra legislazione esclusiva della Federazione (definita nell'art. 71 GG ed enucleata nell'art. 73 GG) e legislazione concorrente (art. 72 e artt. 74-75 GG).

La precedente formulazione dell'art. 72, II comma GG consentiva l'intervento del legislatore federale quando si ravvisava il "bisogno" di adottare una disciplina legislativa federale per il raggiungimento delle finalità già ricordate, allora enucleate in tre numeri distinti. Questa formulazione non aveva contribuito ad arginare una progressiva consunzione della competenza legislativa dei *Länder*, poiché l'accertamento del bisogno di adottare una disciplina unitaria federale era considerato una questione attinente alla discrezionalità del legislatore, in quanto tale fondamentalmente non giustiziabile dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*<sup>435</sup>. A *fortiori* si poteva ricavare implicitamente l'inammissibilità di provvedimenti della Corte diretti a proteggere in via cautelare i *Länder* da una invasione della loro competenza legislativa da parte della Federazione. Ciò non in forza di un limite intrinseco al § 32 *BVerfGG*, ma a cagione della sostanziale assenza di una pretesa cautelabile da far valere nella causa di merito.

Con la nuova formulazione dell'art. 72, comma II GG, che fa appello alla "necessità" di adottare una disciplina legislativa federale, il legislatore persegue il disegno di "precisare, inasprire e concentrare i presupposti per ricorrere alla competenza legislativa concorrente, con lo scopo di migliorare l'insufficiente giustiziabilità della clausola del bisogno da parte del *Bundesverfassungsgericht*"<sup>436</sup>. In questa prospettiva si spiega la scelta di introdurre un procedimento *ad hoc* dinanzi al Tribunale costituzionale federale, con una estensione della capacità di essere parte ai parlamenti dei *Länder*, che sono gli organi direttamente colpiti da un esorbitante esercizio della competenza legislativa da parte della Federazione<sup>437</sup>. La novità legislativa dischiude conseguentemente anche la possibilità di richiedere alla Corte il rilascio di provvedimenti cautelari in materia.

In un primo momento la dottrina valuta con grande cautela la possibilità che la modifica costituzionale solleciti un cambiamento della giurisprudenza costituzionale sulla questione della giustiziabilità del principio di sussidiarietà, così riformulato in

---

<sup>435</sup> Così, *BVerfGE* 1, 264, 272 s.

<sup>436</sup> Così nei lavori preparatori, in BT-Druck. 12/6000, p. 33. Cfr. C. DEGENHART, *Art. 72*, in *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 1398; S. OETER, *Art. 72*, in *Das Bonner Grundgesetz*, II, quarta ed., a cura di C. STARCK, München, Vahlen 2000, p. 2306.

<sup>437</sup> Cfr. P. SELMER, *Bund-Länder-Streit*, cit., p. 581. Con la legge 16 luglio 1998, in *BGBI*, I, 1823, è stato modificato infine anche il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* e il nuovo procedimento è stato univocamente configurato come una variante del controllo di costituzionalità astratto (cfr. §§ 13, n. 6a e 76-79 ss. *BVerfGG*), risolvendo così le precedenti incertezze che dividevano la dottrina sul punto.

seno all'art. 72, comma II GG<sup>438</sup>, ma il Tribunale costituzionale federale non si lascia sfuggire l'occasione e risponde positivamente alla sollecitazione proveniente dal potere politico con una importante pronuncia del 2002<sup>439</sup>, preceduta dal rilascio di un provvedimento cautelare di sospensione dell'esecuzione di una legge federale, impugnata anche per la violazione dell'art. 72, comma II GG<sup>440</sup>. Questa vicenda viene ampiamente riferita nel prossimo paragrafo.

*2. Istanza di sospensione della riforma della disciplina delle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani.*

La Baviera promuove giudizio di costituzionalità ex art. 93, I comma, n. 2 a GG della legge del 17 novembre 2000 relativa alle professioni nel settore dell'assistenza agli anziani (*Altenpflegegesetz – AltPflG*), la cui entrata in vigore era prevista per il 1° agosto 2001<sup>441</sup>. L'art. 1 della legge disciplina per la prima volta sul piano nazionale l'aspetto della relativa formazione professionale, per assicurare un livello formativo unitario, compensando i deficit derivanti dalla molteplicità delle normative dei *Länder*, ed eliminare la penuria di forze lavoro specializzate in questo settore, rendendo più attraente l'immagine di tali professioni. Il Governo bavarese promuove il 2 marzo 2001 un giudizio di costituzionalità astratto, chiedendo di accertare la incompatibilità con l'art. 70 e, in via sussidiaria, con l'art. 72 GG, e quindi la nullità, dell'art. 1 della predetta legge, a causa del difetto di competenza legislativa della Federazione. L'istanza è fondata sui seguenti motivi. La Federazione non è competente per l'assistenza agli anziani; a causa del difetto di competenza legislativa esclusiva, la Federazione si è richiamata all'art. 74, comma I, n. 19 GG (che prevede tra le materie affidate alla competenza legislativa concorrente "l'ammissione alle professioni mediche e alle altre professioni sanitarie"). Secondo il governo bavarese la legge sull'assistenza agli anziani non ha ad oggetto la disciplina di un'attività sanitaria. In particolare gli obiettivi formativi individuati nell'art. 3 della legge disegnano un profilo professionale in cui gli elementi assistenziali prevalgono nettamente su quelli sanitari. Indipendentemente dall'art. 74 GG – prosegue il Governo bavarese – non si rinverrebbero i presupposti dell'art. 72, comma II GG, poiché una

---

<sup>438</sup> Cfr. ad es. S. OETER, *Art. 72*, in *Das Bonner Grundgesetz*, II, cit., p. 2324: "con riguardo alla questione della giustiziabilità dell'art. 72, comma II GG non si constaterà alcuna radicale modificazione della situazione giuridica, ma si constaterà al più una graduale modifica nell'atteggiamento del *Bundesverfassungsgericht*".

<sup>439</sup> Cfr. *BVerfG* 24 ottobre 2002, in *NJW*, 2003, p. 41 ss.

<sup>440</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23.

<sup>441</sup> Sull'*Altenpflegegesetz*, con un rapido cenno alla vicenda processuale riassunta nel testo v. G. SCHNEIDER, *Die neue Regelung der Altenpflege durch das Altenpflegegesetz*, in *NJW*, 2001, 3226.

disciplina federale non sarebbe “necessaria”. La semplice assenza di uniformità delle normative dei *Länder* non giustifica da sola la necessità della Federazione di legiferare per assicurare l’unità giuridica, non ricorrendo un interesse dell’intero Stato. Né tale intervento si rende necessario per conseguire equivalenti condizioni di vita o per assicurare l’unità economica.

Il ricorrente chiede inoltre di sospendere provvisoriamente l’entrata in vigore della legge impugnata sulla base dei seguenti argomenti: la misura cautelare sarebbe necessaria per porre al riparo da danni gravi e irreparabili le scuole, gli istituti di assistenza agli anziani e i candidati alla formazione professionale toccati dal provvedimento legislativo. Inoltre nell’interesse del bene comune dovrebbero essere assicurate l’esistenza delle scuole e la salvaguardia degli attuali percorsi formativi fino alla decisione della causa di merito. Il celere rilascio della misura cautelare dovrebbe servire ad evitare – argomenta infine il ricorrente – che la riforma, che richiede un’ampia ristrutturazione dell’offerta formativa indirizzata alle professioni relative all’assistenza agli anziani, sia attuata con notevole impegno materiale ed intellettuale in modo inutile ed in parte irreparabile.

Viceversa, ad avviso del Governo federale l’istanza cautelare è infondata. Se la legge dovesse rivelarsi costituzionalmente legittima, la misura cautelare inciderebbe sulla libertà di determinazione del legislatore e decurterebbe una competenza costituzionalmente fondata. Inoltre – prosegue il governo federale nella sua difesa – essa danneggerebbe l’interesse dell’intero Stato, la cui realizzazione è affidata dall’art. 72, comma II GG alla Federazione. La stessa legge impugnata si impegna a raggiungere obiettivi previsti dal *Grundgesetz*. Se la sua esecuzione fosse sospesa, si fermerebbero gli sforzi indirizzati al conseguimento di tali obiettivi per tutta la durata della sospensione. Con ciò rimarrebbero intatti non solo i deficit qualitativi dell’attuale formazione, ma si inasprirebbe anche la penuria di forze lavoro qualificate, alla quale la legge intende porre rimedio. Secondo il governo federale il ricorrente non avrebbe argomentato in modo convincente i propri timori che una parte delle scuole di formazione professionale debba chiudere, fondandosi essi su premesse la cui determinazione è affidata all’iniziativa della stessa Baviera, come in particolare la politica di sostegno finanziario e l’adozione di norme transitorie per chi ha fatto domanda di iscrizione agli attuali corsi di formazione professionale. Infine, se fosse rilasciata la misura cautelare la maggiore parte degli altri *Länder* dovrebbero interrompere la corrente opera di adeguamento al nuovo diritto federale, per riprenderla dopo una decisione di merito di rigetto dell’istanza. Ciò costerebbe un supplementare impegno finanziario e amministrativo in tutti gli altri *Länder*.

Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara ammissibile e fondata l'istanza cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, i soggetti che in forza della nuova legge perdono la possibilità di esercitare le professioni *de quibus* vedrebbero lesa il loro diritto fondamentale alla libertà della scelta della professione (art. 12 GG), le scuole di formazione professionale più piccole vedrebbero messa in pericolo la loro esistenza a causa della ristrutturazione imposta dalla nuova legge. I *Länder* potrebbero certamente mitigare tali pregiudizi con interventi legislativi *ad hoc*, ma inserire questa possibilità nella valutazione comparativa delle conseguenze equivarrebbe ad obbligare i *Länder* – nonostante l'esistenza di una loro propria competenza legislativa – ad introdurre una sorta di formazione professionale parallela a quella federale, a causa di una normativa federale in ipotesi costituzionalmente illegittima.

In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, l'attuale situazione normativa rimarrebbe invariata per un periodo più lungo del previsto, la formazione professionale nel settore dell'assistenza agli anziani continuerebbe provvisoriamente ad essere regolata dalle normative dei *Länder* ed i livelli qualitativi divisati dalla Federazione non potrebbero essere raggiunti. Tuttavia non sarebbero da temere ulteriori gravi pregiudizi in conseguenza di una posticipazione dell'entrata in vigore della nuova legge.

In considerazione delle conseguenze personali a carico dei diversi gruppi di candidati alla formazione professionale – conclude il Tribunale costituzionale federale – gli svantaggi derivanti da un'immediata entrata in vigore della legge (seguita dall'accoglimento del ricorso) sono maggiori di quelli derivanti da una sua sospensione (seguita dal rigetto del ricorso)<sup>442</sup>.

#### **Sezione IV**

#### **Controversie tra Federazione e *Länder* ex art. 93, comma I, n. 3 GG**

##### *1. Il procedimento.*

Proseguendo sempre nell'ordine delle attribuzioni di competenza previste dall'art. 93, comma I GG, si esamina a questo punto l'impiego dei provvedimenti cautelari nelle controversie tra la Federazione ed i *Länder*<sup>443</sup>. L'attribuzione di competenza relativa a questa categoria di controversie rappresenta un elemento

---

<sup>442</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 2001, in *BVerfGE* 104, 23. Per la decisione di merito che accoglie parzialmente il ricorso, v. *BVerfG* 24 ottobre 2002, in *NJW*, 2003, p. 41 ss.

<sup>443</sup> Cfr. artt. 93, comma I, n. 3 GG; §§ 13, n. 7, 68-70 *BVerfGG*.

fondamentale nel quadro della giurisdizione costituzionale in uno Stato federale. La sua importanza discende dal fatto che la superiorità della Costituzione rispetto alla legislazione ordinaria costituisce il presupposto fondamentale per la salvaguardia della struttura federale dello Stato, così come essa è fissata nelle norme costituzionali. Per questo motivo “gli Stati federali si sono dimostrati importanti sostenitori dell’idea della rigidità della Costituzione: infatti in particolare per i titolari di funzioni statali nei *Länder* è senz’altro opportuno che la ripartizione della competenza federale sia regolata da diritto di rango superiore, che non possa essere modificato con la semplice maggioranza del legislatore federale”<sup>444</sup>. “Non desta quindi meraviglia che il federalismo abbia coniato ancora più fortemente l’idea di un potere giudiziario di controllo, come anche la concezione che la Costituzione esprime una disciplina <di rango superiore> rispetto alle leggi ordinarie”<sup>445</sup>.

L’art. 93, comma I, n. 3 GG prevede letteralmente che il *Bundesverfassungsgericht* possa essere chiamato a decidere in caso di “diversità di opinioni” su diritti ed obblighi della Federazione e dei *Länder*. Questa formulazione non è fra le più felici. In realtà è pacifico che si tratti di una competenza relativa a vere e proprie controversie tra Federazione e *Länder* (non a caso si parla di *Bund-Länder-Streit*).

Il parametro risolutivo della controversia è fornito soprattutto dalle norme costituzionali relative alla ripartizione di competenza tra Federazione e *Länder*, come si desume dalle indicazioni esemplificative contenute nello stesso art. 93, comma I, n. 3 GG<sup>446</sup> e come si ricava *a contrario* dalla successiva previsione di competenza del Tribunale costituzionale federale, rivolta alle “altre controversie di diritto pubblico” tra la Federazione e i *Länder*<sup>447</sup>.

Un fondamentale parametro integrativo del giudizio di costituzionalità in questa materia è costituito dal dovere della Federazione e dei *Länder* di tenere un comportamento “leale” nei

---

<sup>444</sup> Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 1 ss., p. 2. Sul legame tra giurisdizione costituzionale ed assetto federale dello Stato, H. Kelsen, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschr. für schweiz. Recht* (N. F.), XLII (1923-1924), p. 173 ss., trad. it., in *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981, p. 3 ss.

<sup>445</sup> Così, C. J. FRIEDRICH, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin, 1953, p. 258.

<sup>446</sup> Si tratta di indicazioni relative alle controversie sull’esecuzione del diritto federale attraverso i *Länder*, sul quale v. art. 83 ss. GG, nonché all’esercizio della vigilanza federale, sulla quale v. art. 84, commi III e IV GG e art. 85, comma IV GG.

<sup>447</sup> Cfr. art. 93, comma I n. 4 GG.

confronti della struttura federale dello Stato (*bundesfreundliches Verhalten; Bundestreue*)<sup>448</sup>. Ancorato al principio dello Stato federale (art. 20, comma I GG), tale dovere genera a sua volta il canone della cooperazione, che, come ha avuto occasione di ribadire recentemente il *Bundesverfassungsgericht*, “si concretizza nel procedimento e nello stile della contrattazione, che si rende necessaria tra la Federazione e i *Länder*, nonché tra questi ultimi, nella vita costituzionale”<sup>449</sup>. Lo si è qualificato come parametro integrativo, poiché questo dovere in quanto tale non genera alcun rapporto di diritto costituzionale materiale tra la Federazione e il *Land*, ma possiede natura accessoria e opera unicamente all’interno di un rapporto giuridico legale o contrattuale altrimenti fondato, “moderando, variando o integrando” i diritti e gli obblighi che da quest’ultimo sorgono<sup>450</sup>.

La disciplina processuale è ricalcata su quella relativa alle controversie tra (o all’interno di) organi costituzionali<sup>451</sup>, ma la capacità di essere parte è limitata al Governo federale e ai Governi dei *Länder*, con esclusione quindi dei Parlamenti<sup>452</sup>. Anche in questa ipotesi il ricorrente deve far valere entro il termine di sei mesi una lesione perpetrata o minacciata a cagione di un provvedimento (anche legislativo) o di un’omissione della controparte giuridicamente rilevanti, e l’oggetto del processo è individuato con riferimento alla questione se il provvedimento o il comportamento omissivo censurato urti contro una disposizione della Costituzione.

Rispetto al numero complessivo dei procedimenti promossi dinanzi al Tribunale costituzionale federale dal giorno della sua costituzione, le controversie tra la Federazione ed i *Länder* ex art. 93, comma I, n. 3 GG sono in realtà poche decine (24 fino alla fine del 2002)<sup>453</sup>. Alcune di esse, specialmente quelle svoltesi nei primi dieci anni di attività del *Bundesverfassungsgericht*, hanno rivestito

---

<sup>448</sup> In tema v. A. ANZON, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, 1995.

<sup>449</sup> Così, *BVerfG* 24 gennaio 2001, in *BVerfGE* 103, 81, 88.

<sup>450</sup> Sul punto la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è costante: sempre *BVerfG* 24 gennaio 2001, cit., p. 88. Per profili di critica alla giurisprudenza costituzionale sul punto, v. P. SELMER, *Bund-Länder-Streit*, cit., p. 570 ss.

<sup>451</sup> Cfr. § 69 *BVerfGG*, che rinvia ai §§ da 64 a 67 *BVerfGG*.

<sup>452</sup> Cfr. § 68 *BVerfGG*.

<sup>453</sup> Per l’indicazione numerica dei dati, v. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 58. Il successivo art. 93, comma I, n. 4 GG, nella sua prima variante, prevede pure (come abbiamo già accennato) altre controversie di diritto pubblico tra la Federazione e i *Länder*, ma la valutazione della portata attuale del *Bund-Länder-Streit* può essere anticipata a questo punto, stante il valore quasi nullo dal punto di vista pratico che riveste l’art. 93, comma I, n. 4 GG sotto questo profilo.

una notevole importanza per la vita costituzionale tedesca<sup>454</sup>. Nel corso degli ultimi decenni il loro rilievo è scemato, tanto da indurre Walter Leisner nel 1976 ad etichettare il *Bund-Länder-Streit* come una competenza “dal punto di vista pratico pressoché priva di significato”<sup>455</sup>. Le ragioni di ciò sono state individuate, in primo luogo, nell’evoluzione del sistema federale tedesco verso un modello “cooperativo-unitario”<sup>456</sup>, al quale si è già accennato in precedenza.

Tuttavia questo quadro non è immobile e dipende dall’ulteriore evoluzione dell’ordinamento della Repubblica federale tedesca, che negli ultimi anni appare segnata da alcuni mutamenti di norme costituzionali a vantaggio dei *Länder*.

Tra questi ultimi si segnala in primo luogo il nuovo testo dell’art. 23 GG sull’Unione europea, che, attraverso la riserva di approvazione da parte del *Bundesrat*, assicura la partecipazione dei *Länder* alla formazione della volontà interna allo Stato tedesco relativa agli ulteriori trasferimenti di poteri sovrani all’Unione europea nonché all’emanazione del diritto comunitario secondario, e – nel suo sesto comma – incide sulla rappresentanza della Repubblica federale tedesca verso l’esterno, prevedendo che, negli affari dell’Unione europea che nel loro fulcro investono la competenza legislativa esclusiva dei *Länder*, i diritti che spettano alla Repubblica federale tedesca come membro dell’Unione europea possano essere esercitati da un rappresentante dei *Länder*, a tal fine nominato dal *Bundesrat*<sup>457</sup>.

In secondo luogo, si segnala la modifica dell’art. 72, comma II GG, sulla quale si rinvia a quanto già detto indietro<sup>458</sup>. In terzo luogo, si segnala la modifica dell’art. 75 GG sulla competenza federale relativa alla legislazione quadro, che è stata trasformata – con un evidente superamento della giurisprudenza costituzionale sulla versione precedente dell’art. 75 GG – in un’autentica legislazione di direttive, prevedendosi nel secondo comma che le *Rahmenvorschriften*, le disposizioni cornice possano contenere solo in casi eccezionali una disciplina particolareggiata o immediatamente efficace e nel terzo comma che i *Länder* siano obbligati ad emanare la normativa necessaria entro un termine

---

<sup>454</sup> Fra queste, alcune sono ricordate nel discorrere della tutela cautelare, v. avanti.

<sup>455</sup> Così, W. LEISNER, *Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Starck, I, Tübingen, Mohr, 1976, p. 260 ss., p. 287.

<sup>456</sup> Così, H. J. PAPIER, *50 Jahre Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz, Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven*, in *50 Jahre Herrenchieser Verfassungskonvent – Zur Struktur des deutschen Föderalismus*, a cura del *Bundesrat*, Bonn, 1999, p. 341 ss., p. 342.

<sup>457</sup> Cfr. H. J. PAPIER, *50 Jahre Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz*, cit., p. 347.

<sup>458</sup> Si veda indietro.



fissato dalla legge<sup>459</sup>. A questi sviluppi si abbina una “rinascita” del federalismo nella discussione politico-costituzionale e le insistenti attese verso una maggiore concorrenza tra *Länder* all’interno della Federazione, che – secondo alcuni – potrebbero rivitalizzare il *Bund-Länder-Streit* ex art. 93, comma I, n. 3 GG<sup>460</sup>.

Sulla base di questa premessa, dalla quale si ricava che il *Bund-Länder-Streit* attraversa una fase interlocutoria dal punto di vista del suo impatto sul sistema federale, si può passare al tema dell’impiego dei provvedimenti cautelari.

A differenza che nelle controversie tra organi costituzionali, il carattere di mero accertamento della decisione di merito non ha mai destato perplessità dottrinali in ordine all’ammissibilità dei provvedimenti cautelari in questo settore, né queste perplessità emergono nella giurisprudenza costituzionale. Anzi si può notare che le più importanti controversie costituzionali tra Federazione e *Länder*, specialmente nei primi anni di attività del Tribunale costituzionale, ma anche successivamente, sono state accompagnate da istanze cautelari, la cui ammissibilità è stata esplicitamente dichiarata o, più spesso, data semplicemente per presupposta dal Tribunale costituzionale federale, come si può ricavare dall’analisi di alcune pronunce esemplari.

## 2. *Istanza di sospensione del referendum sul nuovo ordinamento dei Länder Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern.*

Il Baden promuove una controversia nei confronti della Federazione, lamentando che le due leggi federali relative al nuovo ordinamento dei *Länder* Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern ledano la sua posizione all’interno dell’organizzazione federale dello Stato (art. 20 GG). Come previsto dall’art. 118 GG, la seconda di tali leggi dispone una consultazione popolare, che in concreto sottopone ai cittadini di tali *Länder* l’alternativa tra la creazione di un unico *Land* sudoccidentale o il mantenimento dei vecchi *Länder* Baden e Württemberg (questo secondo comprendente anche l’Hohenzollern). Il *Land* ricorrente propone un’istanza cautelare di sospensione del referendum. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la controversia riguarda “questioni fondamentali dell’ordinamento costituzionale della Repubblica federale” che richiedono una valutazione approfondita nell’ambito di un processo predeterminato dalla legge e che non possono essere risolte prima della data fissata per lo svolgimento del referendum (16 settembre 1951). L’istanza cautelare di sospensione del referendum è accolta in forza della sola necessità di evitare un grave pregiudizio, cioè lo svolgimento di una

---

<sup>459</sup> Cfr. H. J. PAPIER, *50 Jahre Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz*, cit., p. 348.

<sup>460</sup> Così, SELMER, *Bund-Länder-Streit*, cit., p. 584.

consultazione popolare sulla base di una legge la cui validità è notevolmente controversa nell'opinione pubblica. Al fine di fugare ogni dubbio che la motivazione della decisione sull'istanza cautelare contenga una provvisoria anticipazione del suo giudizio sulla invalidità della legge, la Corte così conclude: "il *Bundesverfassungsgericht* non ha potuto ancora esaminare il merito. Questo provvedimento cautelare non consente alcuna conclusione sulla opinione della Corte relativamente alla validità o invalidità della legge impugnata"<sup>461</sup>.

3. *Istanza di sospensione delle disposizioni relative al pagamento della tredicesima in Baviera e Assia.*

Il Governo federale promuove una controversia nei confronti dei governi della Baviera e dell'Assia sulla validità delle disposizioni relative al pagamento della tredicesima, emanate nonostante la precedente determinazione contraria del Governo federale. Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia delle disposizioni medesime affermando tra l'altro che "il rilascio di una misura cautelare nella controversia costituzionale costituisce un intervento del Tribunale costituzionale federale nelle funzioni governative, prima che sia decisa la questione fatta valere con l'istanza relativa alla causa di merito. Per questo motivo la Corte può far uso del suo potere cautelare solo con la più grande prudenza"<sup>462</sup>.

4. *Istanza di sospensione dei referendum in Assia sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche.*

Il Governo federale promuove una controversia nei confronti del Governo dell'Assia, in quanto quest'ultimo ha omesso di annullare attraverso l'esercizio dei poteri di vigilanza alcune delibere di consigli comunali di città dell'Assia, tra cui quello della città di Francoforte, con cui si indicano consultazioni popolari sull'armamento dell'esercito tedesco con armi atomiche. Il *Bundesverfassungsgericht* accoglie l'istanza cautelare di sospensione dello svolgimento dei referendum, rinviando esplicitamente ai principi enunciati nella precedente pronuncia relativa al referendum indetto dalla città di Amburgo <sup>463</sup> e specificando che nelle controversie costituzionali la situazione da disciplinare provvisoriamente viene delimitata dal punto di vista oggettivo attraverso la fattispecie concreta che ha provocato la

---

<sup>461</sup> Cfr. *BVerfG* 9 settembre 1951, in *BVerfGE* 1, 1. In sede di decisione di merito, *BVerfG* 23 ottobre 1951, in *BVerfGE* 1, 14, premessa l'applicabilità alla controversia sia delle norme del n. 2, che del n. 3 dell'art. 93, comma I GG, dichiara la nullità della prima e, in parte, della seconda legge.

<sup>462</sup> Cfr. *BVerfG* 10 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 52. Questa fattispecie è stata esaminata anche nel luogo relativo all'urgenza del provvedere.

<sup>463</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367, citata.

controversia. Se in questa fattispecie, oltre alle parti, sono coinvolti altri organi costituzionali, uffici o enti, il Tribunale costituzionale federale può indirizzare la misura cautelare anche a questi ultimi, qualora ciò si riveli necessario per la disciplina provvisoria. In questa fattispecie la situazione può essere regolamentata provvisoriamente solo rivolgendosi ai comuni il divieto di svolgere i referendum prima della decisione di merito. Infine la Corte esclude che la pronuncia cautelare abbia un qualsiasi carattere anticipatorio degli effetti della decisione di merito<sup>464</sup>.

##### 5. *Controversia sull'istituzione del secondo canale televisivo.*

Il 25 luglio 1960 viene fondata dalla Repubblica federale tedesca, rappresentata dal governo federale e dal Ministero delle finanze, la "Germania-Televisione" s.r.l. con sede a Colonia. Scopo sociale ne è "l'organizzazione di trasmissioni radiotelevisive che offrano agli utenti in tutta la Germania e all'estero un'immagine completa della Germania", affiancando al primo un secondo canale televisivo. Il capitale sociale ammonta a ventitremila marchi, dodicimila sottoscritti dalla Repubblica federale tedesca, undicimila dal Ministero delle Finanze, chiamato a rappresentare gli interessi dei *Länder* fino al loro ingresso nella società. Il Ministro delle finanze è obbligato a cedere una quota sociale del valore nominale di mille marchi ad ogni *Land* che concluda con la Repubblica federale tedesca un accordo di partecipazione alla società. Constatato che nessuno dei *Länder* è disposto ad entrare nella società, il Ministero delle finanze cede la sua quota alla Repubblica federale tedesca. L'inizio delle trasmissioni è previsto per il 1° gennaio 1961. La città di Amburgo e il Governo dell'Assia promuovono due procedimenti *ex art.* 93, comma I, n. 3 GG contro la Federazione, lamentando che attraverso la costituzione della predetta società la Federazione abbia leso diritti costituzionali dei *Länder*, in particolare quelli discendenti dall'art. 30 GG<sup>465</sup>, nonché il dovere di un comportamento leale nei confronti dei *Länder*. La città di Brema e il governo della Bassa Sassonia spiegano intervento adesivo nel procedimento promosso dalla città di Amburgo. In via cautelare, i *Länder* ricorrenti chiedono il 20 ottobre 1960 il rinvio dell'inizio delle trasmissioni radiotelevisive fino alla decisione di merito.

Riuniti i procedimenti cautelari, il *Bundesverfassungsgericht* premette che la controversia rientra nella sua competenza e che la

---

<sup>464</sup> Cfr. *BVerfG* 23 giugno 1958, in *BVerfGE* 8, 42. Nella decisione di merito, *BVerfG* 30 luglio 1958, in *BVerfG* 8, 122, accoglie la domanda del governo federale, accertando la violazione della *Bundestreue* da parte del governo dell'Assia.

<sup>465</sup> Testo dell'art. 30 GG: "l'esercizio dei poteri statali e l'adempimento dei compiti statali è affare dei *Länder*, se il *Grundgesetz* non adotta od ammette una diversa disciplina".

domanda di merito non è manifestamente infondata. Accoglie poi l'istanza cautelare fondamentalmente sulla base della seguente considerazione: "nel procedimento di merito dovranno essere risolte questioni di grande significato per l'ordinamento costituzionale federale e per il futuro assetto del sistema radiotelevisivo nella Repubblica federale tedesca [..]. La Corte deve poter disporre di tutto il tempo che è necessario per affrontare *funditus* queste difficili questioni e per motivare la sentenza. Queste considerazioni giustificano già il rilascio della misura cautelare, se si tiene conto nel modo dovuto del significato che le questioni giuridiche da decidere rivestono per la struttura federale dello Stato e per la libertà della cronaca attraverso il sistema radiotelevisivo". A ciò il Tribunale costituzionale federale aggiunge anche le seguenti considerazioni: "il bene comune è minacciato da un grave pregiudizio qualora le trasmissioni televisive organizzate dalla Germania-Televisione s.r.l. iniziassero il 1° gennaio senza riguardo al procedimento di merito che ancora non si è concluso. La decisione di merito richiederà la interpretazione di principi costituzionali fondamentali e condurrà eventualmente all'accertamento della loro violazione. Una violazione di tali principi costituzionali anche transitoria ed in buona fede dovrebbe essere considerata come un grave pregiudizio per il bene comune. Ciò vale sia per la violazione del principio federale cui si ispira il nostro ordinamento costituzionale, che per il principio costituzionale della libertà di cronaca attraverso il sistema radiotelevisivo. La lesione di tali principi rappresenterebbe sempre una minaccia immediata per l'ordinamento costituzionale della Federazione. Non si può esigere dai *Länder* ricorrenti che essi, in una vicenda significativa anche sotto il profilo politico, subiscano l'esecuzione di un provvedimento da loro reputato incostituzionale, prima che la sua conformità costituzionale sia stata accertata in modo vincolante".

Oltre agli aspetti di questa pronuncia già segnalati in altro luogo, di notevole rilievo è anche il passo finale della motivazione del *Bundesverfassungsgericht*, ove si afferma che l'efficacia di una misura cautelare può essere estesa anche a "terzi": "le precedenti considerazioni valgono nella stessa misura anche per ogni altro soggetto che può entrare in gioco come organizzatore di un secondo programma televisivo. Pertanto si impone con urgenza per il bene comune che, fino alla decisione nel merito, non sia interdetto solo alla Federazione la diffusione delle trasmissioni televisive da essa organizzate, ma sia vietata del tutto la trasmissione di un ulteriore programma. La situazione del sistema televisivo nella Repubblica federale tedesca può essere disciplinata provvisoriamente in modo ragionevole solo facendo sì che nessuno intraprenda la trasmissione di un secondo programma, finché le questioni da decidere non siano chiarite attraverso la sentenza della Corte. Altrimenti sarebbe possibile che non la Federazione, ma un altro

soggetto organizzi un secondo programma televisivo e ponga in essere dei fatti che possano stare in contraddizione con la decisione nel merito. In considerazione del significato delle questioni costituzionali da chiarire dovrebbe ravvedersi anche in ciò una grave e pregiudizievole turbativa dell'ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca. Pertanto si deve disporre che fino alla decisione nel merito sia diffuso solo il primo programma televisivo, che attualmente è organizzato dagli enti radiotelevisivi che si sono riuniti nel consorzio degli enti radiotelevisivi di diritto pubblico della Repubblica federale tedesca (Ard). La misura cautelare si indirizza pertanto a tutte le associazioni, gli enti, gli uffici, le società, o comunque le istituzioni che potrebbero avviare l'organizzazione o la trasmissione di un secondo programma televisivo, in particolare si indirizza anche alle emittenti radiotelevisive già esistenti. L'efficacia di una misura cautelare può estendersi anche a "terzi". Infatti dal § 32 *BVerfGG* non si può far discendere che il provvedimento cautelare si debba limitare ad imporre un comportamento di moratoria alle parti della controversia. Nelle controversie costituzionali la situazione da disciplinare è delimitata sotto il profilo oggettivo dalla fattispecie concreta che ha originato il conflitto. Al di là della cerchia delle parti la misura cautelare può esercitare la propria influenza anche sul comportamento di "terzi". La sua efficacia può estendersi a tutti coloro che sono in grado di operare sui rapporti da disciplinare provvisoriamente attraverso il provvedimento cautelare, a tutti coloro che in questo senso 'prendono parte alla fattispecie' (*sachverhaltsbeteiligt*)<sup>466</sup>.

## **Sezione V**

### **Controversie tra Federazione e Länder, tra Länder e all'interno di un Land ex art. 93, I comma, n. 4 GG.**

#### *1. Il procedimento.*

Si tratta a questo punto di esaminare l'impiego dei provvedimenti cautelari nelle "altre controversie di diritto pubblico tra la Federazione ed i Länder, tra diversi Länder o all'interno di un Land"<sup>467</sup>.

Sono raggruppate così tre categorie di controversie notevolmente diverse, che rinviengono tratti unitari unicamente nel loro carattere contenzioso, nel carattere sussidiario della competenza affidata al *Bundesverfassungsgericht*, nonché nella proponibilità dell'istanza introduttiva entro sei mesi dal momento

---

<sup>466</sup> Cfr. *BVerfG* 17 dicembre 1960, in *BVerfG* 12, 36. Per la decisione di merito, v. *BVerfG* 28 febbraio 1961, in *BVerfGE* 12, 205. Questa fattispecie è esaminata anche nel luogo relativo all'urgenza del provvedere.

<sup>467</sup> Art. 93, comma I, n. 4 GG, §§ 13, n. 8, 71-72 *BVerfGG*.

in cui il provvedimento o il comportamento omissivo censurati sono diventati noti.

Alla stregua della prima variante, il Tribunale costituzionale federale è chiamato a decidere “altre” controversie di diritto pubblico tra la Federazione e i *Länder*, oltre a quelle previste nel precedente art. 93, I comma, n. 3 GG. Poiché quest’ultima disposizione riguarda – come si è già osservato – le controversie costituzionali, in questo caso entrano in gioco di regola le controversie di carattere “non costituzionale”<sup>468</sup>. La competenza della Corte si dischiude tuttavia solo se “non è data un’altra via giurisdizionale”. Un’ipotesi destinata praticamente a non verificarsi mai, poiché queste controversie sono affidate alla giurisdizione amministrativa con norme della massima ampiezza<sup>469</sup>. Parti della controversia sono i rispettivi Governi<sup>470</sup>. Il parametro risolutivo della controversia è offerto non solo da leggi ordinarie o da accordi tra Federazione e *Länder*, ma anche dal già ricordato principio della *Bundestreue*, che incide non solo sui rapporti di diritto costituzionale, ma anche sui rapporti di diritto amministrativo o di diritto privato tra Federazione e *Länder*, nonché tra questi ultimi<sup>471</sup>. La decisione finale può assumere un contenuto più ampio rispetto a quello di mero accertamento della decisione finale della controversia tra Federazione e *Länder* ex art. 93, comma I, n. 3 e della controversia tra organi costituzionali: la Corte può condannare anche ad un *facere* o ad astenersi<sup>472</sup>.

Alla stregua della seconda variante dell’art. 93, comma I, n. 4 GG, il *Bundesverfassungsgericht* è competente per le controversie tra diversi *Länder* (o tra un *Land* esistente e un *Land* estintosi). Tale attribuzione riguarda potenzialmente tutte le controversie di

---

<sup>468</sup> Un’eccezione è costituita dalla ipotesi in cui agisca contro la Federazione un *Land* che abbia cessato di esistere: in tal caso possono entrare in gioco anche questioni di diritto costituzionale: così, v. G. STURM, in *Grundgesetz Kommentar*, seconda ed., a cura di M. Sachs, München, 1999, p. 1768.

<sup>469</sup> Cfr. § 40 *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO): “la giurisdizione amministrativa è data in tutte le controversie di diritto pubblico di carattere non costituzionale, se le controversie non sono espressamente attribuite ad un altro giudice attraverso una legge federale. Controversie di diritto pubblico in materia di diritto dei *Länder* possono essere attribuite ad un altro giudice anche attraverso una legge del *Land*”. Si veda inoltre il § 50, comma I, n. 1 VwGO: “la Corte amministrativa federale (*Bundesverwaltungsgericht*) si pronuncia in prima ed ultima istanza: 1. sulle controversie di diritto pubblico di carattere non costituzionale tra la Federazione e i *Länder*, e tra diversi *Länder*”. Per un caso di decisione del *Bundesverfassungsgericht* in questa materia, giustificato allora dall’assenza della giurisdizione amministrativa, v. *BVerfG* 21 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 299, in una controversia promossa dal governo bavarese nei confronti del governo federale in relazione alla ripartizione di mezzi finanziari per l’edilizia popolare. Cfr. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 80.

<sup>470</sup> Cfr. § 71, comma I, n. 1 *BVerfGG*.

<sup>471</sup> Cfr. da ultimo *BVerfG* 24 gennaio 2001, in *BVerfGE* 103, 81.

<sup>472</sup> Cfr. § 72, comma I *BVerfGG*.

diritto pubblico ed è funzionale alla conservazione della pace federale. Stante il carattere generale della attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie di diritto pubblico non costituzionale tra diversi *Länder*<sup>473</sup>, residuano praticamente al Tribunale costituzionale federale solo le controversie di diritto costituzionale<sup>474</sup>. Parti della controversia sono i rispettivi governi (se la controversia vede come parte un *Land* estintosi, esso è rappresentato dagli enti autarchici ancora esistenti)<sup>475</sup>. Per quanto riguarda il contenuto della decisione, vale quanto già osservato in relazione alla prima variante.

Alla stregua della terza ed ultima variante dell'art. 93, comma I, n. 4 GG, la Corte è chiamata a decidere le controversie di diritto pubblico all'interno di un *Land*. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la stragrande maggioranza della dottrina interpretano in modo restrittivo quest'ampia formulazione: sono devolute alla Corte unicamente le controversie tra organi costituzionali del *Land*<sup>476</sup>. Questa interpretazione trova sostegno nelle correlative norme processuali contenute nella legge istitutiva della Corte, che sono modellate su quelle relative alle *Organstreitigkeiten* per quanto riguarda la capacità di essere parte, la legittimazione ad agire<sup>477</sup> e il contenuto della decisione<sup>478</sup>. In relazione al carattere sussidiario, che è proprio anche di questa terza variante, entrano in gioco le competenze dei tribunali costituzionali dei *Länder*: la possibilità di ricorrere a tale via giudiziaria deve valutarsi di volta in volta, in relazione al caso concreto<sup>479</sup>.

---

<sup>473</sup> Cfr. il già citato § 50, comma I, n. 1 VwGO.

<sup>474</sup> Cfr. K. SCHLAICH -S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 81.

<sup>475</sup> Cfr. § 71, comma I, n. 2 BVerfGG.

<sup>476</sup> Cfr. ad esempio BVerfG 24 marzo 1982, in BVerfGE 60, 175, 199: "controversie di diritto pubblico all'interno di un *Land* sono unicamente le controversie costituzionali [...], nel senso in cui questo termine è inteso dal *Grundgesetz*".

<sup>477</sup> Per questi due profili, v. il § 71, comma I, n. 3 BVerfGG: possono essere parte "gli organi supremi del *Land* e le articolazioni di questi organi, a cui sono attribuiti propri diritti dalla costituzione del *Land* o dal regolamento di un organo supremo del *Land*, se sono immediatamente incisi attraverso l'oggetto della controversia nei loro diritti o nelle loro competenze". Per quanto attiene in particolare alla legittimazione ad agire, la formulazione, evidenziata dal nostro corsivo, è addirittura più restrittiva rispetto al corrispondente § 63 BVerfGG. Secondo la giurisprudenza della Corte ciò conduce ad escludere che il gruppo parlamentare (di minoranza) possa agire per far valere diritti del parlamento: indicazioni presso K. SCHLAICH -S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 82, in nota 41.

<sup>478</sup> Per quanto attiene al contenuto della decisione, essa è di mero accertamento, v. § 72, comma II BVerfGG.

<sup>479</sup> Cfr. K. SCHLAICH -S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 82 s., a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte.

A tale proposito si deve aggiungere che il *Grundgesetz* ha offerto ai *Länder* la possibilità di rinunciare all'istituzione di un proprio tribunale costituzionale e di servirsi del Tribunale costituzionale federale per la risoluzione di controversie costituzionali interne al *Land*<sup>480</sup>, ma di ciò ha fatto uso solo lo Schleswig-Holstein<sup>481</sup>.

Pacifico è l'impiego della tutela cautelare nelle controversie di cui all'art. 93, comma I, n. 4 GG. Fra i casi, oltre a quelli sintetizzati nel prosieguo, si può vedere quello - già esaminato - relativo accordo tra *Länder* sulla ripartizione di posti di studio universitario<sup>482</sup>.

## 2. Istanza di sospensione dell'applicazione nell'ex Land Lippe della prima legge relativa all'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia.

Fra le pronunce cautelari più significative in questo settore, se ne registra anche una su un'istanza di sospensione dell'esecuzione della legge, in particolare sull'istanza di sospensione dell'applicazione nell'ex *Land Lippe* della prima legge relativa all'ordinamento scolastico della Renania del Nord-Vestfalia<sup>483</sup>. Nel merito il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare non sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze (anche perché al tempo di questa decisione, nel 1954, tale modello decisorio non era ancora imposto come standard), bensì in seguito ad una valutazione anticipata delle questioni di diritto risolutive per la decisione della controversia nel merito<sup>484</sup>, osservando che "chi richiede un provvedimento cautelare in una controversia di questo tipo deve dimostrare in modo concludente che gli spettano dei diritti che la controparte lede. Ciò che i ricorrenti non sono stati in grado di fare nel presente giudizio".

---

<sup>480</sup> Cfr. art. 99 GG e § 13 n. 10 *BVerfGG*.

<sup>481</sup> Nell'esercizio di questa competenza il *Bundesverfassungsgericht* ha emanato recentemente anche alcune pronunce cautelari: cfr. *BVerfG* 17 settembre 1998, in *BVerfGE* 99, 57: sospensione di una legge del *Land*, coordinata ad una controversia sulla conformità della medesima legge alla Costituzione del *Land* medesimo; cfr. inoltre *BVerfG* 10 ottobre 2002, in *BVerfGE* 106, 51: provvedimento cautelare con cui si accerta che il governo dello Schleswig-Holstein non è tenuto ad ottemperare alla richiesta di esibizione di documenti presentata da una minoranza qualificata dei membri di una commissione del parlamento del *Land*, coordinata ad una controversia tra organi costituzionali (per la decisione di merito, v. *BVerfG* 30 marzo 2004, 2 BvK 1/01).

<sup>482</sup> Cfr. *BVerfG* 7 aprile 1976, in *BVerfGE* 42, 103, 119 s. e in NJW 1976, 1084, con nota di C. PESTALOZZA. Questa fattispecie è stata esaminata nel luogo relativo al rilascio di provvedimenti cautelari d'ufficio.

<sup>483</sup> Cfr. *BVerfG* 24 febbraio 1954, in *BVerfGE* 3, 267. Questa fattispecie è stata esposta più ampiamente nel luogo relativo alle questioni di ammissibilità.

<sup>484</sup> Per questa osservazione, v. D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, cit., p. 32.



3. *Difetto di legittimazione dei deputati del Parlamento di un Land a far valere diritti propri del Parlamento.*

I ricorrenti sono membri del gruppo parlamentare del partito del socialismo democratico (Pds) nel Parlamento della Turingia. Essi premettono che secondo l'art. 102, comma II della Costituzione della Turingia la Corte dei conti ha l'obbligo di redigere per il parlamento del *Land* un rapporto sul bilancio di previsione, che il Governo deve presentare annualmente al Parlamento ai sensi del primo comma della stessa disposizione costituzionale. Secondo l'articolo successivo la Corte dei conti è tenuta a sorvegliare l'intero andamento di bilancio ed economico del *Land*. Essi allegano poi che la Corte dei conti ha unicamente presentato nel 1993 un rapporto che si riferisce al 1991. Da allora la Corte dei conti lederebbe il loro diritto di conoscere il risultato dell'esame dell'andamento di bilancio ed economico del *Land*. A sua volta il Parlamento del *Land* ha il dovere di esaminare i rapporti della Corte dei conti, senza i quali non sarebbe possibile un'adeguata discussione del bilancio del *Land* per il 1995. Senza tenere conto di queste obiezioni il Parlamento ha intenzione di iniziare e di concludere rapidamente i lavori della sessione di bilancio. Pertanto i ricorrenti chiedono al *Bundesverfassungsgericht* un provvedimento cautelare diretto ad ottenere dalla Corte dei conti la presentazione del rapporto annuale e dal Parlamento la sospensione, nelle more, dei lavori relativi al bilancio. Il Tribunale costituzionale federale afferma la propria competenza perché il Tribunale costituzionale della Turingia non è ancora istituito ma poi rigetta l'istanza cautelare, negando che i ricorrenti abbiano la legittimazione ad agire per far valere i diritti del Parlamento<sup>485</sup> e negando che essi, nella fattispecie, possano vantare altresì propri diritti come singoli deputati, sia nei confronti della Corte dei conti, che nei confronti del Parlamento<sup>486</sup>.

4. *Misura cautelare eccezionalmente sganciata da una valutazione di non manifesta infondatezza della domanda di merito.*

Un membro del Parlamento della Turingia promuove nei confronti del Parlamento medesimo una controversia dinanzi al Tribunale costituzionale federale, con la quale egli intende far valere il diritto di non essere sottoposto contro la sua volontà ad un'indagine circa la sua passata collaborazione con il Ministero della sicurezza di Stato dell'ex Repubblica democratica tedesca, diritto che egli vede radicato nella garanzia costituzionale del libero esercizio del mandato parlamentare (art. 53, comma I della

---

<sup>485</sup> Sotto questo profilo la pronuncia argomenta dalla formulazione restrittiva del § 71, comma I, n. 3 *BVerfGG*, cui si è accennato in una delle note precedenti.

<sup>486</sup> Cfr. *BVerfG* 9 febbraio 1995, in *BVerfGE* 92, 130 e in *JuS* 1996, 646, con nota di M. SACHS.

Costituzione della Turingia). Al procedimento di merito si coordina un'istanza cautelare di sospensione della raccolta delle informazioni. Il *Bundesverfassungsgericht* afferma la propria competenza in quanto il Tribunale costituzionale della Turingia non è ancora entrato in funzione ed accoglie l'istanza cautelare (di sospensione della raccolta delle informazioni e di secretazione di quelle già raccolte) a seguito di una valutazione comparativa delle conseguenze in cui la mancata entrata in funzione del Tribunale costituzionale federale del *Land* ha un peso decisivo: "il presupposto che la domanda di merito non debba apparire manifestamente infondata può nel presente caso rimanere privo di riscontro. Infatti il grave pregiudizio ai sensi del § 32, comma I *BVerfGG*, da evitare attraverso il rilascio del provvedimento cautelare, consiste già nella circostanza che la ricorrente, al fine della tutela dei propri diritti in quanto parlamentare della Turingia, potrebbe forse adire il Tribunale costituzionale della Turingia [...], ma non potrebbe ottenere una tutela giurisdizionale effettiva a causa della mancata nomina e giuramento dei giudici, già eletti. In questa situazione è rimessa al Tribunale costituzionale del *Land*, che comincerà tra breve ad esercitare il proprio ufficio, la valutazione della eventuale prospettiva di successo della domanda di merito alla luce del diritto costituzionale del *Land*. Poiché in ogni caso, fino al momento in cui la ricorrente potrà trovare tutela giurisdizionale presso il Tribunale costituzionale della Turingia, non si può ravvedere un prevalente interesse della controparte a venire in possesso di informazioni circa un'eventuale collaborazione della ricorrente con il Ministero della sicurezza di Stato della ex Repubblica democratica tedesca", il *Bundesverfassungsgericht* emana la descritta misura cautelare, limitandone l'efficacia nel tempo fino al decorso di un mese dall'entrata in funzione del Tribunale costituzionale del *Land*<sup>487</sup>. Si tratta in sostanza di un provvedimento provvisorio sganciato da qualsiasi valutazione attinente alle prospettive di successo della causa di merito, diretto a mantenere lo *status quo* in attesa di un eventuale ricorso al Tribunale costituzionale della Turingia.

---

<sup>487</sup> Cfr. *BVerfG* 18 luglio 1995, in *BVerfGE* 93, 208.

## **Sezione VI**

### **Verfassungsbeschwerde (art. 93, I comma, n. 4 a GG).**

#### 1. *Premessa.*

Chiunque affermi la lesione di un proprio diritto fondamentale ad opera del pubblico potere, può proporre ricorso al *Bundesverfassungsgericht*<sup>488</sup>. Così dispone oggi l'art. 93, comma I, n. 4 a GG, diversamente dalla versione originaria del *Grundgesetz*, che non prevedeva il ricorso individuale di costituzionalità (*Individualverfassungsbeschwerde*)<sup>489</sup>.

Le proposte di introdurre fin dall'inizio nel *Grundgesetz* il ricorso individuale di costituzionalità erano state provvisoriamente accantonate a causa della controversia sulla configurazione del suo rapporto con la tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici comuni contro la violazione dei diritti perpetrata dai pubblici poteri, tutela che l'art. 19, comma IV GG munisce espressamente di garanzia costituzionale<sup>490</sup>. La controversia si trasferisce così in sede di lavori preparatori del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* nel 1951. Oggetto di contrasto è in particolare l'introduzione della *Verfassungsbeschwerde* contro i provvedimenti amministrativi e giurisdizionali. Prevalgono le ragioni favorevoli, fra le quali merita di essere segnalata la considerazione che un autonomo procedimento dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* offre maggiori garanzie di realizzazione dei diritti fondamentali rispetto ad un'attuazione affidata unicamente ai giudici comuni, dinanzi ai quali la questione del rispetto dei diritti fondamentali è solo una tra le diverse questioni di diritto da esaminare<sup>491</sup>. La *Verfassungsbeschwerde* riceve così un'analitica regolamentazione nei §§ 90 ss. *BVerfGG*<sup>492</sup> prima di essere introdotta nel *Grundgesetz* nel 1969<sup>493</sup>. La costituzionalizzazione della

---

<sup>488</sup> Cfr., oltre all'art. 93, comma I, n. 4 a GG, i §§ 13, n. 8a, 90-95 *BVerfGG*.

<sup>489</sup> Sulla *Verfassungsbeschwerde* nella letteratura in lingua italiana, oltre al classico studio di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, v. A. ANZON, *Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania federale, Austria e Spagna*, in *Politica del diritto*, 1989, p. 329; P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000; nonché J. LUTHER, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 188 ss.

<sup>490</sup> Cfr. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 641 ss., p. 641.

<sup>491</sup> Per un resoconto dei termini del dibattito, v. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 642.

<sup>492</sup> Rinviando l'esame dei suoi tratti principali al prosieguo, merita di essere ricordato una volta per tutte che la proposizione del ricorso è sottoposta a termini di decadenza, di diversa ampiezza a seconda dell'atto impugnato (cfr. § 93 *BVerfGG*).

<sup>493</sup> Con la 19<sup>a</sup> legge di modifica del *Grundgesetz* del 29 gennaio 1969, in BGBl I 97. Cfr. artt. 93, comma I, n. 4 a, e 94, comma II, seconda parte GG.

*Verfassungsbeschwerde* riveste un notevole valore simbolico, poiché si colloca a qualche mese di distanza dalla conclusione del travagliato percorso che aveva condotto all'approvazione delle modifiche costituzionali relative alla disciplina dello stato di necessità (*Notstandsverfassung*) e ne costituisce in un certo senso una contropartita sul piano della riaffermazione della garanzia dei diritti fondamentali.

## 2. *Problema del sovraccarico della Corte.*

Fin dall'inizio, la *Verfassungsbeschwerde* ha incontrato un notevole successo applicativo. Essa costituisce di gran lunga la via di accesso al Tribunale costituzionale federale più praticata: tra i 119.965 procedimenti avviati globalmente dal 1951 al 2002 dinanzi alla Corte, oltre 117.000 sono *Verfassungsbeschwerden* (oltre il 96%)<sup>494</sup>. Al successo ha contribuito indubbiamente anche il fatto che il patrocinio legale non è obbligatorio e che non vi sono spese giudiziarie<sup>495</sup>. All'alto numero delle istanze proposte corrisponde una quota molto bassa di pronunce di accoglimento: solo il 2,60% negli anni che vanno dal 1951 al 1999<sup>496</sup>.

Il grande numero dei ricorsi ha prodotto un notevole sovraccarico del *Bundesverfassungsgericht*. Nel tentativo di porre rimedio al problema, la disciplina processuale della *Verfassungsbeschwerde* è stata più volte modificata, distaccandosi così sotto diversi profili da quella degli altri tipi di procedimento. I suoi tratti salienti sono attualmente i seguenti.

Un primo vaglio preliminare è previsto dal regolamento generale del *Bundesverfassungsgericht* ed è rivolto ad escludere in via amministrativa i ricorsi manifestamente inammissibili o manifestamente infondati attraverso la loro annotazione nel registro generale. Il provvedimento è comunicato al ricorrente con una spiegazione dei motivi che lo giustificano e non esclude la possibilità che questi chieda una decisione giurisdizionale<sup>497</sup>.

Le perplessità che questo primo filtro può destare si superano forse se si riflette che la proposizione della *Verfassungsbeschwerde* non richiede il ministero di difensore. Ciò moltiplica evidentemente la possibilità che il Tribunale

---

<sup>494</sup> Si ricavano questi dati da K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, 2004, p. 58 s. In particolare si tratta di 113.581 *Verfassungsbeschwerden* dinanzi alle *Kammern* e 3.879 dinanzi ai *Senate*.

<sup>495</sup> Cfr. P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 50.

<sup>496</sup> Per questi dati, v. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 642; R. UERPMANN, *Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 673 ss., p. 673.

<sup>497</sup> Cfr. § 60, comma II della *Geschäftsordnung* del *Bundesverfassungsgericht*.

costituzionale federale sia destinatario di ricorsi *prima facie* inammissibili od infondati. È sufficiente leggere qualche risposta data, in via amministrativa, dal consiglio di presidenza della Corte, per constatare tuttavia come attraverso questo canale si attivi una comunicazione tra Corte e singoli cittadini, il cui rilievo non è del tutto secondario per la diffusione dei valori costituzionali nella società. Questa peculiare esperienza rappresenta indubbiamente una conferma di una certa immagine del *Bundesverfassungsgericht* che circola nella dottrina tedesca: l'idea che essa sia "più un giudice dell'intera società che un giudice 'statale'"<sup>498</sup>.

Un secondo vaglio preliminare è costituito dal giudizio di ammissibilità del ricorso, impiegando la terminologia tedesca si tratta del procedimento di "assunzione in decisione"<sup>499</sup>, filtro che è superato qualora il ricorso rivesta un "significato fondamentale sotto il profilo del diritto costituzionale", oppure quando l'assunzione del ricorso in decisione sia indicata per l'attuazione dei diritti fondamentali, e la norma esemplifica il caso in cui il ricorrente subirebbe un pregiudizio particolarmente grave dal diniego della decisione sul merito (§ 93 a, comma II *BVerfGG*). Per la precisazione di questi presupposti sono importanti alcune affermazioni della giurisprudenza costituzionale, secondo le quali sussisterebbe un significato giuridico-costituzionale fondamentale in presenza di una questione di diritto costituzionale che non è stata ancora chiarita dalla giurisprudenza costituzionale o che ha bisogno di essere chiarita di nuovo in seguito ad un mutamento delle circostanze. La necessità del chiarimento deve essere alimentata da un interesse che va al di là del singolo caso e la questione deve essere rilevante per la decisione nel caso concreto<sup>500</sup>. In relazione al secondo, alternativo, presupposto di assunzione del ricorso in decisione, il *Bundesverfassungsgericht* distingue due varianti, che si possono indicare come importanza "oggettiva" e "soggettiva". Da un punto di vista oggettivo è indicata l'assunzione del ricorso in decisione per l'attuazione dei diritti fondamentali quando la lesione dedotta in giudizio abbia un particolare peso, che può derivare dal fatto che la violazione alluda ad un generalizzato misconoscimento dei diritti fondamentali oppure sia idonea per la sua efficacia a distogliere dal loro esercizio. Da un punto di vista soggettivo è indicata l'assunzione del ricorso in decisione in caso di turbamento esistenziale del ricorrente, che potrebbe essere migliorato da una decisione del ricorso nel merito<sup>501</sup>.

---

<sup>498</sup> Così, P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 17.

<sup>499</sup> Cfr. § 93 a *BVerfGG*.

<sup>500</sup> Cfr. *BVerfG* 8 febbraio 1994, in *BVerfGE* 90, 22, 24 s.

<sup>501</sup> Si veda il resoconto di R. UERPMANN, *Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung*, cit., p. 678).

Ai due filtri preliminari si deve aggiungere anche una moltiplicazione degli organi decidenti. Già nel 1956 la legge introduce, all'interno delle due sezioni della Corte, una pluralità di commissioni per l'esame preliminare dei ricorsi. Nel 1985 le commissioni lasciano il posto alle "Camere" (*Kammern*) formate da tre giudici, dotate di un migliore assetto organizzativo<sup>502</sup> e, dal 1993, di competenze più ampie. Con deliberazione unanime la Camera può rifiutare di assumere il ricorso in decisione, quando non sussistono i presupposti di cui al § 93 a, comma II *BVerfGG*, appena esaminati. Tale decisione non ha bisogno di motivazione e non può essere impugnata<sup>503</sup>. Secondo una rilevazione statistica circa il 97% dei ricorsi è così definito dalle Camere<sup>504</sup>. La Camera ha anche il potere di accogliere il ricorso manifestamente fondato, quando sussista la condizione per assumerlo in decisione relativa all'attuazione dei diritti fondamentali e la questione giuridico-costituzionale rilevante ai fini della decisione sia stata già in precedenza decisa dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>505</sup>. Se la Camera non ha negato l'assunzione in decisione del ricorso, né lo ha accolto per manifesta fondatezza, la pronuncia sull'ammissione del ricorso alla decisione passa alla Sezione, che segue gli stessi criteri già indicati per la Camera<sup>506</sup>. In modo correlato ai suoi poteri decisorî, la Camera si vede affidato in via di principio anche il potere cautelare, ma il provvedimento di sospensione totale o parziale dell'applicazione della legge è riservato alla Sezione<sup>507</sup>.

Nonostante questa serie di accorgimenti, il problema del sovraccarico della Corte dovuto al grande numero di *Verfassungsbeschwerden* non è stato ancora risolto. I tempi per giungere alla decisione di merito rendono ragione della frequente richiesta di provvedimenti cautelari ad opera del ricorrente. Tuttavia dal 1998 si registra qualche leggero segno di miglioramento, sotto forma di diminuzione delle pendenze finali (3409 alla fine del 1997; 2870 alla fine del 1999)<sup>508</sup>. Il che ha suggerito di attendere gli sviluppi, prima di porre mano ad ulteriori

---

<sup>502</sup> Cfr. § 15 a *BVerfGG*.

<sup>503</sup> Cfr. § 93 d *BVerfGG*.

<sup>504</sup> Il dato è riportato da P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 60 e, come si è visto, trova conferma nelle più recenti indicazioni di K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 58 s.

<sup>505</sup> Cfr. § 93 c *BVerfGG*. In tal caso la decisione della Camera equivale alla decisione della sezione (ma la decisione che dichiara la nullità o l'incompatibilità con il *Gundgesetz* o con il diritto federale di una legge rimane riservata alla sezione).

<sup>506</sup> Cfr. § 93 b *BVerfGG*. Al pari della pronuncia della Camera, la decisione della Sezione non ha bisogno di essere motivata. Per la decisione positiva, è sufficiente il consenso di tre membri della sezione (§ 93 d *BVerfGG*).

<sup>507</sup> Cfr. § 93 d, comma II *BVerfGG*.

<sup>508</sup> Per questi dati, v. R. UERPMANN, *Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung*, cit., p. 674.

interventi in funzione deflattiva<sup>509</sup>.

### 3. Nozione di diritto fondamentale.

Il ricorrente ha l'onere di affermare la violazione di un diritto fondamentale (art. 1-19 GG)<sup>510</sup>. L'art. 93, comma I, n. 4 a GG assimila ai diritti fondamentali altri diritti, specificamente individuati: il diritto di resistenza<sup>511</sup>, l'uguaglianza di tutti i tedeschi nei diritti e doveri di cittadinanza<sup>512</sup>, l'elettorato attivo e passivo<sup>513</sup>, il divieto di istituire giudici straordinari<sup>514</sup>, il giudice precostituito per legge<sup>515</sup>, il diritto ad essere ascoltato in giudizio<sup>516</sup>, l'irretroattività della legge penale<sup>517</sup>, il *ne bis in idem* in materia penale<sup>518</sup>, le garanzie in caso di privazione della libertà personale<sup>519</sup>.

Il carattere tassativo cui si ispira questa disposizione è stato praticamente messo in crisi da un'interpretazione estensiva del "diritto al libero sviluppo della propria personalità", che l'art. 2, comma I GG riconosce a ciascuno, nella misura in cui non si ledano diritti altrui e non si urti contro l'ordinamento conforme a costituzione o il buon costume<sup>520</sup>. Secondo un orientamento che il *Bundesverfassungsgericht* segue costantemente a partire dalla sentenza resa sul caso *Elfes*<sup>521</sup>, l'art. 2, comma I GG non proteggerebbe solo la sfera privata e l'ambito della personalità in senso stretto, ma anche la libertà di agire nel senso più ampio<sup>522</sup>.

---

<sup>509</sup> In questo senso, R. UERPMANN, *Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung*, cit., p. 674.

<sup>510</sup> Si deve trattare di diritti fondamentali previsti dal *Grundgesetz* tedesco. Non possono essere sindacate violazioni di convenzioni internazionali e di carte internazionali di diritti, v. *BVerfG* 17 dicembre 1975, in *BVerfGE* 41, 88, 105 s.

<sup>511</sup> Art. 20, comma IV GG.

<sup>512</sup> Art. 33 GG.

<sup>513</sup> Art. 38 GG.

<sup>514</sup> Art. 101, prima parte GG.

<sup>515</sup> Art. 101, seconda parte GG.

<sup>516</sup> Art. 103, comma I GG.

<sup>517</sup> Art. 103, comma II GG.

<sup>518</sup> Art. 103, comma III GG.

<sup>519</sup> Art. 104 GG.

<sup>520</sup> Sul punto, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 149 ss.; P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 54 s.

<sup>521</sup> Cfr. *BVerfG* 16 gennaio 1957, in *BVerfGE* 6, 32, 36 ss.

<sup>522</sup> Cfr. *BVerfG* 16 gennaio 1957, in *BVerfGE* 6, 32, 36 ss., citata: "Con l'espressione 'libero sviluppo della personalità' il *Grundgesetz* non può aver inteso solo lo sviluppo all'interno di quel nucleo centrale della personalità, che costituisce l'essenza dell'uomo in quanto persona spirituale-morale, poiché non sarebbe comprensibile come lo sviluppo all'interno di questo nucleo centrale dovrebbe poter urtare contro il buon costume, i diritti altrui o perfino l'ordinamento costituzionale di una democrazia liberale. Proprio queste limitazioni, che sono poste all'individuo in quanto membro della comunità, dimostrano anzi che il *Grundgesetz* nell'art. 2, comma I si riferisce alla libertà di

L'art. 2, comma I GG proteggerebbe tale libertà entro il limite dell'ordinamento conforme a costituzione, inteso – in sintonia del resto con il significato letterale di *verfassungsmäßige Ordnung* – come “l'insieme delle norme che sono formalmente e materialmente conformi alla Costituzione”. In una sentenza del 1989 sul diritto di andare a cavallo nei boschi, la Corte giunge ad affermare: “protetto è con ciò non solo un limitato ambito dello sviluppo della personalità, bensì ogni forma di attività umana senza riguardo a quale peso essa abbia per lo sviluppo della personalità”<sup>523</sup>. In base a questa impostazione, “chiunque può far valere attraverso la *Verfassungsbeschwerde* che una legge limitatrice della sua libertà di agire non appartiene all'ordine conforme a Costituzione, poiché essa urta (sotto il profilo formale o contenutistico) contro singole disposizioni costituzionali o contro generali principi costituzionali, e che pertanto è violato il suo diritto fondamentale discendente dall'art. 2, comma I GG”<sup>524</sup>. Con questo orientamento la Corte avrebbe sostanzialmente gettato un “ponte” tra la tutela dei diritti fondamentali e la tutela dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso<sup>525</sup>.

Alcuni settori della dottrina sottopongono questo orientamento a notevoli critiche, che hanno raggiunto un particolare rilievo istituzionale con la *dissenting opinion* di Dieter Grimm nella sentenza del 1989<sup>526</sup>: “cavalcare nel bosco non gode tutela di diritto fondamentale. I diritti fondamentali differiscono dalla pluralità degli altri diritti, in quanto proteggono integrità, autonomia e comunicazione del singolo nelle loro relazioni fondamentali. Proprio a causa di tale fondamentale significato del loro oggetto di tutela per un ordinamento fondato sulla dignità dell'uomo, essi sono distinti dagli altri diritti e forniti di maggiori garanzie sotto il profilo costituzionale nei confronti del pubblico potere, in particolare in modo vincolante per il legislatore. Le concezioni su ciò che merita di essere tratto ad oggetto di questa tutela rafforzata possono variare nei particolari secondo le circostanze storiche. Non è però né storicamente né funzionalmente il senso dei diritti fondamentali quello di collocare sotto la loro

---

agire nel senso più ampio [...]”. L'implicito punto di riferimento delle osservazioni critiche del *Bundesverfassungsgericht* sono le riflessioni di H. PETERS, *Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel*, in *Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburg, 1953, p. 669 ss.

<sup>523</sup> Così, *BVerfG* 6 giugno 1989, in *BVerfGE* 80, 137, 152.

<sup>524</sup> Così, *BVerfG* 16 gennaio 1957, in *BVerfGE* 6, 32, 36 ss., citata. In primo piano si colloca evidentemente, in questo contesto, la verifica del rispetto del principio di proporzionalità, che discende dal principio dello Stato di diritto (art. 20 GG): così, infatti, K. SCHLAICH -S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 149.

<sup>525</sup> Per questa immagine, v. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, seconda ed., München, 1982, p. 105.

<sup>526</sup> Cfr. *BVerfG* 6 giugno 1989, in *BVerfGE* 80, 164 ss., citata.



particolare protezione ogni immaginabile comportamento umano. Una tale tutela di diritto fondamentale priva di lacune per ogni e qualsiasi attività umana non è fornita nemmeno dall'art. 2, comma I GG. L'art. 2, comma I GG non tutela la libertà del singolo di fare o non fare ciò che vuole, bensì il libero sviluppo della personalità. Con ciò questo diritto fondamentale ha un ambito di protezione molto ampio, ma non illimitato. Il comportamento individuale, che in mancanza di specifiche garanzie di diritto fondamentale chiede di essere protetto dall'art. 2, comma I GG, deve anzi possedere una rilevanza elevata, paragonabile ai beni giuridici protetti dagli altri diritti fondamentali. Dove manca questa rilevanza, manca anche il motivo per questa tutela speciale, procurata proprio attraverso i diritti fondamentali, e ci si deve accontentare della disciplina e dei rimedi previsti dalla legislazione ordinaria [..].”

Si ritiene tuttavia che ben difficilmente il Tribunale costituzionale federale farà proprie queste considerazioni entro un termine prevedibile, perché ciò significherebbe ridurre una fetta dell'ambito di controllo che a questo punto si è guadagnato e comporterebbe anche, secondo coloro che difendono il suo orientamento, di diminuire anche il controllo a protezione dei diritti fondamentali di libertà<sup>527</sup>.

#### 4. *Requisiti soggettivi del ricorrente.*

Capace di essere ricorrente è “chiunque”<sup>528</sup>, nella misura in cui sia capace di essere titolare di diritti fondamentali<sup>529</sup>. Pertanto sono capaci di essere ricorrenti anche gli stranieri, in relazione ai diritti fondamentali che loro spettano<sup>530</sup>. Sono capaci di essere ricorrenti anche le persone giuridiche, in relazione ai diritti fondamentali che per la loro struttura possono essere loro riconosciuti<sup>531</sup>. Eccezionalmente, sono capaci di essere ricorrenti anche le persone giuridiche di diritto pubblico, qualora esse, nonostante la loro organizzazione pubblica, siano riconducibili entro il settore della vita protetto dai diritti fondamentali (per esempio, le Università)<sup>532</sup>. È dotato di capacità processuale, chi è capace di esercitare diritti fondamentali. Per stabilirlo il

---

<sup>527</sup> In questo senso, v. B. PIEROTH, *Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 I GG*, in *AöR* 115 (1990), p. 33 ss., specie p. 41 ss.

<sup>528</sup> Cfr. § 90 *BVerfGG*.

<sup>529</sup> Su questi aspetti, v. K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 142 ss.; P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 50 ss.

<sup>530</sup> Per esempio, in relazione al diritto di asilo politico. Su questo tema, v. *BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166, in relazione all'art. 16 a, comma IV GG, esaminata nella successiva analisi casistica.

<sup>531</sup> Cfr. art. 19, comma III GG.

<sup>532</sup> Per i partiti politici, si rinvia a quanto già detto in relazione alle controversie tra organi costituzionali.

*Bundesverfassungsgericht* si riferisce alla capacità di intendere e di volere<sup>533</sup>.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire, il ricorrente ha l'onere di affermare in modo plausibile di essere leso o minacciato nell'esercizio di un proprio diritto fondamentale. Per quanto riguarda l'interesse ad agire, la sua verifica è svolta sulla base di tre criteri: si deve allegare una lesione (o una minaccia di lesione) "personale", "attuale" ed "immediata"<sup>534</sup>. Nonostante che questa serie di criteri sia attualmente impiegata in via generale, indipendentemente dall'atto impugnato, è evidente che essa rivela la sua capacità selettiva soprattutto nelle *Verfassungsbeschwerden* contro le leggi<sup>535</sup>, poiché nelle impugnazioni di sentenze tali requisiti sono di regola automaticamente presenti.

Dal criterio della 'personalità' della lesione non discende che il ricorrente debba rientrare in ogni caso fra i destinatari dell'atto impugnato, anche se ciò costituisce evidentemente la regola<sup>536</sup>. Sempre attraverso tale criterio il Tribunale costituzionale federale verifica che, se ricorrente è una persona giuridica o un'associazione, questa faccia valere diritti propri e non dei propri membri<sup>537</sup>.

Il criterio della 'attualità' della lesione entra in gioco per escludere l'ammissibilità di impugnazioni di atti che possono rivelarsi lesivi solo in futuro<sup>538</sup>. In casi particolari la Corte ammette però il ricorso ove sussista una seria minaccia di violazione<sup>539</sup>.

Il requisito della immediatezza entra praticamente in gioco solo con riferimento alle *Verfassungsbeschwerden* contro la legge. Il ricorrente è colpito immediatamente se la legge non ha bisogno di

---

<sup>533</sup> Cfr. *BVerfG* 26 maggio 1970, in *BVerfGE* 28, 243, 255, in una fattispecie di obiezione di coscienza, in cui ricorrenti erano soldati minorenni (prima dell'abbassamento della maggiore età a diciotto anni).

<sup>534</sup> Cfr. *BVerfG* 20 dicembre 1979, in *BVerfGE* 53, 30, 48, in una fattispecie relativa al procedimento di autorizzazione per la centrale nucleare di Mülheim-Kärlich; su questi requisiti, v. P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 55; C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 658.

<sup>535</sup> In effetti la serie di criteri è stata originariamente elaborata in relazione alle *Verfassungsbeschwerde* contro le leggi: cfr. *BVerfG* 19 dicembre 1951, in *BVerfGE* 1, 97, 101.

<sup>536</sup> In tema v. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 158.

<sup>537</sup> Cfr. *BVerfG* 14 maggio 1985, in *BVerfGE* 70, 1, 15.

<sup>538</sup> Così *BVerfG* 9 febbraio 1982, in *BVerfGE* 59, 360, 375, in relazione alla censura di una norma di legge che esclude la partecipazione dei genitori di figli maggiorenni nella scuola, proposta da un genitore di un figlio minorenni. Se si tratta di una legge, e l'attualità della lesione non matura entro il termine di decadenza di un anno per la proposizione della domanda, il relativo controllo di costituzionalità è attivabile in via incidentale nel corso del processo (art. 100, comma I GG) oppure nell'ambito di una *Verfassungsbeschwerde* che si indirizzi contro un provvedimento applicativo.

<sup>539</sup> Così, *BVerfG* 8 agosto 1978, in *BVerfGE* 49, 89, 141, sul caso *Kalkar*.

un provvedimento di attuazione per incidere sulla sua sfera<sup>540</sup>. Diversamente si deve attendere l'emanazione di quest'ultimo, impugnarlo dinanzi al giudice comune ed eventualmente, se il controllo di costituzionalità non è stato richiesto in via incidentale nel corso del processo, proporre *Verfassungsbeschwerde* contro la sentenza, per attaccare in via mediata la legge<sup>541</sup>.

### 5. Funzioni.

Al ricorso diretto di costituzionalità si riconoscono attualmente una pluralità di funzioni<sup>542</sup>. In primo luogo, la funzione soggettiva di tutela dei diritti fondamentali. In secondo luogo, la funzione oggettiva di promuovere l'integrazione, l'ulteriore svolgimento del diritto costituzionale, poiché i diritti fondamentali non esauriscono il loro significato nella difesa dell'individuo nei confronti del potere statale, ma costituiscono anche elementi oggettivi dell'ordine giuridico costituzionale<sup>543</sup>. Accanto a queste due funzioni ne è stata collocata una terza: quella di "mobilitare" i cittadini per l'attuazione del diritto costituzionale. Quest'ultima emerge già nei lavori preparatori, ove si sottolinea che il nuovo procedimento deve promuovere "l'attiva partecipazione dei cittadini" all'attuazione della democrazia<sup>544</sup>.

Non vi è dubbio però che sia la prima funzione a caratterizzare l'istituto e a determinarne il successo applicativo: la salvaguardia e l'attuazione dei diritti fondamentali, in quanto diritti soggettivi. La *Verfassungsbeschwerde* si distingue nettamente dai procedimenti esaminati in precedenza, che rinvergono il loro senso e il loro scopo in prima battuta nella protezione dell'ordinamento costituzionale, mentre la tutela dei diritti fondamentali ne è solo una possibile conseguenza<sup>545</sup>.

Il problema cardine dell'istituto, la cui soluzione ne caratterizza il profilo fondamentale, è il rapporto con la tutela giurisdizionale, che si può ottenere dinanzi ai giudici comuni, nei

---

<sup>540</sup> Così, *BVerfG* 19 dicembre 1951, in *BVerfGE* 1, 97, 102.

<sup>541</sup> La necessità di esprimere in sintesi il quadro generale impone di sacrificare le sfumature, per le quali si rinvia a K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 160 ss.; C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 657 ss.

<sup>542</sup> Per un quadro di tali funzioni, v. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 644 ss.

<sup>543</sup> Nel disegno legislativo questo profilo emerge con nettezza nella necessità che esso rivesta – come si è già visto – un significato giuridico-costituzionale fondamentale per potere essere assunto in decisione: cfr. § 93 a, comma II, lett. a *BVerfGG*. Per i riflessi della doppia anima soggettiva ed oggettiva della *Verfassungsbeschwerde* in punto di oggetto del processo, v. S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, Tübingen, 1995, p. 511 ss.

<sup>544</sup> La frase tra virgolette nel testo è tratta da W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1952, p. 273.

<sup>545</sup> Così, C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 644.

confronti della violazione dei diritti perpetrata dai pubblici poteri. La garanzia costituzionale di cui la tutela giurisdizionale ordinaria è munita dall'art. 19, comma IV GG copre evidentemente non solo i diritti soggettivi che hanno la loro fonte nella legislazione ordinaria, ma anche – a maggior ragione – i diritti fondamentali riconosciuti dalle norme costituzionali. A vantaggio di questi ultimi si registra pertanto nell'ordinamento tedesco un doppio livello di tutela, dinanzi ai giudici comuni e dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*.

#### 6. Sussidiarietà.

Il rapporto tra la *Verfassungsbeschwerde* e la tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici comuni è impostato in termini di sussidiarietà (e di straordinarietà) della prima rispetto alla seconda. Tale carattere trova la sua espressione legislativa di base nel § 90, comma II *BVerfGG*, nella sua prima parte, secondo la quale: “se contro la violazione è ammissibile la via giudiziaria, la *Verfassungsbeschwerde* può essere proposta solo dopo l'esaurimento della via giudiziaria”<sup>546</sup>. Tale regola costituisce però solo un punto di partenza.

In primo luogo, essa non deve essere intesa in senso meccanico: al di là del rispetto del canone dell'esaurimento delle vie giudiziarie in senso stretto, il *Bundesverfassungsgericht* pretende che il ricorrente prenda “tutte le iniziative processuali che sono a disposizione in una data situazione per provocare una correzione della violazione costituzionale fatta valere”<sup>547</sup>.

In secondo luogo, essa conosce delle notevoli eccezioni, delineate dal prosieguo del § 90, comma II *BVerfGG*: la Corte può decidere anche i ricorsi proposti prima di tale esaurimento quando essi rivestano un “significato generale”, oppure – valorizzandosi così l'urgenza del provvedere - quando il ricorrente subirebbe un pregiudizio grave ed irreparabile se dovesse attendere l'esaurimento delle vie di ricorso.

Infine, la sussidiarietà merita un cenno distinto con riferimento alla *Verfassungsbeschwerde* contro la legge (v. avanti).

La presenza della *Verfassungsbeschwerde* costituisce così un elemento che caratterizza il sistema tedesco di tutela dei diritti fondamentali: la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nei confronti del potere statale è affidata in via ordinaria ai giudici comuni, ma l'ultima parola può spettare al

---

<sup>546</sup> La possibilità di prevedere il presupposto del previo esaurimento delle vie di ricorso dinanzi ai giudici comuni è ammessa dall'art. 94, comma II GG.

<sup>547</sup> Cfr. *BVerfG*, 12 gennaio 1983, in *BVerfGE* 63, 77, 78. Questo discorso assume un significato pratico per esempio con riferimento all'onere di proporre la *Gegenvorstellung*, un rimedio di creazione giurisprudenziale che consiste in un'opposizione proposta al giudice che ha emanato la sentenza per far valere la manifesta violazione di garanzie processuali, specialmente del diritto ad essere ascoltato in giudizio (una versione di questo rimedio è stata inserita nella Zpo con la riforma del 2001: v. § 321 a Zpo).

*Bundesverfassungsgericht.*

### 7. Nozione di “pubblico potere”.

Rispetto alla garanzia costituzionale del ricorso alle ordinarie vie giurisdizionali contro gli atti lesivi dei diritti soggettivi ad opera del potere pubblico, la straordinarietà della *Verfassungsbeschwerde* acquista un rilievo peculiare. Nel quadro dell'art. 19, comma IV GG l'espressione “potere pubblico” allude soltanto al potere esecutivo<sup>548</sup>: alle lesioni perpetrate da quest'ultimo si riferisce immediatamente la garanzia costituzionale del ricorso al giudice comune. Nel contesto dell'art. 93, comma I, n. 4 a GG l'espressione “potere pubblico” si riferisce a tutti e tre i poteri dello Stato<sup>549</sup>: legislativo, esecutivo, giudiziario: con la *Verfassungsbeschwerde* il controllo del comportamento conforme a Costituzione di tutti e tre i poteri statali è posto nelle mani di un'unica Corte centrale<sup>550</sup>.

Evidentemente, l'atto impugnato del potere pubblico deve spiegare effetti in grado di pregiudicare la posizione del ricorrente<sup>551</sup>. Non è necessario che l'atto impugnato debba aver di mira la violazione del diritto fondamentale: censurabili sono infatti anche quelle che la dottrina tedesca qualifica come violazioni “fattuali” di diritti fondamentali<sup>552</sup>. In questo quadro si fa rientrare anche la violazione di obblighi che – secondo la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* - incombono allo Stato nella protezione di alcuni diritti fondamentali, per esempio la vita e l'integrità fisica

---

<sup>548</sup> Così, P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 49.

<sup>549</sup> Fino al 1993, era orientamento costante del *Bundesverfassungsgericht* che oggetto di ricorso potessero essere solo gli atti del pubblico potere della Repubblica federale tedesca, ma nella sua sentenza sul trattato di Maastricht ha annunciato per il futuro di ritenere ammissibili *Verfassungsbeschwerden* che si indirizzano contro atti comunitari (così, *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155, 175).

<sup>550</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 141.

<sup>551</sup> In relazione alla legge è peraltro sufficiente che essa sia stata promulgata: la *Verfassungsbeschwerde* può quindi indirizzarsi contro la stessa entrata in vigore della legge; per un esempio recente, v. *BVerfG*, 1 BvQ 53/02, 15 gennaio 2003, in <http://www.BVerfG.de>.

La possibilità di pregiudicare la posizione del ricorrente è stata negata per esempio in relazione alla legge di ratifica dei Trattati dell'Est (*Ostverträge*): v. *BVerfG* 7 luglio 1975, in *BVerfGE* 40, 141: “le leggi di ratifica dei Trattati dell'Est, al pari dei Trattati medesimi, non fondano alcun immediato obbligo di comportamento dei singoli”. Parimenti è stato negato tale carattere con riferimento allo scioglimento anticipato del *Bundestag* nel 1983: cfr. *BVerfG* 12 gennaio 1983, in *BVerfGE* 63, 73, con cui il *Bundesverfassungsgericht* respinge un'istanza cautelare di sospensione del procedimento per lo svolgimento delle elezioni anticipate, previste per il 6 marzo 1983.

<sup>552</sup> Così, per esempio, K. SCHLAICH -S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 154.

di cui all'art. 2, comma II GG, da attacchi provenienti da terzi<sup>553</sup>.

#### 8. *Contenuto della decisione di merito.*

Il *Bundesverfassungsgericht* accoglie il ricorso qualora il provvedimento impugnato sia incostituzionale e la violazione del diritto fondamentale si fondi o in ogni caso possa fondarsi su tale provvedimento <sup>554</sup>. In considerazione della funzione della *Verfassungsbeschwerde* di assicurare lo sviluppo del diritto costituzionale oggettivo, in sede di esame nel merito, la Corte non si limita a verificare la fondatezza della censura fatta valere dal ricorrente, ma può verificare la conformità costituzionale dell'atto impugnato sotto ogni punto di vista che entri in considerazione<sup>555</sup>. Se il ricorso accolto si indirizza contro una decisione di ultima istanza, il Tribunale costituzionale federale annulla la decisione con rinvio ad un giudice competente<sup>556</sup>.

Se il ricorso accolto si indirizza contro una legge, la Corte la dichiara nulla. Lo stesso accade se è accolto il ricorso contro una decisione, allorché la decisione annullata si fonda su una legge incostituzionale<sup>557</sup>.

#### 9. *Ammissibilità dei provvedimenti cautelari.*

L'ammissibilità dei provvedimenti cautelari in relazione alla proposizione di una *Verfassungsbeschwerde* è stata affermata dal *Bundesverfassungsgericht* fin dall'inizio della sua giurisprudenza, che in ciò ha raccolto il consenso quasi unanime della dottrina<sup>558</sup>. Si può aggiungere che la Corte ha avuto occasione di affermare per la prima volta l'applicabilità generale della disciplina dei

---

<sup>553</sup> Un caso importante, in cui l'obbligo statale di protezione della vita umana da attacchi di terzi privati è stato fatto valere a fondamento di una *Verfassungsbeschwerde* e di un'istanza cautelare ad essa strumentale, è quello relativo all'azione terroristica che il 5 settembre 1977 conduce al rapimento del Presidente della Confederazione degli industriali, Hanns-Martin Schleyer, a prezzo dell'uccisione del suo autista e di tre uomini della scorta. La pronuncia è *BVerfG* 16 ottobre 1977, in *BVerfGE* 46, 160, esaminata in altro luogo della presente indagine.

<sup>554</sup> § 95, comma I, prima proposizione *BVerfGG*. Cfr. K. SCHLAICH -S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 194.

<sup>555</sup> Così, tra le altre, *BVerfG* 21 settembre 1976, in *BVerfGE* 42, 312, 325.

<sup>556</sup> § 95, comma II *BVerfGG*.

<sup>557</sup> § 95, comma III *BVerfGG*.

<sup>558</sup> A favore di questa conclusione, oggi, vi è anche un argomento testuale ricavabile dal § 32, comma III *BVerfGG*. In particolare ci si riferisce a quella parte del comma che esclude il ricorrente, in caso di ricorso individuale di costituzionalità, dalla possibilità di proporre opposizione avverso l'ordinanza con la quale la Corte ha provveduto sull'istanza cautelare.

Nel panorama dottrinale si distingue l'impostazione accentuatamente critica di Carl Hermann Ule, che conclude tuttavia per l'ammissibilità dei provvedimenti cautelari. Cfr. C. H. ULE, *Einstweilige Anordnungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, in *Festschrift für T. Maunz*, München, 1981, p. 395 ss., specie p. 398 ss.

provvedimenti cautelari contenuta nel § 32 *BVerfGG* proprio in relazione alla *Verfassungsbeschwerde*. La proposizione di un ricorso individuale di costituzionalità costituisce l'occasione più frequente per la richiesta di un provvedimento cautelare.

Già in una pronuncia emanata nei primi mesi della propria attività, in relazione ad un'istanza di sospensione di un procedimento di estradizione all'estero, il Tribunale costituzionale federale dichiara ammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare, coordinata alla proposizione di un ricorso diretto di costituzionalità: "la Corte non ha remore nel ritenere ammissibile un tale provvedimento anche nel procedimento della *Verfassungsbeschwerde*. La proposizione di tale ricorso non instaura certamente una controversia giuridica in senso tradizionale, in cui tra le parti si controverte su un diritto fatto valere in giudizio. Tuttavia il § 32 *BVerfGG* non presuppone, secondo il suo tenore letterale e logico, che sia pendente una tale controversia dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. [...] Il concetto di *Streitfall* [che per questo motivo si è tradotto in italiano come "disputa"], a cui il § 32 *BVerfGG* collega il potere cautelare, è più ampio di quello di *Rechtsstreitigkeit* ["controversia giuridica"]. Nell'interesse pubblico generale o per evitare gravi pregiudizi o per impedire un'imminente violenza è opportuno adottare una disciplina provvisoria anche in relazione a controversie diverse da quelle tradizionali"<sup>559</sup>.

L'argomentazione della Corte si articola quindi in due passaggi: *a)* il ricorso diretto di costituzionalità non instaura una controversia giuridica in senso tradizionale; *b)* nonostante ciò, l'ampiezza del concetto di *Streitfall* consente di ricollegarvi il potere di emanare provvedimenti cautelari. Mentre il secondo passaggio illustra la disponibilità del Tribunale costituzionale federale a servirsi dei margini che il testo del § 32 *BVerfGG* offre per fondare l'applicabilità generale della disciplina dei provvedimenti cautelari ivi contenuta, il primo passaggio risente di qualche incertezza sulla funzione del ricorso individuale di costituzionalità, che la successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto ha contribuito progressivamente a dissolvere.

Attraverso l'esame della *Verfassungsbeschwerde*, si ha una completa rappresentazione della notevole incidenza dell'esercizio del potere cautelare ex § 32 *BVerfGG*, si ha cioè una completa consapevolezza del fatto che un'unica disposizione processuale concede alla Corte il potere di "fermare provvisoriamente e, se del caso, di correggere" il potere legislativo, il potere esecutivo o il potere giudiziario<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> Cfr. *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74.

<sup>560</sup> Così, F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 695 ss., p. 699.

Più di ogni considerazione teorica, la notevole incisività che la *Verfassungsbeschwerde* imprime al sistema della giustizia costituzionale tedesca anche sotto il profilo della tutela cautelare può essere efficacemente scolpita anticipando la semplice esposizione di un caso pratico, scelto fra quelli più recenti in cui il Tribunale costituzionale federale è stato chiamato a pronunciarsi anche in via cautelare.

Il 2 giugno 2003 Tizio chiede agli uffici competenti l'autorizzazione a tenere un corteo e una manifestazione a Norimberga, prevista per il successivo 6 settembre, ove si prevede una partecipazione di circa cinquecento persone. Con provvedimento del 26 agosto l'ufficio competente nega l'autorizzazione, ritenendo che la manifestazione metta immediatamente in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica<sup>561</sup>. Contro il provvedimento Tizio propone ricorso al tribunale amministrativo, che lo rigetta il 2 settembre. Il successivo reclamo è rigettato il 4 settembre. Lo stesso giorno Tizio chiede un provvedimento d'urgenza ex art. 32 *BVerfGG* al *Bundesverfassungsgericht*, lamentando che la pubblica amministrazione e il tribunale amministrativo avrebbero erroneamente valutato la fattispecie. Il giorno dopo la Corte accoglie il ricorso, cosicché la manifestazione si può svolgere regolarmente il 6 settembre 2003, in un luogo la cui individuazione è affidata al competente ufficio amministrativo<sup>562</sup>, che è chiamato a provvedere seguendo alcuni criteri direttivi esplicitamente dettati dalla Corte. In particolare, "l'ufficio deve temperare gli interessi dell'organizzatore all'esercizio del suo diritto fondamentale con la tutela di beni giuridici collidenti. Il luogo scelto deve essere ben raggiungibile dai partecipanti e la sua posizione non deve essere tale da escludere di raggiungere la pubblica attenzione per la progettata manifestazione"<sup>563</sup>.

#### 10. Tutela cautelare nella *Verfassungsbeschwerde* contro la legge.

Il ricorso di costituzionalità può indirizzarsi direttamente alla verifica della compatibilità di una legge con il *Grundgesetz*, senza che tale legge sia stata ancora applicata dal potere esecutivo o dal potere giudiziario nei confronti del ricorrente. Questi è chiamato ad affermare che la lesione scaturisce immediatamente dalla legge senza necessità di un successivo atto di esecuzione. Diversamente, se la lesione non scaturisce immediatamente dalla legge, ma solo

---

<sup>561</sup> Art. 15, comma I *Versammlungsgesetz*.

<sup>562</sup> Evidentemente questa scelta della Corte dipende dalla necessità di evitare ulteriore contenzioso con l'organizzatore.

<sup>563</sup> Si tratta di *BVerfG*, 5 settembre 2003, 1 BvQ 32/03, in *EuGRZ* 2003, 760. In questo caso la Corte provvede nell'arco di ventiquattro ore dalla presentazione dell'istanza.



dal successivo atto di esecuzione, il ricorso non è ammissibile per difetto del requisito dell'immediatezza della lesione<sup>564</sup>.

In questo senso si può leggere già una netta affermazione contenuta in una pronuncia cautelare emanata nei primi mesi di attività del *Bundesverfassungsgericht*, in una fattispecie in cui i ricorrenti propongono una *Verfassungsbeschwerde* contro la legge di sostegno agli investimenti nel settore dell'economia del 7 gennaio 1952 e contestualmente richiedono in via cautelare la sospensione dell'obbligo di corrispondere i relativi contributi, temendo un pregiudizio irreparabile, attinente alla difficoltà di ottenere le restituzioni in caso di dichiarazione di incostituzionalità, nonché alla minaccia all'esistenza economica delle aziende obbligate al pagamento. La Corte premette che la *Verfassungsbeschwerde* contro una legge non è ammissibile quando essa per necessità giuridica o anche per la prassi amministrativa abbia bisogno di uno speciale atto esecutivo per incidere concretamente nella posizione dei ricorrenti, ma questo non è il caso della legge in questione. Essa colpisce immediatamente i ricorrenti, che pertanto possono impugnarla con la *Verfassungsbeschwerde*. Rispondendo ad un'obiezione del Governo federale, il Tribunale costituzionale precisa poi nella stessa pronuncia che, quando la *Verfassungsbeschwerde* si indirizza immediatamente contro una legge, il canone del previo esaurimento della via giudiziaria non si applica, poiché il ricorso di costituzionalità è l'unico rimedio del singolo contro la legge<sup>565</sup>.

L'esame della giurisprudenza successiva della Corte mostra tuttavia un mutamento, cioè il tentativo di costruire, sulla base del § 90, comma II, prima parte *BVerfGG*, un più generale principio di sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde*, da rispettare anche ove essa si indirizzi contro la legge. Prima di proporre il ricorso costituzionale, il ricorrente dovrebbe adire i giudici comuni, per "provocare un chiarimento in particolare sul se ed in quale misura il cittadino sia concretamente colpito nei suoi diritti dalla disciplina censurata e se questa sia compatibile con la Costituzione"<sup>566</sup>.

Pur promosso dall'apprezzabile intento di mantenere efficiente la giurisdizione costituzionale, provocando una nuova divisione del lavoro tra il *Bundesverfassungsgericht* e i giudici comuni, questo tentativo è sottoposto a contrastanti valutazioni ad opera della dottrina. Nelle sue espressioni critiche quest'ultima paventa il rischio di una notevole incertezza giuridica, specialmente nei casi in cui la Corte additi al ricorrente un previo esperimento di una via giudiziaria dinanzi al giudice comune che non è sicura

---

<sup>564</sup> Cfr. C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 658.

<sup>565</sup> Così, *BVerfG* 1° agosto 1953, in *BVerfGE* 3, 34. Cfr. anche C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 659.

<sup>566</sup> Così, *BVerfG*, 2 BvR 1619/02, 11 dicembre 2002, in <http://www.BVerfG.de>.

nella sua percorribilità, con il rischio che il ricorrente sia destinatario di una doppia pronuncia di inammissibilità: prima dinanzi al giudice comune e poi dinanzi al Tribunale costituzionale federale (in quest'ultimo caso, per scadenza del termine di proponibilità del ricorso, che è di un anno dall'entrata in vigore della legge<sup>567</sup>).

Queste brevi osservazioni introduttive consentono di cogliere meglio il significato e la portata di alcune pronunce su istanze cautelari che si coordinano a *Verfassungsbeschwerden* contro la legge, esaminate nei prossimi paragrafi.

#### 11. *Casistica. Istanza di rinvio delle elezioni amministrative del Saarland.*

L'istanza cautelare si coordina ad un ricorso proposto, per violazione dei diritti di cittadinanza (art. 33 GG) nonché del principio di eguaglianza, contro una disposizione della legge del Saarland sulle elezioni amministrative. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che il ricorso non è inammissibile, né manifestamente infondato, ma rigetta poi l'istanza cautelare di rinvio delle elezioni, poiché il fatto che la validità del fondamento giuridico delle elezioni comunali sia controverso nell'opinione pubblica e che l'incertezza sulla legittimità costituzionale della disposizione impugnata possa essere rimossa solo attraverso la decisione di merito non è da solo sufficiente a giustificare il rilascio di un provvedimento cautelare. Altrettanto poco può avere peso decisivo la circostanza – prosegue la Corte – che le elezioni amministrative possano dover essere ripetute e che da ciò derivi un aggravio finanziario: i preparativi per le elezioni del 15 maggio 1960 hanno già richiesto un ingente impegno finanziario, che non potrebbe essere annullato attraverso il rilascio di una sospensiva. Infine non sorge alcun danno irreparabile dallo svolgimento delle elezioni amministrative. Diversamente dai referendum sulle armi atomiche<sup>568</sup>, le elezioni amministrative non producono fatti compiuti, che non possano essere annullati nel loro significato politico e giuridico. Se la norma impugnata dovesse rivelarsi illegittima – conclude il Tribunale costituzionale federale – le elezioni potrebbero e dovrebbero essere ripetute<sup>569</sup>.

#### 12. *Istanza di rinvio delle elezioni amministrative in Bassa Sassonia.*

---

<sup>567</sup> Cfr. § 93, comma III *BVerfGG*.

<sup>568</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 1958, in *BVerfGE* 7, 367; *BVerfG* 10 giugno 1958, in *BVerfGE* 7, 374. Queste fattispecie (in particolare la prima) sono state esaminate nel luogo riservato alle violazioni di principi costituzionali che assumono di per sé un peso decisivo nella valutazione comparativa delle conseguenze, nel luogo riservato all'urgenza del provvedere, nonché nel luogo riservato alle controversie federali.

<sup>569</sup> Cfr. *BVerfG* 10 maggio 1960, in *BVerfGE* 11, 102.

L'istanza cautelare di sospensione si coordina ad un ricorso proposto, per violazione del diritto all'elettorato passivo (art. 28 GG), contro una serie di disposizioni della legge della Bassa Sassonia sulle elezioni comunali. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che il ricorso non è inammissibile ed è possibile che sia fondato. Esso solleva la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al se sia compatibile con il principio di eguaglianza, sotto l'aspetto della serietà della candidatura elettorale, che un partito rappresentato nel parlamento federale o del *Land*, sia privilegiato, rispetto agli altri partiti ed associazioni di elettori, attraverso l'esonero dal *quorum* di sottoscrizioni per la presentazione delle candidature e nell'attribuzione dei numeri di lista. Il Tribunale costituzionale federale accoglie poi l'istanza cautelare di 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 peso. Questa incertezza – prosegue la Corte – può essere rimossa solo attraverso la decisione di merito, ma può offrire lo spunto per l'emanazione di un provvedimento cautelare ex art. 32 *BVerfGG*. Le elezioni non producono di regola fatti compiuti nel senso che, se del caso, il loro significato politico e giuridico non possa essere annullato in notevole misura attraverso una loro ripetizione. Tuttavia non appare opportuno correre il rischio di una tale ripetizione, qualora l'incertezza giuridica abbia raggiunto un certo grado, come in questo caso. Si deve infine considerare – conclude il *Bundesverfassungsgericht* – che una successiva ripetizione delle elezioni provocherebbe un notevole aggravio finanziario delle casse pubbliche, nonché dei gruppi politici partecipanti alle elezioni, che adesso appare ancora ampiamente evitabile<sup>570</sup>.

13. *Istanza di sospensione del procedimento di ratifica dell'accordo complementare al trattato di appianamento delle relazioni tra Repubblica federale tedesca e Olanda.*

L'istanza di sospensione si coordina ad un ricorso contro la legge di ratifica dell'accordo complementare al trattato di appianamento delle relazioni tra Repubblica federale tedesca e Olanda, promosso da alcuni azionisti di una società confiscata dal governo olandese nel 1944, che lamentano essenzialmente la lesione della garanzia costituzionale della proprietà (art. 14 GG). L'istanza cautelare di sospensione della promulgazione della legge di ratifica è rigettata attraverso una valutazione comparativa dei pregiudizi derivanti dal possibile sacrificio dei diritti dei ricorrenti (in caso di mancato rilascio della misura cautelare di successivo accoglimento del ricorso) con i pregiudizi derivanti dal ritardo nella

---

<sup>570</sup> Cfr. *BVerfG* 5 ottobre 1960, in *BVerfGE* 11, 306.

ratifica dell'accordo con il quale, al termine di lunga trattativa, era stato raggiunto un generale appianamento delle relazioni tra i due paesi (in caso di rilascio del provvedimento cautelare, seguito dal rigetto del ricorso). In particolare, a sostegno della maggiore gravità dei pregiudizi collegati al verificarsi di questa seconda ipotesi, il *Bundesverfassungsgericht* constata: "il ritardo di questo ampio processo di appianamento di numerose questioni ancora aperte, che si è potuto raggiungere solo dopo lunghe trattative, rappresenterebbe un grave pregiudizio, anche a prescindere da un temibile intorbidamento delle relazioni tra Germania ed Olanda. Come ha comunicato il Ministro degli affari esteri, l'Olanda è disponibile a ratificare l'accordo solo nel suo complesso"<sup>571</sup>.

L'argomentazione che fa leva in modo decisivo sugli svantaggi di politica estera derivanti dal rilascio della misura cautelare è ripresa in una seconda fattispecie, in cui il Tribunale costituzionale federale rigetta un'istanza cautelare di sospensione coordinata ad una *Verfassungsbeschwerde* contro il consolidamento nel trattato sulla riunificazione tedesca delle espropriazioni effettuate negli anni 1945-1949<sup>572</sup>.

#### 14. *Segue: istanza di sospensione del procedimento di ratifica dei Trattati dell'Est.*

Alcuni ex proprietari di terreni in Prussia nord-occidentale e in Schlesia propongono un ricorso costituzionale contro le leggi di ratifica dei Trattati dell'Est (con l'Unione sovietica e la Polonia), in riferimento alla garanzia costituzionale della proprietà, e chiedono in via cautelare di sospendere il procedimento di ratifica. Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze in cui l'interesse politico alla ratifica dei trattati prevale sugli svantaggi economici dei ricorrenti, anche in considerazione degli impedimenti di fatto che si sono frapposti finora all'esercizio dei loro diritti e della possibile previsione di indennizzi. In questo contesto la Corte sostiene di poter "opporsi alla valutazione politica sottesa alla decisione del governo federale e del parlamento e sostituirla con una propria valutazione, unicamente qualora cogenti motivi attinenti al bene comune richiedano in modo evidente la posticipazione dell'entrata in vigore dei Trattati dell'Est"<sup>573</sup>.

#### 15. *Istanza di sospensione della legge sul vino.*

---

<sup>571</sup> Cfr. *BVerfG* 24 giugno 1963, in *BVerfGE* 16, 220.

<sup>572</sup> Cfr. *BVerfG* 11 dicembre 1990, in *BVerfGE* 83, 162. Per la decisione di merito, *BVerfG* 23 aprile 1991, in *BVerfGE* 84, 90 (rigetto del ricorso). Su questa fattispecie, v. F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einsweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, cit., p. 287 ss.

<sup>573</sup> Cfr. *BVerfG* 22 maggio 1972, in *BVerfGE* 33, 195, 198. Per un'analogha decisione, v. *BVerfG* 31 maggio 1972, in *BVerfGE* 33, 232.

Alcuni produttori in Italia di acquavite ed importatori dello stesso prodotto in Germania attraverso filiali tedesche propongono un ricorso contro una modifica di una disposizione della legge sul vino, entrata in vigore da poco meno di un anno, che impedisce di etichettare vini importati dall'estero, se del caso, come *Weinbrand* (*brandy*) e consente di impiegare solo la denominazione *Branntwein* (acquavite), in riferimento agli artt. 2, comma I, 3, commi I e III, 12, comma I, 14 GG, e chiedono in via cautelare di sospendere l'efficacia della modifica legislativa impugnata. Il Tribunale costituzionale federale rigetta l'istanza cautelare in seguito ad una valutazione comparativa delle conseguenze che fa perno, da un lato, sulla considerazione che le imprese ricorrenti non sono riuscite a dimostrare i gravi pregiudizi che subirebbero dall'impiego della nuova etichetta, dall'altro lato, sulla considerazione dell'interesse fondamentale al mantenimento dell'efficacia della legge, in vista della tutela dell'affidamento di quelle aziende che hanno già provveduto alla sostituzione delle etichette. In caso di rilascio della misura cautelare queste ultime potrebbero essere sollecitate a compiere investimenti per ritornare alla vecchia etichetta, che poi potrebbero rivelarsi *ex post* mal destinati, qualora la Corte accerti la conformità alla Costituzione della normativa impugnata<sup>574</sup>.

#### 16. *Istanza di sospensione della legge sul censimento.*

Alcuni privati cittadini propongono un ricorso contro la legge sul censimento, previsto per il 27 aprile 1983, assumendo la lesione del diritto generale della personalità di cui all'art. 2, comma I GG, in collegamento con una serie di diritti fondamentali (dignità dell'uomo, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero, inviolabilità del domicilio) e chiedono in via cautelare la sospensione del procedimento di censimento. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata, sollevando "questioni centrali di tutela dei diritti fondamentali del singolo in quanto persona legata alla comunità nelle particolari condizioni relative alla possibilità di rilevazione ed elaborazione statistica dei dati". Essa accoglie poi l'istanza cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di mancata emanazione del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, l'esecuzione della legge violerebbe diritti fondamentali dei cittadini tenuti a rilasciare le informazioni, mentre in caso di emanazione della misura cautelare e di successivo rigetto del ricorso, il provvedimento non produrrebbe effetti definitivi ed irreparabili, in particolare non anticiperebbe il contenuto della decisione di merito. Il censimento potrebbe avere

---

<sup>574</sup> Cfr. *BVerfG* 12 febbraio 1974, in *BVerfGE* 36, 310.

luogo in data successiva, qualora la Corte accerti che non si frappongono ostacoli costituzionali al suo svolgimento<sup>575</sup>.

17. *Istanza di sospensione di alcune norme sui rapporti di pubblico impiego nella ex Repubblica democratica tedesca nel Trattato sulla unificazione tedesca.*

Un gruppo di pubblici dipendenti della ex Repubblica democratica tedesca propongono ricorso di costituzionalità contro la sospensione del loro rapporto di lavoro e la diminuzione del 30% del loro stipendio (con la quale quest'ultimo viene a corrispondere all'incirca al sussidio di disoccupazione), introdotte nel Trattato sulla unificazione tedesca, e chiedono in via cautelare che sia loro corrisposto lo stipendio nell'ammontare precedente alla decurtazione fino alla decisione di merito. Premesso che il ricorso non è inammissibile, né manifestamente infondato, il Tribunale costituzionale federale rigetta l'istanza cautelare sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze in cui pesa in modo decisivo la necessità di evitare un tracollo delle finanze pubbliche. A tal fine la Corte osserva che l'impegno finanziario per il bilancio dello Stato andrebbe molto al di là delle somme pretese dai ricorrenti, poiché il governo federale ben difficilmente potrebbe evitare di trattare in modo identico gli altri soggetti (più di 200.000 persone) che si trovano nelle stesse condizioni dei ricorrenti. In un momento in cui il bilancio dello Stato sopporta l'enorme peso del ripristino dell'unità della Germania, questo ulteriore imprevisto impegno finanziario costituirebbe un fardello particolarmente grave. Esso potrebbe essere mitigato solo in parte dall'obbligo di restituzione dopo rigetto del ricorso nel merito, poiché l'attuazione dell'obbligo sarebbe molto impegnativa e non potrebbe essere completa<sup>576</sup>.

18. *Istanza di sospensione della legge bavarese di sostegno alle donne in gravidanza.*

Alcuni medici specializzati in interruzioni della gravidanza ambulatoriali propongono un ricorso contro la legge bavarese di sostegno alle donne in gravidanza (*Schwangerenhilfeergänzungsgesetz*) del 9 agosto 1996, e chiedono in via cautelare la sospensione dell'applicazione delle disposizioni aventi l'effetto di precludere la possibilità di effettuare l'interruzione della gravidanza ambulatoriale. Il Tribunale costituzionale federale premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che solleva le questioni di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relative alla competenza legislativa dei *Länder* in questa materia e all'ambito tutelato dal diritto fondamentale alla libera scelta della

---

<sup>575</sup> Cfr. *BVerfG* 13 aprile 1983, in *BVerfGE* 64, 67.

<sup>576</sup> Cfr. *BVerfG* 5 dicembre 1990, in *DVBl* 1991, 153.

professione (art. 12, comma I GG). Il *Bundesverfassungsgericht* accoglie poi l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia delle disposizioni di legge impugnate, sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, che colloca da un lato gli scopi perseguiti dal legislatore bavarese (la tutela della "vita non ancora nata") e, dall'altro lato, le conseguenze che scaturirebbero dalla nuova disciplina per la salute delle donne e per gli interessi economici dei ricorrenti e degli altri medici che si trovano in un'analogha situazione in Baviera. In particolare, in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, i medici ricorrenti (e gli altri medici che si trovano nelle medesime condizioni) potrebbero continuare ad esercitare la loro attività ed il legislatore del *Land* - argomenta la Corte - non potrebbe provvisoriamente conseguire il proprio obiettivo di tutela della "vita non ancora nata"). Il peso di questa conseguenza diminuisce tuttavia se si considera che tale obiettivo non potrebbe essere raggiunto nemmeno nel caso che l'efficacia della legge non sia sospesa, poiché esso dipende da ulteriori condizioni fattuali (tra cui la presenza di un numero sufficiente di strutture ospedaliere disposte a prestare la loro assistenza in questo settore), la cui insussistenza è stata accertata all'udienza. Più pesanti sono invece - conclude la Corte - le conseguenze del mancato rilascio del provvedimento cautelare (seguito dall'accoglimento del ricorso), poiché sarebbe pregiudicato l'obiettivo della disciplina federale di assicurare un'assistenza territorialmente vicina alle donne in gravidanza e aumenterebbero i rischi per la salute di queste ultime, costrette ad intraprendere viaggi più lunghi; inoltre i ricorrenti (e gli altri medici che si trovano nelle medesime condizioni) subirebbero pregiudizi professionali e patrimoniali<sup>577</sup>.

19. *Istanza di sospensione della legge della Sassonia-Anhalt di riforma della scuola elementare.*

Alcuni genitori di bimbi soggetti all'obbligo scolastico propongono un'istanza cautelare di sospensione collegata alla futura proposizione di un ricorso contro l'entrata in vigore della legge della Sassonia-Anhalt sull'introduzione della scuola elementare con tempi fissi di apertura (nonché con un obbligo di presenza a scuola degli alunni per un maggiore lasso di tempo), assumendo la violazione del loro diritto-dovere di educare i figli (art. 6, comma II GG). Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza cautelare sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze, in cui l'interesse delle famiglie con entrambi i genitori che lavorano (o dell'unico genitore lavoratore a cui sono affidati i figli) ad una

---

<sup>577</sup> Cfr. *BVerfG* 24 giugno 1997, in *BVerfGE* 96, 120 e in *NJW* 1997, 2443. Per la decisione di merito che accoglie il ricorso, v. *BVerfG* 27 ottobre 1998, in *BVerfGE* 98, 265, commentata tra gli altri da M. SACHS, in *JuS*, 1999, 908.

affidabile opera di assistenza scolastica, anche al di là delle ore di insegnamento e l'interesse del legislatore a sviluppare un nuovo modello di scuola elementare, in cui alla fase di insegnamento segua anche una fase di svago, prevale sull'interesse delle famiglie a svolgere la loro opera educativa nei confronti dei figli in un maggiore lasso temporale<sup>578</sup>.

20. *Istanza di sospensione della legge sulla stabilizzazione dei contributi relativi all'assicurazione obbligatoria per le malattie (e la pensione).*

Alcune imprese farmaceutiche propongono un ricorso per violazione del diritto alla libera scelta della professione (art. 12 GG) e per inosservanza dell'obbligo di sottoporre la legge all'approvazione del *Bundesrat*, contro la legge sulla stabilizzazione dei contributi relativi all'assicurazione obbligatoria per le malattie e la pensione (*Beitragssatzsicherungsgesetz*), e contestualmente chiedono in via cautelare la sospensione dell'applicazione delle disposizioni che introducono una riduzione del prezzo dei medicinali alla produzione. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che le questioni sollevate devono essere risolte nel procedimento di merito. La Corte rigetta poi l'istanza cautelare di sospensione dell'applicazione delle disposizioni legislative impugnate, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze. In caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, la Corte ritiene che gravino sul bene comune gravi pregiudizi, poiché la legge in questione prevede un pacchetto di misure per contrastare il deficit nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria per le malattie (e la pensione). In altri termini, la misura legislativa impugnata, accanto ad altre, è funzionale ad un alleggerimento degli oneri finanziari degli enti assicurativi contro le malattie, in mancanza del quale essi perderebbero l'equilibrio finanziario in un modo difficilmente recuperabile. Solo l'insieme di tutte le misure di risparmio è in grado di produrre l'effetto previsto. Rispetto al bene comune tutte le misure hanno lo stesso peso. In caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, la Corte ritiene che i ricorrenti e le altre aziende farmaceutiche subiscano certamente un pregiudizio economico fino alla decisione di merito, di carattere però transitorio definitivo e riparabile. Inoltre tale temporaneo pregiudizio economico non è molto pesante. Comparato con il loro fatturato nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria per le malattie, le aziende

---

<sup>578</sup> Cfr. *BVerfG* 31 luglio 2001, in *NVwZ* 2002, 468. Per la decisione di merito di conformità alla costituzione della legge impugnata, v. *BVerfG* 16 aprile 2002, 1 BvR 279/02.



farmaceutiche subiscono perdite economiche di lieve entità<sup>579</sup>.

21. *Riflessi sulla tutela cautelare della limitata giustiziabilità delle omissioni del legislatore.* - È appena il caso di osservare che la giurisprudenza cautelare del Tribunale costituzionale federale non contempla l'ipotesi dell'istanza cautelare che si coordina ad una *Verfassungsbeschwerde* diretta a censurare un'omissione legislativa.

Ciò dipende dal problema più generale della giustiziabilità delle omissioni del legislatore, ancora in attesa di un'appagante sistemazione. All'inizio la posizione della Corte era di netta chiusura: "è nella natura delle cose che il singolo cittadino non possa avere in via di principio alcuna pretesa giudizialmente perseguibile ad un'attività del legislatore, altrimenti si verificherebbe un indebolimento del potere legislativo, ben difficilmente voluto dal *Grundgesetz*. Produrre un diritto che sia conforme agli ideali della giustizia sociale, della libertà, dell'uguaglianza e dell'equità, è un compito ideale del legislatore, al quale il singolo cittadino partecipa in via mediata attraverso l'esercizio del diritto di voto. Il *Bundesverfassungsgericht* non è un organo legislativo e non è suo compito sostituirsi al legislatore. Un tale spostamento delle competenze statali sarebbe tuttavia provocato dalla possibilità di accertare giudizialmente che un'omissione del legislatore è incostituzionale. La questione se debba essere emanata una legge dipende da considerazioni economiche, politiche e di ordine più generale, che esulano in genere da un controllo giudiziale. Nella misura in cui il *Bundesverfassungsgericht* è chiamato a sindacare le leggi, il suo compito può consistere quindi solo, in via di principio, in quello di verificare se le leggi emanate siano in armonia con la norma sovraordinata del *Grundgesetz*"<sup>580</sup>.

In un secondo momento il Tribunale costituzionale federale si è collocato nella prospettiva di poter sindacare le omissioni del legislatore, valorizzando a tal fine le ipotesi in cui il ricorrente possa "richiamarsi ad un compito espresso del *Grundgesetz*, che determina sostanzialmente il contenuto e l'estensione dell'obbligo del legislatore"<sup>581</sup>.

---

<sup>579</sup> Cfr. *BVerfG* 26 marzo 2003, in *BVerfGE* 108, 45 e in *NJW* 2003, 2737.

Per analoghi provvedimenti in analoghe controversie relative alla stessa legge, v. *BVerfG* 14 gennaio 2003, in *BVerfGE* 106, 351; 15 gennaio 2003 (due provvedimenti), in *BVerfGE* 106, 359 e 369.

<sup>580</sup> Cfr. *BVerfG* 19 dicembre 1951, in *BVerfGE* 1, 97, 100 s.

<sup>581</sup> Così, *BVerfG* 14 gennaio 2001, in *BVerfGE* 56, 54, 70, nella seguente fattispecie: due persone abitanti vicino all'aeroporto di Düsseldorf-Lohhausen fanno valere attraverso la *Verfassungsbeschwerde* che gli organi statali avrebbero omesso in modo costituzionalmente illegittimo di prendere efficaci provvedimenti di protezione contro il rumore proveniente dall'aeroporto. Il fulcro dell'azione è la censura rivolta al legislatore di aver dato al potere esecutivo

Un'ulteriore apertura, in termini ristretti, si è verificata con il riconoscimento del diritto del singolo a che il legislatore si attivi per adempiere obblighi di protezione previsti dal *Grundgesetz*, in particolare dall'art. 2, comma II GG. La prospettiva di successo è legata alla dimostrazione che il legislatore non abbia adottato misure di protezione o che le misure di protezione adottate siano manifestamente del tutto inadatte o insufficienti a raggiungere lo scopo<sup>582</sup>.

Come già anticipato, mancano pronunce cautelari in questo settore.

---

strumenti insufficienti e inadatti in questa direzione. La Corte respinge il ricorso, osservando però che tali *Verfassungsbeschwerden* possono considerarsi eccezionalmente ammissibili “quando il ricorrente può richiamarsi ad un compito espresso del *Grundgesetz*, che determina sostanzialmente il contenuto e l'estensione dell'obbligo del legislatore” (presupposto insussistente nel caso di specie).

<sup>582</sup> Cfr. *BVerfG*, 29 ottobre 1987, in *BVerfGE* 77, 170, 214 s., sul deposito di armi chimiche. In tema, v. K. SCHLAICH -S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 156.

## 22. Tutela cautelare nella *Verfassungsbeschwerde* contro atti applicativi della legge.

Si può introdurre a questo punto il tema della tutela cautelare che si coordina alla proposizione di una *Verfassungsbeschwerde* contro un atto applicativo della legge. Il discorso può essere opportunamente limitato all'impugnazione di provvedimenti giudiziari. Stante infatti la sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde* nei confronti dei rimedi dinanzi ai giudici comuni, la proposizione di una *Verfassungsbeschwerde* direttamente contro un atto del potere esecutivo è rara (essa si indirizzerà di regola contro il provvedimento del giudice comune che abbia rigettato l'impugnazione dell'atto amministrativo).

Prima di analizzare alcune fattispecie esemplari, è utile cercare di cogliere i tratti fondamentali del sindacato del Tribunale costituzionale federale in sede di impugnazione dei provvedimenti giudiziari, che dà origine al maggior numero di procedimenti instaurati dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. Tale sindacato costituisce un tratto fondamentale del sistema di giustizia costituzionale tedesco nel rapporto con i giudici comuni. Non solo i giudici comuni non hanno l'ultima parola in tema di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali lesi da atti del pubblico potere, ma i loro stessi provvedimenti rientrano fra gli atti del pubblico potere soggetti al giudizio di costituzionalità. Non occorre attendere necessariamente il loro passaggio in giudicato: il Tribunale costituzionale federale può decidere infatti i ricorsi proposti prima dell'esaurimento dell'ordinaria via giudiziaria quando essi rivestano un "significato generale", oppure quando il ricorrente subirebbe un pregiudizio grave ed irreparabile se dovesse attendere l'esaurimento delle vie di ricorso<sup>583</sup>.

I tratti fondamentali si delineano distinguendo lo scopo concreto perseguito dal ricorrente, che può consistere nel: *a)* controllo del contenuto della sentenza; *b)* controllo dello svolgimento del processo; *c)* controllo dell'applicazione della legge sostanziale<sup>584</sup>.

In relazione allo scopo *sub a)*, si deve muovere da un'osservazione preliminare. Il fatto che la lesione del diritto fondamentale debba provenire dal "pubblico potere" esclude che possano essere fatti valere con la *Verfassungsbeschwerde* immediatamente atti lesivi provenienti da privati. L'efficacia delle norme costituzionali che garantiscono i diritti fondamentali si irradia tuttavia in tutti i settori del diritto, secondo un orientamento fondamentale della giurisprudenza costituzionale - quello della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali - il cui *leading case* è comunemente rinvenuto nella sentenza resa sul caso

---

<sup>583</sup> Cfr. § 90, comma II *BVerfGG*.

<sup>584</sup> Per questo schema v. K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 197 ss.

*Lüth*<sup>585</sup>, ove si può leggere: “senza dubbio i diritti fondamentali sono previsti in prima linea per assicurare la sfera di libertà del singolo nei confronti di intrusioni del pubblico potere; essi sono diritti di difesa del cittadino contro lo Stato [..]. Parimenti corretto è però che il *Grundgesetz*, che non intende essere un ordinamento neutrale nei confronti dei valori [..], nella sua sezione sui diritti fondamentali erige anche un ordine oggettivo di valori [..]. Questo sistema di valori, che rinviene il suo baricentro nella personalità umana, che si sviluppa liberamente all’interno della comunità sociale, e nella sua dignità, in quanto decisione di fondo costituzionale deve valere per tutti i settori del diritto [..]. Il contenuto giuridico dei diritti fondamentali in quanto norme oggettive si dispiega nel diritto privato attraverso il mezzo delle disposizioni che disciplinano immediatamente questo settore del diritto. Come il nuovo diritto deve essere in armonia con il sistema di valori dei diritti fondamentali, così il diritto già esistente deve allinearsi a questo sistema di valori, da cui gli perviene uno specifico contenuto costituzionale, che d’ora in poi determina la sua interpretazione. Una controversia tra privati su diritti ed obblighi scaturenti da tali norme di comportamento del diritto civile, influenzate dai diritti fondamentali, rimane sotto il profilo sostanziale e processuale una controversia di diritto civile. Si interpreta e si applica il diritto civile, anche se la sua interpretazione deve seguire il diritto pubblico, la Costituzione”.

Secondo questa classica impostazione, l’efficacia dei diritti fondamentali si irradia nel diritto privato non immediatamente (anche perché il *Grundgesetz* prevede che i diritti fondamentali vincolino come diritto immediatamente vigente il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario: art. 1, comma III GG), ma attraverso il mezzo delle disposizioni che disciplinano immediatamente questo settore del diritto (specialmente le clausole generali ed i concetti giuridici indeterminati), per cui si parla di *mittelbare Drittwirkung* dei diritti fondamentali. L’irradiazione dell’efficacia dei diritti fondamentali nel diritto privato reca con sé una estensione del sindacato della Corte alla decisione giurisdizionale delle controversie da parte dei giudici civili, che può essere attaccata attraverso la *Verfassungsbeschwerde* censurando che il giudice abbia disconosciuto nella sua decisione il significato dei diritti fondamentali.

Così, fra i molti esempi, il *Bundesverfassungsgericht* ha annullato una decisione di rigetto di un’azione di rilascio di un immobile adibito ad uso abitativo, fondata sulla necessità propria del locatore, ritenendo che il giudice avesse disconosciuto un aspetto della garanzia costituzionale della proprietà (art. 14, comma I GG), escludendo che sia integrata un’ipotesi di necessità

---

<sup>585</sup> Cfr. *BVerfG* 15 gennaio 1958, in *BVerfGE* 7, 198, 205.

del locatore, quando questi possa ricorrere ad un altro immobile, impiegato in un'attività commerciale<sup>586</sup>.

A questo punto ci si trova immediatamente dinanzi ad un problema fondamentale, che nonostante i numerosi tentativi giurisprudenziali e dottrinali, non sembra ancora aver trovato una soluzione soddisfacente: la delimitazione dell'ambito del controllo affidato al Tribunale costituzionale federale, per evitare che esso si trasformi in una istanza di 'superrevisione'<sup>587</sup>. A tale proposito la Corte sostiene di limitare il sindacato all'osservanza di una "specifica normativa costituzionale" (*spezifisches Verfassungsrecht*)<sup>588</sup>. Con ciò il problema si sposta alla interpretazione di questa formula. Secondo l'impostazione della sentenza che ne ha per la prima volta tematizzato ampiamente il significato, "l'articolazione del procedimento, l'accertamento e l'apprezzamento della fattispecie, la interpretazione della normativa ordinaria e la sua applicazione al caso concreto sono materia solo dei giudici, che sono competenti in via generale per questo, e sono sottratti all'esame del *Bundesverfassungsgericht*. Questi può intervenire sulla base di una *Verfassungsbeschwerde* solo in caso di violazione di una specifica normativa costituzionale da parte dei giudici [...]. Quest'ultima non è violata però già quando una decisione, commisurata alla disciplina ordinaria, è oggettivamente errata; l'errore deve consistere proprio nella mancata osservanza di diritti fondamentali. Tuttavia i limiti delle possibilità di intervento del Tribunale costituzionale federale non si possono sempre fissare in modo chiaro in via generale. Alla discrezionalità giudiziale deve rimanere un certo margine, che renda possibile la considerazione della particolare situazione del caso concreto. In via generale potrà dirsi che le normali operazioni di sussunzione entro la normativa ordinaria sono sottratte alla verifica da parte del *Bundesverfassungsgericht*, a meno che non siano visibili errori di interpretazione, che si fondino su un'idea fondamentalmente errata del significato di un diritto fondamentale, in particolare dei limiti del suo ambito di tutela, e che siano di un certo peso nel loro significato sostanziale per il caso concreto"<sup>589</sup>.

Su questo ampio stralcio di motivazione (detto anche 'formula di Heck', dal nome del giudice costituzionale relatore) si possono fare alcune osservazioni. In primo luogo, il problema consiste nel trovare una sensata ripartizione di compiti tra *Bundesverfassungsgericht* e giudici comuni, che tenga conto del

---

<sup>586</sup> così *BVerfG*, 3 ottobre 1989, in *BVerfG* 81, 29, 31 ss. (si veda però la *dissenting opinion* dei giudici Grimm, Dieterich e Kühling, 35 ss.).

<sup>587</sup> Cfr. in questo senso già *BVerfG* 15 gennaio 1958, in *BVerfGE* 7, 198, 207, cit.

<sup>588</sup> A quanto consta, la formula è impiegata per la prima volta da *BVerfG* 18 settembre 1952, in *BVerfG* 1, 418, 420.

<sup>589</sup> Così, *BVerfG* 10 giugno 1964, in *BVerfG* 10 giugno 1964, in *BVerfG* 18, 85, 92.

fatto che la tutela del singolo nei confronti di violazioni della costituzione è affidata in eguale misura a tutti i giudici e che salvaguardi la capacità funzionale della Corte<sup>590</sup>. Nelle espressioni critiche da parte della dottrina si osserva che questa formulazione – accanto ai vari tentativi dottrinali di precisarne il significato<sup>591</sup> – non offre un criterio di delimitazione che vada al di là della indicazione che, in casi particolarmente gravi di violazione di legge e di diritti fondamentali da parte dei giudici, il Tribunale costituzionale federale dichiara la *Verfassungsbeschwerde* ammissibile, in altri casi no<sup>592</sup>. Un dato sembra certo: la Corte non fa integralmente propria la posizione che una parte della dottrina ricava in questo ambito dalla già commentata sentenza sul caso *Elfes*. Cioè l'idea che ogni sentenza sfavorevole per il ricorrente, priva di fondamento nella normativa ordinaria, violi il diritto fondamentale eventualmente rilevante, e in ogni caso violi il diritto al libero sviluppo della personalità, in quanto diritto fondamentale “di chiusura” nel sistema del *Grundgesetz*<sup>593</sup>. Secondo il Tribunale costituzionale, il ricorrente non deve limitarsi a censurare la sentenza impugnata semplicemente perché ha violato la normativa ordinaria, ma deve allegare in modo circostanziato che: *a1*) nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa ordinaria, il giudice abbia disconosciuto, del tutto o in modo essenziale, il significato dei diritti fondamentali; oppure che: *a2*) la decisione impugnata si fondi su un'interpretazione del diritto grossolanamente e palesemente arbitraria (*willkürlich*)<sup>594</sup>; o infine che: *a3*) il giudice abbia superato i limiti costituzionali che sono fissati all'interpretazione creatrice (anche se questa terza variante non si lascia sempre distinguere con chiarezza dalla seconda)<sup>595</sup>.

Un criterio impiegato in modo concorrente con quelli appena segnalati, che contribuisce ad estendere le possibilità di controllo

---

<sup>590</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 199.

<sup>591</sup> Cfr. in una prospettiva riassuntiva, cfr. P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., p. 62 ss.; C. GUSY, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., p. 662 ss.

<sup>592</sup> Così, W. HENKE, *Juristische Systematik der Grundrechte*, in *DöV*, 1984, p. 1 ss., p. 10.

<sup>593</sup> Per questa posizione, v. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 143.

<sup>594</sup> In questo caso, il parametro del controllo è offerto direttamente dal principio di uguaglianza (art. 3, comma I GG), nel suo aspetto di divieto di arbitrio. In questo senso, *BVerfG* 5 luglio 1983, in *BVerfGE* 64, 389, 394. Cfr. K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 152.

<sup>595</sup> In questo caso, un punto di riferimento è costituito da *BVerfG* 14 febbraio 1973, in *BVerfGE* 34, 269 (sul caso *Soraya*), in cui il *Bundesverfassungsgericht* decide che la giurisprudenza dei giudici civili secondo la quale, in caso di gravi violazioni del diritto generale della personalità, si può pretendere il risarcimento pecuniario anche per danni immateriali (al contrario di quanto previsto dal § 253 BGB) non supera i limiti costituzionali dell'interpretazione creatrice e pertanto è compatibile con il *Grundgesetz*.

della Corte, è costituito dall'intensità dell'intrusione nei diritti fondamentali: "quanto più intensamente una sentenza civile incide, nel risultato, nella sfera della parte soccombente, tanto più rigorosi sono i requisiti della motivazione di questa intrusione e tanto più ampie sono di conseguenza le possibilità di sindacato del *Bundesverfassungsgericht*; nei casi in cui l'intensità dell'intrusione è massima la Corte può sostituire la propria valutazione della fattispecie a quella dei giudici civili". La considerazione dell'intensità dell'impatto tiene conto del valore degli interessi protetti dai diritti fondamentali colpiti<sup>596</sup>.

In sintesi, la Corte si è procurata pertanto - con la formulazione riportata indietro e con i successivi affinamenti<sup>597</sup> - uno strumento flessibile, che lascia un ampio margine ad una messa a fuoco sulle caratteristiche del caso concreto. Un'ultima osservazione sul controllo del contenuto delle sentenze: il discorso svolto, a partire dall'efficacia mediata dei diritti fondamentali, è limitato essenzialmente alle controversie civili. Nei processi in cui il privato fronteggia il pubblico potere, in particolare nel processo amministrativo e nel processo penale, i diritti fondamentali valgono immediatamente e pertanto la Corte - sebbene impieghi di regola le stesse formule che la impegnano a delimitare i margini del controllo delle sentenze civili - amplia in effetti l'ambito della propria verifica ed assume frequentemente il ruolo di una istanza di 'superrevisione'<sup>598</sup>.

Più semplice è il discorso relativo alle *Verfassungsbeschwerden* che censurano i vizi processuali (ipotesi *sub b* dello schema introduttivo). Come già detto, le garanzie processuali di cui agli artt. 101, 103, 104 GG sono assimilate ai diritti fondamentali dall'art. 93, comma I, n. 4 a GG<sup>599</sup>. Esse costituiscono quasi la metà dei ricorsi di costituzionalità, e così in assoluto i ricorsi più numerosi dinanzi al Tribunale costituzionale federale. In tali ipotesi il controllo esplicito dalla Corte è molto ampio e, specialmente in relazione alla garanzia del contraddittorio, corrisponde nella prima fase dell'esperienza

---

<sup>596</sup> Numerose fattispecie riguardano ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di stampa, la libertà dell'arte: l'espressione tra virgolette è ripresa da *BVerfG* 11 maggio 1976, in *BVerfGE* 42, 143, 149, nel caso della rivista *Deutschland*; applicano il criterio dell'intensità anche *BVerfG* 27 novembre 1990, in *BVerfGE* 83, 130, 145, nel caso *Josephine Mutzenbacher* (libertà dell'arte); *BVerfG* 25 gennaio 1984, in *BVerfGE* 66, 116, 131 nel caso *Springer/Wallraff* (libertà di stampa e libertà di manifestazione del pensiero).

<sup>597</sup> Accanto alla formula di *Heck*, si veda la formula sostanzialmente equivalente, elaborata in occasione del caso *Mephisto*, v. *BVerfG* 24 febbraio 1971, in *BVerfGE* 30, 173, 188.

<sup>598</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 228.

<sup>599</sup> Sul tema in generale v. R. STÜRNER, *Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das BVerfG*, in *JZ* 1986, p. 526 ss.

giurisprudenziale ad un controllo sulle violazioni di legge ordinaria<sup>600</sup>. Successivamente la Corte tenta di contrastare il rischio di un'eccessiva estensione dell'ambito del controllo, richiedendo che il vizio processuale denunciato concreti una violazione del minimo indispensabile del contraddittorio, costituzionalmente garantito<sup>601</sup>.

Lo scopo della *Verfassungsbeschwerde* contro i provvedimenti giurisdizionali può essere infine quello di far valere in via mediata l'illegittimità costituzionale della legge sostanziale applicata, nelle ipotesi in cui il giudice non abbia provocato il controllo di costituzionalità in via incidentale (art. 100, comma I GG), rimettendo la relativa questione al *Bundesverfassungsgericht* (ipotesi *sub c* dello schema introduttivo). In questo caso non entra in gioco il termine di decadenza per la proponibilità della *Verfassungsbeschwerde* contro la legge di cui al § 93, comma III *BVerfGG*. Per quanto riguarda l'ambito del controllo della Corte, esso è evidentemente pieno, non potendo valere in questa ipotesi dei principi diversi da quelli che ispirano il controllo di costituzionalità di norme giuridiche<sup>602</sup>.

Quanto appena scritto costituisce la cornice introduttiva all'esame di una serie di pronunce in materia cautelare, condotto nei prossimi paragrafi. L'elevato numero di istanze cautelari coordinate alla proposizione di ricorsi di costituzionalità contro provvedimenti giudiziari rende impossibile riprodurre tutta la complessità e la varietà della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in questo settore. Al fine di offrire un esempio, si è preferito pertanto selezionare le pronunce sulla base di un unico fondamentale filo conduttore, che si ricollega ad un tema trattato nella precedente parte dell'indagine: la nozione di bene comune.

---

<sup>600</sup> A parte la considerazione che dall'art. 103, comma I GG la Corte ricava doveri processuali che vanno al di là di quelli previsti dalle leggi processuali ordinarie: cfr. K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 222.

<sup>601</sup> Così *BVerfG* 3 febbraio 1998, 1 BvR 909/94, <http://www.BVerfG.de>: "non ogni violazione delle prescrizioni del diritto processuale costituisce contemporaneamente una violazione dell'art. 103, comma I GG. La soglia di una tale violazione costituzionale è anzi raggiunta solo quando i giudici, nell'interpretazione o applicazione del diritto processuale, abbiano disconosciuto il significato e la portata del diritto fondamentale ad essere ascoltati in giudizio [...]. Le violazioni di prescrizioni processuali devono essere verificate rispetto al seguente profilo: se, considerata la correlazione di tutte le norme rilevanti dell'ordinamento processuale *de quo*, sia stata violata la misura minima indispensabile del contraddittorio costituzionalmente garantito".

<sup>602</sup> Così, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 226.



23. *Casistica giurisprudenziale sui rapporti tra istanze cautelari a protezione di interessi individuali e salvaguardia del bene comune: prima fase.*

In una prima fase della propria giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* non verifica la sussistenza della finalità di salvaguardare il bene comune nelle ipotesi in cui concede misure cautelari a protezione di interessi di un singolo individuo. In questa prima fase, sotto il profilo della necessità o meno di riscontrare la sussistenza del requisito attinente al bene comune, il Tribunale costituzionale federale distingue tra le istanze cautelari coordinate alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di singoli individui ed istanze cautelari coordinate alla impugnazione di atti che incidono sulla posizione di una indeterminata molteplicità di soggetti. Nella prima ipotesi il riscontro della necessità di neutralizzare con urgenza un grave pregiudizio all'interesse individuale colpito dall'atto impugnato è sufficiente a fondare il rilascio della misura cautelare. Nella seconda ipotesi occorre anche che l'emanazione del provvedimento cautelare si imponga con urgenza per il bene comune.

Esemplare di questa prima fase può essere già il primo provvedimento in cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia per l'ammissibilità di istanze cautelari coordinate alla proposizione di *Verfassungsbeschwerden*. Un'ordinanza della Corte d'appello di Monaco del 12 settembre 1951, contro la quale non è ammissibile alcun mezzo di impugnazione ordinario, rigetta per infondatezza il ricorso contro un ordine d'arresto del 16 agosto 1951 ai fini della estradizione in Austria. A fondamento della propria decisione la Corte d'appello di Monaco sostiene che il ricorrente non è riuscito a dimostrare l'acquisto della cittadinanza tedesca attraverso un atto di naturalizzazione. Pertanto deve essere considerato apolide e, in quanto tale, può essere estradato. Con la *Verfassungsbeschwerde* proposta contro tale provvedimento, il ricorrente fa valere la violazione dell'art. 16, comma II GG, nella parte in cui esso prevede che il cittadino tedesco non possa essere estradato all'estero, sostenendo di aver acquisito la cittadinanza tedesca nel 1942 e di essere stato trattato come cittadino tedesco dall'ufficio rifugiati di una certa località in Germania. Dopo la presentazione della istanza di estradizione da parte del Ministero della giustizia austriaco, la Corte d'appello di Monaco con ordinanza del 27 settembre 1951 conferma l'arresto ai fini dell'extradizione e con ordinanza del 17 ottobre 1951 dichiara ammissibile l'extradizione del ricorrente in Austria a causa dei reati indicati nell'ordine di arresto del 16 agosto 1951. Questo lo svolgimento dei fatti fino alla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*. Dopo aver constatato la diversità delle prassi amministrative nei *Länder* delle zone di occupazione americana e britannica relativamente all'acquisizione della cittadinanza tedesca per appartenenza etnica da parte di soggetti

di precedente cittadinanza cecoslovacca, la Corte emana d'ufficio un provvedimento cautelare di sospensione del procedimento di estradizione, così motivato: "secondo l'attendibile esposizione del ricorrente potrebbero derivare a questi gravi pregiudizi per opera della forza di occupazione sovietica in caso di estradizione in Austria. Dopo che l'extradizione è stata dichiarata ammissibile e che è pendente il procedimento di autorizzazione, sussiste il timore che il provvedimento di estradizione sia eseguito. Per evitare i gravi pregiudizi che minacciano il ricorrente si impone con urgenza il rilascio d'ufficio di un provvedimento cautelare ai sensi del § 32 *BVerfGG*"<sup>603</sup>.

Un'altra fattispecie significativa è quella relativa alla *Verfassungsbeschwerde* contro il provvedimento di una Corte d'appello che dichiara ammissibile l'esecuzione in un penitenziario della Repubblica federale di una pena limitativa della libertà personale irrogata da un organo giudiziario della Repubblica democratica tedesca. Il ricorrente lamenta che il processo penale si sarebbe svolto con modalità tali da ledere la garanzia costituzionale del contraddittorio (art. 103, comma I GG) e contestualmente chiede in via cautelare la sospensione dell'esecutività del provvedimento. Il Tribunale costituzionale federale premette che la *Verfassungsbeschwerde* solleva la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al se nel processo penale svoltosi nella Repubblica democratica tedesca siano stati lesi diritti fondamentali del ricorrente ed accoglie l'istanza cautelare di sospensione, argomentando semplicemente dalla necessità di scongiurare il pericolo di grave pregiudizio che grava sul ricorrente (cioè l'inizio dell'esecuzione della pena)<sup>604</sup>.

In questi due casi il Tribunale costituzionale federale accoglie quindi le istanze cautelari esclusivamente sulla base della urgente necessità di neutralizzare gravi pregiudizi agli interessi individuali del ricorrente, senza affermare che la misura cautelare si imponga anche in vista della salvaguardia del bene comune. In effetti la ragione del silenzio della Corte sul requisito attinente al bene comune in questa prima fase della sua giurisprudenza sulle istanze cautelari a protezione di interessi di un singolo individuo risiede proprio nella considerazione che il requisito attinente ai gravi pregiudizi sia in grado di fondare in modo autonomo il rilascio del provvedimento cautelare. Ciò lo si ricava univocamente, *a contrario*, se si rilegge la pronuncia sull'istanza cautelare

---

<sup>603</sup> Cfr. *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74.

<sup>604</sup> Cfr. *BVerfG* 23 luglio 1958, in *BVerfGE* 8, 102. Per la decisione di merito, *BVerfG* 11 novembre 1960, 2 BvR 28/60 (non pubblicata). Orientata nello stesso senso è anche *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74, la cui fattispecie è sintetizzata in altro luogo, sulla sospensione di un procedimento di estradizione.

coordinata alla *Verfassungsbeschwerde* proposta contro la legge di sostegno agli investimenti nel settore dell'economia del 7 gennaio 1952<sup>605</sup>. Esaminando la fondatezza dell'istanza, il Tribunale costituzionale federale premette che i ricorrenti si limitano ad allegare i gravi pregiudizi che l'esecuzione della legge arrecherebbe loro, ritenendo che ciò sia sufficiente a fondare il rilascio del provvedimento cautelare. A fondamento del loro convincimento, i ricorrenti richiamano espressamente la precedente pronuncia cautelare della Corte sulla sospensione del procedimento di estradizione, coordinata alla *Verfassungsbeschwerde* contro il provvedimento di rigetto della impugnazione nei confronti di un ordine d'arresto ai fini della estradizione in Austria<sup>606</sup>. Il *Bundesverfassungsgericht* non accoglie questo punto di vista, poiché distingue nettamente la fattispecie sottoposta adesso al suo giudizio dal precedente invocato dai ricorrenti: "nel presente caso la *Verfassungsbeschwerde* si indirizza contro una legge. Qui i ricorrenti agiscono contemporaneamente come rappresentanti di tutti coloro che sono colpiti dalla legge impugnata. È evidente che la sospensione dell'esecuzione di una legge attraverso una misura cautelare può essere giustificata solo quando ciò si imponga con urgenza per il bene comune. La ricorrenza di questo presupposto può essere accertata unicamente sulla base di una corretta valutazione comparativa degli interessi in conflitto [...]"<sup>607</sup>. La Corte rigetta poi l'istanza cautelare, poiché la sospensione della legge, in caso di sua validità, scuotendo l'economia tedesca, contrasterebbe con il bene comune, mentre gli svantaggi derivanti ai ricorrenti dall'esecuzione della legge, in caso di sua invalidità, non sarebbero così gravi da dover essere evitati in considerazione del bene comune (tanto più che la legge prevede la possibilità di un pagamento rateale dei contributi, ma ciò non è stato richiesto da nessuna fra le imprese ricorrenti che hanno lamentato una minaccia alla loro esistenza economica).

24. *Casistica sui rapporti tra istanze cautelari a protezione di interessi individuali e salvaguardia del bene comune: seconda fase.*

In una seconda fase della propria giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* procede a valutare esplicitamente la sussistenza del requisito della salvaguardia del bene comune anche nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si indirizza alla protezione provvisoria dell'interesse di un singolo individuo da un grave pregiudizio, giungendo poi a correlare immediatamente

---

<sup>605</sup> Cfr. *BVerfG* 1° agosto 1953, in *BVerfGE* 3, 34.

<sup>606</sup> *BVerfG* 13 novembre 1951, in *BVerfGE* 1, 74, cit.

<sup>607</sup> Già in questa pronuncia la Corte osserva che "in questa operazione devono essere prese in considerazione entrambe le possibilità, che la legge sia valida o invalida, poiché nel procedimento cautelare non può essere adottata una decisione sulla validità della legge".

anche la tutela cautelare degli interessi individuali protetti dalla Costituzione alla salvaguardia del bene comune.

Questa evoluzione non è ancora pienamente compiuta in una pronuncia cautelare del 1962, emanata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro una sentenza di condanna all'arresto pronunciata sulla base di una norma di regolamento, il § 71 della *Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung* – StVZO, che prevedeva la pena dell'arresto per la guida in stato di ebbrezza. Condannato all'arresto sulla base di questa norma, Tizio propone *Verfassungsbeschwerde* contro la sentenza, facendo valere la violazione del § 104, comma I GG, che prevede la garanzia della riserva di legge per la limitazione della libertà personale, e chiede in via cautelare la sospensione dell'esecuzione della pena. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che sulla legittimità costituzionale della norma su cui si basa la sentenza impugnata sono state sollevate notevoli perplessità in dottrina e in giurisprudenza ed accoglie l'istanza cautelare, argomentando che "l'esecuzione di una pena limitativa della libertà personale, irrogata in violazione delle garanzie costituzionali, costituirebbe un danno grave ed irreparabile e scuoterebbe la fiducia riposta dalla collettività negli organi giurisdizionali. Pertanto la sospensione della esecuzione della pena fino alla decisione sul ricorso di costituzionalità si impone con urgenza per bene comune"<sup>608</sup>.

Come si può constatare, in questo provvedimento il Tribunale costituzionale federale non fa dipendere immediatamente la salvaguardia del bene comune dalla tutela dell'interesse individuale del ricorrente. Il rilascio del provvedimento cautelare si impone in vista del bene comune piuttosto perché l'esecuzione di una pena limitativa della libertà personale, irrogata in violazione delle garanzie costituzionali, "scuoterebbe la fiducia riposta dalla collettività negli organi giurisdizionali".

Successivamente il *Bundesverfassungsgericht* fa ancora un passo avanti, correlando immediatamente anche la tutela cautelare degli interessi individuali protetti dalla Costituzione alla salvaguardia del bene comune, come può desumersi dall'analisi delle due seguenti pronunce. La prima pronuncia è emanata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta contro un provvedimento di arresto di un addetto alla contabilità della casa editrice del settimanale *Stern*. Il provvedimento impugnato ha una funzione coercitiva, essendo indirizzato a premere sulla volontà del destinatario affinché rilasci una dichiarazione testimoniale in un procedimento penale a carico di funzionari di polizia e dell'amministrazione della giustizia, accusati di aver incassato delle tangenti da parte di *Stern*, dirette a facilitare la realizzazione di

---

<sup>608</sup> Cfr. *BVerfG* 13 febbraio 1962, in *BVerfGE* 14, 11. Sull'incostituzionalità del § 71StVZO, v. la decisione della causa di merito *BVerfG* 3 luglio 1962, in *BVerfGE* 14, 174.

articoli giornalistici su una serie di reati commessi in carcere. Contro il provvedimento di rigetto della impugnazione dell'ordine di arresto l'addetto alla contabilità propone *Verfassungsbeschwerde*, lamentando la violazione dell'art. 5, comma I GG, nella parte in cui garantisce la libertà di stampa e presenta contestualmente un'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione del provvedimento di arresto. Il Tribunale costituzionale federale premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che solleva la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al bilanciamento tra la garanzia della libertà di stampa ed i presupposti dell'azione penale. A tale riguardo, la Corte afferma espressamente: "se l'addetto alla contabilità di un editore deve essere arrestato per costringerlo a rilasciare una dichiarazione testimoniale su un affare dell'editore, non è pertanto sufficiente accertare solo l'ammissibilità della misura secondo le norme del processo penale. In tal caso sorge anzi la questione se il provvedimento sia ammissibile anche sotto il profilo della libertà di stampa garantita costituzionalmente. Questa questione, che non è stata discussa nel provvedimento impugnato, ha bisogno di una verifica approfondita". La Corte accoglie poi l'istanza cautelare, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso il ricorrente subirebbe un grave pregiudizio, mentre in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, l'esecuzione dell'arresto potrebbe essere recuperata, se ancora necessaria. Il rilascio della misura cautelare – prosegue la Corte – si impone con urgenza anche per il bene comune. Una privazione della libertà in violazione di diritti protetti dalla Costituzione costituirebbe un danno grave ed irreparabile<sup>609</sup>.

La seconda pronuncia è emanata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* proposta, per violazione degli artt. 1, comma I e 2, comma I GG, contro una sentenza penale passata in giudicato di condanna alla pena dell'arresto per falsa testimonianza, accertata attraverso l'acquisizione di un diario e di lettere non spedite. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata e che solleva la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al sé ed in che misura sia ammissibile in un procedimento penale l'impiego di notazioni in un diario e di una lettera privata non spedita con riferimento alla tutela della sfera intima dell'autore e del libero sviluppo della personalità. Il Tribunale costituzionale federale

---

<sup>609</sup> Cfr. *BVerfG* 18 dicembre 1962, in *BVerfGE* 15, 223. Per il rigetto della *Verfassungsbeschwerde* nel merito, v. *BVerfG* 11 marzo 1969, in *BVerfGE* 25, 296.

accoglie poi l'istanza di sospensione cautelare della esecutività della pena, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, il ricorrente subirebbe un grave pregiudizio, mentre in caso di rilascio del provvedimento cautelare e di successivo rigetto del ricorso, l'esecuzione della pena potrebbe avvenire in un secondo momento. Il rilascio della misura cautelare si impone con urgenza anche in vista del bene comune – conclude la Corte richiamandosi espressamente al proprio precedente riassunto nel testo - poiché una privazione della libertà in violazione di diritti protetti dalla Costituzione costituirebbe un danno grave ed irreparabile<sup>610</sup>.

Le due fattispecie sono significative, poiché la lesione del bene comune è collegata immediatamente alla privazione della libertà personale di un individuo in violazione di norme costituzionali (nel presupposto che la *Verfassungsbeschwerde* sia fondata), mentre non è nemmeno presa in considerazione nella valutazione comparativa delle conseguenze, nel presupposto che la *Verfassungsbeschwerde* sia infondata, la lesione del bene comune collegata all'ingiustificato intralcio dell'azione penale (nel primo caso) o all'ingiustificato ritardo nell'esecuzione della pena (nel secondo caso).

25. *Casistica su istanze cautelari a protezione di interessi di due o più soggetti individuati nell'atto impugnato.*

All'ipotesi in cui l'atto impugnato colpisca interessi di un singolo individuo si può assimilare quella in cui l'atto impugnato colpisca interessi di due o più soggetti individuati nell'atto stesso, come accade per esempio nella seguente fattispecie. Rispetto alla sentenza di primo grado, una sentenza d'appello del giudice amministrativo riduce il numero degli studenti da ammettere alla fase preclinica del corso di laurea in medicina presso l'Università di Regensburg. Gli studenti ammessi provvisoriamente sulla base della sentenza di primo grado ed esclusi in forza della sentenza d'appello propongono una serie di *Verfassungsbeschwerden*, per violazione della libertà di scelta della istituzione formativa (art. 12 GG), contro la sentenza d'appello, chiedendone in via cautelare la sospensione della esecuzione. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che le *Verfassungsbeschwerden* non sono inammissibili, né manifestamente infondate e che sollevano la questione, oggetto di esame sotto il profilo costituzionale nel procedimento di merito, relativa al se l'ammissione allo studio universitario nella fase preclinica del corso di laurea in medicina possa essere rifiutata con la motivazione che la prosecuzione dello studio nella successiva fase clinica non può essere assicurata. Il Tribunale costituzionale

---

<sup>610</sup> Cfr. *BVerfG* 14 luglio 1964, in *BVerfGE* 18, 146.

federale accoglie poi l'istanza cautelare sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo annullamento della sentenza impugnata, i ricorrenti sarebbero impediti nel proseguimento del corso di studi già avviato, con violazione dei loro diritti, costituzionalmente protetti. Inoltre con riguardo al bene comune è da considerare soprattutto – prosegue la Corte – che rimarrebbero irreparabilmente inutilizzati posti di studio, dei quali nel frattempo si è verificata una notevole mancanza. Viceversa, in caso di rilascio della misura cautelare seguita dal rigetto del ricorso, l'Università non subirebbe un sovraccarico insostenibile<sup>611</sup>. Si può osservare peraltro che la “plurioffensività” dell'atto impugnato conduce la Corte a riscontrare la sussistenza del requisito attinente alla salvaguardia del bene comune anche con riguardo al pregiudizio di interessi superindividuali: tale è nel caso concreto l'interesse relativo al pieno sfruttamento di posti di studio esistenti, che nel frattempo sono divenuti scarsi.

26. *Casistica sul ripristino dello status quo ante in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali.*

A proposito della tendenza ad un impiego più frequente della tutela cautelare, in favore del provvisorio ripristino della situazione anteriore all'emanazione dell'atto impugnato, in ipotesi di istanze cautelari coordinate alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi individuali, altrimenti minacciati da un pregiudizio irreparabile, oltre all'esempio paradigmatico della sospensione di un provvedimento giudiziario limitativo della libertà personale del ricorrente<sup>612</sup>, si può segnalare fra i casi recenti più interessanti, l'inibitoria della notificazione di un atto introduttivo di un giudizio risarcitorio negli Stati Uniti, in cui si minaccia una condanna ad una somma di denaro esorbitante rispetto ai canoni del diritto sostanziale tedesco (*punitive damages*)<sup>613</sup>. La fattispecie è la seguente. La società Bertelsmann, destinataria di una notificazione ai sensi della Convenzione dell'Aja di un atto introduttivo di una *class action* promossa negli Stati Uniti, tesa ad ottenere un risarcimento del danno di ammontare esorbitante (17 miliardi di dollari), rispetto al danno ipoteticamente provocato (si tratta del caso relativo alla violazione dei diritti d'autore in campo musicale perpetrata da *Napster*, società partecipata da Bertelsmann, attraverso un apposito sito Internet), propone una *Verfassungsbeschwerde*, per violazione della generale libertà di

---

<sup>611</sup> Cfr. *BVerfG* 10 novembre 1978, in *BVerfGE* 50, 37. Per la decisione di merito di accoglimento del ricorso, v. *BVerfG* 21 ottobre 1981, in *BVerfGE* 59, 172.

<sup>612</sup> Cfr. *BVerfG* 23 luglio 1958, in *BVerfGE* 8, 102, cit.

<sup>613</sup> Cfr. *BVerfG* 25 luglio 2003, 2 BvR 1198/032. L'efficacia della misura cautelare è stata prorogata di altri sei mesi con *BVerfG* 13 gennaio 2004.

agire di cui all'art. 2, comma I GG in collegamento con la garanzia dello Stato di diritto di cui all'art. 20, comma III GG, contro il rigetto del reclamo avverso il provvedimento del presidente della Corte di appello tedesca che accoglie la richiesta di notificazione. Contestualmente è richiesta in via cautelare la sospensione del procedimento di notificazione. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile né manifestamente infondata, sollevando essa la questione di diritto costituzionale, non ancora chiarita e da affrontare nel procedimento di merito, se la notificazione di un atto introduttivo di un giudizio di tale contenuto sia compatibile con gli artt. 2, comma I GG e 20, comma III GG, qualora lo scopo perseguito con l'azione giudiziaria straniera urti manifestamente contro irrinunciabili principi di uno Stato liberale di diritto. Se i processi dinanzi alle giurisdizioni statali sono impiegati in modo manifestamente abusivo per rendere malleabile un concorrente di mercato con una pressione pubblicistica e la minaccia di una condanna – aggiunge la Corte - ciò potrebbe violare il diritto costituzionale tedesco. Il Tribunale costituzionale federale accoglie poi l'istanza cautelare di inibitoria della notificazione, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di rilascio della misura cautelare e di successivo rigetto del ricorso, la notificazione della citazione subirebbe solo un ritardo, senza pregiudizi irreparabili per l'attore, mentre in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, la ricorrente sarebbe convenuta in una *class action* e sarebbe esposta ad un provvedimento di condanna i cui criteri non sono conformi ai principi del *Grundgesetz*. Inoltre quand'anche la sentenza di condanna non fosse riconosciuta in Germania, potrebbe essere comunque eseguita sul patrimonio della ricorrente situato negli Stati Uniti<sup>614</sup>.

Rispetto alla tendenza ad un impiego più frequente della tutela cautelare, in favore del provvisorio ripristino della situazione anteriore al rilascio dell'atto impugnato, sono apparse troppo restrittive alcune pronunce isolate (di seguito riassunte)<sup>615</sup>, emanate in casi di notevole impatto sull'opinione pubblica.

In una prima fattispecie, la società editrice della rivista *Der Spiegel* propone *Verfassungsbeschwerde*, per violazione della libertà di stampa e della inviolabilità del domicilio, contro i provvedimenti giudiziari di perquisizione e di sequestro all'interno della redazione della rivista (coordinati ad un procedimento penale per procacciamento e divulgazione illecita di notizie concernenti la sicurezza dello stato), e chiede in via cautelare il rilascio dei locali e

---

<sup>614</sup> Cfr. *BVerfG* 25 luglio 2003, 2 BvR 1198/032. L'efficacia della misura cautelare è stata prorogata di altri sei mesi con *BVerfG* 13 gennaio 2004.

<sup>615</sup> Per questa valutazione, J. BERKEMANN, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 594.



dei documenti sequestrati. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* è ammissibile, nonostante il mancato esaurimento delle vie di ricorso, a causa del particolare significato costituzionale della libertà di stampa, e non è manifestamente infondata, sollevando essa la questione di diritto costituzionale, da affrontare nel procedimento di merito, relativa al bilanciamento tra la libertà di stampa e le necessità dell'azione penale. Essa rigetta poi l'istanza cautelare di rilascio dei locali e dei documenti sequestrati, poiché la ricorrente si è rifiutata di offrire elementi concreti di valutazione del pregiudizio subito (muovendo essa dal punto di vista che la garanzia costituzionale della libertà di stampa renda illegittimi in quanto tali i provvedimenti oggetto di impugnazione)<sup>616</sup>. In una seconda fattispecie, durante il rapimento del Presidente della Confederazione degli industriali, Hanns-Martin Schleyer Schleyer, la Corte rigetta le istanze cautelari dirette contro una serie di temporanei divieti rivolti ai difensori di visitare imputati di attentati terroristici, detenuti in diverse carceri della Germania: nel confermare il divieto, la Corte anticipa sostanzialmente in sede cautelare il bilanciamento tra il diritto di difesa e l'obbligo statale di protezione della vita umana (vi erano indizi che, attraverso i difensori, si potesse attivare un canale di informazioni tra terroristi detenuti e terroristi rapitori, pregiudizievole per la vita del rapito)<sup>617</sup>.

Se si comparano le due fattispecie, si può notare tuttavia che la battuta d'arresto della tendenza al provvisorio ripristino della situazione anteriore al rilascio dell'atto impugnato, altrimenti minacciata da un pregiudizio irreparabile, se ha indubbiamente un debole sostegno nel primo caso, può trovare forse un'adeguata giustificazione nel secondo caso nel massimo rango dell'interesse, contrapposto a quello dei ricorrenti, che si tratta di dover proteggere: la vita umana del rapito, che è suscettibile di subire un pregiudizio parimenti irreparabile in caso di mancato rilascio della misura cautelare.

#### *27. Casistica sull'irreparabilità del pregiudizio in relazione ad istanze cautelari a protezione di interessi individuali.*

Condizione essenziale per la provvisoria prevalenza degli interessi individuali del ricorrente rispetto agli interessi contrapposti è che il pregiudizio imminente sui primi rivesta un carattere di irreparabilità, come si può constatare dalle contrapposte soluzioni che il *Bundesverfassungsgericht* ha dato nelle due fattispecie seguenti.

In una prima fattispecie, un anziano medico della mutua propone una *Verfassungsbeschwerde*, per violazione del diritto alla

---

<sup>616</sup> Cfr. *BVerfG* 9 novembre 1962, in *BVerfGE* 15, 77. Per la decisione di merito, v. *BVerfG* 5 agosto 1966, in *BVerfGE* 20, 162.

<sup>617</sup> Cfr. *BVerfG* 4 ottobre 1977, in *BVerfGE* 46, 1 e in *NJW* 1977, 2157.

libera scelta della professione (art. 12, comma I GG), contro il rigetto dell'impugnazione giurisdizionale avverso il ritiro della ammissione all'esercizio della professione (pronunciato in via disciplinare per gravi irregolarità nella liquidazione dei conti), e chiede in via cautelare la sospensione dell'esecuzione immediata del provvedimento disciplinare. Il Tribunale costituzionale federale premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata ed accoglie poi l'istanza cautelare, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare, l'esistenza della ricorrente è passibile di annientamento a causa della sua età (67 anni), mentre in caso di rilascio del provvedimento cautelare, l'ente dovrà prestare solo una maggiore attenzione alle liquidazioni dei conti presentate dalla ricorrente<sup>618</sup>.

In una seconda fattispecie, gli attori in un processo amministrativo propongono *Verfassungsbeschwerde*, per violazione del principio del contraddittorio, contro un provvedimento di rigetto di un'istanza di ricusazione di due consulenti tecnici nello stesso processo, e chiedono in via cautelare la sospensione degli effetti del provvedimento di rigetto. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* è ammissibile e che non si può escludere, in base ai fatti allegati dai ricorrenti, che essa abbia una prospettiva di successo. Esso rigetta poi l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento di rigetto, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, i pregiudizi potrebbero essere rimossi con lo svolgimento di nuova attività istruttoria (se del caso anche in appello), mentre in caso di rilascio della misura cautelare e di successivo rigetto del ricorso, l'attività dei consulenti tecnici (già svolta) dovrebbe essere accantonata per far posto all'attività di nuovi consulenti tecnici, con una notevole ritardo nel corso di svolgimento del processo<sup>619</sup>.

Se si comparano le argomentazioni svolte dal Tribunale costituzionale federale in queste due decisioni, si può osservare che, nella valutazione comparativa delle conseguenze che colpiscono, da un lato, gli interessi individuali dei ricorrenti e, dall'altro lato, gli interessi contrapposti, in favore dell'accoglimento dell'istanza cautelare nel primo caso riveste un peso decisivo il fatto che si tratti di neutralizzare un pregiudizio irreparabile (attinente all'esistenza stessa del ricorrente), mentre in favore del rigetto dell'istanza cautelare nel secondo caso riveste un ruolo altrettanto decisivo la considerazione che i pregiudizi scaturenti dal mancato rilascio del provvedimento cautelare possono essere rimossi *ex post* (con lo svolgimento di una nuova attività

---

<sup>618</sup> Cfr. *BVerfG* 7 luglio 1975, in *BVerfGE* 40, 179.

<sup>619</sup> Cfr. *BVerfG* 9 luglio 1980, in *BVerfGE* 55, 1.

istruttoria).

28. *Pregiudizio irreparabile dal rigetto dell'istanza cautelare contro pregiudizio irreparabile dall'accoglimento.*

L'ipotesi più delicata è quella in cui il pregiudizio grave ed irreparabile scaturente dal diniego della misura cautelare (in caso di accoglimento della domanda di merito) sia fronteggiato da un pregiudizio parimenti grave ed irreparabile scaturente dal rilascio del provvedimento cautelare (in caso di rigetto della domanda di merito).

Un esempio significativo può rinvenirsi nella seguente fattispecie. Un soggetto dichiarato delinquente abituale propone *Verfassungsbeschwerde*, per violazione del diritto alla libertà personale (art. 2, comma II GG), contro la sua sottoposizione ad una misura di sicurezza detentiva ai sensi della legge della Sassonia-Anhalt, e chiede in via cautelare la reimmissione in libertà. Il *Bundesverfassungsgericht* premette che la *Verfassungsbeschwerde* non è inammissibile, né manifestamente infondata, sollevando essa la questione di diritto costituzionale, non ancora chiarita e da affrontare nel procedimento di merito, se la previsione della possibilità di sottoporre i delinquenti abituali ad una misura di sicurezza detentiva rientri nella competenza legislativa dei *Länder* o della Federazione. Pertanto – aggiunge la Corte – non è da escludere la violazione del diritto alla libertà personale attraverso la sottoposizione ad una misura di sicurezza con legge della Sassonia-Anhalt. Essa rigetta poi l'istanza cautelare, sulla base della seguente valutazione comparativa delle conseguenze: in caso di mancato rilascio del provvedimento cautelare e di successivo accoglimento del ricorso, la misura di sicurezza potrebbe essere nel frattempo eseguita, provocandosi così un pregiudizio grave ed irreparabile alla libertà della persona. In caso di rilascio della misura cautelare e di successivo rigetto del ricorso, i danni sarebbero tuttavia più gravi, risorgendo il pericolo concreto che il soggetto commetta brutali reati, fino all'omicidio di vittime indifese. Tale pericolo di un pregiudizio al bene della generalità giustifica una temporanea limitazione della libertà del ricorrente<sup>620</sup>.

In questa fattispecie la considerazione di un pericolo di un pregiudizio irreparabile alla vita dei cittadini prevale sulla considerazione di un imminente pregiudizio irreparabile a carico del ricorrente.

29. *Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 1996 in materia di asilo politico.*

L'orientamento del *Bundesverfassungsgericht* che vede un

---

<sup>620</sup> Cfr. *BVerfG* 27 maggio 2003, 2 BvR 1588/02, in *NJW* 2003, 2672. Per la decisione di merito, v. *BVerfG* 10 febbraio 2004, in *BVerfGE* 109, 190.

attentato al bene comune anche nel caso in cui l'atto impugnato, emanato in ipotetica violazione di norme costituzionali, incida sulla sfera privata dell'individuo, minacciando un grave pregiudizio che non può adeguatamente ripararsi *ex post*, ha avuto una notevole battuta di arresto nella materia del diritto di asilo politico. Con una pronuncia del 14 maggio 1996, una delle più discusse dell'ultimo decennio del secolo scorso, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il ritardo nella definizione di istanze di asilo politico manifestamente infondate e nell'esecuzione del conseguente provvedimento di diniego di ingresso nel paese (o di espulsione) è da valutare più gravemente, sotto il profilo della lesione del bene comune, rispetto all'ipotetica violazione del diritto fondamentale di asilo del perseguitato politico, con la conseguenza che sono molto ridotte le possibilità di ottenere dalla Corte il rilascio di una misura cautelare sospensiva ex § 32 *BVerfGG*, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione preposta abbia rigettato l'istanza di asilo in quanto manifestamente infondata (e l'efficacia del provvedimento non sia stata sospesa dal giudice amministrativo)<sup>621</sup>.

Per comprendere la pronuncia, occorre accennare alla fattispecie su cui essa ha inciso. Il punto di riferimento normativo è dato dalla legge sul procedimento in materia di asilo (*Asylverfahrensgesetz- AsylVfG*)<sup>622</sup>, nella parte che riguarda gli stranieri che invocano tutela in quanto perseguitati politici secondo l'art. 16 a, comma I GG. L'art. 18 a *AsylVfG* disciplina il procedimento nel caso in cui lo straniero arrivi con l'aereo e chiedi asilo agli uffici di frontiera. In tal caso il procedimento si deve svolgere prima che allo straniero – trattenuto presso l'aeroporto – sia concesso di fare ingresso nel paese. Contro il provvedimento dell'ufficio federale per i rifugiati politici che abbia rigettato l'istanza di asilo politico per manifesta infondatezza, lo straniero può invocare tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo. L'istanza cautelare, proposta tempestivamente (entro il termine di tre giorni dalla notificazione del provvedimento), sospende l'esecuzione dell'allontanamento coattivo dal paese<sup>623</sup>. Se l'istanza cautelare viene rigettata in quanto non "sussistono seri dubbi sulla legittimità del provvedimento"<sup>624</sup>, quest'ultimo può essere eseguito: a tal fine è sufficiente che sia depositato nella cancelleria del tribunale il dispositivo di rigetto e che l'esito sia comunicato oralmente al ricorrente, mentre la motivazione può essergli

---

<sup>621</sup> Cfr. *BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 166. Si veda sul punto l'ampia disamina di K. GRASHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 56.

<sup>622</sup> Si tratta della legge del 26 giugno del 1992, da ultimo modificata con la nuova legge sull'immigrazione (*Zuwanderungsgesetz*) del 30 luglio 2004.

<sup>623</sup> Art. 18 a, comma IV l. citata.

<sup>624</sup> L'art. 16 a, comma IV GG prevede la possibilità di sospendere l'esecuzione del provvedimento solo quando sussistono seri dubbi sulla sua legittimità (v. avanti nel testo).

notificata successivamente.

Questa disciplina è funzionale alla realizzazione del principio di accelerazione nella definizione dei procedimenti in materia di asilo, introdotto dall'art. 16 a, comma IV GG<sup>625</sup>. Già prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione costituzionale il legislatore muoveva dal presupposto che, dinanzi al rigetto di istanze di asilo politico per manifesta infondatezza, l'interesse pubblico ad una celere esecuzione del provvedimento di allontanamento dal paese dovesse prevalere sull'interesse individuale del ricorrente a rimanere in Germania fino alla definizione della sua richiesta con decisione passata in giudicato. Secondo la posizione espressa dal *Bundesverfassungsgericht* in una pronuncia del 1984<sup>626</sup>, la prevalenza dell'interesse pubblico era consentita - pur nell'ambito della garanzia della effettività della tutela giurisdizionale assicurata dall'art. 19, comma IV GG contro gli atti del potere pubblico lesivi di diritti soggettivi - se il giudice amministrativo nel procedimento cautelare aveva l'opportunità di verificare la correttezza del giudizio di manifesta infondatezza dato dalla pubblica amministrazione. Questa situazione normativa è stata modificata dall'art. 16 a, comma IV GG, a vantaggio di una ulteriore accelerazione della definizione di istanze di asilo manifestamente infondate, nel senso che il giudice amministrativo può concedere tutela cautelare nei confronti della immediata esecuzione del provvedimento amministrativo di rigetto dell'istanza di asilo politico per manifesta infondatezza solo se sussistono "seri dubbi" sulla legittimità della decisione. In altri termini, il soggiorno di coloro che richiedono asilo senza averne manifestamente il diritto deve concludersi nel più breve tempo possibile. Ciò serve ad assicurare che le risorse dell'amministrazione statale, in punto di tutela giurisdizionale e di assistenza sociale, siano impiegate nei confronti di soggetti le cui istanze di asilo non sono manifestamente infondate e che quindi hanno bisogno di un tempo abbastanza lungo per poter essere definite<sup>627</sup>.

L'orientamento della giurisprudenza cautelare del Tribunale costituzionale federale formatosi originariamente sulla riforma del diritto di asilo degli anni 1992 e 1993 rischiava tuttavia di mettere in crisi la realizzazione di questo disegno legislativo. Proposta istanza cautelare ex § 32 *BVerfGG* contro il diniego di tutela da parte del giudice amministrativo, l'istanza veniva decisa sulla base di una valutazione comparativa delle conseguenze (poiché di regola era impugnato un dispositivo privo ancora di motivazione) che si concludeva normalmente a favore del ricorrente. Infatti il pericolo

---

<sup>625</sup> Questa disposizione è stata inserita nel *Grundgesetz* attraverso la trentanovesima legge di modifica costituzionale del 28 giugno 1993.

<sup>626</sup> Cfr. *BVerfG* 2 maggio 1984, in *BVerfGE* 67, 43, 61 s.

<sup>627</sup> Cfr. K. GRABHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 57.

di persecuzione politica (in ipotesi di rigetto dell'istanza cautelare e di successivo accoglimento della domanda di merito) era valutato come più grave rispetto al ritardo nell'esecuzione del provvedimento di espulsione (in ipotesi di accoglimento dell'istanza cautelare e di successivo rigetto della domanda di merito)<sup>628</sup>.

Con la citata pronuncia del 1996 l'impostazione viene sostanzialmente rovesciata. Nella valutazione comparativa delle conseguenze in questa fattispecie – afferma il *Bundesverfassungsgericht* – si deve considerare, da un lato, che il ricorrente lotta per il riconoscimento del diritto di asilo e che la protezione nei confronti della persecuzione politica dopo l'espulsione spesso non può essere assicurata in modo effettivo. Dall'altro lato, vengono in considerazione importanti aspetti attinenti al bene comune. Se lo Stato intende assicurare effettività al diritto di asilo, il cui riconoscimento viene preteso da un gran numero di ricorrenti privi di presupposti, allora deve impegnarsi a procurare una rapida definizione delle istanze di asilo manifestamente infondate. Esso deve limitare i notevoli costi economici e politici del procedimento di asilo in modo tale che rimanga possibile una tutela effettiva nei confronti di una seria minaccia di persecuzione politica. Se questo è il disegno che ha ispirato il legislatore costituzionale nel limitare il controllo del giudice amministrativo in sede di tutela cautelare nei confronti del provvedimento amministrativo di rigetto dell'istanza di asilo per manifesta infondatezza (art. 16 a, comma IV GG), allora questo spostamento del punto di equilibrio tra interessi individuali ed interessi pubblici – conclude la Corte – non può non avere riflessi in sede di valutazione comparativa al fine del rilascio della misura cautelare ex § 32 *BVerfGG*, con la conseguenza, già anticipata all'inizio di questo discorso, che sono molto ridotte le possibilità di ottenere un provvedimento positivo.

Nei confronti di questa pronuncia non sono mancate le critiche, a cominciare da un'articolata *dissenting opinion* dei giudici Böckenförde, Limbach e Sommer<sup>629</sup>, secondo i quali la Corte avrebbe rinunciato ad esercitare la sua funzione di tutela dei diritti fondamentali per lasciare mano libera al potere esecutivo in questa materia<sup>630</sup>.

30. *Istanza cautelare proposta al Bundesverfassungsgericht, ma coordinata ad un procedimento pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.*

In chiusura dell'analisi casistica relativa al ricorso diretto,

---

<sup>628</sup> Cfr. *BVerfG* 16 luglio 1993, in *BVerfGE* 89, 98.

<sup>629</sup> Cfr. *BVerfG* 14 maggio 1996, in *BVerfGE* 94, 223.

<sup>630</sup> Una replica a queste critiche può leggersi in K. GRAßHOF, in MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 60.

merita di essere segnalato un caso del tutto singolare. Si tratta di una *Verfassungsbeschwerde* con la quale i ricorrenti indirizzano al *Bundesverfassungsgericht* un'istanza di sospensione dell'esecuzione di una sentenza dello stesso Tribunale costituzionale federale, con lo scopo di assicurare gli effetti di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Di seguito la vicenda. Una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 13 dicembre 2000 dichiara incompatibile con la garanzia costituzionale della libertà nella scelta della professione (art. 12, comma I GG) la disciplina del § 25 della legge federale sull'ordinamento della professione di avvocato, (*Bundesrechtsanwaltsordnung*), nella parte in cui prevede che l'avvocato ammesso a patrocinare presso una Corte d'appello non possa essere ammesso a patrocinare contemporaneamente presso un altro ufficio giudiziario (*Singularzulassung*). Il Tribunale costituzionale federale prevede inoltre una disciplina transitoria, secondo la quale, ferma l'efficacia della disciplina dichiarata incostituzionale fino al 30 giugno 2002, dal 1 gennaio 2002 gli avvocati ammessi a patrocinare presso la Corte d'appello possono su istanza essere ammessi a patrocinare anche presso gli uffici giudiziari di primo grado nella cui circoscrizione ha sede il loro studio legale<sup>631</sup>. Sulla base di questa pronuncia, nel corso della prima metà del 2002 il legislatore presenta una proposta di legge di modifica della disciplina del patrocinio presso le corti d'appello, secondo la quale con effetto dal 1 luglio 2002 le parti possono farsi rappresentare dinanzi alle corti d'appello da ciascun avvocato ammesso a patrocinare in Corte d'appello, senza più vincoli territoriali.

Nella prossimità della scadenza del termine del 30 giugno 2002, alcuni avvocati ammessi a patrocinare presso la Corte d'appello propongono ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro la predetta sentenza del *Bundesverfassungsgericht* e contestualmente chiedono in via cautelare al Tribunale costituzionale federale di prorogare il termine del 30 giugno 2002 e di intimare alla Repubblica federale tedesca di non approvare la predetta modifica legislativa fino alla decisione sul ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'istanza cautelare si fonda sull'art. 19, comma IV GG e si coordina alla futura proposizione di una *Verfassungsbeschwerde* contro la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

Nel respingere l'istanza cautelare il *Bundesverfassungsgericht* afferma testualmente "sussistono notevoli dubbi che un provvedimento cautelare richiesto al Tribunale costituzionale federale possa essere preordinato ad assicurare un procedimento pendente presso un altro giudice, in

---

<sup>631</sup> BVerfG 13 dicembre 2000, in BVerfGE 103, 1.

questo caso la Corte europea dei diritti dell'uomo". Tuttavia - prosegue il *Bundesverfassungsgericht* - indipendentemente da questo profilo l'istanza cautelare non può avere esito positivo, poiché le domande di merito a cui essa si coordina sono inammissibili. Infatti "non è ammissibile una *Verfassungsbeschwerde* contro una sentenza del Tribunale costituzionale federale, né è ammissibile modificare o bloccare la sua efficacia con questo strumento". Il Tribunale costituzionale federale richiama poi il proprio orientamento contrario all'ammissibilità di una *Verfassungsbeschwerde* contro una legge non ancora approvata<sup>632</sup>.

---

<sup>632</sup> BVerfG 12 giugno 2002, 1 BvQ 19/02.



**Sezione VII**  
**Kommunale Verfassungsbeschwerde (art. 93, Icomma, n. 4 b GG)**

1. *Il Procedimento.*

I Comuni e i consorzi di Comuni possono proporre la cosiddetta *kommunale Verfassungsbeschwerde*<sup>633</sup>, censurando che una legge della Federazione o del *Land* violi la loro autarchia, costituzionalmente garantita dall'art. 28, comma II GG<sup>634</sup> e dalle altre norme costituzionali che contribuiscono a delinearne il quadro<sup>635</sup>. Nel disciplinare questo procedimento come una specie di *Verfassungsbeschwerde*<sup>636</sup>, il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* segue l'impostazione del *Grundgesetz*<sup>637</sup>. Il rilievo pratico di questa via di accesso alla Corte è limitato dal suo carattere di sussidiarietà rispetto alla giurisdizione costituzionale dei *Länder* per quanto riguarda le censure relative a leggi del *Land*<sup>638</sup>.

2. *Istanza di sospensione della riforma del diritto dell'energia.*

Nonostante il suo scarso rilievo pratico, anche in relazione ad esso si possono registrare pronunce cautelari, come quella emanata in relazione alla *Verfassungsbeschwerde* proposta da alcuni comuni contro la riforma del diritto dell'energia del 1998<sup>639</sup>. Con questa riforma il legislatore aspira a ridurre i prezzi della energia elettrica, considerati troppo alti rispetto al panorama internazionale, attraverso una liberalizzazione del mercato nazionale, e contemporaneamente dà attuazione alla direttiva comunitaria 96/92/EG del 19 dicembre 1996. I comuni ricorrenti lamentano la violazione della loro sfera di autarchia, in quanto l'apertura dei mercati, prodotta dalla legge, non consentirebbe loro di far fronte efficacemente al compito di approvvigionamento locale dell'energia elettrica. Il gettito derivante dal corrispettivo delle concessioni sarebbe messo in pericolo dal venir meno

---

<sup>633</sup> Art. 93, comma I, n. 4 b GG.

<sup>634</sup> Al di là del tenore letterale del *Grundgesetz*, la Corte ammette anche l'impugnazione di atti amministrativi: cfr. BVerfG 23 luglio 1987, in *BVerfGE* 76, 107.

<sup>635</sup> Sul tema, v. in generale BVerfG 23 novembre 1988, in *BVerfGE* 79, 127.

<sup>636</sup> Cfr. §§ 13, n. 8 a, 90 ss. *BVerfGG*.

<sup>637</sup> Ciò ne giustifica l'inserimento a questo punto della trattazione, anche se la sua qualificazione come *Verfassungsbeschwerde* è contestata, sostenendosi da parte di alcuni che si tratta in realtà di un procedimento di controllo di costituzionalità di norme giuridiche con una legittimazione ad agire ed un parametro limitati. In questo senso, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 134; difende invece la sistemazione legislativa, S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, cit., p. 540 ss.

<sup>638</sup> Cfr. lo stesso art. 93, comma I, n. 4 b GG.

<sup>639</sup> Si tratta della l. 24 aprile 1998 in BGBl I, 730.

dell'esclusività delle servitù di passaggio. Inoltre, le imprese comunali fornitrici di energia elettrica non sarebbero attrezzate per l'illimitata concorrenza dischiusa dalla nuova legge. Alla domanda di merito è abbinata un'istanza cautelare di sospensione dell'applicazione della legge, motivata dal timore che in mancanza si producano dei fatti compiuti e che la disciplina dell'approvvigionamento dell'energia elettrica sia modificata in modo irreparabile. Il *Bundesverfassungsgericht* rigetta l'istanza per difetto dell'urgenza del provvedere, constatando che il legislatore ha adottato delle contromisure idonee a neutralizzare i rischi paventati dai ricorrenti<sup>640</sup>.

---

<sup>640</sup> Cfr. BVerfG 27 aprile 2000, 2 BvR 801/99.

**Sezione VIII**  
**Giudizio di costituzionalità in via incidentale (art. 100, I  
comma GG)**

1. *Il Procedimento.*

L'impiego dei provvedimenti cautelari nel giudizio di controllo di costituzionalità di norme giuridiche in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*) presenta alcuni aspetti problematici, che non possono essere adeguatamente illustrati senza accennare ai tratti essenziali di tale procedimento nell'ordinamento tedesco<sup>641</sup>. La disciplina fondamentale si ricava dall'art. 100, comma I GG: "se un giudice ritiene incostituzionale una legge, la cui validità è rilevante per la decisione, deve essere sospeso il processo e, se si tratta della violazione della costituzione del *Land*, deve essere richiesta la decisione della Corte competente per le controversie costituzionali del *Land*, se si tratta della violazione del *Grundgesetz*, deve essere richiesta la decisione del Tribunale costituzionale federale". Il controllo di costituzionalità in via incidentale riveste un notevole significato pratico: statisticamente questi procedimenti sono i più numerosi dopo le *Verfassungsbeschwerden* (1119 dal 1951 al 2002)<sup>642</sup>.

Secondo la concezione del *Bundesverfassungsgericht*, manifestata fin dalla sua prima pronuncia su un'istanza *ex art. 100, comma I GG*, lo scopo del procedimento di controllo in via incidentale è quello di impedire che ogni singolo giudice possa ignorare la volontà del legislatore federale o del *Land*, non applicando una legge approvata, perché secondo l'opinione del giudice urta contro il *Grundgesetz* o contro la Costituzione del *Land*<sup>643</sup>. Qualora il giudice ritenga che la legge da applicare alla fattispecie dedotta in giudizio sia incostituzionale, il suo potere si fermerebbe ad una verifica preliminare di tale questione, funzionale alla rimessione al *Bundesverfassungsgericht*. Con ciò si eviterebbe un attacco al potere legislativo<sup>644</sup>.

---

<sup>641</sup> Art. 100, comma I GG; §§ 13, n. 11, 80 ss. *BVerfGG*.

<sup>642</sup> Si ricavano questi dati da K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, 2004, p. 58 s.

<sup>643</sup> Cfr. BVerfG 20 marzo 1952, in *BVerfGE* 1, 184, 197 s.

<sup>644</sup> Secondo K. A. BETTERMANN, *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. Starck, Tübingen, 1976, p. 323 ss., p. 326 s., seguito da K. SCHLAICH -S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 103, questa concezione rappresenterebbe in modo incompleto la realtà: nell'ipotesi in cui il giudice ritenga la legge incostituzionale, il suo potere di verifica preliminare non è finalizzato unicamente alla rimessione della questione alla Corte, ma è funzionale ad una provvisoria non applicazione della legge.

Da questa concezione, una successiva pronuncia del Tribunale costituzionale federale ricava il corollario che il potere di constatare incidentalmente l'illegittimità costituzionale delle leggi anteriori al *Grundgesetz* e di disapplicarle con efficacia *inter partes* rimane affidato ai giudici comuni: "la decisione sulla compatibilità del diritto anteriore con il *Grundgesetz* lascia intatta l'autorità del potere legislativo. Se un giudice ritiene incostituzionale una legge anteriore al *Grundgesetz* a causa della incompatibilità con quest'ultimo e pertanto la disapplica, non ignora l'originaria volontà del legislatore. Infatti la verifica di compatibilità di una legge con una costituzione successivamente emanata presuppone l'originaria efficacia della norma da sottoporre a controllo [...]". Se la verifica ha esito negativo "l'autorità del precedente legislatore non viene diminuita, bensì si constata oggettivamente solo che la successiva volontà legislativa prevale su quella anteriore divergente. Che la prima sia altresì una fonte di rango sovraordinato è un tratto privo di significato in relazione alla questione se la legge anteriore concordi con quella successiva. In questo senso la questione se i giudici siano autorizzati a verificare la compatibilità del diritto anteriore con il *Grundgesetz* è un problema di conflitto tra diritto anteriore e posteriore"<sup>645</sup>.

In dottrina si è criticato il mancato accentramento del controllo di costituzionalità del diritto anteriore presso il *Bundesverfassungsgericht* e il mancato effetto vincolante *erga omnes* delle relative decisioni, cioè la *Gesetzeskraft*, che nell'ordinamento tedesco consegue anche alla decisione di rigetto<sup>646</sup>, con l'impossibilità di evitare difformi valutazioni dei giudici di merito e l'incertezza del diritto, tanto più delicate in quanto riguardanti anche leggi emanate sotto il periodo nazionalsocialista<sup>647</sup>. A tale riguardo, il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* prevede comunque un rimedio. È possibile infatti che nell'ambito dello *abstrakte Normenkontrolle* di cui all'art. 93, comma I, n. 2 GG, il Governo federale agisca per far dichiarare la validità della legge, "dopo che un giudice, un ufficio amministrativo o un organo della Federazione o di un *Land* non l'abbia applicata, in quanto incompatibile con il *Grundgesetz* o con altro diritto federale"<sup>648</sup>.

Legittimato a rimettere la questione di costituzionalità al Tribunale costituzionale federale è il giudice in ogni stato e grado del giudizio<sup>649</sup>. Oggetto del controllo sono le leggi in senso formale

<sup>645</sup> Così BVerfG 24 febbraio 1953, in *BVerfGE* 2, 124, 129 s.

<sup>646</sup> Cfr. § 31, comma II *BVerfGG*.

<sup>647</sup> Così, E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln, 1963, p. 53; K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 105 s.

<sup>648</sup> Cfr. art. 76, comma I, n. 2 *BVerfGG*.

<sup>649</sup> In caso di organo decidente collegiale, è legittimato anche un membro del collegio, quando egli sia chiamato a prendere da solo la decisione rispetto

(non quindi fonti secondarie), già promulgate, della Federazione e dei *Länder*, ed anche le leggi di modifica della Costituzione<sup>650</sup>. Ai fini della rimessione non è sufficiente che il giudice manifesti dei dubbi sulla costituzionalità della legge, ma deve motivare perché egli ritiene la legge incostituzionale, indicando il parametro costituzionale e confrontandosi con le opinioni dottrinali e con gli orientamenti giurisprudenziali maturati in relazione alla norma oggetto di rimessione<sup>651</sup>. Nei limiti in cui è possibile dare alla legge una interpretazione conforme a Costituzione, il giudice deve adottarla, evitando di rimettere la questione alla Corte<sup>652</sup>.

Il giudice deve motivare in che senso la sua decisione “è dipendente dalla validità della norma” di legge oggetto di rimessione<sup>653</sup>. Si tratta del problema della rilevanza della questione di costituzionalità, che il *Bundesverfassungsgericht* risolve in via di principio in termini molto rigorosi. Una prima ragione di fondo di questo orientamento è che, se la questione di costituzionalità sollevata dal giudice comune non possedesse un sufficiente carattere di concretezza, sarebbe aggirata per questa via la delimitazione dei soggetti che possono provocare un controllo di costituzionalità astratto ai sensi dell’art. 93, comma I, n. 2 e 2 a GG<sup>654</sup>. La seconda ragione di questo orientamento rigoroso nel rinvenire la rilevanza della questione di costituzionalità è che la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale (*Justizgewährungsanspruch*) richiede di limitare all’indispensabile il ritardo nella definizione della controversia che scaturisce dalla rimessione alla Corte della questione e dalla conseguente sospensione del processo<sup>655</sup>.

La questione di costituzionalità oggetto di rimessione è

---

alla quale rileva la questione di costituzionalità, ad esempio in caso di sospensione del processo: così, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 107. Sui limiti entro i quali può essere rimessa alla Corte una questione di costituzionalità in correlazione ad una decisione endoprocessuale, v. BVerfG 12 gennaio 1983, in *BVerfGE* 63, 1, 22.

<sup>650</sup> In relazione a queste ultime, v. BVerfG 18 dicembre 1953, in *BVerfGE* 3, 225, 235.

<sup>651</sup> Ai fini della rimessione è invece irrilevante l’alternativa tra dichiarazione di nullità e dichiarazione di incompatibilità, secondo il modello binario della decisione di incostituzionalità sviluppato dalla Corte tedesca. Sul punto, v. adesso nella letteratura italiana il lavoro di G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002, p. 76 ss., p. 156 ss., cui si rinvia per l’ampio apparato di riferimenti alla dottrina tedesca e alla giurisprudenza della Corte.

<sup>652</sup> In questo senso, v. BVerfG 18 dicembre 1984, in *BVerfGE* 68, 337, 344; K. SCHLAICH -S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 308.

<sup>653</sup> Cfr. § 80, comma II *BVerfGG*.

<sup>654</sup> Cfr. BVerfG 18 aprile 1984, in *BVerfGE* 67, 26. Si tratta in definitiva della stessa ragione che sorregge il rigore nella determinazione dei requisiti della personalità, attualità ed immediatezza della lesione in relazione alla proposizione della *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>655</sup> Cfr. BVerfG 10 maggio 1988, in *BVerfGE* 78, 165, 178.

rilevante solo se la decisione finale della controversia dipenda dalla validità della norma sulla quale essa si appunta. A tale riguardo il provvedimento di rimessione deve illustrare con sufficiente chiarezza, senza necessità di riferirsi agli atti del processo<sup>656</sup>, che il giudice remittente perverrebbe in caso di validità della norma ad un dispositivo diverso da quello cui perverrebbe in caso di invalidità<sup>657</sup>. Il criterio della rilevanza della questione di costituzionalità distingue il controllo di costituzionalità concreto da quello astratto. In questa seconda ipotesi il ricorrente è più o meno libero nella determinazione dell'oggetto del giudizio di costituzionalità, mentre nella prima ipotesi il *Bundesverfassungsgericht* controlla la norma solo entro i limiti che sono necessari per la decisione della controversia nel processo *a quo*, trattandosi di un procedimento incidentale nell'ambito di quest'ultimo<sup>658</sup>. In ordine alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, fa testo la valutazione del giudice remittente, a meno che essa non sia manifestamente insostenibile<sup>659</sup>, nel qual caso la Corte intraprende un'autonoma valutazione<sup>660</sup>.

Il parametro del giudizio di costituzionalità è il *Grundgesetz* oppure, se l'oggetto concerne "l'incompatibilità di una legge del *Land* con una legge federale"<sup>661</sup>, il diritto federale<sup>662</sup>. La Corte

---

<sup>656</sup> Gli atti devono comunque essere allegati: cfr. § 80, comma II, seconda proposizione *BVerfGG*.

<sup>657</sup> Così, *BVerfG* 6 novembre 1957, in *BVerfGE* 7, 171, 173. Ai fini della rilevanza, decisiva - come già detto - è la diversità del dispositivo (inammissibilità, infondatezza, accoglimento della domanda), non - almeno in via di principio - dei motivi, a meno che la diversità della motivazione non abbia significato per il contenuto e gli effetti della decisione, specialmente in ordine al suo valore precettivo per il comportamento futuro delle parti (così, *BVerfG* 19 aprile 1977, in *BVerfGE* 44, 297, 300). Ad esempio: la diversità tra un rigetto per mancato perfezionamento dei presupposti a cui è subordinata un'autorizzazione amministrativa e un rigetto per incostituzionalità della norma che fissa tali presupposti: cfr. *BVerfG*, 31 gennaio 1978, in *BVerfGE* 47, 146, 165; K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 115.

La Corte apporta tuttavia un'importante eccezione al rigore del criterio di determinazione della rilevanza della questione, nell'ipotesi in cui "la questione oggetto di rimessione rivesta un significato generale e fondamentale per il bene comune e pertanto la sua decisione sia urgente" (si veda ad esempio *BVerfG* 31 gennaio 1978, in *BVerfGE* 47, 146, 151 ss., 157 ss., citata), analogamente a quanto prevede il § 90, comma II, seconda proposizione in relazione all'ammissibilità della *Verfassungsbeschwerde*.

<sup>658</sup> Cfr. *BVerfG* 10 febbraio 1987, in *BVerfGE* 74, 182, 198; in senso conforme K. SCHLAICH-S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 112 s.

<sup>659</sup> Cfr. *BVerfG* 25 marzo 1980, in *BVerfGE* 54, 1, 7.

<sup>660</sup> Cfr. *BVerfG* 11 ottobre 1983, in *BVerfGE* 65, 160.

<sup>661</sup> Cfr. art. 100, comma I, seconda parte *GG*.

<sup>662</sup> Nonostante il tenore letterale dell'art. 100, comma I *GG*, il *Bundesverfassungsgericht* vede il parametro integrato non solo dalle leggi, ma anche dai regolamenti federali: cfr. *BVerfG* 20 maggio 1952, in *BVerfGE* 1, 283, 291 s.

controlla la norma oggetto di rimessione sotto tutti i profili di costituzionalità che possono entrare in considerazione: il caso concreto da cui è sorta la questione delimita l'oggetto, non il parametro del giudizio di costituzionalità<sup>663</sup>.

La Corte decide sulla compatibilità o incompatibilità (o anche nullità) della norma con il *Grundgesetz*<sup>664</sup> e la decisione ha in ogni caso effetto vincolante non solo nei confronti del giudice *a quo*, ma *erga omnes*<sup>665</sup>.

## 2. Ammissibilità di provvedimenti cautelari ex § 32 BVerfGG.

Come già anticipato, l'impiego dei provvedimenti cautelari nel giudizio di controllo di costituzionalità di norme giuridiche in via incidentale presenta alcuni aspetti controversi. In primo luogo, si tratta di chiarire se, nel procedimento cautelare avviato dinanzi al giudice comune, questi possa o debba rimettere la questione di costituzionalità della norma di legge rilevante per la decisione dell'istanza cautelare. In secondo luogo, si tratta di stabilire chi, fra il giudice *a quo* e il Tribunale costituzionale federale, in attesa della definizione della questione di costituzionalità, possa o debba concedere il provvedimento cautelare. Mantenendo ferma la prospettiva di offrire un quadro che privilegi la esposizione del diritto vivente, peso decisivo è affidato all'esame della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*.

Accennando dapprima all'aspetto meno controverso, dinanzi ad una norma di legge che il giudice comune investito dell'istanza cautelare ritiene incostituzionale e che si frappone al rilascio del provvedimento, la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità nel corso del procedimento cautelare, sospendendolo prima della pronuncia sull'istanza, è relativamente pacifica, sebbene il *Bundesverfassungsgericht* non abbia avuto l'occasione di affermarla espressamente<sup>666</sup>.

Più complesso è il problema se, dopo la rimessione alla Corte della questione di costituzionalità, sollevata nel corso del procedimento cautelare o nel corso del procedimento di merito (che siano stati sospesi senza rilascio di un provvedimento cautelare), il Tribunale costituzionale federale possa rilasciare un provvedimento cautelare ex § 32 BVerfGG a tutela del diritto da dedurre o già dedotto in giudizio nella causa di merito.

Un primo aspetto da affrontare riguarda la legittimazione a

---

<sup>663</sup> Cfr. BVerfG 3 giugno 1969, in *BVerfGE* 26, 44, 58; K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 122.

<sup>664</sup> Cfr. § 82, comma I BVerfGG, che rinvia ai §§ da 77 a 79 BVerfGG. In caso di inammissibilità dell'istanza, il relativo provvedimento può essere adottato in via di principio anche da una camera della Corte, che si pronuncerà all'unanimità: così il § 81a BVerfGG, introdotto dalla legge di riforma del 1993.

<sup>665</sup> Cfr. § 31, comma II BVerfGG.

<sup>666</sup> Cfr. BVerfG, 28 settembre 1987, in DVBl, 1987, p. 1211, ove il problema è lasciato aperto.

richiedere il provvedimento cautelare, poiché le parti del processo *a quo* non assumono la qualità di parte nel processo costituzionale. Il *Bundesverfassungsgericht* dà alle parti del processo *a quo* la possibilità di manifestare la propria opinione: “le chiama a partecipare all’udienza e dà la parola ai difensori presenti”<sup>667</sup>. In tale veste esse non sono legittimate però a richiedere provvedimenti cautelari, come ha affermato la Corte nella seguente fattispecie. Nel corso di un giudizio di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo di un diniego di ammissione all’esercizio della professione di notaio, promosso da un avvocato, è rimessa la questione di legittimità costituzionale della norma sull’ordinamento della professione di notaio della Renania-Palatinato del 1949 che esclude per il futuro la possibilità di ammettere all’esercizio della professione nuovi avvocati-notai, per violazione degli artt. 2, 3, 12 GG. Consapevole del proprio difetto di legittimazione a richiedere al *Bundesverfassungsgericht* un provvedimento cautelare di sospensione dell’efficacia della norma, il ricorrente nel processo *a quo*, con un’iniziativa processuale distinta, chiede al Tribunale costituzionale federale di emanare un provvedimento cautelare strumentale non già al procedimento di controllo di costituzionalità in via incidentale, bensì alla futura proposizione di una *Verfassungsbeschwerde* (avente sostanzialmente lo stesso scopo pratico della questione di costituzionalità già proposta) contro la legge federale che recepisce il divieto di ammettere all’esercizio della professione nel predetto *Land* nuovi avvocati-notai. In particolare, il ricorrente chiede la sospensione dei lavori preparatori di tale legge. Nel dichiarare inammissibile l’istanza poiché non contiene l’affermazione della violazione di un diritto fondamentale attraverso un atto del pubblico potere, non essendo stata ancora promulgata la legge che si pretende lesiva, e nel condannare il ricorrente al pagamento di un’ammenda per abuso del processo, in via di *obiter dictum*, la Corte afferma che, nell’altro procedimento pendente dinanzi ad essa, trattandosi di un controllo di costituzionalità in via incidentale, la parte del processo *a quo* non può richiedere il rilascio di un provvedimento cautelare *ex* § 32 *BVerfGG*: “in quel processo essa non è legittimata a proporre istanze né è altrimenti parte in causa; le si deve dare solo la possibilità di esprimersi (§ 82, comma III *BVerfGG*)”<sup>668</sup>.

Il fatto che la parte del processo *a quo* sia sfornita di legittimazione all’istanza cautelare, non implica automaticamente di escludere il rilascio dei provvedimenti cautelari da parte del *Bundesverfassungsgericht* nel procedimento di controllo di costituzionalità in via incidentale, posto che fin dall’inizio della sua giurisprudenza la Corte si è riconosciuta il potere di emanare

---

<sup>667</sup> Così prevede il § 82, comma III *BVerfGG*.

<sup>668</sup> Cfr. *BVerfG* 2 novembre 1960, in *BVerfGE* 11, 339. Per la decisione di merito, v. *BVerfG* 2 aprile 1963, *BVerfGE* 16, 6.



provvedimenti cautelari d'ufficio. Il potere del Tribunale costituzionale federale di emanare provvedimenti cautelari d'ufficio (anche) nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale incontra il sostegno della dottrina maggioritaria<sup>669</sup>, che suggerisce la possibilità di affidare le modalità di esecuzione del provvedimento cautelare al giudice *a quo*<sup>670</sup>.

3. *Ammissibilità di provvedimenti cautelari rilasciati dal giudice a quo.*

Ci si deve domandare a questo punto se il potere del Tribunale costituzionale di concedere provvedimenti cautelari d'ufficio sia l'unico strumento con cui si possa rispondere al bisogno di tutela urgente e renda pertanto inammissibile la richiesta di provvedimenti cautelari al giudice *a quo*. Sul punto il ventaglio delle opinioni dottrinali è molto ampio ed esprime tutte le soluzioni di questo problema che sono teoricamente possibili, senza che si possa intravedere la prevalenza dell'una o dell'altra<sup>671</sup>.

Dalla scarsa giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* - oggetto di esame nei prossimi paragrafi - non si ricavano indicazioni univoche circa il potere del giudice *a quo* di concedere provvedimenti cautelari previa disapplicazione *inter partes* della norma ritenuta incostituzionale.

Per quanto attiene alla giurisprudenza dei giudici comuni, nel suo orientamento largamente maggioritario questa nega la necessità (se non addirittura l'ammissibilità) di una rimessione al Tribunale costituzionale federale nel procedimento cautelare, e, se ne ricorrono i presupposti, concede direttamente il provvedimento

---

<sup>669</sup> In senso contrario all'ammissibilità del potere della Corte di concedere provvedimenti cautelari nel controllo di costituzionalità in via incidentale si deve registrare, in passato, l'opinione di Hans Lechner, autore di uno dei primi commenti organici alla legge istitutiva della Corte. Poiché il *Bundesverfassungsgericht* interviene in via incidentale rispetto alla risoluzione della sola questione di diritto - secondo Lechner - le sarebbe preclusa la possibilità di emanare una misura cautelare in relazione all'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice *a quo*: così, H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, terza ed., München, 1973, p. 235. Questa tesi è oggi abbandonata da Rüdiger Zuck, il prosecutore dell'opera di commento: cfr. H. LECHNER- R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, quarta ed., München, 1996, p. 200.

<sup>670</sup> Per quest'ultima possibilità, v. J. BERKEMANN, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 585, in applicazione analogica dei §§ 26, comma I, seconda parte e 35 *BVerfGG*. Più in generale l'A. ritiene che la competenza della Corte al rilascio dei provvedimenti cautelari escluda l'ammissibilità del rilascio da parte del giudice *a quo*, quando la concessione del provvedimento cautelare presupponga che il giudice ritenga l'incostituzionalità della legge.

<sup>671</sup> Per l'esposizione di questo quadro si rinvia a J. PIETZCKER, *Richtervorlage im Eilverfahren*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, a cura di J. Ipsen, Köln, 1995, p. 623 ss., p. 627 ss.

cautelare<sup>672</sup>.

4. *Istanza di provvisoria ammissione al servizio preparatorio all'esercizio delle professioni giuridiche.*

In una prima fattispecie la corte d'appello amministrativa rimette al Tribunale costituzionale federale la questione di costituzionalità della norma di legge della città di Amburgo che non esclude dall'ammissione al servizio di formazione professionale preparatorio all'esercizio delle professioni legali (referendariato) i soggetti che non offrano una idonea garanzia di fedeltà alla Costituzione, prima di pronunciarsi sull'appello contro il provvedimento che ha disposto la provvisoria ammissione al servizio di un soggetto che non offriva una tale garanzia. La Corte afferma l'obbligo del giudice di sollevare la questione di costituzionalità in casi, come il presente, in cui "la disciplina provvisoria richiesta anticipi ampiamente il contenuto della decisione di merito e conceda quindi un qualcosa, rispetto al quale secondo l'opinione del giudice adito non sussisterebbe una pretesa azionabile nel processo di merito" stante la presenza della norma di legge ritenuta incostituzionale<sup>673</sup>.

5. *Rettifica di un'affermazione in una trasmissione televisiva.*

In una seconda fattispecie, sfrondata di alcuni particolari che non rilevano in questo contesto, un'associazione turca chiede allo Ndr, l'ente radiotelevisivo della Germania del Nord, di effettuare una rettifica di un'affermazione sul suo conto, ritenuta falsa e pregiudizievole, contenuta in un servizio televisivo. Lo Ndr rifiuta e l'associazione chiede al tribunale un provvedimento cautelare di condanna ad effettuare la rettifica. Il tribunale considera l'istanza ammissibile e fondata, ma si vede impedito nella concessione del provvedimento cautelare dalla inosservanza del termine di due settimane per la richiesta di rettifica. Pertanto sospende il processo e rimette al *Bundesverfassungsgericht* la questione di costituzionalità della norma di legge che prevede detto termine, per la sua irragionevole esiguità. Dopo aver ritenuto ammissibile il provvedimento di rimessione<sup>674</sup>, la Corte afferma che, se non fosse

---

<sup>672</sup> Valendoci della rassegna compiuta da Jost Pietzcker nel 1995 sulla giurisprudenza amministrativa (PIETZCKER, *Richtervorlage im Eilverfahren*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, cit., p. 627), si possono ricordare, tra gli altri, il caso della sospensione di una imposizione tributaria (OVG NW, in *DöV* 1964, 171, dell'iscrizione in una lista elettorale (VG Würzburg, in *NJW*, 1976, 1651), dell'attribuzione di un posto di studio all'università (OVG NW, in *NJW*, 1979, 330), della sospensione del provvedimento di chiusura di una scuola (OVG Hamburg, in *NVwZ*, 1985, 51).

<sup>673</sup> Così, BVerfG 5 ottobre 1977, in *BVerfGE* 46, 43, 51.

<sup>674</sup> Sul punto la motivazione è la seguente: "l'ammissibilità della rimessione non è ostacolata dal fatto che nel processo *a quo* si applicano, in quanto compatibili, le prescrizioni del codice di procedura civile sul

ammissibile la rimessione, “la competenza attribuita dall’art. 100, comma I GG cadrebbe nel vuoto e sarebbe esercitata dai giudici comuni. Ciò sarebbe in contraddizione con i compiti essenziali del procedimento di controllo di costituzionalità in via incidentale: impedire che un singolo giudice ignori la volontà del legislatore [...] e, al di là della decisione nel caso concreto, evitare, attraverso un accertamento delle questioni di costituzionalità vincolante *erga omnes*, decisioni divergenti dei tribunali, incertezza e frammentazione giuridica [...]. Se la rimessione al *Bundesverfassungsgericht* rende possibilmente tardiva la decisione nel processo *a quo*, ciò deve essere accettato in considerazione del compito assolto dal procedimento ex art. 100, comma I GG”<sup>675</sup>.

#### 6. Osservazione intermedia.

Dall’esame combinato di queste due pronunce, discende che il Tribunale costituzionale federale afferma l’obbligo del giudice comune, destinatario di un’istanza cautelare, di sollevare la questione di costituzionalità della norma rilevante per la decisione quando la disciplina provvisoria richiesta anticiperebbe ampiamente il contenuto della decisione definitiva o quando la decisione sull’istanza cautelare costituisca la decisione definitiva, in quanto non ha luogo il processo di merito. In queste ipotesi la Corte manifesta un atteggiamento di chiusura, che nel passo finale della seconda pronuncia giunge perfino ad accettare il sacrificio dell’effettività della tutela giurisdizionale.

#### 7. Istanza di provvisoria ammissione all’esercizio di un mandato elettorale.

Un orientamento più possibilista può essere colto nella pronuncia emanata nella seguente fattispecie. Tizio, eletto in un consiglio di circoscrizione amministrativa bavarese, si rifiuta di prestare il giuramento previsto dalla legge prima dell’assunzione del mandato, allegando che la sua coscienza e le sua fede cristiana gli impedirebbero di giurare, dicendosi però disposto ad asseverare la sua fedeltà alla legge e alla Costituzione in altro modo. Accertato il rifiuto di prestare giuramento, il consiglio lo dichiara, ai sensi di legge, decaduto dalla elezione. Tizio impugna il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, chiedendo in via cautelare di

---

procedimento cautelare [...]. Non è necessario decidere in questa sede se il giudice nel procedimento cautelare sia legittimato o obbligato ad una rimessione ai sensi dell’art. 100, comma I GG [...]. Infatti l’esistenza del diritto di rettifica nei confronti dello Ndr è oggetto di una decisione definitiva in questo tipo di procedimento cautelare; al contrario del procedimento cautelare vero e proprio, non ha luogo una causa di merito [...]. In presenza di questo presupposto, la rimessione è ammissibile. Altrimenti i giudici che conoscono delle pretese alla rettifica sarebbero privati della possibilità di provocare una decisione del *Bundesverfassungsgericht*”.

<sup>675</sup> Così, BVerfG 8 febbraio 1983, in *BVerfGE* 63, 131.

poter provvisoriamente esercitare il proprio mandato. L'impugnazione è rigettata, affermandosi in particolare da parte del giudice di appello che la disciplina normativa sulla cui base il consiglio di circoscrizione ha deliberato la decadenza dall'elezione di Tizio non contrasta con il diritto fondamentale di libertà religiosa di cui all'art. 4, comma I GG, poiché offrirebbe l'alternativa di rinunciare al mandato. Tizio propone *Verfassungsbeschwerde* contro il rigetto dell'istanza cautelare da parte del giudice amministrativo. La Corte lo accoglie, concedendo con definizione immediata nel merito ciò che il giudice amministrativo, in via cautelare, ha negato al ricorrente: cioè la possibilità di esercitare il proprio mandato senza dover prestare giuramento (ma dicendo: "io affermo", invece che: "io giuro"). In motivazione si legge espressamente che il diniego di tutela cautelare da parte del giudice amministrativo viola il diritto fondamentale del ricorrente alla tutela giurisdizionale contro gli atti del pubblico potere (art. 19, comma IV GG), in collegamento con il godimento dei diritti di cittadinanza indipendentemente dalla confessione religiosa (art. 33, comma III GG) e con la libertà religiosa (art. 4, comma I GG)<sup>676</sup>.

Ad alcuni commentatori è parso che una tale motivazione presupponga il riconoscimento che il giudice amministrativo possa concedere un provvedimento cautelare ex § 123, comma I VwGO, che imponga un precetto contrastante con una norma giuridica ritenuta incostituzionale<sup>677</sup>. In realtà la Corte non dice nulla su questo punto, cosicché la decisione potrebbe fondarsi anche sulla possibilità di adottare un'interpretazione conforme al *Grundgesetz* della norma giuridica in questione<sup>678</sup>.

#### 8. Impugnazione delle norme sulle risorse del sottosuolo contenute nel trattato sulla unificazione tedesca.

Maggiormente significativa appare una pronuncia più recente, emanata in relazione ad una *Verfassungsbeschwerde* contro una norma contenuta nel trattato sulla unificazione tedesca, che aveva disposto che la ghiaia e la sabbia silicea nel territorio dei nuovi *Länder* debbano essere considerate come risorse del sottosuolo sottoponibili a sfruttamento attraverso l'autorizzazione prevista dal diritto minerario, a differenza della disciplina nei vecchi *Länder*, secondo la quale esse appartengono al proprietario del suolo. La norma impugnata produce pertanto immediatamente effetti giuridici (nella prospettiva dei ricorrenti, lesivi del principio di equaglianza e del diritto di proprietà), senza necessità di un ulteriore atto esecutivo. Il Tribunale costituzionale

---

<sup>676</sup> Così, BVerfG 25 ottobre 1988, in *BVerfGE* 79, 69.

<sup>677</sup> Così, per esempio J. BERKEMANN, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., p. 585; H. MAURER, in *JZ*, 1989, p. 294.

<sup>678</sup> Per questa considerazione v. J. PIETZCKER, *Richtervorlage im Eilverfahren*, in *Verfassungsrecht im Wandel*, cit., p. 623 ss., p. 626.

dichiara il ricorso inammissibile per mancato rispetto del principio di sussidiarietà della *Verfassungsbeschwerde*. Sebbene i ricorrenti non possano ottenere tutela dinanzi ai giudici comuni immediatamente contro la norma impugnata - osserva il *Bundesverfassungsgericht* - “essi possono adire i giudici comuni per assicurare ed attuare i diritti che discendono dalla incostituzionalità della disciplina. Al fine di provocare un chiarimento preliminare della situazione di fatto e della disciplina normativa ordinaria essi sono tenuti dapprima a cercare tutela - per lo meno provvisoria - dinanzi ai giudici comuni [...]. Nel concedere la tutela cautelare i giudici comuni non incontrano ostacolo, nel caso che ritengano l'incostituzionalità della norma impugnata, nel fatto che essi non potrebbero decidere da soli la questione della incostituzionalità, ma dovrebbero rimetterla al *Bundesverfassungsgericht* ai sensi dell'art. 100, comma I GG. Il monopolio del Tribunale costituzionale federale nell'accertamento della incostituzionalità delle norme giuridiche (*Verwerfungsmonopol*) ha per conseguenza che il giudice comune può tirare le conseguenze della (da lui opinata) incostituzionalità di una legge solo dopo l'accertamento da parte del *Bundesverfassungsgericht*. L'art. 100, comma I GG non impedisce però ai giudici comuni già prima della decisione del Tribunale di concedere provvedimenti cautelari sulla base della loro concezione giuridica quando ciò appaia necessario nell'interesse di una effettiva tutela giurisdizionale secondo le circostanze del caso e la decisione della causa di merito non sia anticipata”<sup>679</sup>.

9. *Osservazioni conclusive sui provvedimenti cautelari nel giudizio di costituzionalità in via incidentale.*

Se si valorizza questa recente apertura e si riflette che la concessione del provvedimento cautelare è per definizione funzionale alla realizzazione di una tutela giurisdizionale effettiva, dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si potrebbe ricavare la conclusione che la regola sia la possibilità di emanare il provvedimento cautelare da parte del giudice *a quo*, sul presupposto della incostituzionalità della norma, a meno che la decisione sull'istanza cautelare abbia eccezionalmente un carattere definitivo, in quanto non è seguita dalla instaurazione della causa di merito (come accade nel già menzionato procedimento di rettifica), oppure a meno che il provvedimento richiesto abbia un contenuto anticipatorio della decisione di merito. In questi due casi si rivela indispensabile rimettere alla Corte la questione di costituzionalità della norma nel corso del procedimento cautelare, prima della pronuncia sull'istanza cautelare.

L'esercizio del potere cautelare da parte del giudice *a quo* non

---

<sup>679</sup> Così, BVerfG 24 giugno 1992, in *BVerfGE* 86, 382, 386, 389.

può rendere però superfluo l'esercizio del potere cautelare d'ufficio ad opera del *Bundesverfassungsgericht*. Si tratta di poteri che hanno presupposti ed effetti diversi. Tratto comune di entrambi è quello di apprestare un rimedio ad un pregiudizio che la durata del processo può recare o concorrere a recare, se vi è il pericolo concreto che nel frattempo si verifichino fatti tali da frustrare, rendendola vana o tardiva, la decisione della causa di merito. Tuttavia, mentre la misura cautelare eventualmente rilasciata dal giudice *a quo* nel presupposto della incostituzionalità della legge non può che avere effetti limitati alle parti del processo *a quo*, la sospensione cautelare disposta dal Tribunale costituzionale federale ha un'efficacia *erga omnes*.

*Osservazioni conclusive sull'esperienza giuridica tedesca.*

L'ammissibilità dei provvedimenti cautelari in tutti i tipi di procedimento dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* è un elemento che indubbiamente ha contribuito, fra gli altri, a delineare il notevole ruolo che la Corte riveste nell'ordine costituzionale e nel processo politico tedesco. Questo risultato scaturisce già dalla semplice possibilità che la Corte eserciti poteri cautelari, più che dal loro concreto esercizio.

Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale predomina infatti l'idea che la tutela cautelare sia uno strumento eccezionale, da concedere con "la più grande prudenza", poiché l'emanazione di un provvedimento cautelare in un processo costituzionale può spiegare conseguenze di ampio raggio, in forza del rango degli interessi che vi sono coinvolti. Il concreto esercizio del potere cautelare da parte del *Bundesverfassungsgericht* è pertanto fortemente condizionato dalla percezione delle notevoli implicazioni istituzionali che può avere il rilascio di un provvedimento cautelare. Ciò si può constatare ripensando, da un lato, alle ipotesi in cui la misura cautelare richiesta è suscettibile di incidere sul processo di formazione della volontà di soggetti titolari di un potere decisionale politico; dall'altro lato, alle istanze cautelari di sospensione della legge.

Nel primo gruppo di casi, la Corte esercita in tali ipotesi un vero e proprio *self-restraint*, preoccupandosi di assicurare un leale processo di confronto politico. Per esempio nelle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordina ad una controversia tra organi costituzionali, il Tribunale costituzionale federale emana quasi sempre una pronuncia di rigetto poiché essa pretende dagli organi costituzionali coinvolti nella controversia il senso di responsabilità politico-costituzionale di trovare da soli un *modus vivendi* durante il procedimento di merito. Rispetto a questo quadro, eccezioni si registrano quando la Corte riscontri l'esigenza di tutelare gruppi politici di minoranza. Anche in relazione ad istanze cautelari proposte da soggetti portatori di un interesse privato, il

*Bundesverfassungsgericht* ritiene di non poter incidere sull'esercizio di funzioni politiche attraverso un provvedimento cautelare, mettendo in discussione le prerogative di valutazione politica di altri organi costituzionali, in particolare del Governo federale. Infine, nelle controversie costituzionali che coinvolgono aspetti di politica estera, la Corte attribuisce un peso notevolissimo ai pregiudizi che minaccerebbero gli interessi della Repubblica federale tedesca, qualora essa emanasse una misura cautelare prima della definizione del procedimento di merito. In questo settore, l'esito della valutazione comparativa delle conseguenze conduce quasi sempre al rigetto dell'istanza cautelare, al fine di lasciare piena libertà di azione al Governo federale. La Corte stessa qualifica questo suo atteggiamento come una forma di *self-restraint* giudiziale. Esso però non esonera dal rispetto del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali il potere esecutivo, che con propri provvedimenti non può frustrare l'utilità del procedimento di merito pendente dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. Né esonera dal rispetto di tale principio lo stesso Tribunale costituzionale federale, che è impegnato ad accelerare in ogni modo la definizione del procedimento di merito, affinché la sentenza finale conservi la propria efficacia, per quanto è possibile nel contesto dato.

Anche nelle ipotesi di istanza di sospensione della legge, il criterio che presiede al rilascio del provvedimento cautelare è particolarmente rigoroso. Al fine del rilascio del provvedimento cautelare, il *Bundesverfassungsgericht* richiede che i danni che si collegano all'entrata in vigore della legge o al proseguimento della sua esecuzione (in ipotesi di successiva dichiarazione di incostituzionalità) "superino nettamente in dimensione e gravità" i danni che si collegano alla provvisoria sospensione (in ipotesi di successiva dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità).

Due appaiono i settori in cui la percentuale delle istanze cautelari accolte è superiore alla media.

Il primo settore è costituito dalle ipotesi in cui l'istanza cautelare si coordina alla impugnazione di atti statali che colpiscono interessi di un singolo individuo (o di una serie di soggetti individuati nell'atto). In tale ipotesi l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht*, dopo un'iniziale incertezza e salva una recente battuta di arresto relativa al rigetto di istanze di asilo politico per manifesta infondatezza, si è assestato nel senso di cogliere un attentato al bene comune nel caso in cui l'atto impugnato, emanato in ipotetica violazione di norme costituzionali, incida sulla sfera privata dell'individuo, minacciando un grave pregiudizio che non può adeguatamente ripararsi *ex post* (per esempio, in caso di arresto, estradizione, diniego di ammissione all'esercizio di una professione). In tal caso si può osservare

appunto la tendenza ad un impiego più frequente della tutela cautelare, in favore del provvisorio ripristino della situazione anteriore all'emanazione dell'atto impugnato.

Il secondo settore è costituito dalle controversie in senso lato federali. Nelle poche controversie federali che non si risolvono attraverso i filtri di compensazione politica (il "federalismo del *Bundesrat*") e che pertanto vengono portate dinanzi al Tribunale costituzionale federale, l'esito del procedimento di merito è particolarmente incerto e ben difficilmente si può parlare di insostenibilità dell'uno o dell'altro punto di vista. Inoltre, se il filtro di compensazione politica non funziona, ciò dipende spesso dal fatto che almeno uno degli organi responsabili nella struttura federale dello Stato manca della disponibilità a scendere ad un compromesso in una questione politica controversa. In tale contesto vi è frequentemente il pericolo che una delle parti cerchi di produrre unilateralmente dei "fatti compiuti", disponendo anche di regola di una sufficiente forza politica ed istituzionale per compiere un'operazione di questo tipo. Ci muoviamo pertanto sul terreno tipico della tutela cautelare basata su una valutazione comparativa delle conseguenze secondo il modello adottato dal Tribunale costituzionale federale.

L'esperienza tedesca segnala quindi nel complesso un uso moderato, ma in alcune ipotesi anche molto incisivo, dei poteri cautelari da parte del Tribunale costituzionale federale. Al di là di critiche rivolte a singoli provvedimenti, non si registrano contestazioni globali dell'opportunità di attribuire poteri cautelari al *Bundesverfassungsgericht*.

Non è difficile scorgerne il motivo, se si ripensa ad un dato già ricordato all'inizio di questa indagine. Al pari degli altri tipi di processo, i processi costituzionali, hanno una loro fisiologica durata, che dipende anche dalla predeterminazione delle forme e dei termini nei quali si esercita l'attività dei soggetti processuali. Anche nella giustizia costituzionale il giudice non può definire la controversia in modo così tempestivo da evitare che nel frattempo si verificano eventi idonei a frustrare gli effetti della decisione di merito, tutte le volte in cui manchi il "tempo necessario per un esame coscienzioso e completo delle questioni giuridiche rilevanti" per tale decisione. È questa la considerazione fondamentale che ha fatto avvertire l'esigenza, nel dettare le norme sui processi dinanzi al Tribunale costituzionale federale, di apprestare un rimedio al pregiudizio ulteriore che la durata del processo può recare o concorrere a recare alla situazione dedotta in giudizio, se vi è il pericolo concreto che nel frattempo si verificano fatti tali da frustrare, rendendola vana o tardiva, la decisione del giudizio di merito. Più che la precedente esperienza di tutela cautelare nell'ambito delle controversie tra *Reich* e *Länder* ad opera dello *Staatsgerichtshof*, più che la natura indiscutibilmente



giurisdizionale che il *Grundgesetz* riconosce al *Bundesverfassungsgericht*, è l'aspetto della tutela cautelare come componente essenziale dei moderni sistemi processuali, come fattore in grado di mitigare i pregiudizi che la fisiologica durata del processo concorre a cagionare, che ha reso naturale l'attribuzione di poteri cautelari al Tribunale costituzionale federale.

Merita di essere ribadito anche in sede conclusiva che i provvedimenti cautelari 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, instaurato o da instaurare dinanzi alla Corte. Lo scopo della tutela cautelare non è quello di scongiurare in generale i pericoli di pregiudizio a carico di diritti costituzionali, bensì 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.

Si è così completato il quadro degli aspetti fondamentali della esperienza in materia di poteri cautelari del *Bundesverfassungsgericht* prescelto come oggetto di questa indagine. Si è perfettamente consapevoli che il quadro non è esaustivo. Basti pensare, fra gli aspetti non trattati, a certi elementi del procedimento di rilascio del provvedimento, (anche in relazione ai diversi organi decidenti all'interno della Corte), alle diverse modalità di redazione e pubblicazione della pronuncia e della sua motivazione, alle decisioni collaterali (per esempio, sulle spese), alla modificabilità, revocabilità e rinnovabilità della misura cautelare entro la scadenza dei sei mesi di efficacia, alla possibilità di proporre opposizione contro la pronuncia, alla perdita di efficacia della misura cautelare. Questi argomenti però non erano essenziali per svolgere l'obiettivo prefissato, che non era di offrire un quadro completo e minuzioso dell'esperienza tedesca in una prospettiva di conoscenza fine a se stessa. L'obiettivo era di cercare di cogliere il senso fondamentale di questa esperienza, di indirizzare l'attenzione verso le sue coordinate più interessanti in una prospettiva comparatistica diretta a cogliere le potenzialità, le peculiarità e i limiti della tutela cautelare nella giurisdizione costituzionale. In questo caso, essa dovrebbe servire ad una migliore consapevolezza dei problemi che possono sorgere nel momento in cui la Corte costituzionale italiana, anche in forza dei recenti mutamenti del quadro normativo ed istituzionale, sia destinataria di un maggior numero di istanze cautelari e si avvalga effettivamente dei poteri cautelari che le sono attribuiti.

**PARTE II**  
**I POTERI CAUTELARI DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

## CAPITOLO I

### IL POTERE CAUTELARE NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE

#### 1. *L'art. 9 della legge 131/2003 come "norma sulle fonti"*.

Prima di procedere all'analisi delle disposizioni dettate dall'art. 9 della legge 131/2003 è opportuno affrontare la controversa questione relativa alla legittimità costituzionale della legge ordinaria come fonte del potere di sospensione cautelare della legge e degli atti aventi forza di legge. Diversi profili problematici erano stati evidenziati negli studi dedicati in passato alla sospensione cautelare della legge e sono riemersi nell'attuale dibattito dottrinale<sup>680</sup>.

---

<sup>680</sup> Sulla sospensione della legge, prima dell'espressa attribuzione di questo potere alla Corte costituzionale, 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.; sul tema anche M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, prima ed. 1955, rist. 1976, p. 4 ss.; cenni in A. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale degli atti giuridici con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1967. Di recente, ma prima dell'approvazione della l. 131/2003, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 293-294. Sull'art. 9 della legge 131/2003, con riferimento ai lavori preparatori: A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *www.federalismi.it*, (18 aprile 2002); M. D'AMICO, *Corte costituzionale e riforma del titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in *www.federalismi.it*, (6 maggio 2002); F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in *www.federalismi.it*, 11 aprile 2003. Sull'art. 9 della legge 131/2003, nella versione definitivamente approvata: E. GIANFRANCESCO, *L'incidenza della riforma sui giudizi costituzionali*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa <La riforma del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale>, Pavia, 6-7 giugno 2003, *paper*; Nello stesso senso, F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO, *La legge 5 giugno 2003, n. 131, Disposizioni per l'adeguamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 Commento agli articoli, Art. 9*, Roma, Senato della Repubblica, Servizio Studi, 2003, p. 269 ss.; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in *Legge "La Loggia", Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, p. 180 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, il Mulino, 2003, p. 183 ss., nello stesso volume si vedano le considerazioni di G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, p. 11 ss., p. 15; E. LAMARQUE, *Art. 9*, in *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge "La Loggia", (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di E. LAMARQUE, P. CAVALERI, Torino, Giappichelli, 2004, p. 229 ss.; R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici - Atti di un incontro di studi - Messina 26 settembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71 ss.; A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive*

In primo luogo si dubita della legittimità costituzionale di una legge ordinaria che pretenda di disporre dell'efficacia di fonti di pari grado<sup>681</sup>. Si tratta della controversa questione dei limiti di legittimità delle c.d. norme strumentali o norme sulle fonti<sup>682</sup>.

Le disposizioni che disciplinano l'incidente cautelare nei giudizi in cui si censura l'illegittimità costituzionale di atti normativi, come in generale le norme che disciplinano il sindacato di costituzionalità<sup>683</sup>, appartengono infatti a tale categoria di norme, il cui peculiare effetto consiste nella determinazione della vigenza, della validità o della portata delle norme di produzione del diritto e si dicono ad esse strumentali poiché è in questa funzione di strumento dell'organizzazione del sistema delle fonti che trovano la loro unica ragion d'essere<sup>684</sup>.

---

*tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale, in Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici - Atti di un incontro di studi - Messina 26 settembre 2003, cit., 2004, p. 357 ss.*

<sup>681</sup> A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 206; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in *Legge "La Loggia", Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, p. 180 ss., p. 188; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale, Commento all'art. 9*, pp. 193-194.

<sup>682</sup> Sulla categoria delle "fonti sulle fonti", C. ESPOSITO, *LA validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934, p. 154; ss. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, trad. it. a cura di Ballarino, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 152 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. Foro it., p. 6 ss.; del medesimo Autore, *Le fonti a produzione nazionale*, in R. SACCO, (cur.), *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano, 1. Le fonti scritte*, Torino, UTET, 1998, p. 1 ss, in particolare pp. 34-36; V. CRISAFULLI, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 1978, p. 167 ss.; A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul legislatore futuro*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2341 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, UTET, 1987, p. 3 ss.; A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica e prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 175 ss.; A. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 86 ss.; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 561 ss., p. 578; U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, a cura di P. CARETTI, Torino, Giappichelli, 2003, p. 1 ss.; C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in *Legge "La Loggia", Commento alla L. 5 giugno 2003 n.131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 188; del medesimo Autore, *Sulle clausole rafforzative dell'efficacia delle disposizioni dello statuto dei diritti del contribuente*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 102 ss.

<sup>683</sup> Così, espressamente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-9*, cit. p. 6 ss., p. 7 per tale qualificazione con riferimento alle norme procedurali che disciplinano il sindacato di legittimità costituzionale.

<sup>684</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 3, ss., p. 69 ss; in senso critico sia circa la legittimità

Conviene riassumere brevemente il dibattito dottrinale sul tema al fine di verificare se, alla stregua delle soluzioni proposte in dottrina e tenuto conto degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, i dubbi di legittimità costituzionale formulati con riferimento all'art. 9 della l. 131/2003 possano sotto tale profilo ritenersi fondati.

Secondo un'opinione autorevolmente sostenuta<sup>685</sup>, la soluzione della questione deve muovere dalla considerazione che nel nostro ordinamento costituzionale le fonti sulla produzione del diritto sono tenute ad osservare un principio fondamentale: "nessuna fonte può creare altre fonti aventi efficacia maggiore o anche eguale alla propria, ma solo fonti dotate di efficacia minore". La prima parte del divieto trova fondamento nel dato incontestabile che "nessuno può attribuire ad altri una forza di cui non dispone". La seconda parte del divieto trova fondamento nel principio del "numero chiuso" delle fonti secondo il quale nessuna fonte può disporre di fonti di pari efficacia né della propria efficacia, altrimenti si porrebbe necessariamente in contrasto con la fonte superiore che ne regola il regime di efficacia.

Il punto debole di questa concezione risiede in una sua eccessiva astrattezza che conduce ad una visione soltanto parziale dei fenomeni che possono incidere sull'efficacia delle norme.

Innanzitutto omette di considerare che, per il suo contenuto, una norma sulle fonti può porsi in un rapporto di semplice svolgimento di principi implicitamente posti da norme di rango superiore, ciò che esclude una violazione delle regole di gerarchia fra le fonti.

In secondo luogo questa dottrina non tiene conto che la legge può disciplinare altri atti capaci di incidere sulla sua efficacia che non sono qualificabili come fonti del diritto. Si pensi ad esempio alle ordinanze contingibili ed urgenti in deroga alle fonti primarie<sup>686</sup>. Come noto, la Corte costituzionale<sup>687</sup> ha escluso che

---

costituzionale che circa l'utilità di norme sulle fonti dettate da disposizioni di pari grado, U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa*, cit., pp. 6-7, in particolare con riferimento specifico alle clausole di abrogazione espressa l'Autore afferma che esse limitano in modo significativo il principio di sovranità popolare e "travolgono" la libertà interpretativa del giudice.

<sup>685</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, cit., pp. 5-6 e p. 40 ss.

<sup>686</sup> Sulle ordinanze contingibili ed urgenti, F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; per un esame aggiornato ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 421-499; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, 2004, pp. 1-90.

<sup>687</sup> Particolarmente significative per i profili richiamati nel testo, Corte costituzionale, sentenza 28 maggio 1987, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3538 ss., con nota di R. CAVALLO PERIN, *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del*

queste ordinanze anche se aventi contenuto normativo, possano qualificarsi come fonti del diritto, e quindi che sia con esse violato il principio di tipicità delle fonti primarie. La Corte sulla base di questa premessa ha inoltre escluso che dalla omessa previsione di tale potere in Costituzione se ne debba desumere l'incostituzionalità per contrasto con la disciplina relativa all'entrata in vigore della legge<sup>688</sup>. La legge ordinaria può quindi legittimamente autorizzare l'esercizio di poteri in deroga a fonti primarie, a condizione che esso sia subordinato ad alcune condizioni che ne garantiscono sotto diversi profili la compatibilità con la Costituzione<sup>689</sup>. Una precisazione. La giurisprudenza costituzionale in materia di ordinanze contingibili e urgenti è stata qui richiamata a dimostrazione che anche secondo la giurisprudenza costituzionale la sospensione dell'efficacia di disposizioni legislative prevista da una fonte di legge ordinaria non urta di per sé con il dettato costituzionale. E' però ovviamente escluso un qualsiasi parallelismo fra il potere di ordinanza per fronteggiare situazioni di emergenza, e il potere di sospensione cautelare attribuito alla Corte per neutralizzare i danni che possono derivare al ricorrente che ha ragione anche a causa della durata del processo.

Infine, a sostegno dell'ammissibilità in via generale delle norme strumentali, resta da osservare che la statuizione di regole relative all'efficacia di una fonte non può considerarsi come "disposizione" di tale efficacia, poiché la disciplina stabilita potrebbe essere agevolmente superata attraverso il criterio della prevalenza della legge posteriore. Anche se si considera il fenomeno dal punto di vista dell'esercizio del potere, non sembra esatto affermare che la previsione di particolari condizioni di efficacia si risolva nell'autoattribuzione di un potere originariamente inesistente, poiché il successivo esercizio dello stesso potere consente di superare le condizioni di efficacia stabilite in precedenza attraverso la statuizione delle norme a questo scopo necessarie.

Per queste ragioni, è preferibile l'impostazione suggerita dalla dottrina che inquadra il fenomeno delle norme sulla produzione del diritto in modo più articolato. Secondo questa impostazione il

---

*potere di ordinanza*, e Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 994 ss. Sulla quale G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, *ibidem*, p. 2185 ss. Come noto, parte della dottrina è decisamente critica sull'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, ma per profili diversi da quelli che qui interessano, per un quadro G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit. p. 437 ss.

<sup>688</sup> Anche su questi aspetti si veda la giurisprudenza costituzionale relativa al potere di ordinanza indicata in precedenza.

<sup>689</sup> Fra questi in particolare la predeterminazione dei presupposti di esercizio del potere, la motivazione, la temporaneità, il rispetto dei principi costituzionali.

rapporto fra le norme sulle fonti e le norme sostanziali consente di collocare sul piano logico le prime rispetto alle seconde come norme di secondo grado, in una posizione di sovraordinazione, ma solo, si ripete, sul piano logico. Ne consegue che le norme sostanziali di pari grado sono allora soggette, salvo diversamente dispongano, agli effetti prodotti dalle norme sulle fonti. Il fondamento di tale relazione è ravvisato nel principio di effettività, principio fondamentale e logicamente necessario per il funzionamento del sistema delle fonti, secondo il quale i precetti giuridici sono tali se raccolgono un certo grado di osservanza e accettazione da parte dei destinatari. Con la precisazione che ci si riferisce qui non all'effettività come fonte del diritto, ma come "presupposto del funzionamento" delle norme giuridiche<sup>690</sup>. Sulla base di queste considerazioni si ritiene perciò che sia consentito<sup>691</sup> a queste norme di disciplinare gli effetti non solo di fonti minori, ma anche di fonti di pari grado o di grado superiore nella gerarchia qui intesa, secondo il senso comune dell'espressione, con riferimento alla forza politica che l'atto esprime in una determinata forma di stato e di governo. Così ad esempio, sono applicabili alle disposizioni costituzionali le norme di legge ordinaria che fissano le regole dell'efficacia nel tempo della legge o i criteri di interpretazione. Le precedenti considerazioni non escludono ovviamente l'eventualità che norme di pari grado derogano alla norma strumentale, sottraendosi perciò alla sua efficacia in virtù del principio *lex posterior derogat priori*. E' del pari ipotizzabile che una norma sulle fonti risulti in contrasto con una disposizione di rango superiore e perciò possa esserne accertata l'invalidità, dato che il criterio di preferenza espresso dalla gerarchia delle norme tradizionalmente intesa deve ritenersi prevalente. Occorre però sotto questo profilo tener presente che è talvolta possibile escludere una situazione di reale antinomia fra norma di produzione e altre norme aventi pari o superiore posizione nella gerarchia delle fonti poiché la norma strumentale apparentemente confliggente con una norma di rango superiore è in realtà espressione di un principio desumibile sulla base di un'interpretazione sistematica da fonti di grado superiore<sup>692</sup>.

---

<sup>690</sup> Così testualmente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Art. 1-9, cit., p. 11.

<sup>691</sup> In questo senso A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 578, l'Autore osserva che "la Costituzione non afferma mai che la legge non possa <autolimitarsi> sottoponendosi a vincoli procedurali o contenutistici; la disciplina costituzionale delle fonti, anche primarie, è semmai, molto lacunosa." In senso contrario, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987, p. 5 ss.; U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa*, cit., p. 6 ss.

<sup>692</sup> Così espressamente, A. PIZZORUSSO, *Le fonti a produzione nazionale*, cit., pp. 35-36.

Ritenuta in via generale l'ammissibilità di disposizioni di legge ordinaria che legittimamente dispongono degli effetti di atti di pari grado, resta ora da verificare se la sospensione dell'esecuzione degli atti legislativi impugnati nel giudizio in via principale non si ponga in contrasto con il contenuto di disposizioni di rango costituzionale e quale possa essere l'effettiva utilità della previsione in una legge ordinaria del potere di sospensione delle leggi e degli atti equiparati, cioè di fonti di pari grado.

Nell'affrontare le questioni si è scelto di procedere nel seguente ordine. In primo luogo si individua il contenuto del potere cautelare attribuito alla Corte nei giudizi in via principale; successivamente sono esaminati i possibili profili di incompatibilità fra questo potere e la disciplina della cessazione della vigenza della legge, (art. 136 Cost.), e dell'entrata in vigore della legge, (art. 73 Cost.), e fra lo stesso potere e le disposizioni costituzionali che regolano l'urgenza del provvedere con riferimento alla disciplina della potestà legislativa e ai decreti-legge, (artt. 73, II comma, e 77 Cost.).

In seguito si verifica la compatibilità dell'art. 9 della legge 131/2003 con le disposizioni costituzionali che disciplinano le fonti relative processo costituzionale, (art. 137 Cost. e art. 1, legge 11 marzo 1953, n. 1) e con la legge 87/1953, alla quale come noto, è talora riconosciuto uno *status* speciale nel sistema delle fonti.

## *2. La sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi vigenti.*

Un'obiezione che è stata formulata in passato dalla dottrina per escludere la legittimità costituzionale della previsione di un potere di sospensione cautelare degli atti legislativi attraverso una disposizione di legge ordinaria, o sulla base di eventuali principi generali di diritto processuale da essa desumibili, riguarda un preteso contrasto con la disciplina della vigenza della legge dettata dagli articoli 73 e 136 Cost.<sup>693</sup>. La questione è riemersa nell'attuale dibattito dottrinale, dove, per completare e aggiornare il ragionamento con riferimento al contesto normativo successivo alla riforma del titolo V della Costituzione, si dovrebbero poi aggiungere gli articoli 121 e 123 Cost. considerato che al potere di sospensione

---

<sup>693</sup> Il dubbio di un possibile contrasto con la disciplina della vigenza della legge scritta in Costituzione era stato ipotizzato ma escluso da A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., in particolare p. 198 per il rilievo e l'esclusione di un ipotetico contrasto dell'istituto della sospensione cautelare con gli artt. 70 e 136 Cost., nello stesso senso, A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*, cit., pp. 1203-1205. Il dibattito su questo tema è stato ripreso in occasione del potere di sospensione cautelare dell'esecuzione della legge introdotto dall'art. 9, IV comma, della legge 131/2003. Ritiene che sarebbe stata necessaria una legge costituzionale poiché esso incide sul regime di efficacia della legge, A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 206; .



espressamente attribuito alla Corte costituzionale dall'art. 9, IV comma, della legge 131/2003 sono soggette anche le leggi regionali<sup>694</sup>.

La verifica della eventuale fondatezza di queste obiezioni richiede alcuni chiarimenti preliminari.

Innanzitutto è necessario procedere alla definizione del contenuto del provvedimento di sospensione. Occorre poi precisare la nozione di vigenza della legge e la sua distinzione rispetto ad altri concetti, quali quello di efficacia e di esecuzione della legge.

### 3. *Il contenuto del provvedimento cautelare nel giudizio in via principale.*

L'art. 9, IV comma, della legge 5 giugno 2003, n. 131, attraverso la novella dell'art. 31 della legge 87/1953, ha introdotto la tutela cautelare nel giudizio in via principale senza definire direttamente il contenuto dei provvedimenti che possono essere rilasciati dalla Corte, la norma si limita infatti a stabilire che la Corte può d'ufficio "adottare i provvedimenti di cui all'art. 40" della medesima legge. Quest'ultima disposizione prevede la sospensione, in pendenza del giudizio, dell'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzione fra Stato e Regione ovvero fra Regioni.

E' invero assai singolare che il contenuto del potere di sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale sia stato individuato con la tecnica del rinvio ad una disposizione che era stata concepita per un giudizio avente ad oggetto proprio atti diversi dalla legge e, secondo parte della dottrina, proprio in ragione di questa diversità<sup>695</sup>. Il conflitto fra Stato e Regioni, infatti, era stato ideato come strumento di composizione di controversie di natura sostanzialmente amministrativa<sup>696</sup>, anche se, come generalmente riconosciuto, i concreti sviluppi hanno seguito una differente e più complessa direzione<sup>697</sup>. La formulazione scelta si spiega però con l'intenzione di collocare l'introduzione di un potere assai controverso in una prospettiva di ideale continuità e sviluppo rispetto a previsioni già contenute in una legge cui talora è

---

<sup>694</sup> Nel senso che sarebbe stato se del caso, preferibile inserire il potere di sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale nell'art. 127 Cost., G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, cit., p. 16.

<sup>695</sup> G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo stato e le regioni e tra le regioni*, Milano, Giuffrè, 1961, 152 ss.; A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 173 ss.; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., p. 192.

<sup>696</sup> Cfr. la relazione di Tesauro alla legge 87/1953, pubblicata in *Le Leggi*, 1953, 285 ss., p. 323, per la considerazione dei profili che avvicinerrebbero il conflitto intersoggettivo al giudizio amministrativo.

<sup>697</sup> Sul tema, S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1985, *passim*.

riconosciuta una posizione “speciale”<sup>698</sup> nel sistema delle fonti e al tempo stesso come rifiuto dell’opinione dottrinale che deduceva dall’art. 40 della stessa legge un argomento *a contrario* per escludere l’implicita disponibilità di un potere cautelare anche nei giudizi costituzionali dove non era espressamente previsto<sup>699</sup>.

Chiarite le ragioni della formulazione normativa, è agevole superare qualche difficoltà interpretativa che il tenore letterale della disposizione ha già suscitato. Si è invero ipotizzato che il potere di sospensione previsto nel giudizio in via principale riguardi non direttamente la legge ma i relativi atti di esecuzione<sup>700</sup>. Con riferimento alla legge infatti, il termine “esecuzione” è tradizionalmente considerato come sinonimo di esecutorietà<sup>701</sup> ed è utilizzato per indicare gli effetti della legge nei confronti degli organi della pubblica amministrazione preposti ad eseguirla attraverso

---

<sup>698</sup> L’espressione è di A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit. p. 43.

<sup>699</sup> Per una considerazione critica di questo argomento, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 197; A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell’esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, cit., p. 1207 ss.; A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, cit., p. 6 ss.

<sup>700</sup> Così nei lavori presso la Commissione affari costituzionali del Senato, nella seduta del 5 novembre 2002, l’intervento del senatore Bassanini, di cui si riproduce di seguito il resoconto stenografico: “Il senatore BASSANINI, motivando il voto favorevole già annunciato a nome del suo Gruppo, rammenta che la modifica dell’articolo 127 della Costituzione, a norma del quale era possibile interrompere l’efficacia della legge regionale lesiva dell’interesse nazionale, ha profondamente mutato le condizioni in cui si svolge la funzione legislativa dello Stato e delle regioni, per cui non è possibile impedire l’ingresso nell’ordinamento di una legge, regionale o statale, anche ove fosse palesemente incostituzionale. Per il caso particolare in cui tale legge produca effetti irreparabili, a suo avviso è opportuno stabilire un rimedio che, esclusa l’ipotesi di costringere l’attività della Corte entro termini rigidi di discussione, non può che essere quello di *una sospensione degli atti adottati in esecuzione di atti anche legislativi*. Un rimedio che, conclude, sarebbe ugualmente necessario ove fosse restaurato il principio dell’interesse nazionale”; (corsivo aggiunto). Nello stesso senso, F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO, *La legge 5 giugno 2003, n. 131, Disposizioni per l’adeguamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 Commento agli articoli, Art. 9*, cit., in particolare p. 287; gli Autori osservano che “E’ dubbio se per <esecuzione> debba intendersi solo l’emanazione di un atto normativo sub-legislativo, che sarebbe in tale ipotesi il solo che la Corte potrebbe sospendere. In tal caso la <sospensiva> avrebbe un ruolo assai più circoscritto di quanto non abbia avuto l’art. 40 per gli atti sub-legislativi”.

<sup>701</sup> Sulla nozione di esecutorietà della legge, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, p. 273, l’Autore ricorda che il concetto di esecutorietà deriva dagli articoli 3 e 4 della l. 1731 del 1854 relativa alla promulgazione e pubblicazione degli atti normativi, la legge appena promulgata si riteneva possedere un’efficacia formale, detta <esecutorietà> e un’efficacia materiale, detta anche obbligatorietà. L’esecutorietà designava l’obbligo per l’amministrazione di procedere alla sua attuazione e scaturiva immediatamente dalla pubblicazione in virtù del rapporto di dipendenza che la legava al re; per l’obbligatorietà della legge nei confronti dei cittadini era invece necessario il decorso del termine di *vacatio legis*. Su quest’ultimo punto anche A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 165 ss., p. 193 ss.

l'adozione di atti amministrativi, eventualmente anche normativi<sup>702</sup>. Per quanto il suo impiego nel nostro ordinamento sia talora contestato come improprio poiché legato a ragioni storiche ormai superate<sup>703</sup>, in questo significato il termine esecuzione è tuttora utilizzato anche dal legislatore, così ad esempio nella legge 23 agosto 1988 n. 400, che prevede all'art. 17 l'emanazione dei regolamenti diretti a disciplinare: "l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi, nonché dei regolamenti comunitari"<sup>704</sup>.

Non è tuttavia in questa accezione che il termine esecuzione può essere inteso con riferimento al potere della Corte di rilasciare provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale. Diverse ragioni inducono a ritenere che il contenuto del provvedimento di sospensione debba essere qui inteso, in senso più ampio, come provvisoria sospensione dell'efficacia della legge.

Alla stregua di un modello largamente accettato, l'efficacia della norma giuridica consiste nel collegare al verificarsi della situazione di fatto che integra la fattispecie da essa prevista il sorgere di un effetto giuridico<sup>705</sup>. Qualsiasi effetto della legge nelle more della sospensione<sup>706</sup> è impedito, sia che si abbia riguardo alla norma come regola di condotta nei rapporti fra i soggetti dell'ordinamento, sia che si abbia riguardo all'attribuzione alla pubblica amministrazione del potere-dovere di emanare atti, eventualmente normativi, di esecuzione o di attuazione della legge, sia che si consideri la norma come regola di giudizio alla cui stregua decidere le controversie pendenti. Depone in tal senso la considerazione della funzione del provvedimento cautelare rispetto alla

---

<sup>702</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema e su questioni collegate, R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 79-97, in particolare nota 7, pp. 84-85.

<sup>703</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 273.

<sup>704</sup> Per una sintetica informazione, L. CARLASSARE, P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 95 ss. Sul concetto di esecuzione della legge e sulla distinzione fra regolamenti esecutivi e regolamenti di esecuzione, L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 601 ss., p. 617 per le questioni relative al concetto di regolamenti di esecuzione della legge, nella vigenza dell'art. 6 dello Statuto albertino, p. 628 con riferimento al nostro ordinamento, di cui si riproduce il testo: "Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato, e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne".

<sup>705</sup> Per la distinzione del concetto di efficacia della legge da quelli di esecutorietà, vigenza e applicabilità, M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, Cedam, 1986, in particolare, p. 171 ss. R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., in particolare p. 79 ss.

<sup>706</sup> Sulla nozione di sospensione della legge indipendentemente dalla considerazione dell'atto che la determina, G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, p. 303 ss., p. 304; F. MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XIII, p. 872, p. 890 ss.; M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XIII, p. 904 ss., p. 922.

conservazione dell'effettività dell'eventuale decisione di merito favorevole al ricorrente. Le esigenze costituzionali di tutela che il provvedimento cautelare è preordinato a soddisfare possono presentarsi infatti in tutte queste ipotesi.

Del resto occorre considerare che la misura della sospensione cautelare dell'esecuzione era stata inserita nell'art. 40 della l. 87/1953 sulla base di una ipotizzata analogia fra esigenze cautelari del conflitto intersoggettivo e del giudizio amministrativo e che con riferimento all'analogia misura della sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo, cioè dell'attività materiale a ciò necessaria, la giurisprudenza è pervenuta ad un'interpretazione estensiva della disposizione per la necessità di garantire, anche attraverso la protezione cautelare, una tutela giurisdizionale effettiva, e concede misure cautelari anche in ipotesi nelle quali il provvedimento impugnato non necessita di attività materiale esecutiva, per il suo carattere autoapplicativo<sup>707</sup>.

Anche nel giudizio costituzionale un'interpretazione estensiva del termine "esecuzione" si impone per l'assorbente considerazione della funzione e del fondamento costituzionale della tutela cautelare. Come sopra ricordato, quella medesima "direttiva di razionalità" del sistema<sup>708</sup> che nelle giurisdizioni comuni rende la tutela cautelare costituzionalmente doverosa quando essa sia necessaria per scongiurare danni gravi e irreparabili agli interessi dedotti in giudizio, non può non valere anche per il processo costituzionale, quanto meno nei casi in cui si ponga come mezzo esclusivo per una tutela tempestiva.

Un'interpretazione restrittiva della disposizione che escludesse dal suo ambito di applicazione le ipotesi nelle quali si manifesta un'esigenza di protezione cautelare sarebbe invero insensata e quindi incostituzionale per irragionevolezza. Per fare solo un esempio, essa non consentirebbe la sospensione delle leggi provvedimento autoapplicative, cioè proprio il tipo normativo che per la prima volta impose tanti anni fa all'attenzione dei costituzionalisti l'esigenza di predisporre adeguate forme di protezione cautelare nel processo costituzionale<sup>709</sup>.

#### 4. *La nozione di vigenza della legge desumibile dalla Costituzione.*

Definito il contenuto del provvedimento cautelare si deve ora precisare la nozione di vigenza della legge al fine di verificare le

---

<sup>707</sup> Sulla tutela cautelare nel giudizio amministrativo, da ultimo, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>708</sup> 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.;

<sup>709</sup> Su questo aspetto per tutti, A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impuginate per incostituzionalità*.

obiezioni di illegittimità costituzionale sopra indicate. Come noto essa è assai controversa in dottrina così come lo è l'impiego di pressoché ogni termine utilizzato per descrivere i fenomeni di diritto intertemporale<sup>710</sup>.

Al fine di verificare se la disposizione che prevede la sospensione cautelare degli atti impugnati sia rispettosa delle norme costituzionali che disciplinano la vigenza della legge è sufficiente attenersi strettamente al dato positivo senza che sia necessario, e in questa sede nemmeno opportuno, indagare quali siano da un punto di vista teorico i termini più appropriati a descrivere le diverse vicende di diritto intertemporale che essi indicano.

L'art. 73 Cost. stabilisce che soltanto dopo la pubblicazione della legge promulgata dal Presidente della Repubblica, e decorso il periodo di *vacatio* di quindici giorni o del diverso termine previsto dall'atto normativo, la legge entra in vigore. La *ratio* di questa norma consiste nella costituzionalizzazione della garanzia sottesa al procedimento: pubblicità e quindi conoscibilità della legge<sup>711</sup>. La Costituzione prevede espressamente anche alcune cause di cessazione della vigenza della legge e degli atti equiparati, si pensi ad esempio al *referendum* abrogativo e alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Si tratta però di ipotesi non tassative<sup>712</sup>.

Secondo l'opinione che si ritiene preferibile e che è recepita dalla giurisprudenza costituzionale<sup>713</sup>, la nozione di vigenza cui si riferisce la Costituzione non coincide con l'efficacia della norma e con la sua applicabilità, quindi con la sua attitudine a porsi come regola di condotta per i destinatari e come regola di giudizio per il giudice<sup>714</sup>. In altri termini non si stabilisce una corrispondenza

---

<sup>710</sup> Così, R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., p. 79 ss.

<sup>711</sup> A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, cit., p. 102; in una prospettiva storica, A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>712</sup> Così, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., anche per la considerazione che la Costituzione non disciplina il fenomeno dell'abrogazione legislativa.

<sup>713</sup> 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*; al punto 2.2 della motivazione la Corte afferma infatti che "altro è la vigenza altro è la efficacia della legge". Su questo punto anche la giurisprudenza costituzionale indicata in precedenza con riferimento al fenomeno delle ordinanze in deroga a leggi primarie.

<sup>714</sup> A. PIZZORUSSO, *Le fonti a produzione nazionale*, cit., p. 58 ss.; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., p. 96; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, p. 353 ss.; in senso contrario, R. CAPONI, *La nozione di*

necessaria fra lo stato di vigenza di una disposizione e lo stato di applicabilità delle norme da essa stabilite<sup>715</sup>. Esempari in questo senso sono le norme che non escludono l'ultrattività delle disposizioni contenute in una legge abrogata e cioè la persistente applicabilità di tali disposizioni alle fattispecie realizzatesi in costanza della loro vigenza, (così gli articoli 2, II e III comma, c.p.). Altro fenomeno esemplare del possibile sfasamento temporale è quello della "interpretazione diacronica" delle disposizioni costituzionali di notevole rilievo nella giurisprudenza costituzionale come strumento di graduazione degli effetti nel tempo delle decisioni della Corte<sup>716</sup>.

Sulla base di queste premesse è allora possibile concludere che la previsione della sospensione cautelare della legge non si pone in contrasto con la disciplina costituzionale della sua vigenza, poiché la sospensione non incide sulla vigenza bensì sull'efficacia della legge<sup>717</sup>.

Se si aderisce all'accezione di vigenza della legge qui accolta diventa allora irrilevante stabilire se gli art. 70, 73 e 136 Cost. definiscano una disciplina tassativa delle cause di cessazione della vigenza. Per completezza si può comunque solo accennare che anche a identificare l'efficacia con la vigenza della legge non può ritenersi che non siano ammesse cause di cessazione della vigenza della legge non previste dalla Costituzione. La Costituzione disciplina espressamente anche alcune cause di cessazione della vigenza della legge e degli atti equiparati, si pensi ad esempio al *referendum* abrogativo e alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Si tratta però sicuramente di ipotesi non tassative, basti pensare alla circostanza che la Costituzione non disciplina l'abrogazione, quindi l'ipotesi più frequente di cessazione della vigenza della legge, regolata dall'art. 15 delle preleggi<sup>718</sup>.

D'altra parte osservando il fenomeno dalla prospettiva dei rapporti fra i poteri dello Stato la circostanza che l'incidenza sulla vigenza o sull'efficacia della legge derivi da una pronuncia della Corte costituzionale non suscita problemi particolari. Sia che si neghi sia che si riconosca alle decisioni della Corte la natura di

---

*retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1332 ss., al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>715</sup> Così espressamente, A. PIZZORUSSO, *Le fonti a produzione nazionale*, cit., p. 58 ss.

<sup>716</sup> Sul tema, i diversi contributi in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, *Atti del Seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>717</sup> Sul profilo relativo alla disciplina con legge ordinaria dell'efficacia di fonti di pari grado si rinvia a quanto già detto a proposito delle gerarchie strumentali.

<sup>718</sup> Così, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., 198.

fonte del diritto<sup>719</sup>, preso atto della natura non discrezionale del potere cautelare e tenuto conto dall'art. 136 Cost., nonché di un'interpretazione sistematica delle disposizioni che disciplinano il controllo di costituzionalità si possono trarre sicure indicazioni nel senso di ritenere le pronunce cautelari della Corte atti idonei ad incidere sull'efficacia della legge<sup>720</sup>.

5. *La sospensione dell'entrata in vigore della legge, della legge dichiarata urgente e del decreto-legge.*

Per completare questa parte dell'indagine relativa ai profili di costituzionalità della previsione del potere di sospensione con una legge ordinaria resta ora da affrontare alcune questioni particolari. Si tratta di verificare se esso comprenda il potere di sospendere le leggi non ancora entrate in vigore, le leggi dichiarate urgenti ai sensi dell'art. 73, II comma, Cost. e i decreti-legge adottati dal Governo secondo l'art. 77 Cost. nonché sulla base dell'art. 120 Cost., (ove si ritenga di accedere alla tesi che il potere sostitutivo del Governo possa essere esercitato anche attraverso atti aventi forza di legge)<sup>721</sup>.

Secondo il tenore letterale dell'art. 35 della l. 87/1953, come modificato dall'art. 9 della l. 131/2003, è suscettibile di sospensione qualsiasi atto impugnato nel giudizio in via principale, quindi sia le leggi non ancora entrate in vigore, che le leggi

---

<sup>719</sup> A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 274 ss.

<sup>720</sup> In questo senso già A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 198-199.

<sup>721</sup> In questo senso, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223 ss., ora in *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità, Scritti sulla riforma del titolo V della Costituzione*, a cura del medesimo Autore, p. 43 ss., in particolare pp. 48-49. Su questo aspetto di recente, R. DICKMANN, *Norme sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*; quest'ultimo Autore afferma che la giurisprudenza costituzionale sarebbe orientata nel senso di escludere che il potere sostitutivo possa esercitarsi nelle forme di una diretta sostituzione in via normativa con atti aventi forza di legge, il Governo potrebbe cioè "far ricorso anche al decreto-legge, ma a condizione di non incidere direttamente sull'atto sostituito"; la tesi appena ricordata si concilia però difficilmente con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 19 luglio 2004, n. 236. La Corte in particolare si riferisce al potere sostitutivo come istituto di garanzia anche per il caso di illegittimo esercizio delle competenze attribuite dall'art. 117 Cost.; tale disposizione disciplina la ripartizione della potestà legislativa, oltre a prevedere quella regolamentare, la finalità di porre rimedio all'illegittimo esercizio delle competenze di tipo legislativo non potrebbe essere evidentemente realizzata se non con atti avente forza di legge. Si potrebbe invero sostenere che la Corte abbia inteso riferirsi solo ad alcune delle competenze indicate nel 117 e cioè a quelle regolamentari, ma questo ancora la Corte non lo ha precisato, né sembra potersi desumere dalle indicazioni relative all'esercizio del potere sostitutivo, poiché come afferma il medesimo Autore, quella della sostituzione non è "un istituto unitario, ma una categoria giuridica, nell'ambito della quale coesistono varietà di poteri sostitutivi".

dichiarate urgenti ai sensi dell'art. 73, II comma, Cost., sia gli atti aventi forza di legge, compresi i decreti legge adottati dal Governo in casi di straordinaria necessità e urgenza ex art. 77 Cost., o eventualmente ai sensi dell'art. 120 Cost.

L'eventualità della sospensione dell'entrata in vigore della legge può verificarsi se si tiene conto che il termine di sessanta giorni previsto per l'impugnazione decorre dalla pubblicazione della legge e non dalla sua entrata in vigore. Come dimostra l'analisi dell'esperienza giurisprudenziale relativa all'ordinamento tedesco, l'utilità della sospensione cautelare dell'entrata in vigore della legge si pone proprio per le leggi di organizzazione che nel nostro ordinamento tipicamente costituiscono l'oggetto del giudizio in via principale. Il provvedimento cautelare consente in questi casi di evitare il rischio di un inutile dispendio di risorse finanziarie e amministrative. In queste ipotesi il provvedimento cautelare avrebbe come contenuto la sospensione della norma che dispone circa il termine di *vacatio* della legge impugnata<sup>722</sup>. In relazione a questa ipotesi resta poi da precisare che nessuna limitazione deriva alla previsione con legge ordinaria del potere di sospensione cautelare dell'entrata in vigore della legge dalla circostanza che l'art. 73, comma III, Cost., innovando rispetto a quanto previsto dall'art. 10 disp. prel. cod. civ.<sup>723</sup>, ha previsto che la deroga al termine di *vacatio* di quindici giorni fissato con norma dispositiva dall'art. 73 Cost. può essere disciplinata soltanto dalla stessa legge cui la deroga si riferisce. Tale disposizione infatti si giustifica per la considerazione che la determinazione del termine di *vacatio* non può che essere stabilito in relazione alle esigenze concrete poste dalla disciplina cui esso si riferisce, è allora ragionevole che esso sia stabilito in occasione dell'approvazione di quella stessa disciplina che richiede una deroga al termine ordinario di quindici giorni<sup>724</sup>. La *ratio* della norma rende evidente che essa non può interferire con le esigenze di effettività della funzione di garanzia

---

<sup>722</sup> Sulle norme che stabiliscono il termine di *vacatio legis* secondo quanto previsto dall'art. 73, comma III, Cost., A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, cit., p. 104, osserva che non è condivisibile la tesi che afferma la distinzione di queste norme da tutte le altre contenute nel medesimo atto, per le quali soltanto l'entrata in vigore dipende dal decorso del termine di *vacatio*, mentre per le prime l'entrata in vigore dipenderebbe semplicemente dalla pubblicazione. Secondo l'Autore la modificazione del termine di *vacatio* non comporta un'eccezione ai principi generali sull'entrata in vigore delle norme giuridiche, ma può invece spiegarsi come effetto preliminare che la norma determina "come fatto giuridico semplice, indipendentemente dal perfezionarsi della fattispecie complessa".

<sup>723</sup> Sul punto e per l'osservazione che l'art. 73 Cost. reintroduce la limitazione già prevista nell'art. 1 delle preleggi al codice civile del 1865, A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, cit., p. 104, nota 106.

<sup>724</sup> Sul "potere di *vacatio*" e sulla sua soggezione a sindacato di legittimità costituzionale, M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, cit. p. 209 ss.



della Costituzione che giustificano la previsione della sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale.

Resta ora da verificare se il potere di sospensione cautelare possa essere esercitato con riferimento alle leggi dichiarate urgenti ai sensi dell'art. 73, comma III, Cost., per l'interferenza che si determinerebbe con la valutazione politica espressa dalla maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera di stabilire direttamente il termine per la promulgazione della legge, oltre che eventualmente quello della sua entrata in vigore. La stessa questione si pone ovviamente rispetto alla valutazione dell'urgenza che legittima il Governo all'adozione di decreti-legge, ex art. 77 Cost., o eventualmente secondo l'art. 120 Cost.

Se si aderisce alla tesi qui accolta, secondo la quale il potere cautelare della Corte costituzionale trova il suo fondamento nel principio costituzionale di effettività della giustizia costituzionale l'art. 9 della l. 131/2003 può ritenersi applicabile anche in queste ipotesi. E' evidente peraltro che considerata la rilevanza espressamente conferita dal legislatore ai tempi di efficacia della disciplina, la Corte nell'esercizio del potere di sospensione cautelare dovrà attenersi a un rigoroso atteggiamento di *self-restraint* per l'elevato rischio di incidere indebitamente sulla discrezionalità del legislatore in relazione alla scelta dei tempi di attuazione degli obiettivi da esso perseguiti. Il rilascio di provvedimenti cautelari in questo caso è ipotizzabile soltanto quando la violazione del diritto costituzionale appaia manifesta e tuttavia non sussistono i tempi necessari per pervenire ad una decisione definitiva. La soluzione è d'altra parte l'unica coerente con il principio che nello stato costituzionale di diritto nemmeno in situazioni d'emergenza è possibile derogare al principio di legalità costituzionale<sup>725</sup> con conseguente soggezione di qualsiasi atto del potere pubblico ad un sindacato di legittimità costituzionale che deve potersi svolgere in modo efficace, eventualmente attraverso il rilascio dei provvedimenti cautelari necessari ad evitare i pregiudizi irreparabili che potrebbero prodursi nelle more del giudizio. La Corte, come noto, ha del resto affermato la propria competenza a sindacare "l'evidente mancanza" del presupposto dell'urgenza previsto dall'art. 77 Cost.<sup>726</sup>

---

<sup>725</sup> V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit.

<sup>726</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 1995 n. 29, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 438 ss., con nota di A. PIZZORUSSO, *Sulla decretazione d'urgenza la Corte costituzionale interviene con un <obiter dictum>*; G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una «svolta» nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di «emergenza» costituzionale?*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1100 ss.; sul sindacato sui decreti-legge, di recente, A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge: la decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003.

6. *La riserva di legge costituzionale per la disciplina delle condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e l'art. 9 della legge 131/2003.*

Anche ammesso, secondo l'interpretazione qui accolta, che una legge ordinaria può legittimamente incidere sull'efficacia e sull'applicabilità di fonti di pari grado, è stata messa in dubbio la legittimità costituzionale della legge ordinaria che disciplini il potere di sospensione cautelare della legge e degli atti aventi forza di legge per violazione della riserva di legge costituzionale stabilita dall'art. 137 Cost. in relazione alle condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale. La censura si fonda sulla premessa che il giudizio cautelare possa essere qualificato come giudizio di legittimità costituzionale con conseguente soggezione alla riserva di legge costituzionale prevista da tale disposizione<sup>727</sup>. Ma si tratta di una qualificazione non condivisibile<sup>728</sup>.

Come noto, l'espressione <giudizi di legittimità costituzionale> si presta sia ad un'interpretazione restrittiva, riferita alla sola giurisdizione di legittimità delle leggi, sia ad un'interpretazione che, tenuto conto della *ratio* di garanzia dell'indipendenza della Corte, si estende a tutti i giudizi di sua competenza. In ogni caso si deve comunque riconoscere come caratteristica essenziale per la qualificazione di "giudizio" di legittimità costituzionale che esso abbia come scopo e come oggetto la statuizione, con pronuncia inoppugnabile, sulla conformità o difformità dell'atto impugnato rispetto alla Costituzione, alle altre leggi costituzionali e alle c.d. norme interposte, cioè le altre norme di diritto positivo che integrano il parametro costituzionale.

Il parametro e la funzione del giudizio cautelare, nonché gli effetti delle relative decisioni, escludono invece che esso possa qualificarsi come <giudizio di legittimità costituzionale> ai sensi dell'art. 137 Cost. Il provvedimento cautelare non contiene nessuna statuizione,

---

<sup>727</sup> In questo senso A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale*, cit., in particolare pp. 199-203. Dubita che il potere di sospensione cautelare della legge sia soggetto alla riserva di legge costituzionale prevista dall'art. 137 Cost., E. LAMARQUE, *Art. 9*, in *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge "La Loggia", (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, cit., in particolare p. 253.

<sup>728</sup> Per questa conclusione sulla base del rilievo che "l'inibitoria dell'esecuzione di un atto trae storicamente e giuridicamente le sue preponderanti ragioni dalla gravità delle conseguenze di fatto che andrebbero a prodursi" già, A. PACE, *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.; perviene alla stessa conclusione anche F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11 aprile 2003, pp. 21-22, sulla base della considerazione che secondo la prevalente opinione dottrinale la riserva di legge costituzionale prevista dall'art. 137 Cost. riguarda soltanto il c.d. accesso alla Corte e che fra queste non si può includere il potere di sospensione cautelare.

neppure provvisoria, sulla legittimità costituzionale dell'atto impugnato, non può pertanto definirsi <giudizio di legittimità costituzionale>. Il provvedimento cautelare è infatti un provvedimento provvisorio strumentale alla conservazione della situazione di fatto o di diritto nei casi in cui l'esecuzione dell'atto impugnato inciderebbe su di essa rendendo impossibile o molto difficile l'esecuzione della sentenza della Corte costituzionale, con conseguente rischio del verificarsi di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini. Lo stesso vale per il caso in cui il provvedimento cautelare abbia contenuto non conservativo bensì anticipatorio degli effetti della decisione di merito. Anche in questo caso, come dimostrato nella parte introduttiva di questo lavoro, il provvedimento cautelare non contiene alcuna statuizione sulla legittimità costituzionale dell'atto impugnato, poiché una dichiarazione di provvisoria invalidità della legge sarebbe priva di senso sul piano giuridico, non essendo concepibile un accertamento sommario delle questioni di diritto<sup>729</sup>. Presupposto per il rilascio di un provvedimento cautelare è, almeno per l'opinione che sembra preferibile, una valutazione circa la possibile o probabile fondatezza della questione di legittimità costituzionale, ma la sua emanazione presuppone proprio che il giudizio nel corso del quale può eventualmente sorgere l'incidente cautelare non sia maturo per una decisione definitiva ciò che nel processo costituzionale è consentito soltanto con il rispetto di tutte quelle garanzie che caratterizzano la decisione definitiva e inoppugnabile come decisione resa in esito ad un giudizio a cognizione piena. Se nel rispetto delle garanzie processuali previste dall'ordinamento fosse possibile statuire sulla legittimità costituzionale dell'atto impugnato la Corte dovrebbe pronunciare direttamente una decisione definitiva<sup>730</sup>. In conclusione la decisione sull'istanza cautelare della legge non può essere considerata, neppure in via di generica approssimazione, come una provvisoria dichiarazione di affermazione o esclusione dell'invalidità della legge, non è questo l'oggetto del suo giudizio.

A sostegno dell'interpretazione qui sostenuta dell'art. 137 Cost. si può è poi significativo che la stessa Corte costituzionale si dichiari orientata per un'interpretazione restrittiva dell'espressione "giudizi di legittimità costituzionale". La Corte ha infatti espressamente escluso che il conflitto fra poteri dello Stato possa qualificarsi come

---

<sup>729</sup> Cfr. sul punto, A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003, p. 668 ss.

<sup>730</sup> Come evidenziato nella parte introduttiva e come risulta dall'analisi della giurisprudenza tedesca un provvedimento cautelare può essere pronunciato anche sulla base di un'evidente fondatezza dei vizi censurati, ma si presuppone sempre che non sia possibile pervenire ad una decisione definitiva a cognizione piena nel rispetto delle relative forme processuali.

<giudizio sulla legittimità di atti> “anche se, a seconda dell’esito del giudizio stesso, può conseguire l’annullamento dell’atto lesivo” e quest’ultimo sia una legge o un atto avente forza di legge”<sup>731</sup>.

Al fine di escludere l’illegittimità costituzionale dell’art. 9 della legge 131/2003 per violazione della riserva di legge costituzionale stabilita dall’art. 137 Cost., è comunque decisiva la considerazione della *ratio* delle disposizioni relative alle fonti che disciplinano la giustizia costituzionale. Come unanimemente riconosciuto, la riserva di legge costituzionale stabilita dall’art. 137 Cost. ha per scopo la garanzia dell’indipendenza della Corte costituzionale dalle maggioranze di governo, non sarebbe quindi ragionevole invocarne l’applicazione per contestare l’introduzione di un istituto che può in determinate circostanze essere funzionale proprio al rafforzamento del medesimo obiettivo di tutela.

*7. Lo <status> della legge 87/1953 e le norme necessarie per il funzionamento della Corte dopo la riforma del titolo V della Costituzione.*

Una seconda obiezione di illegittimità costituzionale dell’art. 9 della legge 131/2003, muove dalla considerazione della posizione particolare che sarebbe riservata nel sistema delle fonti alla legge 87/1953 e ne fa conseguire l’illegittimità di modifiche apportate ad essa attraverso una legge ordinaria<sup>732</sup>.

L’introduzione della sospensione cautelare dell’esecuzione degli atti impugnati in via principale contrasterebbe in particolare con l’art. 40 di questa legge. Da tale disposizione che prevede il potere della Corte di sospendere in via cautelare l’esecuzione degli atti impugnati nel conflitto intersoggettivo, quindi atti necessariamente diversi dagli atti legislativi, sarebbe desumibile, con un argomento *a contrario*, l’esclusione del potere di sospendere l’esecuzione della legge e degli atti aventi forza di legge.

Anche questa obiezione non è condivisibile.

---

<sup>731</sup> Ci si riferisce a Corte costituzionale, sentenza 23 dicembre 1999, n. 457, in *Foro it.*, 2001, I, c. 436 ss., con nota di E. Malfatti, *Un conflitto dai risvolti problematici*. Accanto alle ragioni di differenziazione, si devono peraltro considerare i rilievi della dottrina che ha evidenziato significative analogie fra i due giudizi, sia sul piano funzionale che delle tecniche decisorie, P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte, “Cattivo uso” del potere e sindacato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 149 ss.

<sup>732</sup> Sulla collocazione della legge 87/1953 nel sistema delle fonti, con utili indicazioni di giurisprudenza, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 43 ss.; aderisce all’opinione di questo Autore, per la soluzione della questione di cui si discute, F. Drago, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, cit. Per una più ampia ricostruzione dell’intero dibattito e delle relative indicazioni bibliografiche, P. Carnevale, *<Ecce iudex in ca(u)sa propria>: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte giudice in L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino, 1996, p. 35 ss.

In primo luogo l'argomento *a contrario* che si vorrebbe desumere dall'art. 40 della legge 87/1953, non convince. Tale disposizione era stata ideata sull'assunto, poi rivelatosi infondato, di una possibile assimilazione fra giudizio amministrativo e conflitto fra Stato e Regioni per la convinzione della natura amministrativa dei conflitti di competenza fra Stato e Regioni. L'esperienza ha invece dimostrato la tendenziale assimilabilità per molti aspetti dei due conflitti<sup>733</sup>.

In ogni caso, la tesi dello *status* particolare della legge 87/1953 è stata sostenuta in dottrina allo scopo di garantire stabilità e quindi indipendenza alla Corte attraverso l'immodificabilità in via ordinaria della legge che ne disciplina l'organizzazione e il funzionamento. Nei fatti però essa è stata smentita da successive e incontestate modifiche attraverso leggi ordinarie<sup>734</sup>.

E' poi evidente che l'attribuzione alla Corte del potere di sospendere l'esecuzione degli atti impugnati non si pone in alcun modo in contrasto con la *ratio* di garanzia sottesa alla tesi che prospetta uno *status* peculiare di questa legge, che consiste nella garanzia di indipendenza della Corte nell'esercizio delle sue funzioni.

In ogni caso occorre considerare che lo *status* speciale della legge 87/1953 deriverebbe dalla caratteristica di "legge ordinaria emanata per la prima attuazione" delle disposizioni costituzionali in materia, caratteristica cristallizzata dall'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1953, ma le sopravvenute modifiche degli art. 123, II comma, e 127 Cost., (in conseguenza della legge costituzionale di revisione del titolo V della Costituzione), hanno eliminato il contesto normativo di riferimento per tale argomentazione e reso necessaria l'emanazione di norme per il funzionamento della Corte, sul quale la riforma costituzionale ha inciso in misura notevole<sup>735</sup>.

A questa esigenza provvede la legge 131/2003 che ha scelto a tal scopo la tecnica della novella legislativa in modo da soddisfare l'esigenza, sottolineata in dottrina, di evitare che la disciplina dei giudizi di legittimità costituzionale sia contenuta in "*leges fugitivae* o, peggio, *omnibus*", sulla base di considerazioni di correttezza procedimentale nella redazione dei testi legislativi e valorizzando nella giusta misura il tenore letterale dell'art. 137, II comma, Cost.

---

<sup>733</sup> S. GRASSI, *Il conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni e fra Regioni*, cit., p. 345 ss.

<sup>734</sup> Cfr. sul tema ancora A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 43 ss.; nello stesso senso, F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in *www.federalismi.it*.

<sup>735</sup> Sotto questo profilo non è indifferente il notevole aggravio di lavoro derivante dall'eliminazione del filtro di composizione preventiva delle controversie rappresentato dal rinvio governativo, con conseguente probabile allungamento dei tempi di decisione.

che rinvia ad una legge ordinaria, (a ciò destinata), la previsione delle altre norme necessarie al funzionamento della Corte<sup>736</sup>.

8. *L'iniziativa per il rilascio del provvedimento cautelare.*

L'art. 35 della legge 87/1953, come modificato dall'art. 9, IV comma, della legge 131/2003, dispone che nel giudizio in via principale la Corte possa adottare d'ufficio i provvedimenti cautelari previsti dall'art. 40 della medesima legge e, quindi, la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

Sulle problematiche relative all'iniziativa officiosa della Corte ci soffermeremo nei paragrafi successivi.

Sin da subito invece si precisa che, secondo l'opinione che sembra preferibile, la configurazione del potere cautelare come un potere officioso non esclude che la parte possa presentare un'autonoma istanza, trattandosi di un atto dispositivo degli interessi per i quali il ricorrente chiede tutela nel giudizio. Si può allora ritenere applicabile per analogia l'art. 28 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte che disciplina l'istanza cautelare con riferimento al conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni. La stessa disposizione integra la norma dettata dall'art. 40 l. 87/1953, al quale l'art. 35 rinvia. Tale norma tace sulla necessità di un'istanza di parte per la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati nel conflitto intersoggettivo ma non si è in genere dubitato della necessità di un'apposita istanza di parte<sup>737</sup>.

9. *L'iniziativa officiosa del potere di sospensione cautelare degli atti impugnati nelle intenzioni del legislatore.*

Al fine di comprendere il senso e valutare l'opportunità della configurazione del potere cautelare nel giudizio in via principale come un potere officioso è utile la lettura dei lavori preparatori della legge 131/2003 per conoscere le ragioni che hanno ispirato questa disposizione.

Nell'intenzione del legislatore l'iniziativa officiosa risponde all'esigenza di "superare le difficoltà che deriverebbero dalla pronuncia di sospensione, in particolare nel caso in cui sia la regione a farne istanza con riferimento ad atti normativi dello Stato", difficoltà che avevano fatto preferire al Governo nell'originaria versione del disegno di legge, la previsione di una tutela urgente non cautelare<sup>738</sup>.

---

<sup>736</sup> Così, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 44.

<sup>737</sup> Sul punto, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 183 ss.; sul conflitto intersoggettivo si rinvia a quanto sarà detto più avanti.

<sup>738</sup> Le parole citate nel testo riproducono l'intervento del Ministro La Loggia, nella seduta della Commissione affari costituzionali del Senato del 20 novembre 2002, in *www.parlamento.it*.

La scelta poi divenuta legge risale alla proposta di riformulazione del comma IV dell'art. 7 dell'originario disegno di legge presentata dal Ministro La Loggia e approvata nella seduta del 5 novembre 2002 dalla Commissione affari costituzionali del Senato con contestuale abbandono di ogni riferimento all'istanza cautelare del ricorrente che compariva invece nell'emendamento 7.1 presentato alla Commissione affari costituzionali del Senato dal suo presidente, senatore Pastore<sup>739</sup>.

Già prima della riforma del titolo V della Costituzione, l'ipotesi di prevedere la sospensione cautelare dell'esecuzione di una legge statale su istanza di una Regione è stata prospettata dalla dottrina in termini problematici. Anche allora si è posto l'interrogativo se consentire l'iniziativa regionale non fosse contrario alla "peculiarità della posizione della legge nazionale in quanto atto sovrano"<sup>740</sup>. Sulla base di questa premessa si è ipotizzato allora che gli effetti del provvedimento di sospensione dovessero essere limitati al territorio della Regione ricorrente<sup>741</sup>.

Si tratta di una prospettiva che muove da una premessa non condivisibile: si assume una proiezione della limitazione territoriale dell'autonomia regionale sull'efficacia del provvedimento cautelare rilasciato dalla Corte. Essa perviene ad un'equivoca sovrapposizione fra iniziativa del giudizio in via principale e produzione degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale. Proprio perché gli effetti del provvedimento cautelare di accoglimento dell'istanza regionale sono prodotti in virtù di una decisione della Corte costituzionale con riferimento ad un atto avente efficacia generale<sup>742</sup>, essi non possono risentire della limitazione territoriale di efficacia dell'autonomia regionale. Come all'iniziativa di una Regione consegue la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge statale con effetti *erga omnes*, così è si deve ammettere che su istanza della Regione ricorrente la Corte pronunci con effetti *erga omnes* la sospensione

---

<sup>739</sup> Questo il testo dell'emendamento presentato alla Commissione affari costituzionali dal senatore Pastore: "1-bis. Il ricorrente può chiedere, nello stesso ricorso o con atto separato, la sospensione dell'atto impugnato o di parte del medesimo, indicando specificamente i motivi per cui la sua vigenza potrebbe determinare un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica. Il Presidente della Corte, previa delibazione sommaria sull'ammissibilità della richiesta, convoca nel più breve termine il Collegio, dandone avviso alle parti interessate.", in *www.parlamento.it*.

<sup>740</sup> Così S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale, in Regioni e Corte costituzionale*, a cura di S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, Milano, Franco Angeli, 1988, p. 13 ss. p. 79, per le parole citate nel testo.

<sup>741</sup> Per una prospettazione delle diverse questioni, S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale, Regioni e corte costituzionale*, cit., p. 13 ss., pp. 79-80.

<sup>742</sup> In questo senso, V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e regione. Profili processuali*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del convegno Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 181 ss.

dell'esecuzione della legge statale. Sulla determinazione degli effetti del provvedimento cautelare non può influire la circostanza che esso consegua ad un'iniziativa officiosa o di parte.

L'estensione degli effetti del provvedimento cautelare non può che essere individuata in concreto per il tramite del nesso di strumentalità che collega ogni misura cautelare alla decisione definitiva e quindi definita secondo le concrete esigenze di garanzia degli effetti di una eventuale decisione di merito favorevole al ricorrente.

Di regola si dovrebbe gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge statale sono relativi all'intero territorio nazionale e corrispondentemente gli effetti del provvedimento cautelare.

Si deve comunque considerare anche l'eventualità che in qualche ipotesi la dichiarazione di illegittimità della legge, o anche soltanto l'effetto pregiudizievole presupposto del rilascio del provvedimento cautelare, si prospettino soltanto in una Regione in relazione alle particolari esigenze del territorio regionale che consentano od esigano un trattamento differenziato. In questi casi la Corte dovrebbe ordinare la sospensione dell'esecuzione della legge soltanto con riferimento al territorio della ricorrente. L'eventualità di un'esecuzione frazionata della legge statale in conseguenza di un provvedimento di sospensione con efficacia territorialmente limitata non è espressamente prevista dall'art. 35 della l. 87/1953, che però contempla l'eventualità di una sospensione di alcune parti dell'atto impugnato. Per quanto possa trattarsi di una situazione anomala si deve considerare che essa è già conosciuta nel nostro ordinamento. Si può ricordare il caso, assai singolare, disciplinato dall'art. 51 dello Statuto della Regione Sardegna che prevede la sospensione disposta non da un provvedimento cautelare giurisdizionale, ma dal Governo in caso di necessità e urgenza attraverso un decreto-legge, su istanza della Giunta regionale, quando essa "constati che l'applicazione di una legge o di un provvedimento dello Stato in materia economica o finanziaria risulti manifestamente dannosa all'Isola".

Resta da osservare che già prima della riforma del Titolo V della Costituzione la dottrina aveva considerato anche l'eventualità di ammettere il rilascio di provvedimenti di sospensione cautelare della legge statale con effetti *erga omnes* pronunciato su istanza regionale, evidenziando però la necessità di garantire il contraddittorio delle altre Regioni che avrebbero potuto avere interesse alla conservazione dell'efficacia della normativa statale<sup>743</sup>. Neppure tale esigenza è peraltro in grado di giustificare l'iniziativa officiosa, in ogni caso essa può oggi essere soddisfatta ammettendo

---

<sup>743</sup> Così S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale, in Regioni e corte costituzionale*, cit., p. 79.



in giudizio l'intervento delle Regioni controinteressate, ai sensi degli articoli 4 e 28 delle norme integrative.

Sulla base di queste considerazioni risulta chiaro che la scelta dell'iniziativa d'ufficio per il rilascio di provvedimenti cautelari si fonda su un equivoco.

L'impressione è poi che ancora una volta si sopravvaluti il significato del provvedimento di sospensione cautelare caricandolo di fini che non gli appartengono. Lo scopo del provvedimento cautelare è garantire l'effettività della funzione di garanzia costituzionale ed in questa rimane assorbito. Un ordinamento che intenda garantire la rigidità della Costituzione attraverso la sottoposizione della legge ordinaria al sindacato di costituzionalità deve predisporre i mezzi necessari perché questo possa funzionare in modo effettivo. Fra questi strumenti la tutela cautelare è necessaria per i casi nei quali la tutela effettiva degli interessi dedotti in giudizio esiga una protezione urgente che la Corte costituzionale non è in grado di apprestare attraverso una pronuncia definitiva a causa della particolare complessità delle questioni che devono essere risolte, in fatto o in diritto, e per la fondamentale esigenza di rispettare le garanzie della cognizione piena e i tempi che esse richiedono. Sull'esigenza di effettività del controllo di legittimità costituzionale non può invece avere nessuna influenza la circostanza che la Corte costituzionale eserciti la sua funzione ad iniziativa di una Regione o di un altro soggetto al quale le fonti che disciplinano il processo costituzionale hanno assegnato l'iniziativa. Chiunque sia legittimato a promuovere un giudizio di legittimità costituzionale ha ovviamente diritto ad una tutela effettiva.

Dietro l'idea di una posizione peculiare della legge statale si cela allora quella di una sua maggior forza politica rispetto alle legge regionale, ma si tratta di una considerazione che non può valere in sede di sindacato di legittimità costituzionale per l'inderogabile pari soggezione delle parti alla giurisdizione costituzionale. D'altra parte, se essa poteva avere un fondamento nel sistema anteriore alla riforma del titolo V della Costituzione poiché l'entrata in vigore della legge regionale era subordinata al controllo preventivo di legittimità costituzionale promosso dal Governo, essa non ha nessun fondamento nell'attuale quadro istituzionale.

Ciò premesso si può procedere alla valutazione dell'iniziativa officiosa nella dinamica del processo in via principale.

*10. Il carattere officioso del potere di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati nel giudizio in via principale e il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato nei giudizi costituzionali.*

Il potere di sospensione cautelare delle leggi e degli atti aventi forza di legge impugnati nei giudizi in via principale è stato configurato dall'art. 9 della l. 131/2003 come un potere officioso della Corte

costituzionale. Il rilascio d'ufficio di un provvedimento cautelare deroga al principio della domanda poiché la sfera di autonomia dispositiva del legittimato a promuovere il ricorso in via principale copre sicuramente anche il tempo e il modo della tutela, gli effetti del provvedimento infatti non si esauriscono sul piano processuale ma si producono immediatamente nei rapporti sostanziali<sup>744</sup>. Se, come è pacifico, deve considerarsi "atto politico"<sup>745</sup> l'iniziativa del ricorso in via principale, la stessa natura non può non essere condivisa dall'iniziativa del rilascio di un provvedimento cautelare dato il nesso di strumentalità che collega la seconda alla prima.

Si tratta quindi di un'ulteriore eccezione al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato<sup>746</sup> che si aggiunge alle altre già operanti nel processo costituzionale: nel giudizio di accusa, il potere della Corte di adottare anche d'ufficio i provvedimenti cautelari che ritiene opportuni, secondo l'art. 23 della l. 20/1962; la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale, prevista dall'art. 27 della legge 87/1953 con riferimento ai giudizi che decidono questioni di legittimità costituzionale<sup>747</sup>; il potere di c.d. autorimessione della questione di legittimità costituzionale, secondo il quale la Corte in base all'art. 23 della l. 87/1953 si ritiene legittimata a sollevare le questioni di

---

<sup>744</sup> Così E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 69, p. 172.

<sup>745</sup> Così testualmente, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit.

<sup>746</sup> Il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato è enunciato come regola generale nei giudizi che hanno per oggetto questioni di legittimità costituzionale dall'art. 27 della legge 87/1953, secondo il quale, "La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime."; la stessa disposizione prevede nella seconda parte un'eccezione al principio per l'ipotesi in cui l'illegittimità di altre norme derivi come conseguenza della decisione di incostituzionalità. Sul tema si considerino i dubbi di recente formulati da E. LAMARQUE, Art. 9, in *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge "La Loggia", (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, cit., in particolare pp. 251-252; secondo l'Autrice nel giudizio in via incidentale "il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato potrebbe anche ritenersi non operante".

<sup>747</sup> Sull'illegittimità consequenziale, A. CERRI, *Invalidità e inapplicabilità consequenziale*, in *Giur. cost.* 1967, p. 216 ss; E. ROSSI - R. TARCHI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 344 ss.; G. BRUNELLI, *L'illegittimità costituzionale consequenziale come deroga al principio del contraddittorio*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. Angiolini, Torino, Giappichelli, 1998, p. 368 ss., nonché della stessa Autrice, G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3644 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1999, p. 179 ss.

legittimità costituzionale che eventualmente insorgano nel corso dei giudizi che si svolgono innanzi ad essa<sup>748</sup>.

Come noto il principio della domanda esprime dalla prospettiva del giudice il tradizionale principio *nemo iudex sine actore* e ha lo scopo di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice<sup>749</sup>, esigenze che assumono ovviamente un'importanza centrale nel processo costituzionale, come in ogni altro.

Con riferimento al carattere officioso del potere cautelare nei giudizi in via principale, occorre allora valutare se sussistano comunque le condizioni che consentono di garantire il necessario carattere *super partes* e imparziale della Corte costituzionale nell'esercizio dell'iniziativa decisoria che le è affidata<sup>750</sup>.

#### 11. *Le condizioni di legittimità costituzionale delle iniziative decisorie d'ufficio.*

Nel procedere all'analisi conviene confrontare la scelta del legislatore con i criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale anche in riferimento ad altri processi, in particolare quello civile e con le condizioni che secondo la stessa giurisprudenza consentono di ritenere legittime ipotesi di iniziativa officiosa per il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio fallimentare, dato che la Corte non ha avuto occasione di chiarire quest'ultima questione con espresso riferimento al processo costituzionale e dato che le esigenze alle quali il principio risponde sono assimilabili.

In caso di un positivo riscontro delle garanzie procedurali che la Corte reputa necessarie e sufficienti ad assicurare l'imparzialità-terzietà dell'organo giudicante nell'esercizio di attività decisoria officiosa resterà comunque da verificare se la scelta del legislatore di attribuire alla Corte il potere di sospendere d'ufficio l'esecuzione degli atti impugnati si possa conciliare con la struttura e le finalità che le fonti che disciplinano il processo costituzionale assegnano al giudizio in via principale<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> Sull'autorimessione della questione di legittimità costituzionale, B. CARAVITA DI TORRITTO, *Corte giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, Cedam, 1985.

<sup>749</sup> Sul principio della domanda e sulla sua distinzione rispetto a principi limitrofi, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta edizione, Napoli, Jovene, 2002, p. 189 ss.

<sup>750</sup> La previsione di una disciplina officiosa per il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale ha suscitato sotto questo profilo aspre critiche in dottrina, G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, cit., si interroga sulla circostanza se questa previsione non costituisca "una vera stonatura, una forzatura del compito di giudice attribuito alla Corte"; E. LAMARQUE, *Art. 9, cit.*, pp. 251-252.

<sup>751</sup> Per una critica alla scelta del legislatore, F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, cit., con riferimento al testo approvato in sede referente dalla Commissione affari costituzionali del Senato; G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, cit. p. 17, secondo il quale la previsione di questo potere realizza "una sorta di mostruosità

In relazione al primo aspetto, secondo la giurisprudenza della Corte è contraria alla garanzia costituzionale dell'imparzialità -terzietà del giudice "la fusione, in un unico soggetto, delle funzioni del domandare e del giudicare ma, come esplicitamente affermato in una recente sentenza<sup>752</sup>, ciò "non implica la costituzionalizzazione del processualcivilistico principio della domanda e il bando di qualsiasi iniziativa officiosa"; con la precisazione che il principio processualcivilistico si distinguerebbe proprio perché ha "come corollario il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato"<sup>753</sup>. In altri termini secondo la Corte l'imparzialità-terzietà del giudice è garantita quando "l'impulso *iniziale* al procedere" provenga da un soggetto diverso da quello chiamato a giudicare, ma il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato non sarebbe una conseguenza logicamente necessaria dell'esigenza di distinguere fra chi giudica e chi domanda. Tale esigenza secondo la Corte si ferma appunto all'inizio del processo. Nel corso di questo si deve talvolta ritenere costituzionalmente legittima, o addirittura necessaria<sup>754</sup> l'iniziativa officiosa del giudice che decida oltre i limiti della domanda. Così nell'ipotesi di "prevalenti finalità pubblicistiche" che caratterizzano il processo e per "peculiari esigenze di effettività della tutela giurisdizionale" il principio di terzietà-imparzialità del giudice non è pregiudicato per l'officiosità dell'iniziativa decisoria purché il giudice conservi il fondamentale requisito di soggetto *super partes* ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti<sup>755</sup>. Sotto questo profilo fra le condizioni che secondo la Corte consentono di mantenere la

---

giuridica"; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., pp. 251-252. Per un'opinione più moderata, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., p. 183 ss., anche in P. CARETTI, *Stato, regioni ed enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2003, 81 ss., p. 92, l'Autore precisa che il problema si attenua se si considera che è comunque consentita l'istanza di parte.

<sup>752</sup> Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2003, n. 240, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2513, con nota di M. FABIANI.

<sup>753</sup> Corte costituzionale sentenza 240/2003, cit.

<sup>754</sup> Si tratta della sentenza 20 febbraio 1995, n. 46, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 29, secondo comma, della legge 16 giugno 1927, n. 1766 (Conversione in legge del r.d. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del r.d. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del r.d. 22 maggio 1924, n. 751, e del r.d. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del r.d.l. 22 maggio 1924, n. 751), nella parte in cui non consente la permanenza del potere del commissario agli usi civici di esercitare d'ufficio la propria giurisdizione pur dopo il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative previste dal primo comma dell'articolo medesimo; sulla sentenza, M. A. LORIZIO, *I commissari per gli usi civici e i poteri d'ufficio - Conflitto fra giudici in attesa della legge*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1118 ss.; M. NUNZIATA, *Costituzionalmente legittimo riconoscere l'autonomo potere di esercitare ex officio la propria giurisdizione ai commissari agli usi civici*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 73 ss.

<sup>755</sup> Corte costituzionale sentenza 240/2003, cit.

terzietà-imparzialità del giudice, nonostante il carattere officioso, assume un rilievo significativo il carattere doveroso dell'iniziativa decisoria del giudice che, una volta accertata l'esistenza dei presupposti cui la legge ricollega l'esercizio del potere, è privo di ogni discrezionalità al riguardo. E' poi in ogni caso essenziale, secondo i principi generali, che sia assicurato il pieno esercizio del diritto di difesa attraverso il contraddittorio delle parti<sup>756</sup>.

In relazione allo specifico caso dell'iniziativa giudiziale del rilascio di un provvedimento cautelare finalizzato ad assicurare l'efficacia della decisione di un giudizio di cui è domandata l'instaurazione, la Corte ha chiarito che l'esercizio del potere cautelare non può propriamente qualificarsi come una "domanda introduttiva di un giudizio" bensì come un mero "provvedimento consequenziale"<sup>757</sup> ma che, specialmente nei casi in cui il suo esercizio sia consentito per iniziativa officiosa, il potere cautelare assume carattere eccezionale considerati i gravi effetti che esso può produrre sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari con garanzie processuali minori rispetto a quelle offerte dai giudizi a cognizione piena. Fra le condizioni che consentono di escludere l'illegittimità costituzionale di iniziative officiose per il rilascio di provvedimenti cautelari assume rilievo, secondo la Corte, la previsione di adeguate forme di contraddittorio fra le parti e di strumenti di controllo della legittimità del provvedimento provvisorio<sup>758</sup>.

Se si passa ad esaminare il processo costituzionale è agevole constatare, secondo la giurisprudenza della Corte, l'ammissibilità di deroghe al principio del chiesto e pronunciato dato che essa ha esercitato alcuni dei poteri di iniziativa decisoria d'ufficio previsti dalla legge o impliciti nel sistema e nel caso dell'illegittimità consequenziale anche al di là di una rigorosa interpretazione della lettera della legge e senza che per quest'ultimo caso siano state assicurate adeguate forme di garanzia del contraddittorio dei soggetti interessati<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> Ancora, Corte costituzionale sentenza 240/2003, cit.

<sup>757</sup> Così espressamente, Corte costituzionale, 8 maggio 1996, n. 148, in *Corriere giur.*, 1996, p. 879 ss., con nota di C. CONSOLO, *La consulta e l'imparzialità del giudice nella tutela cautelare civile in ambito fallimentare*; si tratta della sentenza con la quale la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146, terzo comma, della legge fallimentare in riferimento al potere di iniziativa di ufficio per l'adozione dei provvedimenti cautelari finalizzati a garantire l'efficacia delle azioni di responsabilità previste dagli artt. 2393 e 2394 del codice civile, che tale norma attribuisce al giudice delegato in occasione dell'autorizzazione richiestagli dal curatore fallimentare per l'esercizio di tali azioni.

<sup>758</sup> Corte costituzionale 148/1996, cit.

<sup>759</sup> Ci si riferisce alla dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale per le ipotesi di identità di *ratio decidendi* che a rigore non rientrano nell'ipotesi prefigurata dall'art. 27 l. 87/1953, poiché in questi casi l'illegittimità preesiste e non consegue alla pronuncia della Corte. Per valorizzare il principio del contraddittorio in relazione all'esercizio di questo potere della Corte si consideri

Nel caso dell'autorimessione delle questioni di legittimità costituzionale la Corte ha garantito invece il contraddittorio attraverso la formalizzazione dell'iniziativa officiosa con la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione sulla Gazzetta ufficiale. L'art. 35 della l. 87/1953 non detta disposizioni particolari per la garanzia del contraddittorio delle parti nell'ipotesi in cui la Corte

---

la proposta di A. CERRI, *Invalidità e inapplicabilità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 216 ss. e da G. BRUNELLI, *L'illegittimità costituzionale consequenziale come deroga al principio del contraddittorio*, *cit.*, che proponevano di restringere il potenziale campo di applicazione dell'istituto dell'invalidità consequenziale ai casi in cui nella «decisione adottata» dalla Corte siano contenuti quasi tutti gli elementi necessari per dichiarare l'invalidità di altre disposizioni ed i restanti elementi siano di immediata evidenza (ad esempio, sia manifesta l'analogia tra le norme), poiché la necessità di un contraddittorio cesserebbe di fronte all'«evidente» e al «manifesto». Considerata la difficoltà di stabilire quando l'analogia è evidente e manifesta, e considerando la soluzione poco appagante per il rispetto del valore del contraddittorio soprattutto perché la relativa qualificazione resterebbe allo stesso organo giudicante che pronuncia in deroga al principio della domanda, preso poi atto del consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale che segue un'interpretazione estensiva dell'art. 27 l. 87/1953, in un seminario dedicato all'elaborazione di proposte di revisione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte avevo suggerito l'opportunità di prevedere per questi casi, che la questione di legittimità consequenziale sia tempestivamente rilevata dalla Corte, il relativo atto di iniziativa sia pubblicato e sia consentito l'intervento nel giudizio costituzionale alle parti dei giudizi pendenti in cui è rilevante la questione, in quanto titolari di «un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio *a quo*, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente», cfr. A. GRAGNANI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 21 ss. In effetti, come osservato da E. ROSSI – R. TARCHI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, *cit.*, con la dichiarazione di illegittimità consequenziale la Corte anticipa la rimessione della questione di costituzionalità della norma analoga da parte di altri giudici, di qui l'idea di introdurre un meccanismo analogo a quello di cui la Corte si serve in sede di c.d. autorimessione della questione di legittimità costituzionale proprio al fine di garantire il contraddittorio. D'altra parte la previsione di maggiori garanzie procedurali per garantire l'integrità del contraddittorio ricorre talvolta nelle norme integrative, così ad esempio l'art. 28 n.i. che prevede, integrando l'art. 40 della l. 87/1953, l'audizione dei rappresentanti delle parti prima della pronuncia di un provvedimento cautelare. Sulla mia proposta si vedano le considerazioni critiche di G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, *cit.*; secondo l'Autrice la proposta mancherebbe di indicare qualsiasi criterio sostanziale e comunque non si tratta di materia da norme integrative, aderendo per quest'ultimo profilo ai rilievi di R. TARCHI. Resto dell'idea che soltanto nel contraddittorio delle parti è possibile accertare sul piano processuale il carattere davvero manifesto dell'analogia di *ratio decidendi*. Sui rischi delle facili evidenze, in una diversa ma utile prospettiva, A. GIULIANI, *Prova in genere (filosofia del diritto)*, in *Encicl. del Dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 518 ss.

decida di ordinare d'ufficio la sospensione cautelare dell'esecuzione delle disposizioni impugnate<sup>760</sup>. Si limita infatti a fissare per la pronuncia della Corte un termine dilatorio di venti giorni dalla notificazione del ricorso. Lo svolgimento di un adeguato contraddittorio è particolarmente importante in questa ipotesi per assicurare pur nel contesto di un sindacato astratto sulla costituzionalità della legge, attraverso le argomentazioni delle parti, la necessaria concretezza alla valutazione delle conseguenze dell'esecuzione della legge nella effettiva dinamica dei rapporti fra Stato e Regioni secondo la prospettiva delle stesse parti.

La lacuna è tuttavia superabile attraverso l'applicazione dell'art. 28 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e tenuto conto che l'art. 4 delle norme di autoregolamentazione, consente ora l'intervento di soggetti diversi dalle parti<sup>761</sup>. Tale disposizione prevede che "la sospensione dell'esecuzione degli atti, di cui all'art. 40 della legge 11 marzo 1953, n. 87" è adottata dalla Corte in camera di consiglio uditi i rappresentanti delle parti, che possono presentare memorie e documenti. Considerato che l'art. 35 rinvia all'art. 40 per indicare il provvedimento cautelare che può essere rilasciato nel giudizio in via principale, anche l'art. 28 può ritenersi per analogia applicabile alla sospensione dell'esecuzione delle leggi nel giudizio in via principale.

Nessun dubbio sulla legittimità costituzionale potrebbe sorgere invece sotto il profilo della mancata previsione di mezzi di impugnazione del provvedimento cautelare rilasciato dalla Corte, strumento di controllo annoverato dalla giurisprudenza costituzionale fra le garanzie necessarie dell'iniziativa officiosa del rilascio di provvedimenti cautelari nel processo fallimentare. L'inoppugnabilità è un carattere imposto dalla Costituzione per ogni decisione del giudice costituzionale, le cui decisioni sono peraltro sottoposte ad altre forme di controllo<sup>762</sup>. L'inoppugnabilità delle decisioni della Corte non esclude peraltro *de iure condendo* la possibilità di introdurre forme di opposizione davanti allo stesso giudice costituzionale, analogamente a quanto è previsto per alcune ipotesi nel sistema tedesco.

---

<sup>760</sup> La lacuna è evidenziata da G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, cit., p. 17

<sup>761</sup> Cfr. art. 4, comma III, n.i., nella versione modificata con Deliberazione Corte costituzionale, 10 giugno 2004.

<sup>762</sup> In particolare attraverso la motivazione delle sue decisioni, sul tema, per una sintesi, P. CARETTI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1990; ampiamente in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, a cura di A. RUGGERI, Torino, Giappichelli, 1994; N. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996.

12. *Struttura e funzione della tutela cautelare ed incerta utilità di iniziative officiose per il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale.*

Superati i dubbi circa la legittimità costituzionale di questa disposizione resta comunque da verificare se l'iniziativa d'ufficio per il rilascio di un provvedimento cautelare possa conciliarsi con la struttura di un "processo di parti"<sup>763</sup> quale il giudizio in via principale. La questione riguarda non soltanto l'opportunità di accentuare la natura di conflitto di parti o piuttosto la finalità di tutela dell'ordine costituzionale<sup>764</sup>, profili entrambi presenti sia pure in diversa misura nella funzione del giudizio in via principale, ma prima ancora l'effettiva funzionalità della tutela cautelare d'ufficio in un rapporto processuale che resta nella completa disponibilità delle parti.

Un rapido confronto con gli istituti dell'illegittimità consequenziale e dell'autorimessione che la Corte impiega anche in "processi di parte"<sup>765</sup> evidenzia che l'iniziativa d'ufficio per la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati nel giudizio in via principale si distingue nettamente dalle due iniziative officiose appena ricordate e che per la struttura e per la funzione della tutela cautelare essa si presenta in modo problematico in un giudizio di parti.

Sia l'autorimessione che la dichiarazione di illegittimità consequenziale sono iniziative che conducono ad una decisione definitiva che si colloca nel corso di un giudizio già pendente davanti alla giurisdizione costituzionale e si presentano la prima come necessaria perché la Corte possa pervenire alla decisione che le è richiesta, la seconda come una conseguenza necessaria della decisione della Corte. Entrambe danno luogo ad un giudizio autonomo. I due istituti si prestano quindi ad un'efficace estensione delle occasioni di garanzia della Costituzione eventualmente anche per restringere le aree franche dal controllo di costituzionalità<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> Rilevano l'inopportunità sotto questo profilo della disposizione in commento, F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, cit.; G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, cit., p. 17, secondo il quale la previsione di questo potere realizza "una sorta di mostruosità giuridica"; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., pp. 251-252.

<sup>764</sup> Come noto convergono nel giudizio entrambi questi due profili, sul punto, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 319 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pp. 299-302; sul tema anche G. VOLPE, in *Garanzie costituzionali (art. 134-139)*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca G.*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 332 ss.

<sup>765</sup> Sul punto, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 290.

<sup>766</sup> Sul punto, si vedano gli interventi di P. BARILE, *Considerazioni sul tema*; L. CARLASSARE, *Il diritto vivente di origine regolamentare all'esame della Corte*, in AA. VV., *Giudizio <a quo> e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, Giuffrè, 1991, p. 265 ss., p. 83 ss., nonché G. BRUNELLI,



Diverso è il caso del rilascio d'ufficio di un provvedimento cautelare. Dal suo carattere strumentale rispetto all'esigenza di assicurare gli effetti della decisione richiesta dal ricorrente e dalla provvisorietà dei suoi effetti discendono invero due limiti significativi che ne rendono difficile e poco utile l'esercizio officioso nel giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale. In primo luogo, a differenza di quanto è stato osservato<sup>767</sup>, esso è inidoneo ad allargare l'ambito del controllo di costituzionalità che resta quello individuato dal ricorrente<sup>768</sup>. Come più volte ricordato, la misura cautelare è collegata alla decisione del giudizio pendente da un nesso di strumentalità poiché essa è finalizzata ad evitare che la durata del processo possa andare a danno del ricorrente che ha ragione, per l'ipotesi in cui in questo lasso di tempo si producano dei fatti che impediscano l'attuazione di un'eventuale sentenza di accoglimento o per il pericolo che il permanere della situazione giuridica dedotta in giudizio in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza a cognizione piena la pregiudichi in modo irreparabile. Ne consegue che attraverso l'esercizio di questo potere la Corte non potrebbe allargare l'oggetto del giudizio rilevando profili di incostituzionalità ulteriori rispetto ai motivi di impugnazione dedotti dal ricorrente. La Corte deve limitarsi a verificare se l'esecuzione della legge possa determinare 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 e che sussista la ragionevole probabilità di un esito del favorevole, ovviamente sulla base delle censure di incostituzionalità formulate nel ricorso introduttivo. La Corte non potrebbe invero pronunciare un provvedimento cautelare finalizzato a garantire "la fruttuosità pratica" di una decisione di cui non è prevista la pronuncia.

Il provvedimento cautelare trova la sua ragion d'essere nella pendenza di un giudizio che rimane nella disponibilità delle parti confliggenti. Questo esclude in ogni caso che – anche nelle

---

*L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, cit.

<sup>767</sup> E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., pp. 251-252, secondo l'Autrice "la disposizione in commento tende a trasformare il ricorso introduttivo in una mera fortuita occasione perché la Corte, omessa ogni valutazione sul *fumus boni iuris* del ricorso e prescindendo dai parametri costituzionali invocati – o dal confronto con qualsiasi altro parametro costituzionale! –, si pronuncerà sull'opportunità che alcune disposizioni di legge, per altri motivi portati alla sua attenzione, continuino a produrre i loro effetti nell'ordinamento"; il carattere necessariamente strumentale del potere cautelare sembra invero escludere un'interpretazione che consenta alla Corte di allargare in tal senso l'oggetto del giudizio.

<sup>768</sup> Salvo ovviamente il caso eccezionale di vizio di nullità grave rilevabile d'ufficio dalla Corte perché raggiunge un grado di "esistenza" capace di radicare la sua giurisdizione; esempi in A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit.

particolari ipotesi di radicale nullità, nelle quali si potrebbe prospettare un allargamento dell'oggetto del giudizio - la Corte possa pervenire ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale nel caso di estinzione del giudizio per concorde rinuncia delle parti costituite. Ciò che potrebbe in ipotesi avvenire indipendentemente dall'effettiva sanatoria del vizio che aveva originato il ricorso. Di qui la dubbia utilità dell'iniziativa officiosa della Corte per il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale: anche a voler forzare la natura di giudizio di parti e accentuarne i profili oggettivi di garanzia della Costituzione, dovrebbe essere chiaro sulla base delle considerazioni appena svolte, che il provvedimento cautelare per la sua intrinseca provvisorietà e strumentalità non è strumento idoneo a questo scopo.

13. *I possibili rischi di delegittimazione della Corte costituzionale conseguenti all'iniziativa officiosa per il rilascio di un provvedimento cautelare.*

Le perplessità relative all'opportunità della previsione di questa iniziativa officiosa in un "processo di parti" derivano anche dalla constatazione che non ci sono giustificazioni sufficienti a spiegare per quale motivo dovrebbe essere la Corte a sostituirsi ai ricorrenti che per le peculiari caratteristiche di soggetti tecnicamente qualificati sono sicuramente in grado di valutare l'urgenza della decisione e di proporre quindi autonoma istanza cautelare per l'ipotesi in cui la Corte non sia in grado di pervenire tempestivamente ad una decisione definitiva.

Né convince l'argomento elaborato dalla dottrina tedesca secondo il quale il carattere officioso del potere di sospensione si giustificerebbe in relazione alla conoscenza dei tempi del giudizio di cui solo la Corte dispone, con conseguente eventualità che essa prima rigetti l'istanza cautelare formulata dal ricorrente ritenendo di poter soddisfare l'urgenza con una decisione di merito, ma si renda poi conto che il giudizio richiede tempi più lunghi. Il ricorrente può infatti sempre presentare una nuova istanza e la Corte provvedere su questa.

D'altra parte, è decisiva invece per escludere l'opportunità di un esercizio d'ufficio del potere cautelare in un giudizio di parti la considerazione dei gravi rischi di delegittimazione ai quali la Corte si esporrebbe con un'autonoma iniziativa.

Si può verificare infatti il caso che la Corte eserciti d'ufficio il potere di sospensione cautelare degli atti impugnati in via principale e che poi essa resti paralizzata nell'iniziativa di tutela così intrapresa costretta dalla rinuncia agli atti del giudizio concordata dalle parti costituite che senza che siano stati eliminati i vizi censurati faccia venir meno la pendenza del giudizio e con essa l'efficacia del provvedimento cautelare.

Il rischio non è meramente teorico. La recente vicenda del condono edilizio lo dimostra<sup>769</sup>. Alcune regioni avevano domandato la sospensione dell'esecuzione del decreto-legge con il quale lo Stato ha reiterato il precedente condono edilizio e della relativa legge di conversione<sup>770</sup>. Lo Stato aveva a sua volta domandato la sospensione cautelare di alcune disposizioni delle leggi regionali che precludevano l'applicazione nei rispettivi territori delle disposizioni statali in materia di condono edilizio<sup>771</sup>. Successivamente all'udienza appositamente fissata per la trattazione dell'istanza di sospensione circa due mesi dopo il deposito degli ultimi ricorsi, senza che le disposizioni impugnate siano state modificate in modo da eliminare i pregiudizi lamentati, anzi contestualmente alla diffusione da parte di fonti non ufficiali poi confermate dai fatti, di una proroga delle disposizioni statali in materia di condono edilizio, quindi di un aggravamento dei pregiudizi per i quali le ricorrenti chiedevano cautela, sia lo Stato che le Regioni hanno concordemente rinunciato "alla immediata pronuncia sulle rispettive istanze di sospensione" con le quali avevano in precedenza sollecitato la Corte alla pronuncia d'ufficio

---

<sup>769</sup> I ricorsi presentati dalle Regioni Campania, Toscana, Emilia-Romagna, Basilicata, Marche, Lazio, Umbria e Friuli-Venezia Giulia, sono stati decisi dalla sentenza 28 giugno 2004, n. 196, sulla quale, G. MORBIDELLI, *Il condono edilizio secondo la Corte Costituzionale: non è tutto incostituzionale, ma è tutto (o quasi) da riscrivere*, in *www.giustamm.it*, (giugno 2004), *Riforma del Titolo V: determina anche nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale?*, in *www.giustamm.it*, (ottobre 2004).

<sup>770</sup> Sulle istanze di sospensione, Corte costituzionale, ordinanza 8 aprile 2004, n. 116 che prende atto della rinuncia delle parti all'immediata pronuncia sull'istanza e della sussistenza delle condizioni per il rinvio della relativa trattazione all'udienza fissata per il merito. Le ricorrenti chiedevano la sospensione dell'efficacia dell'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, e della relativa legge di conversione, l. 24 novembre 2003, n. 326, per il pregiudizio che la reiterazione della disciplina sul condono edilizio originariamente previsto dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47 come modificata dalla l. 23 dicembre 1994, n. 724, recava all'interesse pubblico ad un ordinato assetto del territorio, alla tutela dell'ambiente, in relazione al rischio di pregiudizi derivanti dal dispendio di risorse finanziarie e amministrative necessarie per dare attuazione alle disposizioni della legge statale, alla certezza del diritto, (in particolare poiché la disciplina statale esortava i cittadini all'autodenuncia con la promessa dell'impunità attraverso disposizioni penali di favore introdotte dallo stesso decreto convertito in legge, le quali poiché relative a fatti pregressi all'entrata in vigore del decreto non sarebbero stati comunque applicabili in caso di dichiarazione di incostituzionalità, ex art. 2 c.p.), ai diritti dei cittadini, (in particolare per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.).

<sup>771</sup> Sulle istanze di sospensione presentate dallo Stato avverso le leggi delle Regioni Toscana, Friuli-Venezia Giulia e Marche, che avevano disposto la disapplicazione degli atti impugnati nel rispettivo territorio regionale, Corte costituzionale, ordinanza 8 aprile 2004, n. 117, ordinanza 8 aprile 2004, n. 118 e ordinanza 8 aprile 2004, n. 119, la Corte prende atto della rinuncia all'immediata trattazione della sospensione e accertata la sussistenza delle relative condizioni, dispone il rinvio della trattazione dell'istanza di sospensione all'udienza fissata per il merito.

del provvedimento cautelare. Con un comportamento processuale davvero singolare: non si riesce infatti ad immaginare il senso che avrebbe avuto una pronuncia “non immediata” sull’istanza di un provvedimento cautelare che ha in quanto tale per presupposto proprio l’urgenza di provvedere. La rinuncia all’immediata pronuncia di un provvedimento cautelare in considerazione della fissazione della data dell’udienza di merito ad oltre un mese di distanza – indipendentemente dalle espressioni utilizzate – non può che significare in questi casi rinuncia all’istanza.

La vicenda ha reso allora evidente che un’iniziativa officiosa sarebbe stata davvero inopportuna.

La perdita di efficacia del provvedimento cautelare eventualmente rilasciato dalla Corte sarebbe invece assai meno problematica nel caso in cui essa segua ad un’autonoma istanza di sospensione presentata dal ricorrente, ciò che non è ovviamente escluso dalla previsione che autorizza l’iniziativa officiosa della Corte<sup>772</sup>. In questo caso sarà chiaramente identificabile la responsabilità politica delle parti relativa alla successiva scelta di abbandonare il giudizio senza che siano sopravvenute circostanze tali da scongiurare i rischi temuti. Questa circostanza dovrebbe responsabilizzare maggiormente lo Stato e le Regioni nella scelta di promuovere un ricorso diretto alla Corte con istanza di sospensione delle disposizioni impugnate e nella determinazione della rispettiva condotta processuale.

Questioni processuali e ragioni istituzionali convergono in definitiva nel rendere l’iniziativa officiosa per il rilascio di un provvedimento cautelare nel giudizio in via principale al tempo stesso come un mezzo da una parte di dubbia efficacia dall’altra pericolosamente eccedente rispetto al suo scopo.

La considerazione che come per ogni potere cautelare di tipo giurisdizionale non si tratta di un potere discrezionale ma di un potere-dovere del giudice costituzionale rende peraltro ancora più evidente l’inopportunità della scelta legislativa. L’indeterminatezza dei presupposti consentirà peraltro alla Corte nella maggior parte dei casi di sottrarsi agevolmente ad iniziative inopportune. E’ quindi ragionevole prevedere che la prassi si orienterà nel senso del promovimento di autonome istanze cautelari di parte<sup>773</sup>.

14. *I presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare: l’urgenza del provvedere e il periculum in mora, il fumus boni iuris.*

Come accennato nella parte introduttiva, il rilascio di provvedimenti cautelari si fonda sull’urgenza del provvedere per

---

<sup>772</sup> La questione è pacifica in dottrina, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., pp. 195-196.

<sup>773</sup> Nel senso che la presentazione di istanze di tutela cautelare da parte dei ricorrenti può attenuare la difficile compatibilità di un potere officioso in un processo di parti, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, cit., pp. 195-196.

evitare che, durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena, si verificano modificazioni irreversibili della realtà materiale o giuridica che rendano non più utilmente eseguibile la decisione definitiva o che la rendano tardiva poiché il permanere dell'interesse in uno stato di insoddisfazione lo ha pregiudicato in modo irreparabile. Nei paragrafi seguenti sarà esaminata ciascuna situazione che secondo il legislatore rende urgente il rilascio di provvedimenti cautelari nel giudizio in via principale, vale a dire il c.d. *periculum in mora*. Sull'altro presupposto del rilascio di misure cautelari nel processo costituzionale, il *fumus boni iuris*, si rinvia invece a quanto già detto nella parte introduttiva<sup>774</sup>.

15. *Il periculum in mora:*

- a) *il rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico;*
- b) *il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica;*
- c) *il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini.*

L'art. 35 della legge 87/1953 prevede tre diverse situazioni che rendono urgente il rilascio del provvedimento di sospensione cautelare dell'esecuzione della legge o dell'atto avente forza di legge impugnati nel giudizio in via principale. Si tratta del rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, oppure di un pregiudizio grave oltre che irreparabile ai diritti dei cittadini.

Prima di procedere ad interpretare i singoli presupposti di esercizio del potere cautelare nel giudizio in via principale è opportuno precisare che essi rappresentano il punto di equilibrio individuato dal legislatore fra l'interesse alla continuità dell'esercizio delle funzioni pubbliche e l'esigenza che la durata del processo non possa andare a danno del ricorrente che risulti vittorioso. Ne segue che il *periculum* assunto a presupposto del provvedimento cautelare deve essere correlato alla violazione delle norme costituzionali dedotta in giudizio dal ricorrente. Sotto questo profilo occorre tener presente che la giurisprudenza costituzionale disattendendo una diffusa opinione dottrinale continua a negare, anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, la legittimazione e l'interesse delle Regioni a censurare nel giudizio in via principale le leggi statali o di altre Regioni se non per vizi che si traducano in una illegittima invasione della rispettiva sfera di competenza, o eventualmente della sfera di autonomia degli enti locali, nel caso in cui la stretta connessione tra le attribuzioni

---

<sup>774</sup> Sulla nozione di *periculum in mora* e di *fumus boni iuris*, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, Jovene, 2002, p. 601 ss.

regionali e quelle delle autonomie locali consenta di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali<sup>775</sup>. Lo Stato invece, secondo la stessa giurisprudenza, in quanto depositario del principio unitario e per la sua posizione peculiare nell'ambito dell'ordinamento, è legittimato ad impugnare nel giudizio in via principale le leggi regionali deducendo la violazione di qualsiasi parametro costituzionale<sup>776</sup>. Conseguentemente nel caso di ricorso regionale il rischio di un pregiudizio irreparabile per l'interesse pubblico o per l'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini, può essere assunto a presupposto del rilascio di un provvedimento cautelare in quanto esso sia correlato alla violazione della sfera di competenza regionale.

Fatte queste considerazioni si può passare a definire le situazioni che descrivono i *pericula in mora* previsti dal legislatore. Prima di precisare i concetti di irreparabilità e gravità del pregiudizio conviene mettere a fuoco i rispettivi termini di riferimento.

#### 16. *Il rischio di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica.*

In dottrina è frequente l'osservazione che i concetti di interesse pubblico e ordinamento giuridico della Repubblica evocano istanze unitarie. Si paragona l'interesse pubblico al "vecchio interesse

---

<sup>775</sup> Così Corte costituzionale, sentenza 28 giugno 2004, n. 196; la sentenza conferma l'indirizzo già ribadito dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, da Corte costituzionale, sentenza 24 luglio 2003, n. 274, in *Le Regioni*, con nota di D. BESSI, *L'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale nel Titolo V novellato*, cit., p. 219 ss. In dottrina si è invece sostenuto che dopo la riforma del Titolo V della Costituzione l'orientamento della Corte costituzionale, elaborato con riferimento al sistema anteriore, non ha più ragion d'essere soprattutto per la considerazione che la posizione dello Stato e delle Regioni nel controllo di costituzionalità risulta ora equiparata, essendo stato eliminato il controllo preventivo sulle leggi regionali e soprattutto perché la ripartizione della competenza legislativa è incentrata su una clausola di attribuzione allo Stato delle materie enumerate nell'art. 117 Cost., dovendo allora presumersi, al di fuori di questo ambito, la potestà legislativa regionale. L'orientamento giurisprudenziale si fonda invece sulla valorizzazione, operata nella stessa giurisprudenza, del carattere trasversale delle materie attribuite alla potestà legislativa statale. Sul punto: C. PADULA, *La Corte costituzionale e l'interesse a ricorrere nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2000, p. 444 ss.; dello stesso Autore, *Sull'impugnazione regionale di legge penale e sul concetto di invasione di competenza indiretta*, in *Le Regioni*, 2002, p. 869 ss.; F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in *www.federalismi.it*; P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento dell'art. 9 della legge n. 131/2003 (c.d. Legge La Loggia)*, in *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, a cura del medesimo Autore, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 86-87. Per una trattazione monografica con riferimento al sistema anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione, G. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>776</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 24 luglio 2003, n. 274, cit.

nazionale”<sup>777</sup> e ai presupposti di esercizio del potere sostitutivo disciplinato dall’art. 120 Cost., con una decisiva conseguenza: posto che naturale depositario di tali interessi è lo Stato, il potere di sospensione cautelare avrebbe per oggetto essenzialmente le leggi regionali<sup>778</sup>. L’evocazione è fortemente condizionata dalle motivazioni che hanno indotto il legislatore a prevedere la sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale in conseguenza dell’eliminazione degli istituti del rinvio governativo e del controllo preventivo di legittimità costituzionale delle leggi regionali, secondo la disciplina prevista dall’art. 127 Cost. anteriormente alla riforma del Titolo V della Costituzione.

Sebbene la trasformazione del sindacato di costituzionalità da preventivo in successivo sia stata determinante per la scelta di prevedere la sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale, non può dirsi però che essa esaurisca le ragioni che ne sono a fondamento e possa condizionare la ricostruzione dell’istituto.

Tale lettura del resto non risponde nemmeno alle intenzioni del legislatore. Dal dibattito in Commissione risulta chiaramente che il potere di sospensione può essere esercitato sia con riferimento alle leggi regionali che a quelle statali ed anzi esso è stato configurato come potere officioso proprio per “superare le difficoltà che deriverebbero dalla pronuncia di sospensione, in particolare nel caso in cui sia la regione a farne istanza con riferimento ad atti normativi dello Stato”<sup>779</sup>.

L’interpretazione di cui si discute è poi incompatibile con il tenore letterale della disposizione che espressamente prevede il rilascio di provvedimenti cautelari sia nei giudizi promossi dallo Stato nei confronti delle Regioni che in quelli promossi dalle Regioni nei confronti dello Stato o di altre Regioni.

Indipendentemente dalle presunte intenzioni del legislatore e dal tenore letterale della disposizione, l’interpretazione suggerita dai primi commentatori dei presupposti di esercizio del potere di

---

<sup>777</sup> Sulla nozione di interesse nazionale per tutti, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

<sup>778</sup> La dottrina riprende l’opinione espressa anche in alcuni interventi resi durante l’esame del disegno di legge in sede referente, cfr. l’intervento del Senatore Villone nella seduta notturna del 5 novembre 2002 presso la Commissione affari costituzionali del Senato; nello stesso senso l’intervento del Senatore Manzella, nella seduta del 27 maggio 2003 presso la stessa Commissione. In dottrina seguono lo stesso orientamento: F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, cit., pp. 24-25; F. DRAGO, *Il soddisfacimento delle istanze unitarie giustifica la vecchia giurisprudenza in merito ai vizi delle leggi regionali (brevi osservazioni sulla sent. 274/2003)*, in *www.federalismi.it*, (11 settembre 2003). C. PINELLI, *Art. 9*, cit., p. 180 ss., p. 188; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 251.

<sup>779</sup> Sul punto si rinvia a quanto detto in precedenza.

sospensione cautelare non convince però per ragioni ben più profonde.

Innanzitutto l'identificazione dell'interesse pubblico con quello statale disconosce un principio cardine di un ordinamento come il nostro a base pluralistica che, in quanto tale, riconosce tanti interessi pubblici "quante sono le comunità coesistenti nell'ambito di esso"<sup>780</sup>.

Con riferimento ai rapporti fra i diversi livelli di governo l'identificazione dell'interesse pubblico con quello dello Stato contrasta allora con l'attuazione del principio pluralistico prefigurata già nell'originario disegno del costituente e accentuata dal nuovo assetto dei rapporti fra Stato e Regioni. Essa presuppone una concezione delle esigenze unitarie che contraddice il senso stesso della riforma del Titolo V della Costituzione, secondo il quale il principio unitario esclude le divisioni, ma ammette e favorisce le differenziazioni<sup>781</sup>. Proprio in relazione alle funzioni amministrative preordinate alla realizzazione dell'interesse pubblico, l'art. 118 Cost. infatti, prevede ora che esse "per assicurarne l'esercizio unitario", quindi per soddisfare le correlative esigenze unitarie, possano e debbano essere allocate, anziché ai Comuni, secondo la regola generale, eventualmente alle Regioni e ad altri enti locali e non necessariamente allo Stato<sup>782</sup>. L'allocazione delle funzioni amministrative è stabilita in funzione della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Come noto poi, in base ad una lettura sistematica del testo costituzionale, e sia pure con il rischio di una qualche forzatura, la Corte ha ritenuto operante il meccanismo flessibile di allocazione delle competenze secondo il principio di sussidiarietà<sup>783</sup>, previsto dalla Costituzione soltanto

---

<sup>780</sup> Le parole fra virgolette sono di A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, I, p. 57 ss., in particolare, pp. 85-86.

<sup>781</sup> Sul significato del principio unitario nel nostro ordinamento costituzionale sono ancor più attuali le osservazioni di G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 277 ss. e U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 9 ss.

<sup>782</sup> Sull'art. 118 Cost. e sulla nozione di unità dell'ordinamento ad esso sottesa, R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, nota a Corte costituzionale, sentenza 10 ottobre 2003, n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1018 ss.

<sup>783</sup> Sul principio di sussidiarietà, P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in A.A. V.V., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995, p. 123 ss.; L. COEN, *Sussidiarietà e giustizia costituzionale nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, a cura di A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, 1999, 195 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003.



per le funzioni amministrative, anche in riferimento alla potestà legislativa<sup>784</sup>. Il rifiuto di “una concezione unilaterale”<sup>785</sup> del principio unitario e dell’interesse pubblico che esso esprime è del resto in linea con l’interpretazione accolta dalla giurisprudenza costituzionale secondo la quale “nel nuovo Titolo V l’equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l’erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l’interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale”<sup>786</sup>. D’altra parte la Corte si è riservata di sindacare l’allocazione delle funzioni secondo questi principi. In particolare con riferimento allo spostamento di competenza secondo il principio di sussidiarietà, la Corte ha affermato che esso è sottoposto ad uno “stretto scrutinio” sotto il profilo del rispetto del requisito giuridico sostanziale dell’esistenza di un interesse unitario e dell’osservanza del vincolo procedimentale dell’intesa con le regioni interessate, superando quindi con estrema disinvoltura ogni problematica relativa alla

---

<sup>784</sup> Cfr., Corte costituzionale, sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, sulla quale, A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia; A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale, (nota a Corte costituzionale n. 303/2003)*, e A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, contributi pubblicati all’indirizzo <http://web.unife.it>; R. FERRARA, *Unità dell’ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, cit. La Corte si è ispirata in questa operazione che la dottrina ha definito di “ortopedia istituzionale” al sistema previsto nell’ordinamento tedesco dall’art. 72 GG, su quest’ultimo, con particolare approfondimento delle tematiche relative al sindacato del Tribunale costituzionale federale sul rispetto di tale disposizione: C. CALLIES, *Die Justitiabilität des Art. 72 Abs 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus*, in *DÖV*, 1997, p. 889 ss.; S. OETER, *Art. 72*, in *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, a cura di H. V. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, II, München, 2000, p. 2305 ss.; C. DEGENHART, *Art. 72*, in M. Sachs, (a cura di), *Grundgesetzkommentar*, München, 1999, p. 1394 ss.; M. KENNTNER, *Justitiabler Föderalismus, Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, seconda ed., con l’aggiunta *Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; K. FAßBENDER, *Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstat*, in *JZ*, 2003, p. 332 ss.; H. JOCHUM, *Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes*, in *NJW*, 2003, p. 28 ss.; C. CALLIES, *Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung*, in *EuGRZ*, 2003, p. 181 ss.

<sup>785</sup> L’espressione è di U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 9 ss., in particolare p. 14.

<sup>786</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit., punto 2.2 della motivazione.

giustiziabilità del principio di sussidiarietà che in altri ordinamenti è stata invece a lungo controversa<sup>787</sup>.

Sulla base delle considerazioni appena svolte è allora chiaro che il rischio di un pregiudizio all'interesse pubblico, come presupposto del rilascio di un provvedimento cautelare, può discendere non soltanto da una legge regionale ma anche da una legge statale incompatibile con le disposizioni costituzionali relative alla ripartizione di competenze che ciascuna Regione è legittimata a far valere nel giudizio in via principale, poiché esso non si identifica necessariamente con l'interesse unitario che, come già ricordato, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale le Regioni non sono legittimate a difendere in giudizio.

L'interesse pubblico è una formula vuota che deve essere riempita con i singoli interessi concreti affidati, alternativamente o congiuntamente, alla cura dello Stato e/o delle Regioni.

La differente opinione secondo la quale l'esigenza di una sospensione cautelare della legge statale motivata dal rischio di un grave pregiudizio all'interesse regionale non sarebbe configurabile come strumento di tutela dell'integrità della sfera di competenza regionale, non è quindi condivisibile. Altrimenti le regole di ripartizione della competenza sarebbero fini a se stesse, e non - come risulta ora chiaramente dall'art. 118 Cost. - funzionali all'attuazione dell'interesse pubblico che può perciò essere pregiudicato, eventualmente in modo irreparabile, dalla loro violazione.

La diversa ricostruzione cui accede una lettura del potere cautelare della Corte costituzionale come mero surrogato del controllo preventivo, esercitabile quindi soltanto nei confronti delle leggi regionali, sarebbe del resto incompatibile con la funzione del giudizio in via principale e con il ruolo della Corte di garanzia effettiva delle competenze sia statali che regionali e non di mero custode dell'interesse nazionale<sup>788</sup>.

Occorre poi tener presente che il potere cautelare, sia pure nei limiti in cui esso sia necessario ad evitare un pregiudizio irreparabile, deve poter essere esercitato a garanzia sia dello Stato che delle Regioni anche perché vale per entrambi, come di recente la Corte ha avuto modo di ribadire, il generale divieto di autotutela che esclude sia per lo Stato che per le Regioni la pretesa, "al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di

---

<sup>787</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit., nonché Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 6.

<sup>788</sup> Sul ruolo della Corte come custode dell'interesse nazionale, successivamente alla riforma del Titolo V della Costituzione, A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 345 ss.; R. TOSI, *A proposito dell'"interesse nazionale"*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 86 ss.

risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge”<sup>789</sup>.

17. *Segue. Esempificazione relativa al rischio di un pregiudizio irreparabile all’interesse pubblico.*

Così inteso il concetto di interesse pubblico si può ora passare ad esaminare i casi nei quali un provvedimento cautelare di sospensione dell’esecuzione della legge impugnata è tipicamente necessario ad evitare che esso sia pregiudicato in modo irreparabile. Prima di procedere, occorre però precisare la nozione di irreparabilità.

In relazione all’interesse pubblico il requisito dell’irreparabilità del pregiudizio si deve valutare non in astratto ma con riferimento agli interessi concreti che la legge impugnata impedisce di realizzare poiché oggetto del giudizio in via principale è il concreto esercizio della competenza su cui verte la controversia e non quest’ultima come entità ideale.

Gli estremi dell’irreparabilità sussistono allora quando nel tempo necessario per pervenire ad una decisione definitiva si producono delle modificazioni irreversibili nella realtà materiale o giuridica che non consentono più di conseguire quello stesso interesse o che determinano un’apprezzabile scarto <sup>790</sup> fra le modalità di attuazione dell’interesse che sarebbe stato possibile realizzare in mancanza dell’illegittima interferenza e quelle ancora concretamente attuabili.

Conviene ora procedere con l’esemplificazione.

Una prima serie di casi si può riferire al rischio di un pregiudizio ad un interesse pubblico unitario.

In relazione alla lesione dell’interesse pubblico la cui tutela fa capo allo Stato, occorre tenere presente come più volte ricordato, che esso è legittimato a dedurre in giudizio la violazione di qualsiasi parametro costituzionale. Conseguentemente il rischio di un pregiudizio irreparabile ad un qualsiasi interesse pubblico tutelato dalla Costituzione è idoneo a giustificare il rilascio di un provvedimento cautelare. Nell’ambito di queste ipotesi a solo titolo

---

<sup>789</sup> Nel testo si cita Corte costituzionale, sentenza 28 giugno 2004, n. 198, sulla quale, G. MORBIDELLI, *Il condono edilizio secondo la Corte costituzionale: non è tutto incostituzionale, ma è tutto (o quasi) da riscrivere*, e di G. CERRINA FERONI, *Riforma del titolo V: determina anche nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale?*; per l’aspetto relativo al rapporto fra tutela cautelare e autotutela, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e le procedure non giurisdizionali per la tutela urgente degli interessi costituzionali nelle <controversie federali>*, gli scritti citati in questa nota sono tutti pubblicati in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>790</sup> Per l’elaborazione con riferimento all’irreparabilità del pregiudizio nel processo civile al concetto di scarto fra utilità conseguite attraverso la decisione di merito e reintegrazione per equivalente, con riferimento al processo civile, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964, 245 ss.; sul punto, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 635 ss.

di esempio si può aver riguardo a leggi regionali censurate per la violazione degli *standard* minimi prescritti dal diritto nazionale o da quello comunitario a tutela di interessi pubblici la cui cura è affidata, quanto meno nei livelli essenziali, allo Stato. La circostanza che la legge regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione sia immediatamente efficace è invero idonea a produrre in questi casi un'immediata lesione, né essa, secondo una giurisprudenza costante della Corte costituzionale, può essere disapplicata dal giudice comune, pena la violazione dell'art. 134 della Costituzione<sup>791</sup>.

Con riferimento al rischio di un pregiudizio irreparabile agli interessi regionali un'importante classe di situazioni è rappresentata dal caso di una legge statale che assumendo indebitamente in sussidiarietà la disciplina di una materia oggetto di competenza concorrente preclude alla Regione l'esercizio di determinate funzioni. Per fare un esempio assai ricorrente nell'ambito dei conflitti fra Stato e Regioni, si può pensare a leggi statali che illegittimamente dispongono la sanatoria di abusi edilizi<sup>792</sup> precludendo per ciò stesso alle Regioni l'esercizio delle rispettive competenze in materia di governo del territorio, di polizia locale e vigilanza, con il rischio ad esempio di prescrizione degli illeciti commessi, con conseguente pregiudizio irreparabile degli interessi pubblici alla cui attuazione tali funzioni sono preordinate.

Si possono anche ipotizzare disposizioni di legge che diminuiscano le entrate finanziarie delle Regioni o impongano maggiori spese con conseguente impossibilità di attendere alle funzioni di cura dei singoli interessi per mancanza di risorse finanziarie.

#### 18. *Il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica.*

E' ora il momento di procedere all'esame dell'altra situazione che il legislatore indica come *periculum in mora* idoneo a giustificare il rilascio di un provvedimento cautelare nel giudizio in via principale: il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica.

---

<sup>791</sup> Così, Corte costituzionale, sentenza 29 aprile 2004, n. 129, in *www.giustamm.it*, con nota di G. PISTORIO; per un quadro generale, Q. CAMERLENGO, *La legge regionale nella giurisprudenza comune*, in *Le Regioni*, 2000, p. 49 ss. Per un esame delle diverse questioni relative ai rapporti fra leggi statali e leggi regionali, V. ANGIOLINI, *L'«obbligatorietà» della legge regionale nei rapporti con lo Stato*, in *Le Regioni*, 1997, p. 9 ss.; Q. CAMERLENGO, *La legge regionale nella giurisprudenza comune*, in *Le Regioni*, 2000, p. 49 ss.

<sup>792</sup> Per gli argomenti addotti a sostegno dell'istanza di sospensione presentata dalle Regioni che hanno promosso ricorso in via principale avverso il decreto-legge che ha prorogato il precedente condono edilizio e la relativa legge di conversione, si rinvia a quanto detto in precedenza.

Si tratta evidentemente di un concetto di notevole complessità<sup>793</sup>. Nel presente contesto ci si limita ovviamente a tentare di cogliere il significato che tale espressione può assumere nella definizione di un presupposto dell'esercizio del potere cautelare nel giudizio in via principale.

Nei primi commenti esso è considerato unitamente all'interesse pubblico e, quindi, ancora una volta l'espressione della tutela di esigenze unitarie che possono essere difese soltanto dallo Stato<sup>794</sup>. Anche questa interpretazione non convince. Nel contesto dei rapporti Stato-Regioni il concetto di ordinamento giuridico della Repubblica assume un significato preciso che non può esaurirsi in quella di ordinamento giuridico dello Stato. Così inteso il concetto sarebbe espressione soltanto delle esigenze unitarie, secondo il senso della formula contenuta in alcuni statuti speciali, che nel sistema anteriore alla riforma del Titolo V esprimeva il limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato valevole per la potestà legislativa esclusiva delle Regioni a statuto speciale e quello dei principi fondamentali della legislazione statale previsto per le materie a competenza concorrente delle Regioni<sup>795</sup>. Sarebbe in tal modo sottovalutato privato di ogni significato il riferimento dell'ordinamento alla Repubblica, secondo l'omonima intestazione della Parte II della Costituzione, che in relazione ai rapporti fra i diversi livelli di governo trova specificazione nel Titolo V della medesima parte in un assetto pluralistico che esprime il modo di essere di quello stesso ordinamento. Secondo l'art. 114 Cost. infatti la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. L'espressione ordinamento giuridico della Repubblica deve essere allora letta secondo il senso del principio fondamentale espresso nell'art. 5 Cost., dove "l'interiore pluralismo dell'ordinamento repubblicano viene a rappresentare la sostanza intima della sua unità e indivisibilità"<sup>796</sup>.

Sulla base di queste premesse è quindi possibile individuare un primo autonomo significato dell'espressione ordinamento della

---

<sup>793</sup> Sull'ordinamento giuridico nella letteratura italiana: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, II ed., 1945; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 678 ss., anche per la ricostruzione dei molteplici significati che l'espressione assume in relazione alle diverse prospettive di analisi; dello stesso Autore, *Legge. Ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1985; per una disamina critica della definizione corrente di ordinamento giuridico come insieme di norme valide, R. GUASTINI, *Ordinamento giuridico*, in *Dig. Pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 414 ss.

<sup>794</sup> F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in *www.federalismi.it*, pp. 24-25; C. PINELLI, *Art. 9*, cit., p. 188; E. LAMARQUE, *Art. 9*, cit., p. 251.

<sup>795</sup> Sul tema, M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali: alla ricerca di un consuntivo*, Torino, Giappichelli, 1992.

<sup>796</sup> Le parole citate nel testo sono di G. BERTI, *Art. 5*, cit., p. 293.

Repubblica come clausola riassuntiva di quell'ordine di competenze stabilite nel Titolo V della Costituzione che comprende le esigenze di uniformità accanto a quelle di differenziazione proprie delle autonomie.

19. *Segue. Esempificazione relativa al rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica.*

Si può ora fare qualche ipotesi nella quale si potrebbe presentare la necessità di procedere al rilascio di una misura cautelare in presenza del rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico inteso in il rischio di un pregiudizio irreparabile questa prima accezione. Con una precisazione preliminare: anche con riferimento all'ordinamento giuridico della Repubblica gli estremi di un pregiudizio irreparabile si devono valutare in concreto con riferimento ai singoli valori costituzionali che la situazione cautelata esprime. Quindi irreparabilità del pregiudizio all'ordinamento giuridico significa impossibilità di ripristinare il concreto assetto delle competenze dedotte in giudizio e non impossibilità di ripristinare l'astratto disegno dell'ordine costituzionale delle competenze che la temporanea esecuzione di un atto legislativo non può invero essere idonea a compromettere<sup>797</sup>. Anche con riferimento al pregiudizio che all'ordinamento giuridico deriva, come vedremo fra breve, sotto il profilo violazione del principio della certezza del diritto si deve aver riguardo alle concrete conseguenze che discendono dal suo permanere in uno stato di insoddisfazione durante il tempo necessario a pervenire alla definizione del giudizio.

Se si passa ad esaminare le situazioni nelle quali potrebbe presentarsi il *periculum in mora* individuato dal legislatore una prima categoria è rappresentata dall'ipotesi nella quale il giudizio in via principale ha per oggetto norme di organizzazione, in particolare quando esse presuppongono la predisposizione di nuovi apparati e strutture amministrative preordinate all'attuazione di un concreto interesse pubblico la cui soddisfazione esige la prestazione di servizi pubblici senza soluzione di continuità in un determinato arco temporale di riferimento<sup>798</sup>. In questi casi infatti nell'ipotesi in cui la nuova disciplina sia sostitutiva di una precedente normativa emanata dal soggetto competente può prodursi una situazione per la quale da una parte l'esecuzione

---

<sup>797</sup> Non è perciò condivisibile l'opinione di N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 63 ss, p. 73, il quale afferma in relazione peraltro all'analoga questione che si pone per il *periculum in mora* nel conflitto intersoggettivo, che tale presupposto è di difficile realizzazione considerato che, assai raramente, l'ordine costituzionale delle competenze può essere compromesso dall'esecuzione di un atto.

<sup>798</sup> Per la casistica con riferimento ad analoghe ipotesi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale di Germania si tenga presente quanto già detto in precedenza.

della legge determina una violazione della Costituzione, dall'altra la sua immediata caducazione a tutela delle regole costituzionali di ripartizione di competenze, determinerebbe "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione" poiché inciderebbe su diritti costituzionali, si pensi al settore dell'istruzione, la cui soddisfazione non tollera soluzioni di continuità<sup>799</sup>. La Corte quindi, come da essa stessa affermato<sup>800</sup>, si trova a dover conciliare le disposizioni costituzionali in tema di riparto delle competenze con le norme costituzionali che garantiscono gli interessi che sarebbero pregiudicati dall'interruzione dell'erogazione dei servizi cui le norme organizzative sono preordinate. Per queste ipotesi, nelle quali si assume che la norma incostituzionale sostituisca una precedente disciplina, la soluzione di una pronuncia di incostituzionalità con effetti differiti in nome del "principio di continuità istituzionale" sarebbe per il ricorrente una denegata giustizia, ma al tempo stesso non si può disconoscere che le esigenze di tutela dei diritti costituzionali, che sarebbero altrimenti sacrificati, sono ineludibili.

In simili casi, come in ogni altro in cui l'attuazione degli scopi che il legislatore si prefigge esige la predisposizione di apposite strutture e apparati amministrativi, la sospensione cautelare degli atti impugnati non presenta oltretutto problemi particolari, dato che l'immediata esecuzione della legge potrebbe del resto rivelarsi dannosa allo stesso legislatore, per l'inutile dispendio di risorse che essa avrebbe comportato nel caso di successiva dichiarazione di incostituzionalità. Il rischio di un pregiudizio irreparabile è quindi in tali casi comune ai diversi soggetti dell'ordinamento giuridico.

Un'altra classe di situazioni nelle quali la sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale si rivela necessaria ad evitare un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico, inteso come concreto assetto delle competenze costituzionali, riguarda le leggi e gli atti aventi forza di legge che hanno per oggetto la disciplina di un potere amministrativo, quindi le norme che ne disciplinano le modalità di esercizio ed eventualmente le norme attributive di quel potere<sup>801</sup>. Nel primo

---

<sup>799</sup> Per una simile esigenza, in relazione però ad una diversa situazione, nella quale non preesisteva la disciplina regionale, cfr. Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 13, sulla quale, P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, p. 381 ss., p. 385.

<sup>800</sup> Cfr. sentenza 13/2004, cit.

<sup>801</sup> Sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nella teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 514 ss.; A. TRAVI, *Illegittimità della reiterazione dei decreti-legge e disciplina dell'attività amministrativa*, in *Dir. pubblico*, 1997, p. 131 ss.; MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 103 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss.

caso gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità trovano un limite assai rilevante nei rigorosi termini di decadenza previsti per l'impugnazione dell'atto amministrativo; nel secondo si ritiene che la dichiarazione di incostituzionalità non incontri questo limite poiché l'atto è nullo perché adottato in carenza di potere. L'ipotesi è frequente ad esempio nelle materie di competenza concorrente quando lo Stato detta una normativa di dettaglio del procedimento amministrativo, senza che sussistano i presupposti di un'assunzione in sussidiarietà della disciplina del settore. L'amministrazione regionale, nei limiti in cui sussista un interesse pubblico concreto, in particolare se l'atto produce effetti durevoli, successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità potrà anche procedere all'annullamento d'ufficio degli atti emanati sulla base della norma incostituzionale ed eventualmente rinnovare il procedimento, con i limiti però del legittimo affidamento<sup>802</sup> dei destinatari dell'atto e comunque con inutile dispendio di risorse amministrative e finanziarie. L'eventualità che il concreto assetto delle competenze resti irreparabilmente pregiudicato e che si producano contestualmente pregiudizi all'interesse pubblico è in questi casi evidente.

Un'ulteriore ipotesi nella quale tipicamente la sospensione cautelare può essere necessaria per evitare pregiudizi irreparabili all'ordine costituzionale delle competenze è quella dell'indebita compressione delle competenze regionali che può conseguire di fatto all'adozione di legislazione provvedimentale, in particolare nella forma del decreto-legge, nonché all'illegittima reiterazione dei decreti legge in materie di potestà legislativa regionale. Si tratta dell'ipotesi che più di frequente prima della esplicita previsione dell'art. 9 della legge 131/2003 è stata all'origine delle istanze di sospensione cautelare degli atti impugnati nel giudizio in via principale<sup>803</sup>. Infatti, sebbene secondo il dettato costituzionale in

---

<sup>802</sup> Si ritiene in dottrina che l'affidamento dei cittadini non sia meritevole di tutela nel caso di norme dettate da un decreto legge, per sua natura atto di carattere provvisorio, cfr. A. TRAVI, *Illegittimità della reiterazione dei decreti-legge e disciplina dell'attività amministrativa*, cit., p. 136.

<sup>803</sup> Cfr. per un caso del genere, il giudizio deciso con sentenza 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1245 ss., con nota di A. PACE, *Sulla declaratoria d'incostituzionalità di una disposizione ormai inefficace di un decreto-legge, già radicalmente emendato; sulla competenza "concorrente" in materia paesaggistica e sul "messaggio" della Corte costituzionale contro la reiterazione dei decreti-legge*; la Regione ricorrente lamentava l'illegittimità della norma di un decreto che a causa delle successive cinque reiterazioni, impediva di fatto l'esercizio delle competenze regionali, si trattava nel caso di specie del rilascio di un parere che spettava alla Regione e per il quale era prevista con il decorso del termine a tal fine stabilito, la formazione del silenzio-rifiuto, ma la continua reiterazione del decreto, con contestuale spostamento del termine per la presentazione delle istanze vanificava gli eventuali pareri negativi espressi anche attraverso il silenzio rifiuto dalla Regione. Nella medesima sentenza la Corte afferma che "in via di principio la prassi della reiterazione suscita gravi dubbi relativamente agli



caso di dichiarazione di incostituzionalità il decreto dovrebbe perdere efficacia sin dall'inizio nei fatti, data anche la natura per lo più provvedimentale e quindi immediatamente applicativa delle norme in esso contenute, la sua applicazione origina assai di frequente effetti irreversibili<sup>804</sup>.

Per procedere con l'esemplificazione delle ipotesi tipiche di rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento della Repubblica si può pensare poi ai casi nei quali l'illegittimità costituzionale della legge è potenzialmente idonea a determinare una responsabilità dello Stato italiano a livello internazionale per violazione degli obblighi assunti in quella sede<sup>805</sup>. Particolare rilievo assume nell'esperienza giurisprudenziale la violazione degli obblighi comunitari. A questo proposito la Corte ha ribadito anche dopo la riforma del Titolo V, l'ammissibilità di censure relative alla violazione del diritto comunitario nel giudizio in via principale, fondato, come nel sistema previgente su esigenze di chiarezza normativa e certezza del diritto che rendono preferibile, quando sia possibile – come nel giudizio in via principale – una pronuncia di incostituzionalità resa nel giudizio in via principale piuttosto che la disapplicazione con effetti *inter partes* ad opera dei giudici

---

equilibri istituzionali e ai principi costituzionali, tanto più gravi allorché gli effetti sorti in base al decreto reiterato sono praticamente irreversibili (come ad esempio quando incidono sulla libertà personale dei cittadini) o allorché gli effetti sono fatti salvi, nonostante l'intervenuta decadenza, ad opera di decreti successivamente riprodotti. Di fronte a questa esigenza la Corte esprime l'auspicio che si ponga rapidamente mano alle riforme più opportune, perché non venga svuotato il significato dei precetti contenuti nell'art. 77 Cost.". La Corte non solo mette in dubbio la legittimità costituzionale della prassi della reiterazione, ma fa anche discendere l'incostituzionalità della disposizione impugnata da un effetto di fatto prodotto dalla reiterazione stessa.

<sup>804</sup> Sull'uso del decreto legge nelle materie di competenza regionale, *Decreto-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del titolo V della Costituzione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 3 luglio 2002; sulla legislazione avente contenuto provvedimentale nelle materie di potestà regionale, Q. CAMERLENGO, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa, statale e regionale, e l'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 51 ss.

<sup>805</sup> L'esigenza di sospendere l'esecuzione di una legge in pendenza del relativo giudizio di costituzionalità per evitare l'insorgere di responsabilità internazionale dello Stato è già emersa nell'esperienza giurisprudenziale, ad esempio in pendenza del giudizio promosso in via principale dallo Stato, la Regione Friuli Venezia Giulia è stata richiesta dal ricorrente di non procedere in pendenza del giudizio all'attuazione della legge 3 luglio 2002, n. 16, di cui si contestava la legittimità costituzionale per l'attribuzione al Presidente della Regione del potere di stipulare intese con la Slovenia e con l'Austria in materia di tutela del suolo. Il giudizio si è concluso con la sentenza 15 luglio 2003, n. 242; la Corte ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., delle norme statutarie e delle relative disposizioni di attuazione, in parte inammissibile e in parte infondata.

comuni<sup>806</sup>. La sospensione cautelare dell'esecuzione della legge risponderebbe in questi casi ad esigenze di effettività della primazia del diritto comunitario che la Corte di giustizia ha già avuto modo di sancire in occasione dell'ormai celebre pronuncia *Factortame*<sup>807</sup> dove era in discussione il potere-dovere del giudice nazionale, di sospendere - in attesa della pronuncia resa dalla Corte di giustizia in seguito a rinvio pregiudiziale - l'applicazione di una legge nazionale di cui era dubbia la compatibilità con il diritto comunitario.

Il rischio di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico è poi idoneo ad esprimere un ulteriore bisogno di tutela, al quale abbiamo già accennato nell'esemplificazione che precede, ma che conviene esaminare più da vicino. Si tratta di un'esigenza riconducibile al valore della coerenza e della certezza del diritto che rappresenta un'aspirazione di ogni ordinamento giuridico in quanto presupposto essenziale per la sua stessa effettività<sup>808</sup>.

Ci si riferisce in primo luogo della necessità di evitare che l'applicazione di una legge o di un atto avente forza di legge incostituzionale ingeneri delle situazioni di affidamento di cui non è possibile tenere conto per il caso in cui la legge impugnata sia dichiarata incostituzionale, se non al costo di accettare l'esistenza di <zone franche> al controllo di costituzionalità.

E' il caso ad esempio della previsione con decreto-legge di norme penali di favore nel contesto di una più ampia disciplina immediatamente efficace che collega l'autodenuncia del cittadino e l'istanza di sanatoria degli abusi commessi alla promessa di impunità, una situazione analoga a quella del recente condono edilizio<sup>809</sup>.

---

<sup>806</sup> Cfr., Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit.; per la giurisprudenza precedente, Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1994, n. 384, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 469 ss., con nota di A. RUGGERI, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie al bivio tra <non applicazione> e incostituzionalità*; sentenza 30 marzo 1995, n. 94, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1081 ss., con nota di A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*; sugli aspetti del controllo di costituzionalità in relazione alla violazione del diritto comunitario, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 124 ss.

<sup>807</sup> CGCE, sentenza 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, p. 2433 ss., sulla quale, N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss., p. 1197 ss.

<sup>808</sup> Sull'unità e coerenza dell'ordinamento giuridico come semplice fine e non come qualità, F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (storia)*, cit. Per un espresso riferimento alla tutela cautelare come strumento di garanzia della "certezza dell'ordinamento giuridico", cfr. intervento del Ministro La Loggia alla Commissione affari costituzionali del Senato, 5 novembre 2002. Sulla certezza del diritto come parametro costituzionale, A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto (profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; sul principio del legittimo affidamento, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

<sup>809</sup> Per le relative indicazioni di giurisprudenza si rinvia a quanto già detto.

Secondo il principio sancito dalla giurisprudenza costituzionale, le norme penali favorevoli previste da un decreto legge non convertito trovano applicazione soltanto per i reati commessi durante la provvisoria vigenza delle norme da esso previste. I fatti pregressi alla vigenza delle norme penali di favore sottostanno alla legge vigente al momento della loro commissione anche se il decreto legge contiene norme più favorevoli<sup>810</sup>. Il principio secondo il quale le norme penali che prevedono un trattamento più favorevole, se dichiarate incostituzionali, non possono trovare applicazione ai fatti pregressi alla loro entrata in vigore può ritenersi applicabile anche nel caso in cui le norme di favore siano contenute in una legge di conversione del decreto legge che sia dichiarata incostituzionale<sup>811</sup>.

L'applicazione di questo principio al caso qui ipotizzato, previsione di disposizioni penali di favore in relazione a reati commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge unito all'esortazione all'immediata autodenuncia, comporterebbe allora che se la legge di conversione del decreto legge fosse dichiarata incostituzionale, le norme penali di favore in essa previste non potrebbero essere applicate a quei soggetti che nel frattempo avessero già presentato l'istanza di sanatoria, denunciando spontaneamente gli illeciti commessi, a ciò indotti dalla promessa di impunità. Riconoscere comunque l'impunità significherebbe d'altra parte ammettere l'esistenza di "zone franche" dal controllo di costituzionalità. Per il caso in cui la situazione normativa ipotizzata sia contenuta in un decreto legge si potrebbe anche ritenere l'affidamento del cittadino non meritevole di tutela poiché il decreto legge è per sua natura atto provvisorio, ma questo discorso non varrebbe per il caso in cui la disciplina ipotizzata fosse stata oggetto di legge di conversione.

Un'ulteriore ipotesi nella quale la tutela cautelare può essere necessaria ad evitare un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico considerato sotto il profilo della certezza del diritto, ricorre poi nel caso in cui si determini una grave antinomia fra legge statale e legge regionale, situazione che come noto non può essere risolta secondo il criterio della successione temporale fra norme di pari grado, né dai giudici comuni secondo il criterio della competenza poiché è loro preclusa la disapplicazione delle leggi, sia statali che regionali di sospetta incostituzionalità per violazione

---

<sup>810</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 22 febbraio 1985, n. 51, in *Giur. cost.*, 1985, p. 242 ss. con nota di G. VASSALLI, *Decreti-legge favorevoli al reo non convertiti, emendati o decaduti: una prima tappa verso la chiarezza su un controverso tema di diritto transitorio*.

<sup>811</sup> In questo senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 126; cfr. Corte costituzionale, sentenza 22 febbraio 1985, n. 51, cit., punto 5 della parte in diritto, per l'equiparazione della situazioni normativa di dichiarazione di incostituzionalità alla mancata conversione di un decreto legge.

delle regole di competenza<sup>812</sup>. Situazioni di totale antinomia fra leggi statali e leggi regionali possono oggi verificarsi con una frequenza maggiore in seguito all'eliminazione del controllo preventivo sulle leggi regionali e non più soltanto con riferimento a leggi statali successive a leggi regionali, ma anche in seguito alle leggi di ciascuna Regione<sup>813</sup>. In questi casi il provvedimento cautelare è in grado di risolvere la situazione di antinomia sia pur nel limitato arco temporale della sua efficacia, nello stesso ambito è idoneo a eliminare le incertezze relative all'individuazione della norma da applicare, fermo restando che nessuna certezza, neppure provvisoria può discendere da una misura cautelare in relazione alla situazione giuridica controversa<sup>814</sup>.

## 20. *Il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini.*

Il *periculum in mora* descritto dalla formula del pregiudizio grave irreparabile ai diritti dei cittadini è di immediata comprensione, la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore richiede però qualche precisazione in relazione al suo potenziale campo di applicazione.

Prima di procedere in questa direzione è opportuno evidenziare che la previsione di una disposizione dedicata alla tutela dei diritti dei cittadini nell'ambito di un giudizio nel quale si controverte fra i soggetti dell'ordinamento in relazione alla rispettiva sfera di potestà legislativa si spiega perché uno dei principali problemi di uno Stato unitario ma autonomistico è quello di conciliare l'esigenza di garantire l'eguaglianza nei diritti con quella della differenziazione sostenibile come espressione dello Stato sociale delle autonomie<sup>815</sup>. E' in questa dimensione collettiva, riferita a una pluralità indeterminata di soggetti, che anche nell'esperienza giurisprudenziale emerge sempre più spesso l'esigenza di tutela dei diritti anche nei giudizi in via principale<sup>816</sup>. La disposizione ha una

---

<sup>812</sup> Diverso discorso può farsi in relazione alla provvisoria disapplicazione delle leggi che violano diritti dei cittadini, ma non appunto in relazione alla violazione delle disposizioni relative al riparto di competenze.

<sup>813</sup> Per un esempio concreto si rinvia alla vicenda già descritta, che ha contrapposto lo Stato e alcune Regioni in relazione alla reiterazione del condono edilizio nella quale alcune Regioni avevano disposto la non applicabilità nel proprio territorio della disciplina statale.

<sup>814</sup> Per quest'ultima osservazione e per l'ambiguità che quindi connota l'esigenza di certezza del diritto come argomento per il rilascio di misure cautelari, si rinvia per approfondimenti alla trattazione relativa all'esperienza tedesca.

<sup>815</sup> Per l'approfondimento dei diversi profili di questa problematica, *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. CHIEFFI, Padova, Cedam, 1999; *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, *Atti del convegno Roma - 9 giugno 2003*, a cura di G. BERTI e G.C. DE MARTIN, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>816</sup> Si può pensare ad esempio ai giudizi originati dalla scelta di alcune regioni di vietare nel proprio territorio determinate pratiche terapeutiche, cfr. Corte costituzionale sentenza 26 giugno 2002, n. 282; sentenza 14 novembre 2003, n.

formulazione piuttosto generica, deve per ciò ritenersi capace di comprendere sia i diritti civili, che i diritti politici che quelli sociali<sup>817</sup>. Con particolare riferimento a quest'ultima categoria di diritti la loro difficile giustiziabilità non pone ostacoli sotto il profilo che qui rileva poiché il *periculum in mora* ad esso riferito non consiste in una loro insufficiente attuazione ma nell'impedimento dell'attuazione allo stato già conseguibile attraverso l'esercizio della competenza legislativa controversa.

Non si dice nemmeno se debba trattarsi di diritti riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Qualora si ammetta –come sembra naturale– che sia consentito allo Stato e alle Regioni il riconoscimento di ulteriori diritti rispetto a quelli riconosciuti dalla Costituzione, si potrebbe ipotizzare che anche per questi diritti alla censurata lesione di una competenza legislativa possa conseguire il rischio di un loro pregiudizio irreparabile tale da giustificare il rilascio di provvedimenti cautelari. Occorre però tenere presente che l'ulteriore requisito della gravità del pregiudizio esclude che possano essere presi in considerazione pregiudizi a diritti il cui fondamento non sia almeno indirettamente ricollegabile alla lesione di interessi di rilievo costituzionale. Per esemplificare si può ipotizzare una legge regionale che riconosce il diritto all'asilo nido e a una successiva legge statale che imponga l'interruzione dell'erogazione di questa prestazione per come specificamente attuata dalla Regione attraverso la fissazione di *standard* di sicurezza imposti in virtù della competenza statale esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Il diritto all'asilo nido evidentemente non è riconosciuto in Costituzione, ma il suo riconoscimento trova un solido fondamento nelle disposizioni costituzionali che tutelano la maternità, l'infanzia, il diritto al lavoro. Si potrebbe ipotizzare allora in una simile ipotesi che l'interruzione del servizio possa cagionare danni gravi e irreparabili a questi diritti di rilievo costituzionale delle famiglie colpite.

---

338; alla già citata sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, per i rilevanti profili di tutela della salute inerenti alle scelte di localizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici; alla sentenza 29 giugno 2004, n. 196 relativa all'ultimo condono edilizio, dove sono state presentate istanze di sospensione anche a tutela dei diritti dei cittadini. Sul crescente rilievo nei giudizi in via principale dei profili di garanzia relativi ai diritti, E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003, p. 83 ss.; *La giustizia costituzionale nel 2003, Relazione del Presidente Gustavo Zagrebelsky*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>817</sup> Sul punto si vedano i diversi contributi raccolti in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. CHIEFFI, Padova, Cedam, 1999 e in *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici, Atti del convegno Roma - 9 giugno 2003*, a cura di G. BERTI e G.C. DE MARTIN, Milano, Giuffrè, 2003.

Un'ulteriore precisazione merita la circostanza che secondo la formula prevista dal legislatore e secondo la logica propria della tutela cautelare, a giustificare il rilascio di un provvedimento di sospensione dell'esecuzione della legge è sufficiente che si manifesti il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini, non si richiede però che la lesione si sia già prodotta. Sotto questo profilo è allora indifferente che si tratti o meno di una c.d. "legge autoapplicativa", cioè di una legge immediatamente lesiva dei diritti dei cittadini o di una legge che per essere attuata necessita di provvedimenti di attuazione. Non è quindi condivisibile l'opinione dottrinale secondo la quale soltanto le leggi autoapplicative sarebbero in grado di integrare il *periculum in mora* previsto dal legislatore<sup>818</sup>. Come già accennato il giudizio in via principale non si pone in un rapporto di sussidiarietà bensì di complementarietà rispetto alla tutela dei diritti costituzionali offerta dalle giurisdizioni comuni, la giurisprudenza costituzionale ha del resto sempre ritenuto ammissibile in questo giudizio la censura di qualsiasi parametro costituzionale. Restano ora da precisare meglio i requisiti dell'irreparabilità e della gravità del pregiudizio.

Il requisito dell'irreparabilità con riferimento ai diritti dei cittadini è di agevole interpretazione e può giovare dei criteri elaborati nell'ambito della letteratura processualcivilistica che conviene qui richiamare in via del tutto sintetica. E' irreparabile il pregiudizio che non sia suscettibile di reintegrazione in forma specifica né per equivalente monetario. In particolare nella valutazione dell'irreparabilità del pregiudizio occorre considerare non soltanto il contenuto del diritto ma anche la sua funzione. La funzione non patrimoniale del diritto può determinare l'irreparabilità del pregiudizio, indipendentemente dal contenuto patrimoniale o non, del relativo diritto. Lo stato di insoddisfazione del diritto durante il tempo necessario per una decisione definitiva infatti non può essere adeguatamente riparato attraverso il risarcimento per equivalente monetario non essendo suscettibile di una valutazione patrimoniale<sup>819</sup>.

In questo contesto la gravità del pregiudizio vale a circoscrivere ulteriormente le ipotesi in cui è giustificato il rilascio del provvedimento cautelare: pregiudizi irreparabili ma di lieve entità non giustificano la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato. La considerazione dell'intrinseca pericolosità della tutela cautelare impone particolare rigore nell'esercizio del potere cautelare.

#### 21. *Il contenuto, gli effetti e la forma del provvedimento cautelare.*

Sul contenuto della misura cautelare prevista dall'art. 35 della l. 87/1953 attraverso il rinvio all'art. 40 della medesima legge, ci

---

<sup>818</sup> C. PINELLI, *Art. 9*, cit., p. 189.

<sup>819</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit. p. 635 ss.

siamo già soffermati durante l'esame dei profili di costituzionalità relativi alla disciplina del potere cautelare della Corte costituzionale attraverso una fonte ordinaria. E' allora qui sufficiente ricordare che, secondo l'interpretazione che si ritiene preferibile, il riferimento alla sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati deve intendersi come sospensione dell'efficacia della legge. Resta poi da precisare che l'art. 35 prevede che la Corte possa limitare l'ordine di sospensione ad alcune parti soltanto dell'atto impugnato.

Occorre infine evidenziare che il provvedimento cautelare di sospensione della legge produce effetti *erga omnes* in relazione all'atto o alla parte dell'atto per il quale è disposto. Si è già segnalato che non si può escludere la pronuncia di provvedimenti cautelari che abbiano per contenuto la sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato in riferimento ad una determinata parte del territorio nazionale, per il caso in cui il rischio dei pregiudizi lamentati fosse in ipotesi esistente solo per quel territorio<sup>820</sup>.

Un'ulteriore precisazione appare opportuna.

La sospensione cautelare dell'efficacia della legge comporta che essa non possa essere eseguita dalla pubblica amministrazione e non valga come regola di condotta nei rapporti fra privati e come regola di giudizio per il giudice. Tuttavia, considerata la provvisorietà degli effetti del provvedimento cautelare, essa non determina l'irrilevanza delle questioni di legittimità costituzionale relative alla medesima legge eventualmente sollevate nel corso dei giudizi comuni<sup>821</sup>.

Quanto alla forma, il provvedimento cautelare per il suo carattere non definitivo deve essere adottato nella forma dell'ordinanza succintamente motivata. Per le ragioni indicate nella parte introduttiva circa il requisito del *fumus boni iuris* pare opportuno che la Corte si limiti a rendere conto dell'esito della relativa valutazione.

Secondo quanto previsto dall'art. 20 delle n.i. per ogni decisione della Corte, l'ordinanza sia di accoglimento che di rigetto del provvedimento cautelare dovrà essere pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale della Regione, per il caso che abbia per oggetto una legge regionale.

## 22. *La regole procedurali dell'incidente cautelare nel giudizio in via principale.*

Conviene ora soffermarsi brevemente sulle regole per lo svolgimento dell'incidente cautelare.

---

<sup>820</sup> Sul punto si rinvia a quanto già detto nella parte relativa al carattere officioso del potere cautelare.

<sup>821</sup> Sulla nozione di rilevanza, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.

Nessuna norma è appositamente dettata per l'istruzione, ma può ritenersi applicabile, dato il comune carattere sommario del giudizio, in via di analogia l'art. 28 n.i. secondo il quale la Corte provvede nel contraddittorio delle parti e previe le indagini che ritiene opportune.

L'art. 35 detta invece una norma assai singolare per lo svolgimento del giudizio: stabilisce per il rilascio del provvedimento cautelare un termine dilatorio. In particolare secondo l'art. 35, la misura cautelare può essere rilasciata d'ufficio dalla Corte "trascorso il termine di cui all'art. 25" della stessa legge; quest'ultima disposizione prevede che entro il termine di "venti giorni dall'avvenuta notificazione della ordinanza, ai sensi dell'art. 23<sup>822</sup>, le parti possono esaminare gli atti depositati nella Cancelleria e presentare le loro deduzioni". Il termine, che risponde evidentemente a garantire il contraddittorio delle parti ed eventualmente di altri soggetti ammessi ad intervenire nel giudizio <sup>823</sup>, sembra invero eccessivo se si considera che presupposto inderogabile del rilascio di un provvedimento cautelare è l'urgenza del provvedere e che la particolare qualificazione delle parti del giudizio avrebbe consentito un adeguato contraddittorio anche in un termine inferiore. Occorre tuttavia tenere presente che l'art. 9 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, prevede che "Il presidente della Corte, quando lo ritenga necessario, può con provvedimento motivato ridurre fino alla metà i termini dei procedimenti"<sup>824</sup>.

L'art. 35 prevede infine che in caso di rilascio del provvedimento cautelare la Corte debba fissare l'udienza di discussione entro i successivi trenta giorni e che il dispositivo della sentenza è depositato nei quindici giorni successivi. La disposizione deve essere interpretata, considerata la sua *ratio*, nel senso che l'udienza debba tenersi nei trenta giorni successivi alla pronuncia del provvedimento cautelare<sup>825</sup>. La previsione è particolarmente opportuna per l'esigenza di eliminare l'incertezza del quadro normativo.

---

<sup>822</sup> Il rinvio è all'ordinanza con cui è promosso un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, cfr. art. 23 l. 87/1953.

<sup>823</sup> Cfr. art. 4 n.i.

<sup>824</sup> Sui poteri del Presidente della Corte costituzionale, T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 2057 ss., G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1994, p. 667 ss.

<sup>825</sup> Sul punto, R. ROMBOLI, *Il sistema dei controlli sullo statuto e sulle leggi regionali*, in *La revisione del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, a cura di G.F. Ferrari e G. Parodi, Padova, Cedam, 2003, p. 258 ss., p. 259.



## CAPITOLO II

### IL POTERE CAUTELARE NEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI FRA STATO E REGIONI E FRA REGIONI

1. *Il bisogno di tutela cautelare nel conflitto fra Stato e Regioni e fra Regioni: considerazioni introduttive.*

Nei conflitti fra enti la Corte dispone del potere cautelare di sospendere l'esecuzione degli atti impugnati fin dall'inizio del suo funzionamento. L'art. 40 della legge 11 marzo 1953, n. 87 prevede che in caso di gravi ragioni, con ordinanza motivata, la Corte possa disporre la sospensione dell'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni, o fra Regioni. L'art. 28 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale completa la disciplina del potere di sospensione disponendo che essa può essere domandata in qualsiasi momento, eventualmente anche all'udienza di discussione<sup>826</sup>. Alle Regioni si intendono equiparate, come parti del conflitto, le Province autonome di Trento e di Bolzano, in base all'art. 98 del T.U. delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige.

I conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni e fra Regioni presentano quindi particolare interesse per la nostra indagine: la (relativamente) consistente casistica giurisprudenziale offre la possibilità di saggiare nella concretezza dell'esperienza processuale come la tutela cautelare possa essere opportunamente impiegata nella giurisdizione costituzionale. Non ostacola la ricerca delle peculiari esigenze del potere cautelare nella giustizia costituzionale la considerazione che secondo le intenzioni del legislatore, la misura cautelare della sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati nel conflitto intersoggettivo *ex art. 40 l. 87/1953* sia stata prevista per la convinzione di una tendenziale assimilazione di quest'ultimo al giudizio amministrativo, sulla base del disegno riduttivo delle autonomie regionali all'epoca prevalente<sup>827</sup>. La

---

<sup>826</sup> Sul potere cautelare nel conflitto intersoggettivo con particolare riferimento agli aspetti processuali, A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali fra enti*, in *I processi speciali studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 295 ss.; G. VOLPE, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali (art. 134-139), Commentario della Costituzione a cura di Branca G.*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 312 ss., in particolare, p. 417 ss.; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1985, in particolare p. 150 ss., p. 163 ss., p. 220 ss., p. 249 ss., p. 266 ss., 279 ss., p. 290 ss., p. 345 ss., p. 379 ss.; dello stesso Autore, sul punto, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 362 ss, p. 377.

<sup>827</sup> Sul punto, S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1985, in particolare p. 57 ss.

considerazione della natura sostanzialmente amministrativa dei conflitti di competenza fra Stato e Regioni e la conseguente loro radicale differenziazione dai conflitti fra poteri dello Stato è stata infatti smentita dall'esperienza giurisprudenziale che ha invece dimostrato importanti elementi di omogeneità fra i due conflitti<sup>828</sup>. Nel contesto di questo lavoro non è ovviamente possibile approfondire le tappe che hanno segnato questa evoluzione, né soffermarsi sui potenziali riflessi della riforma del Titolo V della Costituzione su questa competenza della Corte. Conviene però richiamare due momenti di questo sviluppo che assumono un particolare rilievo per la valorizzazione del "significato costituzionale"<sup>829</sup> dei conflitti intersoggettivi e delle correlative problematiche inerenti alla tutela cautelare.

Una prima significativa evoluzione si è avuta in corrispondenza al passaggio, nei rapporti Stato-Regioni, da una concezione dualista al modello del regionalismo cooperativo<sup>830</sup>. Soprattutto in relazione alle pretese relative rispetto del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni, si è riconosciuta allora l'esigenza di tutelare il concreto esercizio delle competenze in caso di lesioni originate non solo da atti ad efficacia negativa, ma anche da inerzie ed omissioni, purché, considerato il necessario carattere reale del conflitto, in corrispondenza di specifici obblighi giuridici di provvedere.

Una seconda evoluzione è collegata al superamento dell'idea del conflitto concepito soltanto in termini di ricorso contro

---

<sup>828</sup> Per un confronto fra i due tipi di conflitto, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit.

<sup>829</sup> Per la valorizzazione della natura costituzionale di questi giudizi e per il rilievo che in questa dimensione assume il potere cautelare della Corte costituzionale, S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, cit., in particolare in particolare 150 ss., 163 ss., 220 ss., 249 ss., 266 ss., 279 ss., 290 ss., 345 ss., 379 ss.; dello stesso Autore, sul punto, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., in particolare, p. 377.

<sup>830</sup> S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit., *passim*. Per il successivo aggiornamento dei profili processuali e istituzionali: F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte nei conflitti fra lo Stato e le Regioni*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 205 ss.; L. MANNELLI, *Il conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1993, p. 217 ss.; P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1996, p. 291 ss.; L. MANNELLI, *Il conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1999, p. 299 ss.; P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 157 ss.; per utili aggiornamenti giurisprudenziali anche A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 369 ss.

l'usurpazione di potere, c.d. *vindicatio potestatis*, e all'ammissibilità dei conflitti nella forma dell'interferenza, cioè della contestazione, in quanto lesive di attribuzioni del ricorrente, delle modalità di esercizio di competenze sicuramente spettanti all'ente che le esercita. Con l'importante conseguenza che il conflitto pensato come giudizio su atti di esercizio di funzioni definibili sia pur impropriamente di tipo amministrativo è stato così ammesso anche per la contestazione dell'anomalo esercizio della funzione giurisdizionale<sup>831</sup>. In questi casi talvolta, come osservato in dottrina, il conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni include in sé un conflitto fra poteri dello Stato<sup>832</sup>.

L'incidente cautelare nel conflitto intersoggettivo si è dovuto allora confrontare con problemi diversi da quelli previsti dal legislatore e per i quali la misura cautelare della sospensione dell'esecuzione prevista dall'art. 40 della legge 87/1953, se letteralmente interpretata e applicata, è inadeguata. Talora si tratta di questioni analoghe a quelle che si sono prospettate nel giudizio amministrativo, così ad esempio la domanda di tutela cautelare rispetto agli atti negativi e agli atti che non necessitano di una materiale attività di esecuzione. Talvolta si tratta invece di questioni peculiari del giudizio costituzionale che richiedono un'attenta valutazione delle conseguenze che il provvedimento cautelare produce sul piano istituzionale, così ad esempio nelle istanze di sospensione dei *referendum* e nei conflitti che vedono come parte l'autorità giudiziaria.

Nei paragrafi che seguono saranno ricostruiti i presupposti di esercizio del potere cautelare con riferimento al concreto bisogno di tutela emerso nei conflitti intersoggettivi e, pur in mancanza di qualsiasi espressa elaborazione giurisprudenziale, si cercherà di ricostruire il modello decisorio adottato dalla Corte.

## 2. *Le gravi ragioni che giustificano il rilascio del provvedimento cautelare: a) il periculum in mora; b) il fumes boni iuris.*

Come sopra accennato, l'art. 40 della legge 87/1953 subordina il rilascio del provvedimento di sospensione cautelare degli atti impugnati alla sussistenza di "gravi ragioni". L'espressione, in

---

<sup>831</sup>Osserva che il problema dei limiti di sindacabilità di atti giurisdizionali in sede di conflitto si è posto per la prima volta nel conflitto intersoggettivo, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 369; sul punto, S. GRASSI, *Il giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit., p. 319 ss., del medesimo Autore, *In tema di rapporti tra giudizio costituzionale sui conflitti intersoggettivi e giudizi comuni*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1235 ss.; di recente sul tema, G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>832</sup>R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto partito fra enti e arrivato tra poteri. (Il conflitto tra Stato e Regioni avente per oggetto un atto giurisdizionale)*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, II, p. 583 ss.

linea con il disegno originario del legislatore, riproduce la formula che compare per la prima volta nella legge 5992/1889, poi riprodotta nell'art. 31 del T.U. 17 agosto 1907, n. 638 e quindi nell'art. 39 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, ed è utilizzata per indicare il presupposto del potere di sospensione dell'atto impugnato nei giudizi dinnanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>833</sup>. Nella giurisdizione amministrativa, superata una prima fase in cui l'espressione "gravi ragioni" era identificata con l'interesse pubblico all'esecuzione del provvedimento, la formula ha poi assunto il significato di un'espressione sintetica idonea a comprendere i due presupposti ai quali è di regola subordinato il rilascio di provvedimenti di tutela cautelare nei diversi sistemi processuali: il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*<sup>834</sup>.

La nostra Corte costituzionale, a differenza del Tribunale costituzionale tedesco, non ha fino ad ora elaborato un autonomo modello decisorio relativo alle istanze cautelari. Dalla lettura della sua giurisprudenza emerge peraltro che il rilascio di provvedimenti cautelari è subordinato al riscontro di entrambi i

---

<sup>833</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 30 ss.

<sup>834</sup> Sul punto, e per la successiva evoluzione, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, cit. In particolare, l'Autrice illustra che l'interpretazione del presupposto delle gravi ragioni nell'ambito della giurisdizione amministrativa è inizialmente condizionata all'idea allora predominante della necessaria prevalenza dell'attuazione dell'interesse pubblico affidato alle cure della P.A. sulle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale. Le gravi ragioni che consentivano la sospensione cautelare del provvedimento impugnato erano perciò identificate con quello stesso interesse pubblico, inteso talvolta come lo specifico interesse che l'atto impugnato intendeva perseguire, talvolta come interesse pubblico generale. In questa logica, l'interesse del ricorrente in tanto poteva trovare tutela in quanto coincidente o concorrente con quello pubblico, in linea del resto con la nozione allora accolta dell'interesse legittimo che il soggetto faceva valere in giudizio. Nella stessa prospettiva di contiguità fra attuazione dell'interesse pubblico sul piano sostanziale e prioritaria salvaguardia della sua attuazione in sede giurisdizionale, si collocava la coeva opinione che considerava il potere di sospensione cautelare come un potere amministrativo di controllo che il Consiglio di Stato poteva esercitare solo su istanza del ricorrente, sebbene poi fosse svincolato nel suo esercizio dall'oggetto del giudizio. Di qui l'ulteriore corollario della natura discrezionale in senso stretto del medesimo potere, intesa come Nel quadro così delineato la valutazione del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* veniva ad assumere un ruolo del tutto marginale e subordinato alla garanzia del pubblico interesse. La prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale non era tuttavia incontrastata, sulla natura giurisdizionale del potere di sospensione cautelare del Consiglio di Stato e per l'indicazione di giurisprudenza che, discostandosi dall'orientamento prevalente, ritiene incongruo ravvisare le ragioni giustificatrici della sospensione esclusivamente nell'interesse pubblico, V. ANDRIOLI, *Su la sospensione del provvedimento impugnato, disposta dal giudice amministrativo*, nota a Tribunale di Roma, 2 luglio 1941, in *Riv. dir. proc.*, 1942, p. 29 ss.

requisiti. La Corte si riferisce di regola espressamente soltanto all'esistenza o inesistenza del rischio di un danno grave e irreparabile ma, in particolare nelle ordinanze di rigetto delle istanze cautelari, motiva talora anche con riferimento all'insufficienza degli elementi adottati per l'accoglimento del ricorso<sup>835</sup>. Senza qui ripetere il discorso già svolto nella parte introduttiva di questo lavoro, il modello decisorio che può essere opportunamente impiegato per l'esercizio del potere cautelare nel processo costituzionale deve comprendere entrambi i presupposti<sup>836</sup>. In relazione alla motivazione del provvedimento di diniego o di accoglimento dell'istanza l'esternazione delle considerazioni relative al *fumus boni iuris*, per le ragioni ampiamente indicate in precedenza, è però quanto mai inopportuna nel contesto di un giudizio la cui decisione

---

<sup>835</sup> Cfr. ad esempio, Corte costituzionale, 5 aprile 2001, n. 102, in *Giur. cost.*, 2001, p. 635 ss. con nota critica in relazione alla scelta motivare sul *fumus boni iuris* oltretutto in contrasto con precedente orientamento giurisprudenziale, di S. BARTOLE, *Overruling" o "qualification" di precedente con ordinanza di reiezione della domanda di sospensione di atto impugnato per conflitto di attribuzioni?*. Si trattava dell'istanza di sospensione di una delibera del Consiglio regionale della Lombardia di indizione di *referendum* consultivo in merito ad una proposta di legge costituzionale per l'attribuzione alla medesima Regione di funzioni statali in materia di sanità, istruzione anche professionale, polizia locale; lo Stato domandava la sospensione cautelare dell'atto impugnato anche sulla base della circostanza dell'avvenuta frustrazione dell'auspicio che la Regione procedesse all'"autosospensione" dell'atto impugnato in nome di ragioni di correttezza costituzionale,- con decreto del Presidente della Giunta era stato indetto il *referendum* per la data concomitante alle elezioni per il rinnovo del Parlamento nazionale - e adducendo il pericolo di emulazione da parte di altri di un atto considerato lesivo per l'unità della Repubblica. La Corte, riservata ogni valutazione di rito e di merito, rigetta l'istanza poiché non sussistono le gravi ragioni che sole giustificano la sospensione, infatti osserva la Corte la delibera in questione non coinvolge scelte fondamentali di livello costituzionale in presenza delle quali non è consentita la separata consultazione di frazioni del corpo elettorale; la decisione è pubblicata anche in *Foro it.*, 2001, I, c. 1422, con nota di A. PERTICI. Analogamente per il caso deciso dall'ordinanza 29 aprile 1983, n. 118, in *Le Regioni*, 1983, p. 1019 ss., con nota di V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*, che rigetta l'istanza di sospensione promossa dalla Regione Trentino Alto Adige con riferimento ad un decreto del Ministro del Tesoro che recava alla Regione un pregiudizio patrimoniale.

<sup>836</sup> Sull'esigenza di una valutazione in punto di *fumus*, A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali fra enti*, in *I processi speciali studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., pp. 304-305 ss.; G. MOR, *La sentenza sospesa*, in *Le Regioni*, 1980, p. 1019 ss.; V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*. Di diverso avviso, A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e gravi ragioni per la sospensione nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1980, p. 142 ss.

definitiva ha un contenuto di accertamento oltre che costitutivo<sup>837</sup>.

Per quanto riguarda *il periculum in mora* la Corte adotta un criterio assai rigoroso. Il rilascio del provvedimento cautelare è di regola espressamente subordinato al rischio che nelle more della decisione definitiva si produca un pregiudizio irreparabile. Conviene di seguito esaminare la relativa casistica giurisprudenziale.

La Corte ha considerato irreparabili anche pregiudizi di natura patrimoniale in considerazione dell'entità del pregiudizio lamentato e dell'estensione temporale degli effetti del provvedimento impugnato, evidentemente in considerazione della strumentalità delle risorse allo svolgimento di funzioni pubbliche e della conseguente lesione all'autonomia finanziaria dell'ente <sup>838</sup>. Si tratta evidentemente di una nozione di irreparabilità del pregiudizio che tiene opportunamente conto della funzione non patrimoniale di una pretesa di contenuto patrimoniale<sup>839</sup>.

Un'altra ipotesi tipicamente suscettibile di produrre un pregiudizio irreparabile per l'irreversibilità dei suoi effetti è lo svolgimento di *referendum*, anche semplicemente di carattere consultivo considerato che, indipendentemente dal carattere non vincolante degli effetti che esso produce sul piano giuridico, è ineliminabile il suo significato istituzionale di sanzione della responsabilità politica sul piano della consonanza o meno fra comunità e rappresentanti politici. Fra le ipotesi di accoglimento si segnala per il rilevante significato politico delle questioni, l'ordinanza 22 novembre 1988, n. 1040, con la quale la Corte ha accolto l'istanza di sospensione di due *referendum* e rinviato la trattazione dell'istanza di sospensione contestualmente richiesta per un terzo *referendum* non esistendo per quest'ultimo il requisito dell'urgenza<sup>840</sup>. Lo svolgimento dei

---

<sup>837</sup> Sul punto la dottrina è pressoché concorde, cfr. S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., in particolare, p. 377, per la valorizzazione della formula con cui la Corte si riserva ogni decisione in rito e nel merito in ogni ordinanza che decide su istanze cautelari.

<sup>838</sup> Cfr. ordinanza 14 febbraio 2001, n. 41, con la quale la Corte ha accolto un'istanza di sospensione relativa ad un decreto adottato dal Ministro delle finanze di concerto con quello del Tesoro; da segnalare che l'istanza di sospensione era stata depositata il 23 maggio 1998; nel corso del giudizio la Corte solleva in via di autorimessione questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sulla cui base era stato adottato il decreto. Il giudizio è definito dalla sentenza 14 aprile 2002, n. 133 che accoglie il ricorso.

<sup>839</sup> Sul punto, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 635 ss. L'ordinanza è pubblicata in *Foro it.*, 1989, c. 925 ss. Si trattava di *referendum* consultivi indetti dalla Regione Sardegna, sui seguenti quesiti: "a) se gli elettori siano contrari alla presenza in Sardegna di basi militari straniere istituite a seguito di atti internazionali non sottoposti al prescritto controllo del

due *referendum* anteriormente alla pronuncia della Corte avrebbe evidentemente pregiudicato gli effetti della decisione di merito producendo una modificazione irreversibile della realtà di indiscusso rilievo politico-istituzionale.

Si segnala poi la prima ordinanza con la quale è sospeso un atto statale. Si trattava di una circolare relativa al periodo di autorizzazione alla pesca del novellame di sarda, atto capace secondo la Corte di recare un grave pregiudizio essenzialmente sotto il profilo della certezza sia pur solo temporanea del quadro normativo di riferimento<sup>841</sup>, perché suscettibile di determinare contrasti di comportamenti e valutazioni fra uffici della pubblica amministrazione<sup>842</sup>.

In altri casi la Corte ha sospeso l'esecuzione di provvedimenti relativi alla nomina dei titolari di organi amministrativi<sup>843</sup>, poiché la contestuale nomina all'ufficio di soggetti diversi da parte sia dello Stato che della Regione avrebbe impedito il funzionamento dell'organo; ancora, la Corte ha sospeso l'esecuzione di atti relativi alla definizione delle piante organiche di uffici pubblici per il rischio che in pendenza del giudizio si determinassero situazioni contrastanti con il pubblico interesse anche in relazione alle esigenze di tutela del legittimo

---

Parlamento e diretti ad offrire punti di approdo e di rifornimento anche a navi e sommergibili a propulsione nucleare o con armamento nucleare;

b) se siano favorevoli a che il Consiglio regionale della Sardegna presenti alle Camere, ai sensi dell'art. 121, secondo comma, della Costituzione, e 51 dello Statuto sardo, una proposta di legge per vietare, sperando le necessarie iniziative internazionali, il transito e l'approdo, nelle acque territoriali italiane, di naviglio a propulsione nucleare o con a bordo armi atomiche;

c) se vogliano che lo stesso consiglio, ai sensi della teste' citata normativa, presenti una proposta di legge di revisione dell'art. 80 della Costituzione, per consentire l'accertamento della volontà popolare, tramite referendum consultivo, sui trattati internazionali di natura politica la cui ratifica e' sottoposta all'autorizzazione del Parlamento"; il ricorso è accolto con la sentenza 18 maggio 1989, n. 256, sulla quale, E. Bettinelli, *"Grandi questioni di interesse generale" e referendum consultivi regionali*, in *Le Regioni*, 1990, p. 1292 ss.

<sup>841</sup> Sulla certezza provvisoria offerta dai provvedimenti cautelari, si rinvia alle considerazioni svolte nella parte dedicata allo studio della giurisprudenza tedesca.

<sup>842</sup> Si tratta dell'ordinanza 12 dicembre 1978, n. 83, in *Le Regioni*, 1979, p. 139 ss.

<sup>843</sup> Così ad esempio l'ordinanza 6 aprile 1960, n. 21 relativa ad un giudizio nel corso del quale erano state presentate due domande di sospensione "incrociate" relative alla nomina e revoca dei commissari straordinari per l'IACP, la Corte sospende gli atti della Provincia di Bolzano, poiché quelli dello Stato avevano già avuto esecuzione.

affidamento che l'esecuzione di un provvedimento amministrativo determina per i cittadini destinatari dell'atto<sup>844</sup>.

Si segnala ancora l'ordinanza con la quale la Corte ha sospeso l'esecuzione di una sentenza penale di condanna pronunciata nei confronti di un Deputato dell'Assemblea regionale siciliana in relazione alla pena accessoria della temporanea interdizione dai pubblici uffici da essa prevista che determinava il rischio di una grave interferenza con il funzionamento dell'organo rappresentativo<sup>845</sup>. La pronuncia ha suscitato una decisa reazione dell'autorità giurisdizionale. Il Tribunale chiamato a provvedere sull'istanza di revoca della provvisoria sospensione dai pubblici uffici ha sollevato conflitto di attribuzioni nei confronti della Corte costituzionale. La Corte ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto poiché si contestavano le concrete modalità di esercizio del potere di sospensione cautelare spettante alla Corte medesima, (in particolare si eccepeva l'omessa decisione in via definitiva sull'ammissibilità del conflitto, prima della pronuncia del provvedimento cautelare) e non una menomazione o un disconoscimento delle attribuzioni costituzionalmente rilevanti<sup>846</sup>. La Corte ha anche affermato che in ogni caso il ricorrente sarebbe stato privo della legittimazione ad agire, dato il carattere diffuso del potere giurisdizionale. Il ricorso avrebbe se del caso dovuto essere sollevato dal giudice che aveva pronunciato la sentenza sospesa<sup>847</sup>. Sono evidenti i problemi, che qui non possono essere approfonditi, le esigenze di coordinamento con i mezzi di impugnazione delle sentenze, anche a tutela del diritto di difesa delle parti, che pone questo orientamento della giurisprudenza costituzionale che ammette i conflitti da interferenza.

---

<sup>844</sup> Cfr. ordinanza 19 novembre 1965, n. 74 in un ricorso promosso dallo Stato contro la Regione Sardegna, avente per oggetto un decreto assessoriale relativo al trattamento economico di impiegati comunali.

<sup>845</sup> Si tratta dell'ordinanza 19 giugno 1980, n. 94, in *Le Regioni*, 1980, p. 1019 ss., con nota di G. MOR, *La sentenza sospesa*, cit.; la Corte accoglie per questo profilo il ricorso regionale con sentenza 16 novembre 1981, n. 183, in *Le Regioni*, 1982, p. 160 ss., con nota di G. MOR, *La sentenza annullata*, e D. NOCILLA, *A proposito di "diritto vivente"*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1876 ss.; sul punto anche G. MOR, *La Corte arbitro dei conflitti tra magistratura e potere politico: il divieto della sospensione provvisoria dagli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare*, nota a Corte costituzionale, sentenza 25 marzo 1982, n. 58, in *Le Regioni*, 1982, p. 645 ss.

<sup>846</sup> Cfr. ordinanza 26 maggio 1981, n. 79, in *Giur. cost.*, 1981, p. 735 ss., sulla quale F. CERRONE, *Considerazioni in tema di ammissibilità e fondatezza di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 476 ss.

<sup>847</sup> Sul carattere "diffuso" del potere giurisdizionale, E. CAPACCIOLI, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, nota a Corte costituzionale, sentenza 12 novembre 1968, n. 163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 265 ss., p. 273.



E' infine interessante segnalare un caso nel quale con motivazione discutibile in relazione alla mancanza di un pregiudizio irreparabile, la Corte ha rigettato l'istanza di sospensione di un provvedimento di diniego della convalida di una misura di sequestro conservativo pronunciata da un pubblico ministero. Questa la vicenda. Un pubblico ministero ordinava il sequestro preventivo di alcune specie di selvaggina nel territorio della Regione precisando che tale misura valeva come divieto di caccia, con conseguente impossibilità di applicare la legge regionale che ne consentiva la caccia in deroga alle disposizioni nazionali e comunitarie. Il g.i.p. negava la convalida del sequestro poiché il divieto di caccia doveva desumersi già dalla normativa nazionale e comunitaria. La Regione Lombardia impugnava l'ordinanza di un g.i.p. , la Corte ha respinto l'istanza di sospensione per l'insussistenza allo stato di alcuna misura preventiva in relazione alle specie cacciabili<sup>848</sup>. Nel merito invece la Corte ha accolto il ricorso poiché l'ordinanza impugnata per la sua motivazione presupponeva la disapplicazione della legge regionale in violazione dell'art. 134 Cost. Da notare che il ricorso era stato depositato il 30 novembre 2002; la legge regionale autorizzava il prelievo venatorio in deroga per la stagione 2002-2003; la Corte accoglie il ricorso con sentenza 28 aprile 2004, n. 129.

### *3. Il contenuto del provvedimento cautelare e il bisogno di tutela emerso nel conflitto intersoggettivo.*

Conviene ora esaminare una serie di ipotesi nelle quali la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato si è rivelata una misura inadeguata alle esigenze di tutela cautelare emerse nel conflitto intersoggettivo. La Corte costituzionale peraltro, a differenza di quanto è avvenuto nella giurisdizione amministrativa, non ha ritenuto di potersi discostare dall'interpretazione letterale della disposizione.

### *4. Atti a contenuto negativo e omissioni giuridicamente qualificate.*

La sospensione dell'esecuzione dell'atto è una misura cautelare di tipo conservativo, preordinata a conservare la realtà –giuridica o fattuale- sulla quale l'atto incide, in modo da evitare che la sua irreversibile trasformazione pregiudichi l'utilità dell'eventuale decisione definitiva favorevole al ricorrente.

La sospensione dell'esecuzione incide a rigore unicamente sugli effetti costitutivi dell'atto che rimane fermo anche nel suo contenuto di accertamento, ad ogni effetto diverso da quello

---

<sup>848</sup> Cfr., ordinanza 20 dicembre 2002, n. 535

costitutivo. Secondo l'originaria impostazione della giurisprudenza amministrativa, la misura della sospensione per sua natura misura conservativa, è inadeguata alla prestazione di una tutela provvisoria nei confronti degli atti negativi<sup>849</sup>, come dinieghi, provvedimenti di non spettanza, atti sfavorevoli di controllo, e ovviamente, in caso di pure omissioni: non è possibile sospendere l'esecuzione di tali atti perché non necessitano di un'attività esecutiva.

L'esigenza, per l'effettività della tutela giurisdizionale, di una tutela cautelare tendenzialmente corrispondente a quella del processo principale ha però portato dopo una lunga evoluzione giurisprudenziale all'ammissione della sospensione degli atti negativi, quanto meno nelle ipotesi in cui l'individuazione dell'effetto positivo non richiede l'esercizio di poteri discrezionali riservati all'amministrazione. Si sottolinea comunque in dottrina che non si tratta di vera e propria sospensione, ma di una misura anticipatoria che sospende se del caso il procedimento che era stato definito con l'atto negativo impugnato<sup>850</sup>.

Come accennato, il problema della sospensione degli atti negativi e dei comportamenti omissivi si è posto in termini analoghi nel conflitto intersoggettivo<sup>851</sup>. La Corte ha respinto l'istanza di sospensione poiché trattandosi di un atto sfavorevole di controllo su un provvedimento inefficace la sospensione sarebbe stata inutile<sup>852</sup>.

Per il processo amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza, muovendo dal comune proposito di garantire l'osservanza del principio di strumentalità e il conseguente rispetto dei limiti esterni della giurisdizione, hanno sostenuto le opposte soluzioni<sup>853</sup>. Parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa ritiene che il provvedimento cautelare possa contenere soltanto l'ordine all'Amministrazione di procedere al riesame dell'esito dell'istruttoria, a compiere determinate attività o valutazioni, (c.d. "sospensive con rinvio" o "*remand*"), senza dettare il criterio per la definizione dell'assetto sostanziale degli interessi, che implicherebbe un'indebita sostituzione del giudice

---

<sup>849</sup> Sulla categoria dell'atto negativo, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

<sup>850</sup> A. TRAVI, voce *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 372 ss.

<sup>851</sup> Per esempio: Corte costituzionale, ordinanza 29 aprile 1983, n. 121, in *Le Regioni*, 1983, 1020 ss., con nota di V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*, cit.

<sup>852</sup> Corte costituzionale, ordinanza 29 aprile 1983, n. 121, l'atto sarebbe infatti divenuto efficace solo a seguito di un nuovo atto favorevole di controllo.

<sup>853</sup> Per un riepilogo delle varie tesi, L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1208 ss.

all'amministrazione; secondo altra dottrina e giurisprudenza, il giudice dovrebbe limitarsi a dettare direttamente la regola provvisoria del caso concreto, sarebbero invece inammissibili ordini rivolti alla pubblica amministrazione, che si tradurrebbero in espedienti per coartarne la volontà.

La prima tesi appare preferibile. In ogni caso con riferimento al conflitto intersoggettivo, la considerazione del ruolo della Corte di arbitro nella definizione delle attribuzioni degli enti in relazione al concreto conflitto dovrebbe escludere la possibilità di provvedimenti cautelari in caso di atti negativi o di omissioni che impongano il rispetto di regole ulteriori –sebbene provvisorie–rispetto all'osservanza di determinate prescrizioni procedurali, (per esempio intese, conferenze).

##### 5. *Ordini e intimazioni.*

Il giudizio per conflitto<sup>854</sup> è stato disciplinato dalla legge 87/1953 tenendo presente anche lo schema dei giudizi impugnatori, con sentenza che definisce il giudizio di carattere costitutivo, di corrispondente contenuto il provvedimento cautelare strumentale a garantirne l'efficacia. Nell'esperienza il conflitto si è affermato come giudizio di accertamento dell'assetto delle competenze degli enti in conflitto in relazione al concreto contrasto originato dal loro esercizio.

Il conflitto intersoggettivo a differenza del conflitto fra poteri dello Stato ha carattere necessariamente reale, non sono ammessi i conflitti virtuali. L'esistenza di un atto, eventualmente una finzione di provvedimento, come nell'ipotesi dell'omissione, esprime la concretezza del conflitto. La Corte ha ammesso come oggetto del giudizio atti di qualsiasi natura. Anche atti non bisognosi di materiale esecuzione possono determinare la lesione di una competenza costituzionale se determinano un'indebita interferenza in altrui competenze. Come già osservato, per tali atti la sospensione è un provvedimento strutturalmente inidoneo a svolgere una funzione cautelare.

Oltre agli atti negativi, il problema si è posto per gli atti a contenuto inibitorio, e per gli ordini contenuti in provvedimenti per i quali il ricorrente lamentava una lesione derivante da un anomalo esercizio della funzione giurisdizionale<sup>855</sup>. Come riconosciuto dalla

---

<sup>854</sup> Anche per le successive considerazioni sul conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni e fra Regioni, S. GRASSI, *Il giudizio*, cit.

<sup>855</sup> Per esempio, Corte costituzionale, ordinanza 29 aprile 1983, n.122, in *Le Regioni*, 1983, 1020 ss. e in *Foro it*, 1984, 1435 ss., con nota redazionale; l'istanza di sospensione era stata presentata nel conflitto deciso con sentenza 22 ottobre 1999 n. 392, il conflitto era stato originato da un atto di citazione con il quale il procuratore presso la sezione regionale della Corte dei conti, aveva citato in giudizio il Presidente del Consiglio regionale del Veneto e alcuni membri dell'ufficio di presidenza, in relazione a un giudizio di responsabilità

Corte infatti, l'ordine impositivo di obblighi di fare o non fare può integrare un esercizio anomalo della funzione giurisdizionale, invasivo della competenza regionale<sup>856</sup>. Nella motivazione dell'ordinanza di rigetto di un'istanza di sospensione di un'intimazione ad osservare determinate modalità di gestione di una spiaggia, contenuta in una sentenza impugnata dalla ricorrente, la Corte ha affermato che non essendo l'intimazione in alcun modo suscettibile di esecuzione è altresì inidonea a produrre il danno che costituisce il presupposto della richiesta sospensione. In realtà la medesima intimazione un danno lo può produrre, sebbene esso non sia suscettibile di essere prevenuto con la sospensione dell'esecuzione, essendo un tipico provvedimento autoesecutivo.

La Corte costituzionale, come i giudici amministrativi, ritiene ovviamente insuscettibile di sospensione dell'esecuzione un provvedimento per il quale non è necessaria un'attività materiale di esecuzione, o di fatto già eseguito, la sospensione non ha infatti funzione ripristinatoria, ma conservativa. L'unica misura ipotizzabile sembra allora la sospensione non dell'esecuzione, ma dell'efficacia del provvedimento, nella parte in cui contiene l'ordine o l'intimazione.

#### *6. Atti ad efficacia temporale limitata e straordinaria urgenza di provvedere.*

La disciplina del giudizio sui conflitti intersoggettivi riconosce particolare rilievo all'esigenza della tempestiva definizione delle controversie relative all'assetto di competenze fra Stato e Regioni e fra Regioni attraverso la previsione di una serie di termini processuali che la Corte interpreta con rigore.

Tuttavia i tempi comunque necessari per una decisione definitiva a cognizione piena sono talvolta insufficienti nel caso dei conflitti originati da atti ad efficacia temporale limitata e presenta quindi particolare utilità la possibilità di una tutela in sede cautelare. Occorre però che la Corte proceda all'esame dell'istanza cautelare in tempi adeguati all'urgenza di provvedere. E' accaduto invece, che l'efficacia degli atti sia cessata in pendenza del giudizio, prima della decisione dell'istanza di sospensione<sup>857</sup>.

---

amministrativa. Giudizio sospeso dal Presidente della sezione regionale della Corte dei conti, a seguito del conflitto, con conseguente rinuncia all'istanza cautelare.

<sup>856</sup>Ad esempio, Corte costituzionale, ordinanza 9 aprile 1981, n. 98, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2087 ss.

<sup>857</sup> Ad esempio, Corte costituzionale, ordinanza, 29 aprile 1983, n. 123, in *Le Regioni*, 1020 ss.

In tal caso, in mancanza di rinuncia<sup>858</sup> del ricorrente all'istanza cautelare, la Corte ha rigettato la domanda di sospensione perché ne è venuto meno il presupposto<sup>859</sup>.

Si tratta evidentemente di una motivazione inaccettabile.

Sembra perciò opportuna *de iure condendo* l'espressa disciplina per i casi di straordinaria urgenza, di un'istanza di prelievo d'urgenza, che secondo parte della dottrina potrebbe già essere presentata sulla base del rinvio contenuto nell'art. 22 della legge 87/53, al regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato. L'art. 51 del r.d. 642/1907, prevede infatti che nel decreto di fissazione di udienza "il Presidente può d'ufficio o su istanza di parte dichiarare il ricorso urgente"<sup>860</sup>.

La categoria degli atti ad efficacia temporale limitata offre l'occasione per una considerazione ulteriore che interessa nel suo complesso la prospettiva di riforma del potere cautelare.

Per tali atti, nel caso di diniego dell'istanza cautelare, una pronuncia definitiva di accoglimento del ricorso, successiva alla scadenza del termine previsto, non soddisferebbe l'interesse del ricorrente, ma la concessione della tutela cautelare per tutto il periodo di efficacia dello stesso atto, potrebbe pregiudicare irrimediabilmente l'interesse della controparte, nel caso di rigetto del ricorso.

La considerazione dell'intrinseca pericolosità delle misure cautelari suggerisce allora, la previsione di un termine di efficacia dei provvedimenti cautelari e del dovere della Corte costituzionale di decidere in via definitiva i giudizi nei quali ha concesso il provvedimento cautelare, entro un termine adeguato, eventualmente prorogabile per particolari ragioni.

Sembra infatti inaccettabile la prassi seguita dalla Corte, di decidere tali giudizi anche a distanza di anni dalla decisione sull'istanza cautelare<sup>861</sup>. L'inosservanza del termine dovrebbe essere sanzionata con la perdita di efficacia del provvedimento cautelare.

#### *7. Esigenze di integrazione dell'attuale disciplina della tutela cautelare nel conflitto intersoggettivo.*

---

<sup>858</sup> Corte costituzionale, sentenza 6 febbraio 1991, n. 51, in *Giur. cost.*, 1991, la Corte dà atto della rinuncia di entrambe le parti alla sospensione perché il provvedimento impugnato aveva esaurito i suoi effetti. Si trattava dell'impugnazione di un'ordinanza contingibile ed urgente che vietava per motivi sanitari, l'ingresso di bovini nella regione Valle d'Aosta. L'efficacia temporale dell'ordinanza era limitata al periodo estivo, nel quale si svolge la pratica dello spostamento del gregge, c.d. monticazione.

<sup>859</sup> Corte costituzionale, ordinanza 123/1983, cit.

<sup>860</sup> S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, cit.

<sup>861</sup> Sul problema, S. GRASSI, *Il giudizio*, cit.

L'esame della giurisprudenza ha consentito di individuare e di ipotizzare, alcuni casi nei quali la sospensione dell'esecuzione è inadeguata a prestare il tipo di cautela richiesto dalla natura dell'atto che ha originato il conflitto. La previsione della sospensione dell'esecuzione dell'atto come unica misura cautelare del conflitto intersoggettivo, non sembra rispondere ad un preciso intento limitativo del potere cautelare attribuito alla Corte costituzionale. Dipende piuttosto dalla scarsa consapevolezza delle implicazioni inerenti ad un processo cautelare che ha per oggetto il controllo sull'esercizio, o sul mancato esercizio, di un potere pubblico, processo nel quale l'esperienza ha fatto emergere -come del resto per il giudizio amministrativo- problematiche non riducibili all'esclusiva esigenza di paralizzare l'esecuzione di un atto. Sarebbe perciò coerente con la disciplina del conflitto intersoggettivo, secondo l'interpretazione affermata nella giurisprudenza costituzionale, la predisposizione di una misura cautelare atipica che consenta il rilascio dei provvedimenti adeguati non solo quando l'esigenza di tutela cautelare si risolve nella sospensione dell'esecuzione dell'atto, ma anche quando sia necessario procedere alla sospensione della sua efficacia, o all'anticipazione<sup>862</sup> degli effetti della futura decisione di merito favorevole al ricorrente.

#### 8. *Le questioni pregiudiziali.*

Resta da chiarire se l'esame dell'istanza cautelare esiga o meno la soluzione di una questione preliminare: l'accertamento definitivo, e quindi in esito a cognizione piena, della valida instaurazione del ricorso e della sua ammissibilità.

La soluzione preferibile si fonda sulla considerazione che l'urgenza di provvedere in sede cautelare non consente di esigere l'accertamento a cognizione piena nemmeno delle questioni pregiudiziali di rito. Deve quindi ritenersi ammissibile la sospensione dell'esecuzione di un atto del quale non è certa l'idoneità ad originare il conflitto, sebbene sia particolarmente opportuno per le ragioni già indicate nell'esame dell'identica questione svolta in relazione all'esperienza tedesca, che la Corte proceda ad un accertamento sommario il più possibile approfondito. Non sembra condivisibile in proposito l'affermazione dell'agevole e rapida soluzione delle questioni di rito.<sup>863</sup>

---

<sup>862</sup> Nel senso che per le esigenze del conflitto fra enti la tutela cautelare ha contenuto per lo più anticipatorio, A. PIZZORUSSO, *La tutela*, cit.

<sup>863</sup> A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e gravi ragioni per la sospensione nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*, cit.

Appare pertanto corretta la riserva di ogni decisione in rito e in merito, che la Corte inserisce nelle ordinanze che pronunciano sull'istanza cautelare<sup>864</sup>.

#### 9. Osservazioni conclusive.

Si può ora fare qualche considerazione di sintesi dell'analisi casistica svolta e aggiungere qualche dato ulteriore. L'esame della giurisprudenza rivela che la Corte in presenza di un'istanza cautelare ha sempre preferito, ove possibile, anticipare la decisione definitiva del conflitto. Quando non ha potuto pervenire tempestivamente ad una decisione di merito la Corte ha fatto un uso assai moderato del potere di sospensione cautelare dell'esecuzione degli atti impugnati, rigorosamente ancorato all'urgenza del provvedere e al riscontro di pregiudizi irreparabili nella sfera del ricorrente. La Corte si è attenuta ad un'interpretazione letterale del contenuto del provvedimento cautelare rigorosamente intesa come sospensione dell'esecuzione esecuzione dei provvedimenti impugnati. Questo ha determinato qualche lacuna rispetto al bisogno di tutela cautelare emerso nel conflitto che sarebbe peraltro agevole superare in via interpretativa. L'esercizio del potere cautelare si è rivelato in alcun circostanze uno strumento necessario per garantire una tutela effettiva. Sono tuttavia da segnalare alcuni episodi nei quali l'accoglimento dell'istanza cautelare è avvenuto a più di un anno di distanza dalla sua presentazione. Ancor più gravi i casi nei quali il mancato tempestivo esercizio del potere cautelare - o quanto meno una "tempestiva" pronuncia sull'istanza di sospensione - hanno avuto invece il sapore di una denegata giustizia costituzionale, ciò che conferma *a contrario* la necessità di questo strumento di tutela in un giudizio che, come del resto il giudizio in via principale, è pensato per dare una risposta tempestiva alle esigenze di tutela in esso reclamate. Come già accennato, l'affermazione del divieto di autotutela nell'esercizio delle competenze costituzionali, più volte ribadito dalla Corte costituzionale, impone alla Corte stessa un uso più equilibrato nella gestione dei tempi del processo costituzionale, altrimenti si espone al rischio di sconvenienti (per quanto indebiti) sospetti di parzialità nell'esercizio dei compiti di tutela che le sono assegnati dalla Costituzione<sup>865</sup>.

---

<sup>864</sup> Nello stesso senso A. CERRI, *Problemi processuali e sostanziali relativi all'ammissibilità del conflitto di attribuzioni fra Stato e regione*, in *Giur. cost.*, 1968, 1398 ss.

<sup>865</sup> Sull'uso dei tempi processuali nel conflitto intersoggettivo, anche con riferimento alle istanze cautelari, *Il giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, cit., *passim*; dello stesso Autore, *Sull'inammissibilità dei conflitti di attribuzioni per le funzioni delegate dallo Stato alle Regioni*, nota a Corte costituzionale, sentenza 27 giugno 1986, n. 152, in *Le Regioni*, 1986, p. 1319 ss.

Un'ultima precisazione. L'esercizio del potere cautelare anche in relazione a giudizi di sicuro rilievo costituzionale, quali ad esempio in materia di *referendum*, in relazione a scelte relative all'indirizzo di spesa, o a provvedimenti giurisdizionali, salvo un solo caso sul quale ci soffermeremo in seguito, è stato tollerato senza particolari problemi dal sistema istituzionale. Se uno degli indici che consentono di valutare il ruolo della giustizia costituzionale nella forma di governo è la considerazione delle "reazioni che gli altri poteri dello Stato hanno avuto di fronte agli sviluppi che i diversi sistemi di giustizia costituzionale hanno conosciuto"<sup>866</sup>, ne emerge un quadro positivo circa la legittimazione del potere cautelare come utile strumento di garanzia dell'effettività della giustizia costituzionale. La circostanza che le pronunce di accoglimento superino appena la decina, circa il 10% delle richieste, anche paragonato ai dati emersi dall'esperienza tedesca, conferma il carattere intrinsecamente eccezionale del rilascio del provvedimento cautelare nei giudizi costituzionali, ma non può condurre a svalutarne il significato.

---

<sup>866</sup> Le parole citate nel testo sono tratte da E. CHELI, P. CARETTI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1984, p. 17 ss.



### CAPITOLO III

## IL POTERE CAUTELARE NEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI FRA POTERI DELLO STATO

1. *L'omessa previsione del potere cautelare nel conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.*

Nelle fonti che disciplinano il processo costituzionale l'esigenza di tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato è priva di un espresso riconoscimento legislativo.

La dottrina è divisa fra chi ritiene la tutela cautelare uno strumento non consentaneo alla materia oggetto del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato e chi, con cautela o addirittura con entusiasmo, ne sostiene la necessità<sup>867</sup>.

---

<sup>867</sup> Sull'inapplicabilità ai conflitti fra poteri dello Stato della sospensione cautelare prevista per il conflitto intersoggettivo dall'art. 40 della l. 87/1953, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 246, N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa*, Milano, 1980, p. 63 ss.; sembra escludere il potere di sospensione cautelare nei conflitti fra poteri, A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Nss. Digesto italiano, Appendice, II*, Torino, UTET, 1981, p. 364 ss., p. 389; sottolinea le difficoltà dell'esercizio del potere cautelare, S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. pubbl.*, III, Torino, UTET, 1989, p. 362 ss., in particolare p. 385. Sono invece favorevoli alla tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato: A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit., p. 194 ss.; A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, cit., che sostiene il carattere solo apparente della pretesa lacuna relativa all'omessa previsione del potere cautelare nel conflitto fra poteri, p. 533; M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I, II, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 165-166, secondo l'Autore, la scelta si spiega con la presumibile convinzione del legislatore di considerare "non consentaneo alla natura dei poteri dello Stato di assoggettare i loro atti alla potestà di sospensiva della corte", ma, a differenza di quanto frequentemente riportato da parte di alcuni Autori nella citazione del suo pensiero, Mazziotti non aderisce alla scelta del legislatore, egli prosegue infatti affermando che "Si può peraltro dubitare dell'opportunità di questa omissione, specie se si riflette che, come è stato osservato, la sospensione è il mezzo atto ad impedire che, attraverso l'esecuzione dell'atto, venga eluso il giudizio della corte"; F. SORRENTINO, *Art. 137*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, p. 436 ss., in particolare, pp. 491-493; P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del convegno Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, p. 509 ss., p. 512; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 388-389, N. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1992, 396 ss.; con decisione, I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti fra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*, nota a Corte costituzionale, 5 giugno 1997, n. 171, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1335 ss.; senza eccessive cautele, B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, nota a Corte costituzionale, ordinanza 12 maggio 2000, n. 137, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1335 ss.; A. CERRI, da ultimo in *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 355; rinvio anche all'opinione da me già espressa, A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale*, in *www*.

Per capire quale sia la soluzione più adeguata è opportuno indagare innanzitutto su quali siano state le ragioni del silenzio normativo, esaminare poi la domanda di tutela cautelare effettivamente emersa nell'esperienza giurisprudenziale e verificare infine se nell'ordinamento vigente siano già disponibili strumenti per dare una risposta soddisfacente al bisogno di tutela cautelare emerso nel conflitto, o se invece sia auspicabile un'integrazione delle fonti che disciplinano il processo costituzionale.

L'omessa previsione di poteri cautelari della Corte non sorprende se si considerano le perplessità che avevano accompagnato l'attribuzione di questa competenza al giudice costituzionale<sup>868</sup>. Durante i lavori in Assemblea costituente infatti, da una parte si era messa in dubbio l'idea stessa della giustiziabilità dei conflitti ad alto livello politico; dall'altra si era contestata l'utilità di questo istituto per risolvere le questioni di scarso rilievo costituzionale dato che esse avrebbero già potuto trovare nella giurisdizione comune una sede adeguata.

Prevalse infine la proposta di attribuire alla Corte costituzionale anche questa competenza configurandola secondo un rigoroso canone di residualità<sup>869</sup>. Il conflitto fra poteri è stato quindi concepito come un elemento di chiusura del sistema delle garanzie costituzionali e come il luogo dove possono trovare un giudice le questioni che dato il loro elevato significato politico si consideravano per tradizione sottratte alla possibilità di un controllo giurisdizionale, ma che sono invece soggette a un controllo di legalità nello Stato costituzionale.

Il legislatore non ha però rinnegato la difficoltà di individuare i limiti di giustiziabilità di queste controversie e ha tradotto questa consapevolezza nella struttura del conflitto<sup>870</sup>. Individuatone

---

*unipi.it*, ottobre 2001, cit.; favorevole anche M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 255 ss.

<sup>868</sup> Sui lavori in Assemblea costituente, A. CERRI, voce *Conflitti di attribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma 1996.

<sup>869</sup> Sulla residualità come canone interpretativo del conflitto, R. BIN, *L'ultima forza: teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*; sul tema dello stesso Autore, *Un nuovo ricorso diretto contro le leggi?*, nota a Corte costituzionale, 23 dicembre 1999, n. 457, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3906 ss.; sulle diverse sfumature del concetto di residualità del conflitto, che può essere impiegato per descrivere l'inesistenza di altri rimedi, l'eccessiva difficoltà o il già inutilmente consumato esperimento o ancora l'impossibilità di disporre, A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, a cura di A. Anzon, Torino, Giappichelli, 2001, p. 86 ss.

<sup>870</sup> Sui conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, gli studi monografici di: A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, Milano, Giuffrè, 1957; M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit.; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato: presupposti e processo*, cit. 1992. Per un quadro di sintesi, le voci: A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit.; F. SORRENTINO, *Art. 137*; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo*

l'oggetto in termini assai generali - "delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali" - l'art. 37 della l. 87/1953 articola infatti il giudizio in una fase preliminare in cui è rimesso alla Corte costituzionale il compito di verificare in via sommaria se esiste la materia di un conflitto la cui soluzione spetta alla sua competenza<sup>871</sup>. Soltanto nella seconda fase che, a differenza della prima, si svolge nel pieno contraddittorio delle parti<sup>872</sup>, la Corte deciderà in via definitiva.

In questo contesto è facile intuire che il bisogno di protezione cautelare degli interessi dedotti nel conflitto fra poteri non sia stato neppure preso in considerazione: le perplessità circa la effettiva giustiziabilità di questi conflitti e la percezione della difficoltà di individuare, caso per caso, i relativi limiti di ammissibilità non potevano lasciare spazio alla ricerca di uno strumento di ottimizzazione di questa garanzia, come il potere di concedere provvedimenti cautelari.

Nei primi anni di attività della Corte i dubbi manifestati in sede costituente sembravano confermati. Da una parte, i potenziali soggetti del conflitto si mostravano propensi a trovare strumenti di composizione politica delle controversie, disinteressandosi al giudizio costituzionale come sede di soluzione dei contrasti di significativo rilievo costituzionale; dall'altra, giungevano alla Corte conflitti privi del necessario "tono costituzionale"<sup>873</sup>, con conseguenti pronunce di inammissibilità.

E' soltanto alla metà degli anni Settanta che l'istituto dei conflitti fra poteri dello Stato conosce una nuova fase, grazie anche ad importanti studi della dottrina - i contributi di Pensavecchio Li Bassi e Mazziotti<sup>874</sup> - che chiariscono gli strumenti concettuali rivelatisi utili, in altri ordinamenti, in particolare in quello tedesco, per un opportuno impiego della garanzia giurisdizionale nei conflitti di rilevanza costituzionale. Si è aperta quindi una nuova

---

costituzionale, in *Encicl. del Dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 521 ss.; A. CERRI, *Conflitti di attribuzione*, cit.

<sup>871</sup> La consapevole incompiutezza della disciplina positiva risulta anche dai lavori preparatori della legge 87/1953, cfr. le relazioni di presentazione della medesima legge, in *Le Leggi*, 1953, 285 ss.

<sup>872</sup> Segnala un caso in cui la Corte ha ritenuto di sollecitare il contraddittorio nella prima fase del giudizio, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit. p. 352, con riferimento al conflitto fra Tribunale di Roma e Commissione inquirente, deciso con la sentenza 21 gennaio 1975, n. 13. Di regola comunque nella fase preliminare il contraddittorio è parziale, basandosi soltanto sugli elementi addotti dal ricorrente.

<sup>873</sup> Cfr. su questo punto, C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di "potere" e di "conflitto" nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 110 ss.

<sup>874</sup> L'osservazione è di A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 322, con riferimento a A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, cit., e M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit.

stagione per questa competenza della Corte<sup>875</sup> e ben presto si è posto alla sua attenzione il bisogno di una protezione cautelare degli interessi dedotti in giudizio<sup>876</sup>.

Non è un caso che la domanda di tutela cautelare sia emersa proprio in occasione di quei conflitti attratti nell'ambito della giurisdizione costituzionale grazie alle elaborazioni giurisprudenziali che hanno dato effettività all'istituto. La realtà dei conflitti fra poteri dello Stato<sup>877</sup> si è rivelata molto più articolata di quanto non fosse astrattamente prevedibile e ha dato spazio a nuovi bisogni di tutela, assai diversi da quelli immaginati dal legislatore e in parte analoghi a quelli emersi nei conflitti intersoggettivi.

Il dato della diversificazione delle concrete esigenze di tutela in relazione ai soggetti ai quali è stata riconosciuta la legittimazione a promuovere il conflitto e con riferimento agli atti che sono considerati idonei a costituirne l'oggetto, non può essere trascurato nella riflessione sull'esigenza di apprestare un'adeguata forma di protezione cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato. Accanto ai conflitti fra supremi organi costituzionali in cui si contestano comportamenti inerenti alle scelte di più elevato significato politico, invero tutt'ora assai rari e nei quali –come vedremo– lo spazio per una protezione cautelare degli interessi in conflitto è davvero esiguo, si è aperto un contenzioso di tono costituzionale assai vario nel quale lo spazio per una tutela cautelare è (relativamente) maggiore.

Convienne allora esaminare separatamente le diverse esigenze di tutela emerse nell'esperienza giurisprudenziale per valutare

---

<sup>875</sup> Sui più recenti sviluppi del conflitto fra poteri, A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato: presupposti e processo*, cit.

<sup>876</sup> A quanto consta, la prima istanza di sospensione cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato risale al 1978; si trattava del conflitto sollevato dal Comitato promotore di un *referendum* per l'abrogazione di una legge della Provincia autonoma di Trento e aveva per oggetto l'annullamento previa sospensione, di una legge della Regione Trentino-Alto Adige che disciplinava la procedura referendaria. La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso e non si è perciò pronunciata sull'istanza cautelare, cfr. ordinanza 13 ottobre 1978, n. 82, in *Giur. cost.*, 1978, p. 1227 ss., con nota di P. F. GROSSI, *I promotori del referendum nel conflitto tra i poteri dello Stato*, e in *Le Regioni*, 1979, p. 82 ss., con nota di E. BETTINELLI, *Rigore definitorio e ingiustiziabilità di un conflitto*.

<sup>877</sup> Per un costante aggiornamento sui profili processuali e istituzionali emersi nella più recente giurisprudenza sono un punto di riferimento gli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, a cura di R. Romboli; nell'ambito di questa collana di studi, su *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, i contributi di: R. TARCHI, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 251 ss.; E. MALFATTI, R. TARCHI, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 351 ss.; E. MALFATTI, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 339 ss. e della medesima Autrice, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 1999-2001*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 175 ss.

l'eventuale necessità di integrare la disciplina positiva del potere cautelare della Corte costituzionale con la previsione di adeguate forme di tutela cautelare anche nel conflitto fra poteri dello Stato, ovvero di estendere in via analogica la disciplina attualmente prevista per il conflitto intersoggettivo e per il giudizio in via principale dalla legge 87/1953.

Prima di procedere in questa direzione è però necessaria qualche considerazione preliminare sull'ammissibilità di provvedimenti cautelari strumentali al contenuto di accertamento e solo eventualmente costitutivo della decisione definitiva.

## *2. Strumentalità della tutela cautelare e contenuto di accertamento e solo eventualmente costitutivo della decisione definitiva.*

Come noto la pronuncia che definisce il conflitto fra poteri dello Stato contiene una statuizione sulla spettanza del potere contestato e solo eventualmente una pronuncia sull'eventuale atto impugnato<sup>878</sup>. Ci si può quindi porre il problema<sup>879</sup>, di come un provvedimento cautelare possa considerarsi strumentale ad assicurare gli effetti di una pronuncia di mero accertamento. Il dubbio sorge sulla base di due premesse non condivisibili.

Innanzitutto il provvedimento cautelare poiché di regola presuppone incertezza sulla situazione giuridica controversa non può restituire certezza<sup>880</sup>.

In secondo luogo si presuppone un parallelismo di contenuto fra pronuncia cautelare e pronuncia di merito.

La questione può essere risolta in senso positivo se si tiene conto che la funzione del provvedimento cautelare è diversa da quella della sentenza di merito, corrispondentemente può essere diverso il suo contenuto. Senza qui affrontare la controversa problematica di provvedimenti cautelari di mero accertamento, si può constatare che non è questa l'unica funzione ascrivibile alla tutela cautelare nell'ambito dei conflitti<sup>881</sup>. Occorre poi considerare che l'accertamento contenuto nella decisione di merito non è fine a se stesso, ma ha anche una valenza precettiva nei confronti delle parti del giudizio che sono tenute infatti a ripristinare la legalità violata e

---

<sup>878</sup> Cfr. art. 38 l. 87/1953, sul quale si rinvia ai contributi fondamentali citati in precedenza.

<sup>879</sup> Per una questione simile prospettata sia pure in termini solo parzialmente analoghi nell'ordinamento tedesco in relazione al conflitto fra organi costituzionali e all'interno di organi costituzionali ex art. 93, I comma n. 1, GG e risolta dal Tribunale costituzionale nel senso dell'ammissibilità, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza.

<sup>880</sup> Sul punto peraltro con riferimento al processo civile, sull'interesse ad agire in accertamento provvisorio, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta edizione, Napoli, Jovene, 2002, p. 641 e G. SAMORI, *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, 949 ss.

<sup>881</sup> Sulla possibilità di attribuire in particolari circostanze una funzione di accertamento provvisorio al provvedimento cautelare si rinvia a quanto detto nell'analisi della giurisprudenza tedesca.

ad adeguare i propri futuri comportamenti a quanto deciso dalla Corte.

La seconda premessa, talvolta sostenuta in dottrina e giurisprudenza in relazione al processo amministrativo è ormai superata dalle più recenti evoluzioni giurisprudenziali e dottrinali, nonché legislative<sup>882</sup>. Il provvedimento cautelare ha una sua diversa funzione che è quella di assicurare gli effetti della decisione di merito attraverso la conservazione della realtà materiale e giuridica su cui essa è destinata ad incidere, o attraverso la neutralizzazione dei rischi di pregiudizio irreparabile che potrebbero derivare dal permanere dell'interesse per il quale si chiede tutela in uno stato di insoddisfazione durante il tempo necessario per pervenire ad una decisione di merito. In relazione a questa esigenza unico limite posto al legislatore per la disciplina del contenuto ammissibile del provvedimento cautelare è allora quello del rispetto della sfera di discrezionalità del destinatario passivo della misura.

Se nell'originario disegno del legislatore la mera eventualità della presenza di un atto come oggetto del conflitto fra poteri dello Stato era stata una delle ragioni dell'omessa previsione del potere cautelare<sup>883</sup>, a differenza di quanto stabilito per il conflitto fra Stato e Regioni, tale circostanza - considerata nel quadro delle più recenti acquisizioni in materia di tutela cautelare - ha allora perso ogni significato.

Nell'ambito di queste considerazioni preliminari resta infine da trattare un'ulteriore questione che potrebbe opporsi ad una generalizzata previsione di adeguate forme di tutela cautelare in questo giudizio. Si tratta della mancanza di un termine di decadenza per sollevare il conflitto. E' evidente sotto questo profilo, che nella valutazione dell'urgenza del provvedere si potrebbe conferire un rilievo negativo alla circostanza che sia decorso un consistente periodo di tempo senza che il comportamento contestato o l'atto impugnato abbiano dato luogo a contestazioni. L'accoglimento dell'istanza di tutela cautelare potrebbe tuttavia essere giustificata, anche in questi casi, particolarmente quando l'interesse alla tutela cautelare insorga per l'interferenza di fattori sopravvenuti. In ogni caso occorre sotto questo profilo tenere presente che la mancanza di un termine del conflitto si giustifica

---

<sup>882</sup> Nella letteratura italiana, con riferimento al giudizio amministrativo, sul tema della problematica strumentalità della tutela cautelare con particolare riferimento alla sospensione di atti negativi, cfr. E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, MILANO, Giuffrè, 1981; dello stesso Autore anche, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 646 ss.; D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Milano, Giuffrè, 2002, in particolare p. 210 ss.

<sup>883</sup> Cfr. S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit. p. 385.

proprio con la piena autonomia politica riconosciuta ai soggetti legittimati nella scelta del momento in cui sollevare il conflitto<sup>884</sup>

3. *La tutela cautelare nei conflitti di attribuzione relativi a reciproche pretese fra organi costituzionali e nei conflitti che contrappongono maggioranze e minoranze.*

Come accennato, nell'ambito dei rari casi di conflitto di attribuzioni fra i supremi organi costituzionali<sup>885</sup> lo spazio per un opportuno impiego della tutela cautelare è assai esiguo.

Innanzitutto non possono non valere anche nel nostro ordinamento quelle stesse esigenze di *self-restraint* del giudice costituzionale che sono emerse nell'analisi della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* relativa ad una corrispondente tipologia di conflitti: l'interferenza della Corte attraverso un provvedimento provvisorio negli scontri fra organi di vertice la espone a notevoli rischi di delegittimazione per la difficoltà di calcolare e contenere le conseguenze sul piano politico del proprio intervento e per i facili sospetti di parzialità che - per quanto indebiti - indebolirebbero il giudice costituzionale, (aspetto quest'ultimo nemmeno preso in considerazione nell'esperienza tedesca, ma di un qualche rilievo nel nostro ordinamento).

In secondo luogo è opportuno evidenziare ulteriori difficoltà che derivano da alcune caratteristiche della disciplina sostanziale dei rapporti fra questi organi.

Per esemplificare possiamo ipotizzare una prima classe di situazioni in cui l'oggetto del giudizio fra organi al vertice dell'ordinamento è tipicamente costituito dalla pretesa all'accertamento della "non spettanza" di un determinato comportamento di cui si contestano gli effetti lesivi che si producono e si esauriscono, di per sé considerati, nella sfera delle rispettive attribuzioni, senza che ne derivi nell'immediato la compressione di diritti di soggetti terzi rispetto al comportamento

---

<sup>884</sup> Per le problematiche che suscita la proposizione di un ricorso ex art. 700 c.p.c. nell'ambito del processo civile dopo il decorso di un consistente periodo di tempo dal verificarsi della violazione contestata in relazione al requisito dell'imminenza del pregiudizio e per la soluzione positiva accolta in giurisprudenza, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 640.

<sup>885</sup> Si osserva in dottrina che le crisi del sistema politico e la tendenza ad una certa esasperazione dei conflitti in parte riconducibile al sistema elettorale maggioritario, hanno condotto all'esame della Corte veri e propri scontri di vertice, ma si tratta pur sempre di episodi davvero rari, cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 321. Fra questi è da ricordare il conflitto sollevato dal Ministro della Giustizia in occasione della mozione di sfiducia individuale nei suoi confronti votata dal Senato e dei provvedimenti conseguentemente adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Presidente della Repubblica, deciso dalla Corte con sentenza 18 gennaio 1996, n. 6, in *Giur. cost.*, 1996, p. 41 ss., con note di S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, e S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzione e la politica*.

contestato. Una vicenda simile si è verificata ad esempio in occasione del noto <caso Mancuso><sup>886</sup>.

Nelle ipotesi così delineate un ulteriore ostacolo, difficilmente superabile e che si oppone al rilascio di provvedimenti cautelari, discende dalla difficoltà di pervenire ad un accertamento sia pur soltanto sommario dell'esistenza di un conflitto la cui soluzione spetta alla competenza della Corte, accertamento che è un presupposto indefettibile del rilascio di misure cautelari<sup>887</sup>. La difficoltà deriva dalla disciplina sostanziale degli interessi in conflitto. I comportamenti controversi in queste situazioni sono infatti di regola disciplinati da parametri estremamente indeterminati, cosicché è assai difficile tracciare la linea di confine fra sindacato di legittimità, affidato alla Corte e sindacato sul merito delle scelte politiche, ad essa precluso. Occorre poi considerare che la definizione del parametro e l'individuazione della materia giustiziabile è in questi stessi casi spesso complicata dal rilievo che nell'ambito dei rapporti fra organi supremi assumono le c.d. convenzioni costituzionali, cioè quelle regole non formali e non giustiziabili - se non sul piano della responsabilità politica - che definiscono le reciproche aspettative di comportamento e i conseguenti equilibri di forza politico-istituzionale in un determinato contesto di riferimento<sup>888</sup>. D'altra parte, è assai difficile distinguere la linea di distinzione fra le convenzioni e le consuetudini costituzionali che invece sono vere e proprie regole giuridiche, formatesi eventualmente attraverso un tale consolidamento delle regole convenzionali che ne determina la convinzione della giuridica obbligatorietà<sup>889</sup>. Ulteriore complicazione deriva dalla considerazione che le regole convenzionali come norme costituzionali materiali<sup>890</sup>, insieme alle norme formali, condizionano nel loro operare le regole di

---

<sup>886</sup> Su questo caso si rinvia alle indicazioni contenute nella nota precedente.

<sup>887</sup> Sulla necessaria verifica, sia pur solo sommaria, della competenza del giudice costituzionale come condizione del rilascio di misure cautelari si rinvia alle considerazioni svolte nella parte dell'indagine dedicata all'ordinamento tedesco.

<sup>888</sup> Sulle convenzioni costituzionali, per una sintetica ricostruzione dei profili che qui interessano, G. ZAGREBELSKY, *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; con particolare riferimento al ruolo delle convenzioni costituzionali nella definizione della responsabilità politica degli organi costituzionali, P. CARETTI, *Responsabilità politica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.

<sup>889</sup> Per la distinzione, G. ZAGREBELSKY, *Convenzioni costituzionali*, cit., p. 5; per un richiamo della distinzione con riferimento all'interpretazione del parametro del conflitto di attribuzioni, Corte costituzionale, sentenza 7/1996, cit., punto 9 della motivazione, dove la Corte è attenta ad evidenziare le differenze fra le due regole e ad escludere il rilievo delle convenzioni e di affermare invece la natura integrativa del parametro costituzionale con riferimento alle consuetudini; per un commento alla decisione su questi profili, E. MALFATTI, R. TARCHI, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, cit., pp. 387-388.

<sup>890</sup> Sul concetto di costituzione materiale, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.



correttezza costituzionale<sup>891</sup>. Queste ultime esprimono un generico dovere di lealtà di ciascuna istituzione per il buon funzionamento del sistema costituzionale e per quanto di rado espressamente previste, sono desumibili da numerosi principi e disposizioni costituzionali assumendo quindi un carattere vincolante.

Un intervento della Corte sulla base di un'insufficiente cognizione della materia del conflitto rischierebbe di alterare questi equilibri frutto di complessi intrecci fra diritto e politica, e quindi fra responsabilità giuridica e responsabilità istituzionale<sup>892</sup>, poiché gli effetti di una sia pur solo temporanea giuridificazione di una regola che ad un più attento esame si rivela non giuridica, ma soltanto convenzionale, sono difficilmente reversibili. In questo contesto il rilascio di un provvedimento cautelare è allora di regola inidoneo a soddisfare l'esigenza di neutralizzare il pericolo che durante il tempo necessario per ottenere una decisione di merito si producano modificazioni irreversibili della realtà materiale e giuridica che rendano inutile la decisione di merito.

D'altra parte spostando la prospettiva di osservazione dagli effetti del provvedimento nei confronti dei destinatari a quello della valutazione della rispondenza della pronuncia ai compiti del giudice costituzionale, è agevole constatare che, proprio per l'irreversibilità dei suoi effetti, un provvedimento provvisorio difficilmente potrebbe in questi casi rispondere al nucleo originario della funzione del giudice costituzionale nei conflitti di attribuzioni<sup>893</sup>: definire il confine fra diritto e politica e restituire certezza sulle rispettive sfere di attribuzioni. E' invece probabile che un provvedimento cautelare sarebbe in tali ipotesi del tutto controproducente.

Nell'ambito di questi conflitti residua uno spazio per l'esercizio del potere cautelare soltanto nelle ipotesi di macroscopica violazione<sup>894</sup> delle più elementari regole di correttezza e di leale collaborazione fra i soggetti costituzionali<sup>895</sup> e sempre che le circostanze del caso dettino una indiscutibile urgenza di provvedere che non consenta di attendere i tempi comunque necessari per una decisione definitiva senza correre il rischio di un pregiudizio grave e

---

<sup>891</sup> Per una sintetica informazione, G. ZAGREBELSKY, *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

<sup>892</sup> Per una sintesi del concetto di responsabilità politica e sulle sue diverse articolazioni, P. CARETTI, *Responsabilità politica*, cit.

<sup>893</sup> Come noto nelle evoluzioni della più recente giurisprudenza costituzionale che ha ammesso il conflitto su atti legislativi, al conflitto fra poteri dello Stato è stata riconosciuta anche una sia pur residuale funzione di garanzia dei diritti costituzionali, su questo aspetto si rinvia al seguito della trattazione.

<sup>894</sup> Non si porrebbero in questo caso le difficoltà al rilascio di un provvedimento cautelare che derivano dai profili di indeterminatezza del parametro, proprio per il carattere macroscopico della violazione contestata.

<sup>895</sup> Sul punto, di recente R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti fra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 3 ss.

irreparabile per gli interessi cui l'esercizio della competenza menomata è preordinata. L'intervento in questo genere di contese con pronunce provvisorie adottate sotto la pressione dell'urgenza, quali i provvedimenti cautelari, accentua sicuramente i rischi di delegittimazione della Corte per facili sospetti di parzialità che derivano dalla sua sovraesposizione politica. Occorre però anche considerare che, nei casi di manifeste violazioni delle regole di un leale confronto democratico, una tutela non effettiva, e quindi un sostanziale diniego di giustizia esporrebbe il giudice costituzionale ai medesimi rischi.

Nell'ambito dei conflitti che vedono come parte un organo costituzionale occorre poi considerare l'ipotesi di eventuali istanze di tutela cautelare provenienti da minoranze. Nel nostro ordinamento non è previsto un ricorso costituzionale a tutela delle minoranze<sup>896</sup>, ma il conflitto di attribuzioni per come risulta configurato nella concreta esperienza giurisprudenziale si potrebbe prestare a dare ingresso a un'eventuale domanda di giustizia costituzionale che si profili in questa direzione, in relazione alle disposizioni costituzionali che riservano a predeterminate minoranze una quota di attribuzioni costituzionalmente rilevante, purché siano riconoscibili come soggetti idonei a manifestare in via (potenzialmente) definitiva la volontà del potere che esprimono<sup>897</sup>. La Corte infatti ha riconosciuto la legittimazione non soltanto agli organi costituzionali di vertice<sup>898</sup> – corrispondenti dal punto di vista funzionale alle tre tradizionali funzioni, legislativa, esecutiva e giudiziaria – ma a qualsiasi soggetto, si può ipotizzare anche come articolazione interna di un organo supremo<sup>899</sup>, che sia titolare di una quota di attribuzioni costituzionalmente riservata.

Come parametro di questo tipo di conflitti si possono indicare ad esempio le disposizioni costituzionali che disciplinano la composizione delle commissioni parlamentari e le procedure speciali per l'approvazione dei disegni di legge, (art. 72, III comma Cost.). In ipotesi analoghe nell'ordinamento tedesco la tutela cautelare ha trovato come si è visto un opportuno impiego e si

---

<sup>896</sup> Sul tema si vedano per il dibattito più recente i diversi contributi in R ROMBOLI, E. ROSSI, R. TARCHI, *La corte costituzionale nei lavori della commissione bicamerale (atti del seminario, Pisa, 26 settembre 1997)*, Torino, Giappichelli, 1998; A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale (atti del seminario, Firenze: 28-29 maggio 1999)*, Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>897</sup> Su questa interpretazione dei presupposti della legittimazione a promuovere il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, con ampie indicazioni di giurisprudenza, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit. p. 323 ss.

<sup>898</sup> Questo era probabilmente il disegno originario del legislatore, come risulta dalla relazione alla legge 87/1953, cit. Per una confutazione di questa premessa, M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit., p. 122 ss.

<sup>899</sup> Si ricorda la legittimazione riconosciuta alle commissioni parlamentari di inchiesta, cfr. Corte costituzionale sentenza 231/1975, cit.

potrebbero ipotizzare analoghi sviluppi anche nel nostro ordinamento. Le trasformazioni della forma di governo in seguito alla riforma dei sistemi elettorali hanno fatto sentire anche nel contenzioso costituzionale l'effetto di una più netta contrapposizione fra maggioranza e minoranze e hanno sempre più spesso coinvolto la Corte in controversie ad alto significato politico, anche se fino ad ora nel nostro ordinamento ha prevalso la tendenza degli organi costituzionali a risolvere autonomamente in sede politica questo genere di contrasti.

#### *4. I conflitti di attribuzione aventi per oggetto leggi e atti aventi forza di legge e altri conflitti promossi dalla Corte dei conti.*

Nell'ambito dei conflitti che coinvolgono i supremi organi dello Stato vengono in considerazione, secondo i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, i giudizi che hanno per oggetto leggi e atti aventi forza di legge<sup>900</sup>.

Fra questi un cospicuo numero di conflitti è stato promosso dalla Corte dei conti<sup>901</sup>. In una prospettiva più generale, con riferimento ai giudizi promossi dalla Corte dei conti occorre premettere che con riferimento ai casi in cui si contesti la violazione dell'art. 81 Cost. in sede di controllo preventivo di legittimità, il legislatore ha preso in considerazione le esigenze di effettività cui è funzionale la tutela cautelare e ha fissato in un'apposita disposizione l'equilibrio fra garanzia di speditezza dell'attuazione dell'indirizzo di spesa e rispetto della legalità costituzionale. A fronte della previsione dell'esecutività degli atti soggetti a controllo preventivo di legittimità, decorsi sessanta giorni dalla loro ricezione senza una pronuncia della Sezione controllo della Corte dei conti, per l'esigenza di evitare che la decisione della Corte costituzionale sia pregiudicata dal prodursi di mutamenti irreversibili della realtà giuridica o fattuale durante il tempo necessario per la decisione, è stata prevista la sospensione automatica dell'esecuzione degli atti soggetti a controllo, quando siano emanati in attuazione di una

---

<sup>900</sup> Sul significato di questo orientamento della giurisprudenza costituzionale per la ricostruzione dei caratteri che ispirano nelle sue più recenti evoluzioni il sistema italiano di giustizia costituzionale, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza.

<sup>901</sup> Sulla legittimazione della Corte dei conti nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale, sono ancora attuali le considerazioni di G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti (sentenza 226/1976)*, in *Giur. cost.*, 1976, 1985 ss.; V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei conti <per parametro> o conflitto di attribuzioni?*, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 403 ss.; per una sintesi dei più recenti sviluppi si vedano i contributi di R. TARCHI e E. MALFATTI, citati alla nota 9; G. D'AURIA, *Corte dei conti, controllo successivo sulla gestione e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 436 ss.; N. MACCABIANI, *La legge e gli atti normativi equiparati come <oggetto> di conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2293 ss.; L. BUFFONI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato avente per oggetto atti legislativi: lo stato dell'arte in dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2269 ss.

legge di dubbia legittimità costituzionale. La legge 24 novembre 2000, n. 340 “Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1999”, all’art. 27, prevede infatti che “Gli atti trasmessi alla Corte dei conti per il controllo preventivo di legittimità divengono in ogni caso esecutivi trascorsi sessanta giorni dalla loro ricezione, senza che sia intervenuta una pronuncia della Sezione del controllo, salvo che la Corte, nel predetto termine, abbia sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’art. 81 della Costituzione, delle norme aventi forza di legge che costituiscono il presupposto dell’atto, *ovvero abbia sollevato, in relazione all’atto, conflitto di attribuzione*<sup>902</sup>. Il predetto termine è sospeso per il periodo intercorrente tra le eventuali richieste istruttorie e le risposte delle amministrazioni o del Governo, che non può complessivamente essere superiore a trenta giorni”<sup>903</sup>.

Per quanto qui interessa è opportuno evidenziare che non è chiaro se l’espressione “in relazione all’atto” si riferisca anche all’ipotesi in cui la Corte dei conti sollevi conflitto avverso la legge presupposto di un atto applicativo<sup>904</sup>. In alternativa, si potrebbe ritenere che la sospensione automatica dell’esecutività dell’atto sia prevista per le sole ipotesi di impugnazione incidentale in sede di controllo preventivo della legge che ne è presupposto e di conflitto avente per oggetto il singolo atto applicativo. La prima interpretazione ipotizzata sembra quella preferibile considerato che è unitaria in questi casi la logica del sindacato di costituzionalità e del riconoscimento della legittimazione della Corte dei conti ad impugnare nel conflitto atti legislativi o atti di diversa natura e identiche sono le ragioni che giustificano la sospensione dell’esecutività dell’atto. Se si accede a questa interpretazione non residua in questi casi alcun bisogno di tutela cautelare in relazione alle censure che hanno per oggetto la violazione dell’art. 81 Cost. Nei casi invece in cui la Corte dei conti censuri la violazione di un differente parametro e sollevi il conflitto in sedi diverse dal controllo preventivo<sup>905</sup>, la valutazione della necessità di una

---

<sup>902</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>903</sup> Sulla disposizione in commento, G. D’AURIA, *Corte dei conti, controllo successivo sulla gestione e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, cit.; E. BERARDUCCI, *I controlli della Corte dei conti sull’attività normativa del Governo*, in *L’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l’analisi tecnico-normativa (ATN) nell’attività normativa del Governo*, a cura di E. CATELANI, E. ROSSI, Milano, Giuffrè, 2003, p. 189 ss., in particolare, pp. 197-199.

<sup>904</sup> In questo senso, E. BERARDUCCI, *I controlli della Corte dei conti sull’attività normativa del Governo*, cit.

<sup>905</sup> Cfr. ad esempio il conflitto deciso da Corte costituzionale, sentenza 29 maggio, 2002, n. 221, in *Foro it.*, 2003, I, c. 36 ss., con nota di G. D’AURIA, *La presidenza del consiglio dei ministri è un organo costituzionale? (A proposito della <restituzione> alla Corte dei conti del controllo preventivo di legittimità sugli atti della presidenza del consiglio)*; la decisione della Corte si segnala anche per

sospensione cautelare degli atti impugnati è rimessa alla Corte costituzionale, sempre che si ritenga possibile l'esercizio del potere cautelare in questi giudizi in via di interpretazione analogica o eventualmente previa dichiarazione di incostituzionalità della l. 87/1953 per l'omessa previsione.

Gli stessi pregiudizi che hanno indotto il legislatore alla previsione di un controllo preventivo con sospensione dell'esecutività degli atti di cui si contesta la legittimità costituzionale potrebbero richiedere il rilascio di un provvedimento cautelare nell'ipotesi in cui la sospensione automatica non possa operare. Così ad esempio nel caso di conflitti per violazione di parametri diversi dall'art. 81 Cost., aventi ad oggetto eventualmente anche atti non legislativi. Il rilascio di misure cautelari non pone in questo settore problemi particolari, pur dovendo esercitarsi secondo un criterio rigoroso per l'incidenza che produce su un importante settore delle scelte governative e/o parlamentari. L'espressa previsione della sospensione automatica non può d'altra parte considerarsi preclusiva in relazione a diversi parametri dell'istituto della tutela cautelare che si pone evidentemente come altro e differente istituto rispetto a quello della sospensione automatica conseguente alla proposizione del ricorso.

##### *5. Segue: la tutela cautelare nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato relativi al procedimento referendario.*

Come in precedenza illustrato la Corte costituzionale ha rivisto il proprio orientamento che escludeva l'ammissibilità dei conflitti su atti legislativi, fondato fra l'altro sull'esigenza di sottrarre gli atti riferibili ai più alti livelli di rappresentanza politica, ad iniziative volte ad ostacolarne in via preventiva l'efficacia<sup>906</sup>. Le ragioni che hanno indotto la Corte ad abbandonare tale convinzione e a configurare il conflitto fra poteri dello Stato come "la forma necessaria per apprestare una difesa in grado di unire all'immediatezza l'efficacia" potrebbero fare di questo settore dei conflitti il luogo privilegiato della domanda di tutela cautelare.

Quando la Corte non è in grado di pervenire tempestivamente ad una decisione definitiva, la tutela cautelare può rappresentare uno strumento necessario per garantire l'effettività della giustizia costituzionale di fronte ad atti legislativi che comprimono diritti fondamentali producendo "situazioni non più reversibili né

---

l'inquadramento dei conflitti sollevati avverso norme di legge che escludono il controllo preventivo della Corte dei conti su determinate categorie di atti, "non come un giudizio sulla legge proposto in via incidentale", ma, precisa la Corte come "un'azione di rivendicazione di competenza proponibile come conflitto d'attribuzione in riferimento alla legge che tale sottrazione prevede"; la Corte nel caso di specie accoglie il ricorso presentato dalla Corte dei conti per violazione dell'art. 76 Cost.

<sup>906</sup> Si tratta dell'orientamento espresso dalla sentenza 406/1989, cit.

sanabili”<sup>907</sup>. Nell’esperienza giurisprudenziale sono state infatti presentate con una certa frequenza istanze di sospensione cautelare degli atti impugnati, tutte relative allo svolgimento di *referendum*. Si tratta sicuramente di conflitti ad alta valenza politica, che riflettono spesso scontri fra maggioranza e minoranze, ma gli interessi che si contrappongono sono tipicamente giustiziabili, riguardano infatti alcune regole fondamentali dell’ordinamento democratico: le norme che garantiscono la corretta formazione della volontà democratica, i limiti dell’istituto di democrazia diretta; i rapporti fra il corpo elettorale e le istituzioni rappresentative. Conviene però sin da ora anticipare che anche in questi casi la soluzione di una decisione definitiva urgente non solo è sempre preferibile, ma talvolta è l’unica praticabile. Anche in queste ipotesi come vedremo il rilascio di provvedimenti cautelari presenta problematiche tali da farne uno strumento di impiego assai poco frequente in questo genere di conflitti.

Il margine di un opportuno impiego della tutela cautelare può ravvisarsi innanzitutto in quelle ipotesi, di difficile verifica, nelle quali il rilascio di un provvedimento cautelare sia necessario ad evitare pregiudizi gravi e irreparabili per il ricorrente, mentre il rilascio del provvedimento non determina effetti irreparabili degni di rilievo per il destinatario passivo della misura cautelare. Si può poi pensare alle ipotesi, più frequenti, nelle quali il rilascio del provvedimento cautelare si basi sulla manifesta fondatezza del ricorso ma non ci sia il tempo per una pronuncia definitiva che richiede comunque, dato il carattere collegiale del giudice, le esigenze del contraddittorio e i suoi effetti di precedente, un lasso di tempo che potrebbe essere insufficiente ad evitare il prodursi di fatti compiuti che alterino il procedimento di formazione della volontà democratica e i pregiudizi che comunque derivano dal permanere del diritto in stato di insoddisfazione. Per esemplificare si può ipotizzare il caso di una disciplina della campagna referendaria manifestamente incostituzionale emanata a pochi giorni di distanza dalla data stabilita per lo svolgimento del *referendum*.

A dimostrazione di quanto appena affermato si procede ora alla rassegna dei casi giurisprudenziali più significativi che la Corte ha risolto con pronunce di inammissibilità o infondatezza senza peraltro sino ad oggi voler affrontare l’ancora controversa questione

---

<sup>907</sup> L’espressione fra virgolette è tratta da Corte costituzionale, sentenza 10 maggio 1995, n. 161, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1701 ss., con nota di R. ROMBOLI, in *Corr. Giuridico*, 1995, p. 819 ss., con nota di A. PIZZORUSSO, *Conflitto di attribuzione nei confronti del decreto-legge e limiti alla par condicio*; in *Giur. cost.*, 1995, p. 1371 ss., con nota di P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*.

dell'ammissibilità di provvedimenti cautelari nel conflitto di attribuzioni<sup>908</sup>.

In un primo gruppo di conflitti si è trattato di questioni in cui si reclamava la violazione dei diritti di informazione e propaganda politica imposti nello svolgimento della campagna referendaria; in un secondo gruppo si è trattato di conflitti relativi a iniziative legislative che avrebbero indebitamente precluso lo svolgimento del *referendum*; alcune pronunce infine, sono relative a richieste di sospensione del procedimento legislativo successivo allo svolgimento di *referendum*.

Fra i casi in cui si contestava la legittimità costituzionale della disciplina relativa alla campagna referendaria si può ricordare il conflitto promosso con ricorso depositato il 10 aprile 1995 dal comitato promotore dei *referendum* in materia di commercio, elezioni comunali e contributi sindacali, indetti per l'undici giugno dello stesso anno, avverso il decreto-legge del 20 marzo 1995 n. 83, che aveva esteso alle campagne referendarie la disciplina relativa allo svolgimento delle campagne elettorali. La Corte, dichiarato in via preliminare ammissibile il ricorso, con ordinanza del 7 aprile 1995 n. 118<sup>909</sup>, e ordinato un termine di soli 10 giorni per le notifiche, con sentenza del 10 maggio successivo, ha accolto parzialmente il ricorso e annullato la disposizione che vietava ogni forma di pubblicità a partire dal trentesimo giorno antecedente la data delle consultazioni referendarie<sup>910</sup>. La Corte ha deciso tempestivamente in via definitiva e ha perciò dichiarato assorbita l'istanza di sospensione.

L'esempio appena sintetizzato rende evidente che per la rigorosa predeterminazione legislativa dei tempi del procedimento referendario<sup>911</sup> in questo genere di conflitti è immanente l'urgenza della decisione. L'espressione di volontà del corpo elettorale in relazione ad un determinato quesito, sia pur viziata nella sua formazione, produce infatti effetti irreversibili, che incidono nella dialettica delle opposte posizioni rendendo d'altra parte, di fatto, difficilmente ripetibile la medesima consultazione, quando anche fosse possibile ipotizzarne la ripetizione nei tempi cadenzati dalla legge.

Lo stesso caso sopra ricordato, deciso con una pronuncia di accoglimento soltanto parziale, illustra però anche l'estrema difficoltà che incontra il rilascio di provvedimenti cautelari in giudizi ad alta valenza politica. Nei casi in cui il conflitto ha per

---

<sup>908</sup> Sul significato di queste pronunce in relazione alla questione della configurabilità della tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato, ci si soffermerà successivamente.

<sup>909</sup> L'ordinanza può leggersi in *Giur. cost.*, 1995, p. 943 ss.

<sup>910</sup> Si tratta della sentenza 161/1995, cit.

<sup>911</sup> Fra i primi ad avvertire di questa esigenza, F. SORRENTINO, *Art. 137*, cit., p. 492; per approfondimenti sul tema, G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 63 ss.

oggetto la disciplina della campagna referendaria ed essa sia assunta da una parte come lesiva dei principi costituzionali e dalla controparte come svolgimento dei medesimi, una sospensione cautelare della disciplina impugnata sembra allora possibile soltanto nelle ipotesi in cui sia manifesta la violazione dei diritti del corpo elettorale o della necessaria democraticità del processo politico referendario, ma l'urgenza sia tale che per la struttura del giudizio e per i tempi necessari alla stesura della sentenza, non sia possibile pervenire tempestivamente ad una decisione definitiva. Tipica la violazione delle regole di *par condicio*.

Nei casi invece in cui residuino pesanti dubbi circa la legittimità della disciplina controversa e non sia allo stato possibile pronosticare l'esito del ricorso, e vi sia una sostanziale identità dell'interesse costituzionale che nelle contrapposte posizioni processuali si assume rispettivamente leso ovvero tutelato attraverso le norme che regolano la campagna referendaria, il rilascio di un provvedimento cautelare rischierebbe di condurre a risultati controproducenti, ponendosi come fattore di potenziale alterazione del regolare svolgimento della competizione referendaria qualora la decisione definitiva non sia favorevole al ricorrente.

Significativo sotto questo profilo il caso deciso con l'ordinanza 5 giugno 1997, n. 171<sup>912</sup>. Il comitato promotore dei *referendum* in materia di ordine dei giornalisti carriera e incarichi extragiudiziari dei magistrati, esercizio della caccia, obiezione di coscienza e <golden share> indetti per il 15 giugno 1997, promuoveva ricorso per l'annullamento, previa sospensione, del regolamento del 20 maggio 1997 con il quale la Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi prevedeva durante la campagna referendaria un ciclo di dibattiti televisivi riservati, in eguali tempi, per ciascun *referendum* ai comitati promotori e ai comitati per il NO, oltre che un ciclo di dibattiti nei quali il tempo era ripartito fra le opposte indicazioni di voto, ma ai quali potevano partecipare soltanto i gruppi parlamentari, previsione quest'ultima considerata da parte del ricorrente lesiva del fondamentale principio della *par condicio* poiché adottata sul falso presupposto che i gruppi parlamentari si ripartiscano equamente in sostenitori del SI e del NO, nonché per la considerazione che il Parlamento, in quanto titolare della potestà legislativa si porrebbe in posizione antitetica rispetto ai comitati promotori. La Corte con ordinanza del 5 giugno dichiarava ammissibile il ricorso depositato il 24 maggio dello stesso anno e respingeva l'istanza di sospensione per la considerazione che alle opposte indicazioni di voto era garantito un eguale spazio di tempo in un contesto nel quale la presenza dei

---

<sup>912</sup> L'ordinanza è pubblicata in *Giur. cost.*, 1997, p. 1928, con nota di I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti fra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*.



comitati era costantemente garantita. I tempi del caso non consentivano evidentemente l'adozione di una decisione definitiva. Quest'ultima interviene però soltanto 21 mesi dopo lo svolgimento del *referendum* e, a questo punto come prevedibile, respinge il ricorso. Secondo la Corte, la scelta della Commissione parlamentare sebbene non imposta dalla Costituzione, "rispecchia una non arbitraria visione del *referendum*" che postula un dibattito aperto dal quale non possono essere esclusi "i gruppi parlamentari, riflesso istituzionale del pluralismo politico"<sup>913</sup>. Non è qui possibile entrare nel merito di questa decisione, ma sarebbe stato difficile pronosticarne un esito diverso. Le argomentazioni con le quali la Corte disattende l'eccezione dell'Avvocatura relativa al difetto di interesse del ricorrente sono però condivisibili. La Corte afferma che la conclusione dell'Avvocatura secondo la quale una sentenza sarebbe "inidonea a produrre effetti sul procedimento di *referendum* già concluso" non è del tutto condivisibile essendo "in linea teorica valutabile l'incidenza dell'accertata menomazione sull'esito del *referendum*". Ove non sia manifesta l'incostituzionalità della disciplina della campagna referendaria e la difficoltà del caso non consenta una soluzione tempestiva la soluzione dell'invalidazione del *referendum* che si accerti svolto in violazione delle norme costituzionali sembra in questi casi l'unica possibile e quindi la soluzione preferibile, nonostante le gravi implicazioni di una simile pronuncia<sup>914</sup>.

Altri casi giurisprudenziali mostrano l'insufficienza di provvedere ad un'effettiva tutela attraverso il rilascio di una misura cautelare poco invasiva, quale la sospensione dell'esecuzione dell'atto controverso, ma al tempo stesso la difficoltà, ma non impossibilità, di trovare adeguate alternative. Così nei casi in cui si contesti un comportamento omissivo della controparte.

Significativo a questo proposito è il caso deciso con l'ordinanza 12 maggio 2000, n. 137<sup>915</sup>. Il Comitato promotore dei *referendum* indetti per il 21 maggio 2000, chiedeva la sospensione di un regolamento della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi censurato per non aver dato un'adeguata attuazione alla legge 28/2000, in materia di parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie. La Corte dichiara "che non ci sono i presupposti per

---

<sup>913</sup> Così, Corte costituzionale, sentenza 12 marzo 1998, n. 49, in *Giur. cost.*, 1998, p. 544 ss., con note di A. ODDI, *La <ragionevole> impar condicio*, e di M. G. RODOMONTE, *Note a margine di una sentenza sulla democraticità del processo referendario tra pluralismo <interno> e discrezionalità della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi*.

<sup>914</sup> Ci si discosta qui dalla soluzione accolta nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale

<sup>915</sup> Si tratta dell'ordinanza 12 maggio 2000, n. 137, pubblicata in *Giur. cost.*, 2000, p. 1321 ss., con nota di B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*.

l'accoglimento della domanda cautelare", poiché un provvedimento sospensivo non può essere domandato allo scopo di determinare per il destinatario uno "stimolo a provvedere"<sup>916</sup>.

Non sarebbe evidentemente pensabile, come invece è stato auspicato in dottrina per casi simili, una pronuncia additiva della Corte costituzionale che non consegua a evidenti (anche nella fondatezza) <rime obbligate> scritte in Costituzione, nel qual caso peraltro la Corte potrebbe pervenire direttamente ad una decisione definitiva. L'argomento che a sostegno della tesi qui confutata fa leva sulla creatività delle tecniche decisorie del giudice costituzionale non sembra convincente, anche perché un provvedimento provvisorio adottato sotto la pressione dell'urgenza e sulla base di una cognizione sommaria non è paragonabile ad una decisione definitiva a cognizione piena. L'invocata sostituzione del giudice che avrebbe dovuto "dettare la disciplina provvisoria (i cui effetti sarebbero divenuti irreversibili)"<sup>917</sup>, sarebbe contraria allo scopo della tutela cautelare che, come più volte ribadito, è quello di impedire durante la pendenza del processo, il prodursi di modificazioni irreversibili della realtà che pregiudicherebbero l'utilità della futura decisione di merito. In casi, come quello appena esaminato, in cui si tratti di scongiurare un danno da tardività, che per definizione richiede l'anticipazione di alcuni effetti della decisione di merito, la Corte potrebbe anticipare parzialmente in sede cautelare gli effetti della decisione definitiva, ma non può dare una tutela maggiore di quella che conseguirebbe all'accoglimento del ricorso, oltretutto con effetti irreversibili. Quando la violazione censurata sia manifesta ma non sia possibile pervenire tempestivamente ad una decisione definitiva, un provvedimento cautelare di tipo anticipatorio deve allora ritenersi ammissibile assumendo come contenuto le <rime obbligate> scritte in Costituzione, o in mancanza di queste ultime, attraverso l'imposizione dell'ordine di provvedere a ripristinare la legalità violata, salva ogni discrezionalità dell'organo competente ad adottare il provvedimento. Altrimenti, il provvedimento cautelare eccederebbe il suo scopo e la Corte perderebbe la sua posizione di indipendenza e terzietà rispetto agli interessi in conflitto.

Nell'ambito del contenzioso referendario si segnalano infine due conflitti nei quali si contestava come indebita interferenza nel procedimento referendario l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento. In un caso il conflitto era stato originato dalla presentazione di un disegno di legge nella materia oggetto dei quesiti referendari e dagli atti che avevano dato corso all'iniziativa legislativa. La Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto sulla

---

<sup>916</sup> Così, l'ordinanza 12 maggio 200, n. 137, cit.

<sup>917</sup> L'opinione contraria a quella qui sostenuta e le parole riportate nel testo sono di B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*, cit.

base della considerazione che il procedimento referendario “non può mai tradursi nella sottrazione, sia pure temporanea, alla competenza del Parlamento di alcune materie soltanto perché investite dai quesiti referendari”. L’istanza di sospensione è stata quindi dichiarata assorbita<sup>918</sup>.

In un secondo caso si contestava la violazione del divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata per violazione dell’art. 75 Cost. in relazione all’esito del *referendum* sulla disciplina relativa al finanziamento pubblico dei partiti, svoltosi il 18 aprile 1993 e conclusosi con l’abrogazione della normativa sottoposta a referendum. Nel conflitto era stata presentata istanza di sospensione della delibera del 20 dicembre 1996 con la quale la Prima Commissione permanente del Senato in sede deliberante ha successivamente approvato un testo di legge che all’art. 4 con disposizione transitoria prevedeva l’erogazione entro il successivo 28 febbraio, del contributo di 160 miliardi ai partiti politici. La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di legittimazione attiva del Comitato promotore del *referendum* una volta chiusa la procedura referendaria. Anche in questo caso l’istanza di sospensione è stata dichiarata assorbita<sup>919</sup>.

I due casi appena ricordati presentano particolare interesse poiché l’istanza di sospensione era rivolta contro atti del procedimento legislativo anteriormente all’approvazione della legge. Anche in questi casi non c’è spazio per una pronuncia cautelare poiché manca evidentemente l’urgenza del provvedere.

Per connessione di materia, conviene in questa sede accennare ad una recente proposta avanzata in dottrina che ipotizza l’applicazione della sospensione in materia referendaria, “quanto meno, con riferimento ai casi in cui è maggiormente fondato il pronostico circa la possibile caducazione dell’atto (ad es., in quanto il fronte del sì appare particolarmente ampio e compatto) e, allo stesso tempo, forte il timore di un pregiudizio grave ed incombente per i diritti (specie, per quelli fondamentali) derivante dalla perdurante applicazione della legge su cui pende la domanda referendaria. Tanto più avvalorata risulta essere siffatta proposta con riferimento ai casi in cui la richiesta della misura sia avanzata, oltre che dai promotori, da altri soggetti presentatori di memorie alla Corte”<sup>920</sup>.

---

<sup>918</sup> Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 7 giugno 1997, n. 172, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2714.

<sup>919</sup> Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 14 gennaio 1997, n. 9, in *Giur. cost.*, 1997, p. 35 ss., con note di R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all’abrogazione referendaria*; P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*; G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata e la discrezionalità del legislatore*.

<sup>920</sup> Le parole riportate nel testo sono di A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia*

La proposta non appare condivisibile se si muove dalla concezione qui accolta secondo la quale nell'ambito della giustizia costituzionale, così come accade nei giudizi comuni, la funzione della tutela cautelare è quella di scongiurare le modificazioni irreversibili della realtà e i pregiudizi che possono colpire gli interessi dedotti in giudizio rendendo successivamente inutile o comunque non più eseguibile, la decisione della Corte.

#### 6. *La tutela cautelare nei conflitti <da interferenza>.*

L'orientamento giurisprudenziale che più ha contribuito all'affermazione dell'istituto del conflitto interorganico è quello che ha ammesso non soltanto i conflitti incentrati su una *vindicatio potestatis*, ma anche quelli nei quali si censura il "cattivo uso del potere"<sup>921</sup> che determini un'indebita compressione dell'altrui sfera di competenza. Di qui l'ammissibilità di conflitti aventi per oggetto provvedimenti giurisdizionali. Senza ripetere le osservazioni già svolte circa il profilo dei rapporti fra giudizio costituzionale e giudizi comuni, ci si soffermerà ora su una particolare esigenza di tutela cautelare emersa prima dell'approvazione della legge 20 giugno 2003, n. 140, *Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato*<sup>922</sup>. Si trattava delle esigenze di sospensione cautelare relative ad atti giurisdizionali nel settore dei conflitti fra poteri dello Stato relativi all'insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari ai sensi dell'art. 68 Cost.<sup>923</sup> Tali giudizi sono stati considerati da autorevole dottrina come un settore privilegiato per la protezione cautelare degli interessi in conflitto<sup>924</sup>.

---

costituzionale, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici - Atti di un incontro di studi - Messina 26 settembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 357 ss., p. 392.

<sup>921</sup> Sul tema, P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte, "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>922</sup> Su questa legge per i profili che qui interessano, G. AZZARITI, R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 247 ss., in particolare, p. 253. p. 258.

<sup>923</sup> Si ricorda per i profili che qui interessano, il conflitto promosso da un deputato che in seguito alla condanna in primo grado per il reato di diffamazione era stato condannato in sede civile al pagamento di una provvisoria immediatamente esecutiva. Il giudice, pur prendendo atto della delibera di insindacabilità delle opinioni espresse dal deputato ai sensi dell'art. 68 Cost. aveva rifiutato di dichiarare sia l'estinzione sia la mera sospensione della procedura esecutiva. La Corte dichiara inammissibile il conflitto essendo legittimate a sollevarlo soltanto la Camera di appartenenza e dovendo il deputato far valere i suoi diritti presso l'autorità giudiziaria; cfr. Si tratta del conflitto deciso da Corte costituzionale, ordinanza 17 luglio 1998, n. 284, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2173 ss.

<sup>924</sup> Si tratta dell'opinione di S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 41 ss.

Nonostante che le sopravvenute disposizioni legislative abbiano reso non più attuale questa proposta, conviene accennare ad essa. Secondo questa tesi, la sospensione dei procedimenti giurisdizionali sarebbe stata la misura idonea ad evitare indebiti tentativi dei giudici di influenzare il comportamento dei parlamentari suscitando remore alla loro libertà di espressione, di qui “la necessità di chiedere la sospensione del procedimento avviato proprio per evitare che il compimento di atti ad esso riconducibili accentui la situazione di pericolo cui il singolo parlamentare si trovi esposto”. In questa logica il provvedimento cautelare avrebbe dovuto funzionare come “giusto fattore di bilanciamento dell’espresso riconoscimento del potere dei giudici di procedere anche in presenza di una dichiarazione pregiudiziale delle Camere, riconoscimento che di necessità comporta lo spostamento in capo alle stesse Camere dell’onere di sollevare il conflitto, che è conclusione corretta se si considera che dopo la riforma dell’art. 68, il libero avvio di procedimenti giurisdizionali nei confronti di parlamentari per attività apparentemente non riconducibili all’esercizio delle loro funzioni costituisce la regola e l’eventuale interruzione di tali procedimenti l’eccezione”<sup>925</sup>. Come accennato, con l’approvazione della legge 20 giugno 2003, n. 140, *Disposizioni per l’attuazione dell’art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato*, la situazione normativa cui la tesi sopra riportata si riferisce è assai cambiata. In conseguenza della nuova disciplina, il giudice può procedere senza la necessità di investire la Camera di appartenenza del parlamentare soltanto se non sia eccepita l’applicabilità dell’art. 68 Cost., ipotesi assai rara da verificarsi<sup>926</sup>. La tesi merita tuttavia di essere presa in considerazione, non soltanto per l’eventualità che le disposizioni in considerazione siano dichiarate incostituzionali<sup>927</sup>, ma anche perché è esemplare di certi equivoci piuttosto diffusi sulla funzione del potere cautelare nel processo costituzionale.

La misura cautelare ipotizzata avrebbe dovuto avere secondo la tesi qui contestata, una funzione di riequilibrio dell’assetto sostanziale degli interessi prefigurato dal legislatore. Si tratta di una

---

<sup>925</sup> Le espressioni citate nel testo sono di S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, p. 41 ss., in particolare, pp. 59-64.

<sup>926</sup> Cfr. art. 3, l. 140/2003, sul punto, G. AZZARITI, R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, cit.

<sup>927</sup> Sui profili di incostituzionalità di questa disciplina, per il momento sfuggiti ad una pronuncia di incostituzionalità della Corte, G. AZZARITI, R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, cit.; la sentenza 16 aprile 2004, n. 140, ha invero in parte respinto, in parte dichiarato inammissibili, le censure sollevate in relazione all’art. 3 della legge.

ricostruzione che tradisce il senso e la funzione della tutela cautelare che in un processo giurisdizionale – sia pure *sui generis*, come quello costituzionale – deve essere concepita secondo una logica “tutta interna al processo”<sup>928</sup>. Scopo del rilascio di un provvedimento cautelare, in questa, come in ogni altra ipotesi, non può essere l’alterazione dell’assetto degli interessi sostanziali stabilito dal legislatore a vantaggio di una o dell’altra parte, ma soltanto l’obiettivo di scongiurare il rischio di un irreparabile danno agli interessi per i quali si chiede tutela al fine di conservare l’utilità pratica dell’eventuale decisione di merito favorevole al ricorrente. Svolte queste precisazioni di ordine generale, si tratta ora di verificare nel merito la concreta opportunità della misura ipotizzata, assumendo ovviamente come quadro di riferimento la disciplina vigente al momento della formulazione di questa proposta. Anche in relazione a serie evidenze di iniziative giurisdizionali persecutorie che non si arrestassero neppure di fronte ad una delibera di insindacabilità delle opinioni espresse dal parlamentare, l’utilità di una misura cautelare sembra tuttavia dubbia. Se davvero si verificasse nella realtà un esercizio persecutorio dell’azione penale allo scopo di coartare la volontà di un parlamentare, è difficile credere che la temporanea sospensione di un procedimento o di un processo penale o civile in virtù di un provvedimento cautelare possa essere idonea ad eliminare le conseguenze già prodotte da una simile interferenza, i cui effetti a quanto sembra, non sarebbero eliminabili se non con una decisione definitiva, tempestivamente pronunciata nell’ipotesi di particolare urgenza. Il pregiudizio temuto – che nel caso ipotizzato riguarda l’autonomia e indipendenza del Parlamento in ipotesi pregiudicata attraverso le presunte persecuzioni giudiziarie che ostacolassero la libertà di espressione del parlamentare e quindi il libero svolgimento del suo mandato – deriverebbe invero in ipotesi simili dalla pendenza del processo e non dai singoli atti in cui esso si svolge. La pendenza del processo non può però essere eliminata attraverso un provvedimento cautelare. A parte la sua inidoneità allo scopo, seri dubbi pesano poi sull’ammissibilità di una misura cautelare che disponga la sospensione dell’azione penale obbligatoria *ex art. 112 Cost.* A tal proposito occorre ricordare che in riferimento all’*art. 21 Cost.* che vieta il sequestro al di fuori dei casi autorizzati dalla legge sulla stampa, la Corte ha ravvisato un limite costituzionale al contenuto dell’*art. 700 c.p.c.*<sup>929</sup>.

---

<sup>928</sup>L’espressione è di A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 372 ss.

<sup>929</sup>Cfr., Corte costituzionale, sentenza 24 giugno 1970, n. 122, secondo la quale “il fatto che la Costituzione ammetta il sequestro preventivo solo “nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi” o “nel caso di violazione di norme che la legge stessa prescriva per l’indicazione dei

7. *Ammissibilità della tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato: considerazioni conclusive.*

Sulla base dell'analisi dei casi passati in rassegna, si perviene alla conclusione che il margine per una tutela cautelare degli interessi dedotti nel conflitto fra poteri dello Stato sia piuttosto esiguo.

Un opportuno impiego della tutela cautelare si può avere in primo luogo nei casi in cui l'atto o il comportamento controverso sia manifestamente incostituzionale, ma l'urgenza del provvedere sia tale da non consentire di pervenire ad una pronuncia definitiva.

Il rilascio di un provvedimento cautelare si rivela poi un utile strumento di garanzia dell'effettività della giustizia costituzionale nei casi in cui la valutazione comparativa delle conseguenze evidenzia che dall'esecuzione del provvedimento impugnato derivano pregiudizi irreparabili per il ricorrente e che dalla sospensione della sua efficacia non derivano apprezzabili effetti pregiudizievoli per il destinatario passivo della misura, ipotesi peraltro di rara verifica in questo settore.

Si confermano allora, almeno in parte, le intuizioni della dottrina<sup>930</sup> che aveva manifestato perplessità in relazione alla possibilità di un utile impiego della tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato e indicato la preferenza per un'accelerazione dei tempi di giudizio. La stessa dottrina<sup>931</sup> aveva richiamato l'attenzione sul collegamento fra esigenza di evitare il prodursi di fatti compiuti in pendenza del processo costituzionale e il rispetto delle regole di correttezza fra organi costituzionali che si traduce nell'obbligo di non dar seguito all'esercizio della competenza controversa. Se si valorizza questa indicazione e tenuto conto dell'analoga soluzione adottata nell'esperienza tedesca<sup>932</sup>, nelle ipotesi in cui per le ragioni viste non sia consentita alla Corte la pronuncia dell'ordine di non dar provvisoriamente seguito all'esercizio della competenza controversa, si può ritenere di una qualche utilità un monito della Corte che in sede di rigetto dell'istanza cautelare richiami le parti al rispetto delle reciproche regole di correttezza costituzionale.

Su tale proposta pesa peraltro il già dichiarato rifiuto della Corte di procedere ad una misura cautelare soltanto al dichiarato scopo di determinare "uno stimolo a provvedere"<sup>933</sup>.

---

responsabili" non può non escludere la legittimità di tale misura in ogni altro caso", in *Giur. cost.*, 1970, p. 1530 ss., con nota di M. MAZZIOTTI, *Diritto all'immagine e Costituzione*.

<sup>930</sup> Per l'indicazione delle diverse posizioni della dottrina si rinvia alle indicazioni riportate nella nota in apertura di questa sezione.

<sup>931</sup> S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., p. 385.

<sup>932</sup> Ci si riferisce alla pronuncia in precedenza esaminata, relativa alla legge di ratifica del trattato fondamentale con la Repubblica democratica tedesca, *BVerfG*, 18 giugno 1973, in *BVerfGE*, 35, 257.

<sup>933</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 137/2000, cit.

Resta ora da verificare se per i casi in cui il rilascio di provvedimenti cautelari sia uno strumento necessario per garantire l'effettività della funzione di garanzia costituzionale nel conflitto fra poteri dello Stato, l'esercizio del relativo potere sia già ammissibile secondo la disciplina vigente. Per risolvere la questione conviene innanzitutto esaminare la giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata sulle istanze cautelari presentate in questi giudizi. A questo tema è dedicato il paragrafo seguente.

8. *La valutazione dell'ammissibilità di istanze cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato secondo la giurisprudenza costituzionale.*

La Corte sino ad oggi, in sede di pronuncia sulle istanze cautelari presentate nel conflitto fra poteri dello Stato non ha affrontato la questione dell'ammissibilità di questa forma di tutela.

Talvolta nella fase preliminare di valutazione dell'esistenza "della materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza" la Corte ha respinto l'istanza cautelare per l'insussistenza nel caso concreto dei presupposti di fondatezza, con espressa riserva di ogni decisione sull'ammissibilità del rilascio di misure cautelari nel conflitto fra poteri<sup>934</sup>. Si tratta evidentemente di decisioni guidate da ragioni di economia processuale secondo le quali di fronte all'evidente mancanza dei presupposti per l'accoglimento è inutile allungare i tempi del giudizio per affrontare questioni non ancora mature per la decisione. Pertanto l'opinione dottrinale che considera la positiva valutazione dell'ammissibilità dell'istanza come presupposto dell'esame dei requisiti di fondatezza non sembra condivisibile<sup>935</sup>.

In altri casi la Corte ha potuto evitare di affrontare la questione poiché nella fase preliminare del giudizio ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto. Così ad esempio nel giudizio promosso da due soggetti in qualità di promotori e presentatori di alcuni *referendum* con i quali si chiedeva l'annullamento previa sospensione dell'efficacia di tre testi normativi sulla base di

---

<sup>934</sup> Così espressamente, Corte costituzionale, ordinanza 5 giugno 1997, n. 171, in *Giur. cost.*, p. 1728 ss., con nota di I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti fra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*; ordinanza 12 maggio 2000, n. 137, pubblicata in *Giur. cost.*, 2000, p. 1321 ss., con osservazione di B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*.

<sup>935</sup> Si tratta della tesi sostenuta fra gli altri da E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 339 ss., pp. 429-430 e della medesima Autrice, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 175 ss., pp. 212-213; B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*, cit., M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 255 ss., in particolare nota 17, pp. 258-259.



censure relative soltanto ad alcune disposizioni<sup>936</sup>. I ricorrenti avevano presentato apposita istanza per ottenere che il loro difensore fosse sentito in camera di consiglio in relazione all'ammissibilità dell'istanza di sospensione, in subordine prospettando eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 37 della l. 87/1953. La Corte ha pronunciato l'inammissibilità del conflitto per carenza del profilo oggettivo sotto diversi profili e ha quindi dichiarato l'assorbimento dell'istanza di sospensione.

In altri casi nella fase preliminare del conflitto ha omesso ogni pronuncia sull'istanza cautelare e ne ha poi dichiarato l'assorbimento nella fase di merito. L'espressa riserva di ogni definitivo giudizio che accompagna la decisione di ammissibilità resa in questa prima fase, non consente di dedurre un'implicita decisione definitiva sull'ammissibilità dell'istanza cautelare. Se ne potrebbe eventualmente desumere una decisione implicita di ammissibilità in via provvisoria e sommaria. Una tale interpretazione non sembra tuttavia consentita dall'art. 37 della legge 87/1953 che impone alla Corte di decidere con ordinanza, quindi con un provvedimento motivato, sui profili di ammissibilità del conflitto. La scelta del giudice costituzionale di non affrontare la questione relativa all'ammissibilità dell'istanza cautelare in questi casi in cui evidentemente non sussistono allo stato degli atti né i presupposti per una dichiarazione di infondatezza, né motivi di inammissibilità ulteriori rispetto alla questione fondamentale relativa alla stessa ammissibilità di forme di protezione cautelare degli interessi dedotti in giudizio, elude allora la funzione della fase preliminare del conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato prevista dall'art. 37 della legge 87/1953 nella quale la Corte dovrebbe decidere se esiste la materia di un conflitto la cui soluzione spetti alla sua competenza. Sebbene strumentalmente collegata alla decisione definitiva, la domanda di tutela cautelare si profila invero come autonoma "materia" nell'ambito del conflitto per il tipo di tutela richiesta e per gli effetti che un'eventuale decisione di accoglimento dell'istanza produrrebbe sul piano sostanziale. D'altra parte, considerata la peculiare situazione di tensione istituzionale che la richiesta di un provvedimento provvisorio e urgente esprime, è difficile spiegare per quali ragioni, anche nei casi appena ricordati, le istanze cautelari presentate nel conflitto fra poteri dello Stato sino ad oggi siano sfuggite a questo filtro pensato per evitare "i danni (istituzionali) di un'aperta confliggenza fra organi supremi"<sup>937</sup>. Fra queste ipotesi si segnalano anche casi di gravi conflitti istituzionali, come ad esempio quello in

---

<sup>936</sup> Si tratta di Corte costituzionale, ordinanza 23 maggio 2003, n. 195; per un altro esempio, Corte costituzionale, ordinanza 9 maggio 1997, n. 131, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1673 ss.

<sup>937</sup> L'espressione riportata nel testo è di A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 352.

cui per la prima volta la Corte ha ammesso un conflitto fra poteri dello Stato avente per oggetto un decreto-legge del quale il ricorrente aveva domandato nel ricorso introduttivo anche la sospensione cautelare. La Corte non si è pronunciata su di essa nella fase preliminare, ha poi deciso tempestivamente il conflitto in via definitiva e dichiarato quindi assorbita l'istanza di sospensione<sup>938</sup>.

9. *Ipotesi di disciplina positiva del potere cautelare nel conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato: le fonti.*

In mancanza di una soluzione giurisprudenziale, conviene ora esaminare le diverse opinioni dottrinali espresse sulla questione dell'ammissibilità della tutela cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato alla stregua del diritto vigente e le soluzioni possibili per un'eventuale integrazione della relativa disciplina.

In dottrina si è talora ritenuta applicabile in via analogica<sup>939</sup> ai conflitti fra poteri dello Stato la disciplina del potere cautelare dettata dal legislatore per i conflitti fra Stato e Regioni. In questa prospettiva l'applicazione analogica potrebbe ora estendersi anche all'art. 35 della l. 87/1953 come modificato dall'art. 9 della l. 131/2003, per l'ipotesi in cui il conflitto abbia per oggetto una legge o un atto avente forza di legge.

Considerato che in materia processuale non vale il principio di uniformità di disciplina, la soluzione non può dirsi soddisfacente<sup>940</sup>.

E' quindi auspicabile un intervento del legislatore che potrebbe essere anche la giusta occasione per una più adeguata disciplina della materia che ponga rimedio anche alle lacune sopra evidenziate con riferimento alla tutela cautelare nel giudizio in via principale e in quello soggettivo. A tal fine per le ragioni già illustrate con riferimento al potere cautelare previsto dalla legge 131/2003, si ritiene sufficiente una legge ordinaria.

E' comunque in questa sede opportuno evidenziare che in dottrina è stato ipotizzato che la stessa Corte possa disciplinare l'esercizio del potere cautelare in via di autoregolamentazione<sup>941</sup>. La proposta non convince.

---

<sup>938</sup> Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 7 aprile 1995, n. 118, cit. e sentenza 10 maggio 1995, n. 161, cit.,

<sup>939</sup> Così ad esempio, A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, cit., A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit.

<sup>940</sup> In questo senso, F. SORRENTINO, *Art. 137*, in *Commentario alla Costituzione*, cit, p. 491 ss.

<sup>941</sup> Su questo punto si veda l'opinione di B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*, cit., p. 1342, nonché il dibattito riportato in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit.

Non è possibile qui ripercorrere nei dettagli il lungo dibattito sulla collocazione delle norme integrative nel sistema delle fonti, ma sembra opportuno richiamarlo sinteticamente<sup>942</sup>.

Le tesi sostenute in dottrina, con diverse argomentazioni, sono principalmente due.

Secondo parte della dottrina, in mancanza dell'espressa previsione normativa di una riserva regolamentare, le norme integrative sono norme secondarie e come tali subordinate alla legge ordinaria. L'autonomia normativa della Corte può allora trovare espressione nell'integrazione della disciplina prevista dalla legge, può contenere disposizioni *praeter legem*, ma non *contra legem*. Sulla base di quest'impostazione, una disciplina del potere cautelare nel conflitto fra poteri in via di autoregolamentazione si può ritenere legittima qualora si acceda alla tesi che il silenzio del legislatore possa considerarsi una lacuna non intenzionale.

Secondo altra dottrina, le norme di autoregolamentazione sono una fonte riservata che si colloca a livello primario, analoga ai regolamenti parlamentari e, come questi, sarebbe espressione dell'autonomia che spetta ad un organo sovrano. Su questa base si potrebbe ipotizzare l'introduzione del potere cautelare nel conflitto fra poteri in via di autoregolamentazione quale che sia il senso del silenzio del legislatore, considerato anche che si tratterebbe di dare svolgimento al principio costituzionale dell'effettività della funzione di garanzia della Costituzione<sup>943</sup>.

Ad un più attento esame peraltro, quale che sia la collocazione delle norme di autoregolamentazione nel sistema delle fonti, ai fini della praticabilità della riforma ipotizzata, occorre tener presente che l'autonomia della Corte è in ogni caso limitata alla materia<sup>944</sup> dell'esercizio delle sue funzioni.

Gli effetti delle norme che disciplinano il potere cautelare avente ad oggetto l'esercizio o il mancato esercizio di un potere pubblico, non si esauriscono in ambito processuale ma toccano anche quello sostanziale.

Incidono evidentemente sulla disciplina della produzione degli effetti che la norma attributiva del potere collega al suo -anche invalido- esercizio<sup>945</sup>.

---

<sup>942</sup> Per una ricostruzione dell'intero dibattito e delle relative indicazioni bibliografiche, P. CARNEVALE, <Ecce iudex in ca(u)sa propria>: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte giudice in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Torino, 1996, p. 35 ss.; per l'impostazione delle problematiche successivamente sviluppate, S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970.

<sup>943</sup> Sull'ammissibilità di una disciplina in via di autoregolamentazione, B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto fra poteri*, cit., p. 1342.

<sup>944</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, cit.

<sup>945</sup> In questo senso, G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.

Incidono necessariamente sul regime giuridico e sull'efficacia degli atti che ne sono oggetto, con contenuti diversi da quelli attualmente previsti, (mera sospensione dell'attività esecutiva di provvedimenti positivi), per l'esercizio del potere di adottare, in base a cognizione sommaria, provvedimenti provvisori con finalità cautelare<sup>946</sup>.

Il limite di materia non ammette quindi l'introduzione di ulteriori misure cautelari nel conflitto fra poteri attraverso una modifica delle norme integrative<sup>947</sup>.

Resta peraltro da osservare che quello che la Corte non può disporre in via di autoregolamentazione, può però deciderlo, se giudichi la tutela cautelare costituzionalmente doverosa per la garanzia dell'effettività della funzione di garanzia costituzionale, nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 40 o dell'art. 35 della legge 87/1953, nella parte in cui non consentono alla Corte di adottare i provvedimenti d'urgenza necessari ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione definitiva del conflitto fra poteri dello Stato, in caso di pericolo di pregiudizio grave e irreparabile<sup>948</sup>.

Il carattere incidentale della decisione, la sua efficacia *erga omnes* e la sua motivazione, esprimono una garanzia non certo inferiore all'adozione di una disciplina adottata e modificabile dalla Corte a maggioranza assoluta dei suoi componenti e per la quale la Corte non ammette il sindacato incidentale di legittimità costituzionale<sup>949</sup>.

---

<sup>946</sup> Sulle nozioni di regime giuridico, e di efficacia, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, quinta ed., I, Napoli, Jovene, 1984, p. 13-14.

<sup>947</sup> Per un'analoga questione circa il potere di alcune giurisdizioni internazionali, P. GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2000, pp. 56-61.

<sup>948</sup> Si ricorda in proposito, Corte costituzionale, sentenza 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss., con nota di A. PROTO PISANI, *La rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*. Tale sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 u.c. della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R. "nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito", nei casi in cui il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.

<sup>949</sup> Corte costituzionale, ordinanza 28 dicembre 1990 n. 572, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3222 ss., con nota di D. NOCILLA, *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e valore di legge in una insoddisfacente decisione di inammissibilità*.

10. *Segue: ipotesi di disciplina dei presupposti e del contenuto delle misure cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato.*

Preso atto dell'esigenza di integrare le fonti del processo costituzionale con la previsione di adeguate forme di tutela cautelare anche nel conflitto fra poteri dello Stato, conviene ora formulare un'ipotesi di disciplina.

Sulla base delle considerazioni svolte finora, l'introduzione del potere cautelare nel conflitto fra poteri dello Stato dovrebbe tenere conto della intrinseca "pericolosità" dei provvedimenti cautelari. Sembra pertanto opportuno ancorarne l'esercizio a presupposti particolarmente rigorosi: l'urgenza di provvedere in relazione alla gravità e all'irreparabilità del pregiudizio per gli interessi dedotti in conflitto. L'atipicità del *periculum in mora* così delineato lascia alla Corte un ampio margine di valutazione nell'accertamento dei presupposti del suo esercizio particolarmente opportuno, per le ragioni sopra viste, in questi giudizi costituzionali<sup>950</sup>.

Quanto al contenuto del provvedimento cautelare, tenuto conto dell'inadeguatezza rivelata dalla misura della sospensione cautelare dell'esecuzione degli atti impugnati e del fatto che il conflitto fra poteri non presuppone necessariamente l'impugnazione di un atto, sarebbe opportuna la previsione di un provvedimento cautelare a contenuto regolativo, analogamente a quanto previsto per le corrispondenti ipotesi nell'ordinamento tedesco. L'ampio margine di valutazione circa i presupposti per il rilascio del provvedimento cautelare che discenderebbe dalla loro atipicità non presenta

Sarebbe del pari opportuna la previsione di un breve termine di efficacia del provvedimento cautelare e la fissazione di un termine accelerato per il giudizio della Corte, trascorso inutilmente il quale la misura cautelare dovrebbe perdere efficacia. Ciò in linea con il carattere eccezionale del potere e per la sua intrinseca "pericolosità".

11. *Segue: ipotesi di disciplina del procedimento per il rilascio di provvedimenti cautelari nel conflitto fra poteri dello Stato.*

La disciplina del potere cautelare della Corte costituzionale nel conflitto di attribuzioni dovrebbe tener conto della particolare struttura del giudizio articolato in una fase preliminare nella quale la Corte valuta se esiste la materia di un conflitto la cui soluzione spetti alla sua competenza. Come già osservato la prassi seguita dalla Corte di omettere ogni pronuncia sull'ammissibilità dell'istanza, non è coerente con la *ratio* comunemente riconosciuta a questa fase del giudizio, di evitare l'aperta confliggenza fra i poteri dello Stato qualora non sussista "la materia" del giudizio.

---

<sup>950</sup> Sulle difficoltà che un sistema incentrato sulla tutela cautelare atipica, pone per la tutela dei diritti nel processo civile, A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 604 ss.

La considerazione che i presupposti per l'istanza cautelare possono sorgere successivamente al deposito del ricorso ed eventualmente alla sua notificazione ai legittimi contraddittori, dovrebbe comportare un'autonoma e ulteriore valutazione preliminare della Corte.

Considerata l'urgenza che qualifica ogni istanza cautelare, sarebbe opportuna la previsione di termini particolarmente brevi per le notificazioni.

Sembra invece inopportuna la previsione della possibilità del rilascio di provvedimenti cautelari *ante causam*, dato che la particolare qualificazione delle parti del giudizio e l'alto rango degli interessi su cui il provvedimento incide, rendono agevole e necessaria la pienezza del contraddittorio fra le parti.

## **CAPITOLO IV**

### **IL POTERE CAUTELARE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**

1. *La tutela cautelare nei confronti di leggi incostituzionali nel giudizio <a quo> .*

Conviene a questo punto affrontare brevemente la problematica questione della tutela cautelare dei diritti contro le leggi incostituzionali nell'ambito dei giudizi comuni. Ci si limiterà ad accennare alla questione al solo scopo di indagare nella prospettiva seguita in questo lavoro, dedicato allo studio dei poteri cautelari della Corte costituzionale, (e non a quelli dei giudici comuni), se residuino esigenze di tutela che giustifichino l'attribuzione alla Corte costituzionale del potere di sospendere in via cautelare le leggi sottoposte a sindacato incidentale di legittimità costituzionale. L'esigenza di tutela cautelare nei confronti della legge incostituzionale nell'ambito di un sistema che prevede per la tutela dei diritti costituzionali non prevede un ricorso diretto alla Corte, ma soltanto un sindacato incidentale di legittimità costituzionale, può essere soddisfatta soltanto se si consente alla parte di domandare il provvedimento cautelare direttamente al giudice comune invocando a sostegno dell'istanza non già "un'attuale disciplina di legge ordinaria (la quale, anzi, al momento della richiesta del provvedimento, disconosce il diritto di cui si pretende la tutela), ma la disciplina che risulta dall'ipotesi di incostituzionalità di una norma ordinaria, che regola (o concorre a regolare) il rapporto di cui si tratta"<sup>951</sup>.

Nel processo civile si tratterà di regola della richiesta di un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, nel processo amministrativo della richiesta di misure cautelari *ex art. 21, VIII comma 1. 6 dicembre 1971, n. 1034, (l. t.a.r.)*, come modificato dalla l. 21 luglio 2000, n. 205.

A sostegno di questa tesi si invoca la garanzia costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti che sarebbe compromessa non solo se si ritenesse che il giudice adito in via cautelare debba negare l'ammissibilità di un provvedimento a cautela di un diritto disconosciuto o limitato da una legge di cui si assuma l'incostituzionalità, ma anche se si ritenesse che il giudice

---

<sup>951</sup> Così, P. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 117 ss.; A. PROTO PISANI *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, Jovene, 2002, p. 641; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, terza ed., IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 159 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele*, Padova, Cedam, 2003, p. 287.

sia tenuto a disporre la sospensione del procedimento cautelare e a rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale prima di pronunciarsi sull'istanza cautelare<sup>952</sup>. A questo proposito si è osservato che “sarebbe proprio una misura <contro natura> la sospensione del procedimento d'urgenza e la domanda alla Corte costituzionale, quando urge nei fatti una esigenza di tutela”<sup>953</sup>. In questa ipotesi la cognizione incidentale della questione di costituzionalità sarebbe compatibile con il sistema di controllo accentrato di costituzionalità poiché la Corte non potrebbe esserne investita senza frustrare il carattere e lo scopo di immediatezza della tutela cautelare<sup>954</sup>.

L'indirizzo giurisprudenziale che ammette la tutela cautelare dei diritti contro le leggi incostituzionali conosce due varianti.

Secondo un primo orientamento il giudice, adito *ante causam* concede il provvedimento cautelare (sulla base di una valutazione del *fumus boni iuris* che ingloba anche una prognosi positiva circa l'esito del giudizio di costituzionalità), senza rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte. Spetterà al giudice in sede di procedimento di merito compiere quest'ultima operazione<sup>955</sup>.

Alla stregua di una seconda variante, il giudice adito *ante causam* concede il provvedimento cautelare e contestualmente solleva la questione di legittimità costituzionale.

In un primo tempo la seconda variante era parsa difficilmente praticabile, alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale secondo cui il giudice che avesse concesso il provvedimento cautelare si era ormai spogliato del procedimento, per cui la questione di legittimità costituzionale doveva essere dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza<sup>956</sup>.

Tuttavia su questo punto si è registrato negli anni Novanta un importante mutamento della giurisprudenza costituzionale secondo il quale è ammesso che il giudice, contemporaneamente all'emanazione dell'ordinanza di rimessione, disponga con separato provvedimento, la sospensione in via provvisoria e temporanea

---

<sup>952</sup> In questo senso, in giurisprudenza, Pret. Roma 16 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 155, con nota di G. FUBINI, *Sulla legittimità costituzionale della normativa sulle comunità israelitiche*.

<sup>953</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, p. 27 ss.

<sup>954</sup> In questo senso, P. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, cit., p. 139 ss., che collega questa soluzione al principio per cui “nessun giudice, in nessun senso e sotto nessun profilo, può trovarsi, pena il pregiudizio della sua indipendenza, in posizione di impotenza rispetto a norme incostituzionali”, p. 145.

<sup>955</sup> In questo senso, Pretura Pisa 30 luglio 1977, in *Foro it.* 1977, I, c. 2354 ss.

<sup>956</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, cit., p. 32.



degli atti impugnati fino alla ripresa del procedimento cautelare dopo la decisione della Corte costituzionale<sup>957</sup>.

La medesima esigenza di tutela contro le leggi incostituzionali si è riprodotta negli stessi termini nell'ambito del giudizio amministrativo ed è stata risolta in termini analoghi<sup>958</sup>. Da segnalare in questo contesto un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che arriva ad affermare: "Al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consenta la concessione del provvedimento di sospensione dell'atto impugnato, rinviando alla fase di merito, al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della corte costituzionale con effetti *erga omnes*"<sup>959</sup>.

Secondo il contrapposto orientamento, sostenuto soprattutto in passato, ma talora affermato anche di recente<sup>960</sup>, il giudice comune non potrebbe concedere un provvedimento cautelare a tutela di un diritto "il cui riconoscimento ed eventuale pregiudizio siano condizionati alla dichiarazione di incostituzionalità di un atto, che ha valore di legge"<sup>961</sup>. Questo indirizzo era stato affermato in giurisprudenza negli anni Sessanta in relazione ai giudizi originati dalla nazionalizzazione delle imprese elettriche e approvato dalla Corte di cassazione che aveva ripetutamente negato la possibilità che fosse sospesa in via giudiziale l'esecuzione dei decreti legislativi di esproprio delle imprese elettriche<sup>962</sup>.

---

<sup>957</sup> Così, Corte cost. 12 ottobre 1990, n. 444, in *Foro it.*, 1991, I, 721. Nello stesso senso Corte cost. 12 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1754. Sul punto R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1999-2001), Torino, 2002, p. 64; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p. 105; in tema v. anche F. DAL CANTO, *Brevi note in tema di rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 14, commi 4 e 5 del t.u. in materia di immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998)*, in *Stranieri tra i diritti*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2001, p. 63 ss.

<sup>958</sup> Per un approfondito esame e per ampie indicazioni bibliografiche, R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss.

<sup>959</sup> L'ordinanza è pubblicata in *Foro it.*, III, c. 9 ss. e in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss. con nota di R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, cit.

<sup>960</sup> Cfr. Trib. Alba 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2001, p. 2073 ss., con nota di E. VULLO, *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*.

<sup>961</sup> Così, Cass. 9 luglio 1966, n. 1804, in *Rass. giur. Enel*, 1966, p. 1966.

<sup>962</sup> Critica questo orientamento, A. PACE, *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., p. 1217 ss., dello stesso Autore, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 594 ss.

La tesi dell'inammissibilità della domanda diretta ad ottenere un provvedimento cautelare a tutela di un diritto che si assume violato da una norma di legge ordinaria, della quale si afferma l'illegittimità costituzionale, si basa fundamentalmente sull'argomento che il sistema del controllo accentrato di costituzionalità delle leggi impedirebbe agli organi giurisdizionali di risolvere essi stessi, anche solo con effetto limitato al giudizio in corso, le questioni di costituzionalità e giunge alla conclusione che: "Se quindi l'indagine sul *fumus* va condotta alla stregua del diritto presente (quanto meno per la normativa primaria), ove la richiesta di tutela cautelare si fondi soltanto su un'aspettativa di illegittimità della norma che nega il diritto, al giudice deve ritenersi precluso un qualunque intervento in via interinale, poiché manca una disciplina positiva che assicuri la protezione invocata - essendo la legge censurata in quel momento efficace ed operante"<sup>963</sup>.

Si tratta ovviamente di un indirizzo giurisprudenziale non condivisibile che ignora oltretutto la positiva valorizzazione degli elementi di diffusione del controllo di costituzionalità insiti nel nostro sistema di giustizia costituzionale<sup>964</sup>.

L'indirizzo giurisprudenziale che si fa interprete delle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale contro le leggi incostituzionali è senza dubbio da condividere.

La possibilità di soddisfare le esigenze individuali di tutela cautelare presso il giudice comune non esclude peraltro l'opportunità che anche la Corte costituzionale disponga del potere di sospendere l'applicazione delle leggi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale in una logica di collaborazione fra Corte e giudici comuni e in una prospettiva di complementarità delle diverse forme di garanzia che connotano il modello italiano di giustizia costituzionale<sup>965</sup>. Alle ragioni che rendono opportuna un'estensione dei poteri della Corte in questa direzione è dedicato il paragrafo seguente.

## 2. La tutela cautelare nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Le norme relative al giudizio di costituzionalità in via incidentale non prevedono il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia della legge nei cui confronti il giudice comune abbia sollevato una questione di costituzionalità. Come

---

<sup>963</sup> Cfr. Trib. Alba 31 dicembre 1999, cit., p. 2077; in dottrina C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, tredicesima edizione, Torino, 2000, p. 391, nota 19.

<sup>964</sup> Sul punto si vedano i diversi contributi in, AA. VV. *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, a cura di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, Torino, Giappichelli, 2002.

<sup>965</sup> Sulla complementarità fra le diverse forme di tutela dei diritti costituzionali, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 521 ss.

abbiamo visto nel paragrafo precedente, l'esigenza di tutela cautelare dei diritti violati da leggi incostituzionali può essere adeguatamente soddisfatta dai giudici comuni<sup>966</sup>. Questa circostanza non esclude tuttavia che l'attribuzione alla Corte di un adeguato potere di tutela cautelare rappresenterebbe un utile completamento delle garanzie costituzionali sotto il profilo dell'uniformità nell'effettiva tutela dei diritti attraverso la pronuncia di un provvedimento ad efficacia generale<sup>967</sup>. Il potere cautelare della Corte potrebbe d'altra parte porsi come un'integrazione della tutela apprestata dai giudici comuni per i casi in cui la mera delibazione sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale non possa condurre a ritenere allo stato sussistenti i presupposti per il rilascio di un provvedimento cautelare.

Nel contesto di un processo "senza parti"<sup>968</sup> quale il giudizio incidentale di legittimità costituzionale il potere cautelare non potrebbe che configurarsi come un potere officioso<sup>969</sup>. Per l'autonomia che svincola il giudizio incidentale dal processo <a quo> che lo ha originato il carattere officioso dell'iniziativa della Corte non determinerebbe nessuno degli inconvenienti che l'analogo potere comporta nel giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale.

---

<sup>966</sup> Si prescinde in questa sede da ogni considerazione relativa alle strettoie e alle zone franche al controllo di costituzionalità che si presentano evidentemente in modo analogo sia per la tutela cautelare che per quella di merito. Sul punto e sull'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento il ricorso diretto di costituzionalità, V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra di diritto costituzionale in Europa*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 1988, p. 1095 ss.; E. CHELI, *Modello originario e vicende storiche della Corte costituzionale*, in *Diritto e culture della politica*, Roma, Carocci, 2004, p. 53 ss.

<sup>967</sup> Sull'opportunità del riconoscimento alla Corte di un potere cautelare nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, R. Romboli, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici - Atti di un incontro di studi - Messina 26 settembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71 ss., in particolare p. 102. La mancanza di adeguati strumenti di tutela cautelare nel giudizio incidentale era stata segnalata, in un diverso contesto da M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 13, secondo il quale già all'epoca affermava che "per ciò che concerne l'illegittimità costituzionale delle leggi il nostro ordinamento debba considerarsi superato, prima ancora d'esser stato realizzato: tanto più se si pensa che non spetteranno alla nostra Corte costituzionale poteri d'urgenza o cautelari, almeno in sede di sindacato sulle leggi".

<sup>968</sup> Così R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>969</sup> Per l'analogia soluzione adottata nel "controllo concreto" di costituzionalità, o controllo incidentale, nell'ordinamento tedesco si rinvia a quanto già detto.

## BIBLIOGRAFIA DELLA LETTERATURA ITALIANA

AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del Seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1989.

AA. VV., *Giudizio <a quo> e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, Giuffrè, 1991

AA. VV. *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, a cura di E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, Torino, Giappichelli, 2002.

M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, Cedam, 1986.

U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 9 ss.

G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti (sentenza 226/1976)*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1985 ss.

V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, terza ed., Napoli, Jovene, 1964, p. 245 ss.

A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2004.

V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986.

V. ANGIOLINI, *Conflitto costituzionale di attribuzioni e controinteressato: la Corte (forse) fa il primo passo*, nota a Corte costituzionale 30 giugno 1988, n. 743, in *Le Regioni*, 1989, p. 1171 ss.

V. ANGIOLINI, *L'<obbligatorietà> della legge regionale nei rapporti con lo Stato*, in *Le Regioni*, 1997, p. 9 ss.

L. ANTONINI, *Disapplicazione davvero illegittima?*, nota a Corte costituzionale 14 giugno 1990, n. 285, in *Le Regioni*, 1991, p. 1047 ss.

A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale (atti del seminario, Firenze: 28-29 maggio 1999)*, Torino, Giappichelli, 2000.

A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002.

A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, nota a Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in <http://web.unife.it>.

G. AZZARITI, R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 247 ss.

A. AZZENA, *Irreparabilità del danno e gravi ragioni per la sospensione nei conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1980, p. 142 ss.

A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 345 ss.;

P. BARRERA, *Referendum consultivo e limiti dell'"interesse regionale"*, nota a Corte costituzionale 18 maggio 1989, n. 256, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1194 ss.

S. BARTOLE, *Considerazioni sulla funzionalità della Corte costituzionale, in Regioni e Corte costituzionale*, a cura di S. BARTOLE, M. SCUDIERO, A. LOIODICE, Milano, Franco Angeli, 1988, p. 13 ss.

S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, nota a Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 6, in *Giur. cost.*, 1996, p. 41 ss.

S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA. VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 41 ss.

S. BARTOLE, *<Overruling> o <qualification> di precedente con ordinanza di reiezione della domanda di sospensiva di atto impugnato per conflitto di attribuzioni?*, nota a Corte costituzionale, ordinanza 5 aprile 2001, n. 101, in *Giur. cost.*, 2001, p. 634 ss.

S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale, (nota a Corte costituzionale n. 303/2003)*, in <http://web.unife.it>.

F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, Giuffrè, 1979.

F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss.

E. BERARDUCCI, *I controlli della Corte dei conti sull'attività normativa del Governo*, in *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, a cura di E. CATELANI, E. ROSSI, Milano, Giuffrè, 2003, p. 189 ss.

G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 277 ss.

G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31, 2002, Milano, Giuffrè, p. 381 ss.

G. BERTI, G. DE MARTIN (a cura di), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale (atti del convegno, Roma, 9 gennaio 2001)*, Milano, Giuffrè, 2001.

G. BERTI, G. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici (atti del convegno Roma, 9 giugno 2003)*, Milano, Giuffrè, 2003.

L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1208 ss.

D. BESSI, *L'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale nel Titolo V novellato*, nota a Corte costituzionale 24 luglio 2003, n. 274, in *Le Regioni*, 2004, p. 219 ss.

E. BETTINELLI, *“Grandi questioni di interesse generale” e referendum consultivi regionali*, nota a Corte costituzionale 18 maggio 1989, n. 256, in *Le Regioni*, 1990, p. 1292 ss.

E. BETTINELLI, *Rigore definitorio e ingiustiziabilità di un conflitto*, nota a Corte cost., 13 ottobre 1978, n. 82, in *Giur. cost.*, 1978, p. 1227 ss.

R. BIN, *L'ultima fortezza: teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996.

R. BIN, *Un nuovo ricorso diretto contro le leggi?*, nota a Corte cost., 23 dicembre 1999, n. 457, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3906 ss.

R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti fra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 3 ss.

N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

P. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 117 ss.

G. BRUNELLI, *L'illegittimità costituzionale consequenziale come deroga al principio del contraddittorio*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. Angiolini, Torino, Giappichelli, 1998, p. 368 ss.

- G. BRUNELLI, *Dinamica referendaria e comitato promotore*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 63 ss.
- G. BRUNELLI, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3644 ss.
- L. BUFFONI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato avente per oggetto atti legislativi: lo stato dell'arte in dottrina e giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2269 ss.
- Q. CAMARLENGO, *La legge regionale nella giurisprudenza comune*, in *Le Regioni*, 2000, p. 49 ss.
- Q. CAMARLENGO, *Leggi provvedimento e sussidiarietà verticale: la cura concreta degli interessi pubblici tra l'attività legislativa, statale e regionale, e l'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 51 ss.
- R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1332 ss.
- M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, prima ed. 1955, rist. 1976.
- C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Milano, Giuffrè, 2002.
- E. CAPACCIOLI, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, nota a Corte costituzionale, sentenza 12 novembre 1968, n 163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 265 ss., p. 273.
- B. CARAVITA DI TORRITTO, *Corte giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, Cedam, 1985.
- P. CARETTI, voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- P. CARETTI, voce *Responsabilità politica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.
- P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995, p. 123 ss.
- P. CARETTI, *Relazione in Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale (atti del convegno, Roma, 9 gennaio 2001)*, a cura di G. BERTI, G. DE MARTIN, Milano, 2001, p. 57 ss.

P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1223 ss.

P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale*, in *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n.131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, p. 183 ss.

P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, p. 381 ss.

L. CARLASSARE, *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento fra principio di legalità e riserva di legge*, nota a Corte cost., 29 luglio 1982, n.150, in *Le Regioni*, 1982, p. 1168 ss.

L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 601 ss.

L. CARLASSARE, P. VERONESI, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001 p. 95 ss.

M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali: alla ricerca di un consuntivo*, Torino, Giappichelli, 1992

P. CARNEVALE, <*Ecce iudex in ca(u)sa propria*>: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte giudice, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Torino, 1996, p. 35 ss.

R. CAVALLO PERIN, *La tutela dell'ambiente: nuove norme attributive del potere di ordinanza*, nota a Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 617, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3538

R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990.

A. CERRI, *Ancora sui limiti di sindacabilità dell'atto del giudice in sede di conflitto*, nota a Corte costituzionale 14 giugno 1990, n. 285, in *Le Regioni*, 1991, p. 1047 ss.

A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*, nota a Corte cost., 30 marzo 1995, n. 94, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1081 ss.

A. CERRI, *Problemi processuali e sostanziali relativi all'ammissibilità del conflitto di attribuzioni fra Stato e regione*, in *Giur. cost.*, 1968, 1398 ss.

A. CERRI, voce *Conflitti di attribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma 1996.

A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, terza ed., Milano, Giuffrè, 2001.



- G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1994, p. 667 ss.
- G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, Giappichelli, 2002.
- G. CERRINA FERONI, *Riforma del titolo V: determina anche nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale?* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- F. CERRONE, *Considerazioni in tema di ammissibilità e fondatezza di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*. in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 476 ss.
- E. CHELI, P. CARETTI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1984, p. 17 ss.
- E. CHELI, *Modello originario e vicende storiche della Corte costituzionale*, in *Diritto e culture della politica*, Roma, Carocci, 2004, p. 53 ss.
- L. CHIEFFI (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, , Padova, Cedam, 1999.
- L. COEN, *Sussidiarietà e giustizia costituzionale nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, a cura di A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA, Padova, Cedam, 1999, p. 195 ss.
- V. CRISAFULLI, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 1978.
- V. COCOZZA, *Provvedimenti emanati a seguito di annullamento giudiziale e conflitto di attribuzioni*, nota a Corte costituzionale 14 luglio 1988, n. 798, in *Le Regioni*, 1989, p. 1497 ss.
- C. CONSOLO, *La consulta e l'imparzialità del giudice nella tutela cautelare civile in ambito fallimentare*, nota a Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148, in *Corriere giur.*, 1996, p. 879 ss.
- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele*, Padova, Cedam, 2003.
- G. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000.
- E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003.
- F. CUOCOLO, *Turismo politico-amministrativo e controllo della Corte dei Conti*, nota a Corte costituzionale, sentenza 22 ottobre 1999, n. 392, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3053 ss.

F. DAL CANTO, *Brevi note in tema di rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 14, commi 4 e 5 del t.u. in materia di immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998)*, in *Stranieri tra i diritti*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2001, p. 63 ss.

M. D'AMICO, *Corte costituzionale e riforma del titolo V: adeguamenti ragionevoli e disposizioni problematiche*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6 maggio 2002.

G. D'AURIA, *Corte dei conti, controllo successivo sulla gestione e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 436 ss.

A. D'ATENA, *La pubblicazione delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1974.

A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p.13 ss.

A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, nota a Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in <http://web.unife.it>.

G. D'AURIA, *La presidenza del consiglio dei ministri è un organo costituzionale? (A proposito della <restituzione> alla Corte dei conti del controllo preventivo di legittimità sugli atti della presidenza del consiglio)*, nota a Corte cost. 29 maggio, 2002, n. 221, in *Foro it.*, 2003, I, c. 36 ss.

D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001.

U. DE SIERVO, *Contributo al dibattito sulle norme sulla produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, a cura di P. Caretti, Torino, Giappichelli, 2003.

R. DICKMANN, *Norme sul potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

F. DRAGO, *Il soddisfacimento delle istanze unitarie giustifica la vecchia giurisprudenza in merito ai vizi delle leggi regionali (brevi osservazioni sulla sent. 274/2003)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 11 settembre 2003.

F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934.

G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano, in Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 11 ss.

- A. FALZONE, *L'inibitoria giudiziale degli atti giuridici con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1967.
- R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, nota a Corte cost., 10 ottobre 2003, n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1018 ss.
- G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata e la discrezionalità del legislatore*, nota a Corte cost., 14 gennaio 1997, n. 9, in *Giur. cost.*, 1997, p. 35 ss.
- E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè, 1981.
- E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 646 ss.
- G. FUBINI, *Sulla legittimità costituzionale della normativa sulle comunità israelitiche*, nota a Pret. Roma 16 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 155.
- P. GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2000.
- G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 124 ss.
- V. GASPARINI CASARI, *In tema di pronunce sulla sospensione del provvedimento impugnato nei conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni*, nota a Corte costituzionale, ordinanze 29 aprile 1983, n. 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, in *Le Regioni*, 1983, p. 1019 ss.
- E. GIANFRANCESCO, *L'incidenza della riforma sui giudizi costituzionali*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa *La riforma del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale* (Pavia, 6-7 giugno 2003).
- P. GIOCOLI NACCI, *Considerazioni in tema di tutela cautelare*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano, 1988, p. 509 ss.
- R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss.
- A. GIULIANI, voce *Prova in genere (filosofia del diritto)*, in *Encicl. del Dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 518 ss.
- A. GRAGNANI, *I poteri cautelari della Corte costituzionale e le procedure non giurisdizionali per la tutela urgente degli interessi costituzionali nelle <controversie federali>*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

S. GRASSI, *In tema di rapporti tra giudizio costituzionale sui conflitti intersoggettivi e giudizi comuni*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1235 ss.

S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1985.

S. GRASSI, *Sull' inammissibilità dei conflitti di attribuzioni per le funzioni delegate dallo Stato alle Regioni*, nota a Corte costituzionale, sentenza 27 giugno 1986, n. 152, in *Le Regioni*, 1986, p. 1319 ss.

S. GRASSI, voce *Conflitti costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 362 ss.

E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1963.

G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le Regioni e il potere giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2001.

P. F. GROSSI, *I promotori del referendum nel conflitto tra i poteri dello Stato*, nota a Corte cost., 3 ottobre 1978, n. 82, in *Giur. cost.*, 1978, p. 1227 ss.

T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997.

G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo stato e le regioni e tra le regioni*, Milano, Giuffrè, 1961.

R. GUASTINI, voce *Ordinamento giuridico*, in *Dig. Pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 414 ss.

P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D'ATENA, Milano, Giuffrè, 2000.

H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, traduzione a cura di C. GERACI, Milano, Giuffrè, 1981.

E. LAMARQUE, *Art. 9*, in *L'attuazione del nuovo titolo V, parte seconda, della Costituzione, Commento alla legge "La Loggia", (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, a cura di E. LAMARQUE, P. CAVALERI, Torino, Giappichelli, 2004, p. 229 ss.

F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

I. LOLLI, *La sospensione cautelare degli atti impugnati nei conflitti fra poteri: ancora un'occasione mancata dalla Corte costituzionale*, nota a Corte cost., 5 giugno 1997, n. 171, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1335 ss.

M. A. LORIZIO, *I commissari per gli usi civici e i poteri d'ufficio - Conflitto fra giudici in attesa della legge*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1118 ss.

M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.

F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, terza ed., IV, Milano, Giuffrè, 2000.

J. LUTHER, *Il modello tedesco dello Stato federale*, in *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, Giappichelli, 1996, p. 241 ss.

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.

N. MACCABIANI, *La legge e gli atti normativi equiparati come <oggetto> di conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2293 ss.

M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002.

E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1996, p. 351 ss.

E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1999, p. 339 ss.

E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 2002, p. 175 ss.

E. MALFATTI, *Un conflitto dai risvolti problematici*, nota a Corte cost., 23 dicembre 1999, n. 457, in *Foro it.*, 2001, I, c. 436 ss.

M. MALO, *Il potere di ordinanza in materia di protezione civile al vaglio della Corte costituzionale*, nota a Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127, in *Le Regioni*, 1995, p. 1175 ss.

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992.

G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003.

F. MARCELLI, V. GIAMMUSSO, *La legge 5 giugno 2003, n. 131, Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Commento agli articoli*, Roma, Senato della Repubblica, 2003.

- T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 2057 ss.
- M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 255 ss.
- M. MAZZIOTTI, *Diritto all'immagine e Costituzione*, nota a Corte cost., 24 giugno 1970, n. 122, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1530 ss.
- M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1972.
- L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996.
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.
- C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di "potere" e di "conflitto" nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 110 ss.
- F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 872 ss.
- F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 561 ss.
- F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 678 ss.
- F. MODUGNO, *Legge. Ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1985.
- G. MOR, *La sentenza sospesa*, in *Le Regioni*, 1980, p. 1019 ss.
- G. MOR, *La sentenza annullata*, in *Le Regioni*, 1982, p. 160 ss.
- G. MOR, *La Corte arbitro dei conflitti tra magistratura e potere politico: il divieto della sospensione provvisoria dagli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare*, nota a Corte costituzionale, sentenza 25 marzo 1982, n. 58, in *Le Regioni*, 1982, p. 645 ss.
- G. MORBIDELLI, *Il condono edilizio secondo la Corte Costituzionale: non è tutto incostituzionale, ma è tutto (o quasi) da riscrivere*, in *www.giustamm.it*, (giugno 2004).
- G. MORBIDELLI, *Riforma del Titolo V: determina anche nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale?*, in *www.giustamm.it*, (ottobre 2004).
- C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

- C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964.
- A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003.
- A. NANIA, *La sospensiva cautelare: dal conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni al giudizio sulle leggi*, in *www.federalismi.it*, 18 aprile 2002.
- S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzione e la politica*, nota a Corte cost. 18 gennaio 1996, n. 6, in *Giur. cost.*, 1996, p. 41 ss.
- D. Nocilla, *A proposito di "diritto vivente"*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1876.
- D. NOCILLA, *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e valore di legge in una insoddisfacente decisione di inammissibilità*, nota a Corte cost., 28 dicembre 1990 n. 572, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3222 ss.
- M. NUNZIATA, *Costituzionalmente legittimo riconoscere l'autonomo potere di esercitare ex officio la propria giurisdizione ai commissari agli usi civici*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 73 ss.
- A. ODDI, *La <ragionevole> impar condicio*, nota a Corte cost., sentenza 12 marzo 1998, n. 49, in *Giur. cost.*, 1998, p. 544 ss.
- V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 514 ss.
- V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione. Profili processuali*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 181 ss.
- V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei conti <per parametro> o conflitto di attribuzioni?*, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 403 ss.
- V. ONIDA, *"Legge Galasso": quattro capitoli di un contenzioso Stato-Regioni*, nota a Corte costituzionale 13 febbraio 1995, n. 36, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 67 ss.
- V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra di diritto costituzionale in Europa*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 1988, p. 1095 ss.
- A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1972, p. 1197 ss.

A. PACE, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 594 ss.

A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul legislatore futuro*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2341 ss.

A. PACE, *Sulla declaratoria d'incostituzionalità di una disposizione ormai inefficace di un decreto-legge, già radicalmente emendato; sulla competenza "concorrente" in materia paesaggistica e sul "messaggio" della Corte costituzionale contro la reiterazione dei decreti-legge*, nota a *Corte cost.*, 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1245 ss.

C. PADULA, *La Corte costituzionale e l'interesse a ricorrere nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2000, p. 444 ss.

C. PADULA, *Sull'impugnazione regionale di legge penale e sul concetto di invasione di competenza indiretta*, in *Le Regioni*, 2002, p. 869 ss.

A. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.

G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.

S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970.

M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 904 ss.

A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, Milano, Giuffrè, 1957.

R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, nota a *Corte cost.*, 14 gennaio 1997, n. 9, in *Giur. cost.*, 1997, p. 35 ss.

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*, nota a *Corte cost.* 18 aprile 1997, n. 102, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1001 ss.

C. PINELLI, *Sulle clausole rafforzative dell'efficacia delle disposizioni dello statuto dei diritti del contribuente*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 102 ss.

C. PINELLI, *Attuazione degli articoli 123, secondo comma, e 127 della Costituzione, in materia di ricorsi alla Corte costituzionale*, in *Legge "La Loggia"*, *Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, Maggioli, 2003, p. 180 ss.

C. PINELLI, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del titolo V*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)



- A. PISANESCHI, *Brevi note sulla "sospensiva" nel conflitto fra Stato e Regione*, nota a Corte costituzionale ordinanza 10 gennaio 1991, n. 12, in *Giur. cost.*, 1991, p. 68 ss.
- A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1992.
- G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità ed urgenza: una «svolta» nella giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di «emergenza» costituzionale?*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1100 ss.
- F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1998.
- A. PIZZORUSSO, *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, Giuffrè, 1963.
- A. PIZZORUSSO, *Effetto di "giudicato" ed effetto di "precedente" delle sentenze della Corte costituzionale* - in *Giur. cost.*, 1966, 1976 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, I, p. 57 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Art. 1-9*, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. Foro it., 1977.
- A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali fra enti*, in *I processi speciali studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, Jovene, 1979, p. 295 ss.
- A. PIZZORUSSO, voce *Conflitto*, in *Noviss. Digesto italiano, Appendice*, II, Torino, Utet, 1981, p. 364 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 795 ss.
- A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto (profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.
- A. PIZZORUSSO, *Sulla decretazione d'urgenza la Corte costituzionale interviene con un <obiter dictum>*, nota a Corte cost., 27 gennaio 1995 n. 29, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 438 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Conflitto di attribuzione nei confronti del decreto-legge e limiti alla par condicio*, nota a Corte cost., 10 maggio 1995, n. 161, in *Corr. giur.*, 1995, p. 819 ss.

A. PIZZORUSSO, in *Le fonti a produzione nazionale*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 1. *Le fonti scritte*, Torino, Utet, 1998.

F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, p. 353 ss.

A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionali*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 173 ss.

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

A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta edizione, Napoli, Jovene, 2002.

A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003.

A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, a cura di A. ANZON, Torino, Giappichelli, 2001, p. 86 ss.

B. RANDAZZO, *Il rigetto dell'istanza cautelare in un conflitto tra poteri*, nota a Corte cost., ordinanza 12 maggio 2000, n. 137, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1335 ss.

S. REGASTO, nota redazionale a Corte costituzionale, sentenza 7 maggio 1993, n. 228, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1683 ss.

G.U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 303 ss.,

G. U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2185 ss.

M. G. RODOMONTE, *Note a margine di una sentenza sulla democraticità del processo referendario tra pluralismo <interno> e discrezionalità della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi*, nota a Corte cost., sentenza 12 marzo 1998, n. 49, in *Giur. cost.*, 1998, p. 544 ss.

S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, seconda ed., Firenze, Sansoni, 1945.

R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985.

R. Romboli, *Storia di un conflitto partito fra enti e arrivato tra poteri. (Il conflitto tra Stato e Regioni avente per oggetto un atto giurisdizionale)*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, II, p. 583 ss.

R. ROMBOLI, E. ROSSI, R. TARCHI, *La corte costituzionale nei lavori della commissione bicamerale (atti del seminario, Pisa, 26 settembre 1997)*, Torino, Giappichelli, 1998.

R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, Giappichelli, 1999, p. 179 ss.

R. ROMBOLI, *Il sistema dei controlli sullo statuto e sulle leggi regionali*, in *La revisione del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, a cura di G.F. FERRARI E G. PARODI, Padova, 2003, p. 258 ss.

R. ROMBOLI, *La prospettiva costituzionalistica*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici (Atti di un incontro di studi, Messina 26 settembre 2003)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71 ss.

E. ROSSI – R. TARCHI, *La dichiarazione di illegittimità consequenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 344 ss.

A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica e prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 175 ss.

A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, Giappichelli, 1994.

A. RUGGERI, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie al bivio tra <non applicazione> e incostituzionalità*, nota a Corte cost., 10 novembre 1994, n. 384, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 469 ss.

A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 319 ss.

A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia, nota a Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in <http://web.unife.it>.

A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali - Profili pubblicistici (Atti di un incontro di studi, Messina 26 settembre 2003)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 357 ss.

N. SAITTA, *I procedimenti in camera di consiglio nella giustizia costituzionale e amministrativa*, Milano, 1980.

- N. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996.
- N. SAITTA, *La camera di consiglio nella giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- G. SAMORÌ, *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 949 ss.
- A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, quinta ed., Napoli, Jovene, 1984.
- Cfr. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), citato nella traduzione italiana a cura di A. Caracciolo *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 55.
- G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it), luglio 2003.
- A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge: la decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- F. SORRENTINO, *Art. 137*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali (art. 134-139), Commentario della Costituzione a cura di Branca G.*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 436 ss.
- F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte nei conflitti fra lo Stato e le Regioni*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 205 ss.
- K. STERN, *Scelte di politica estera e controllo giurisdizionale di costituzionalità*, in G. BRUNELLI, C. FIORAVANTI, K. STERN, *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, Padova, 1997, p. 233 ss.
- R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, 1993, p. 251 ss.
- R. TOSI, *A proposito dell'"interesse nazionale"*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 86 ss.
- A. TRAVI, *Illegittimità della reiterazione dei decreti-legge e disciplina dell'attività amministrativa*, in *Dir. pubblico*, 1997, p. 131 ss.
- A. TRAVI, voce *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 372 ss.

N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.

G. VASSALLI, *Decreti-legge favorevoli al reo non convertiti, emendati o decaduti: una prima tappa verso la chiarezza su un controverso tema di diritto transitorio*, nota a Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51, in *Giur. cost.*, 1985, p. 242 ss.

P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, nota a Corte cost., 10 maggio 1995, n. 161, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1371 ss.

P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, nota a Corte cost. 18 aprile 1997, n. 102, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1001 ss.

P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte, "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999.

G. VOLPE, *Art. 137*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali (art. 134-139), Commentario della Costituzione a cura di Branca G.*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 312 ss.

J. WOELK, *Segnali di crisi nel federalismo tedesco: verso un modello più competitivo?*, in *Le Regioni*, 1999, p. 217 ss., pp. 238 ss.

G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988.

G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Encicl. del Dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 521 ss.

G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in AA. VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, p. 27 ss.

G. ZAGREBELSKY, *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

G. ZAGREBELSKY, *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale nel 2003*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

N. ZANON, *Decreti-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del titolo V della Costituzione*, in [ww.associazionedeicostituzionalisti.it](http://ww.associazionedeicostituzionalisti.it), 3 luglio 2002.

E. ZITELMANN, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, trad. it. a cura di T. Ballarino, in *Riv. dir. int.*, 1961, p. 152 ss.

## BIBLIOGRAFIA DELLA LETTERATURA TEDESCA

G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, terza e quarta ed., Berlin, Stilke, 1926.

A. ARNDT, *Anmerkung zum Urteil vom 13.11.57 des BVerfG*, in *NJW*, 1958, p. 337.

H. BAUER, *Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus sicht der Wissenschaft*, in *Umweltföderalismus*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

F. BAUR, *Studien zum eintsweligen Rechtsschutz*, Tübingen, Mohr, 1967.

O. BÄHR, *Der Rechtsstaat* (1864), ristampa, Darmstadt, Wiss. Buchges, 1963.

E. BENDA (a cura di), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, seconda ed., Berlin, De Gruyter, 1994.

E. BENDA – E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, seconda ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001.

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.

J. BERKEMANN, *Das “verdeckte” summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes*, in *JZ*, 1993, p. 161 ss.

E. W. BÖCKENFÖRDE, *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*, in *Festschrift für M. Hirsch*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 259 ss.

E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in *NJW*, 1999, p. 9 ss.

C. CALLIES, *Die Justitiabilität des Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus*, in *DÖV*, 1997, p. 889 ss.

C. CALLIES, *Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung*, in *EuGRZ*, 2003, p. 181 ss.

J. A. CÄMMERER, *Muss Mehrheit immer Mehrheit bleiben? Über die Kontroversen um die Besetzung des Vermittlungsausschusses*, in *NJW*, 2003, p. 1166 ss.

C. DEGENHART, *Art. 72*, in *Grundgesetz Kommentar*, seconda ed., a cura di M. SACHS, München, C. H. Beck, 1999, p. 1394 ss.

S. DETTERBECK, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 1995.

W. ERBGUTH, *Art. 37*, in *Grundgesetz Kommentar*, terza ed., a cura di M. SACHS, München, C. H. Beck, 2003, p. 1208 ss.

H.-U. ERICHSEN, *Die einstweilige Anordnung*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, a cura di C. STARCK, vol. II, Tübingen, Mohr, 1976, p. 170 ss.

K. FABBENDER, *Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstat*, in *JZ*, 2003, p. 332 ss.

E.-W. FUB, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in *Döv*, 1959, p. 201 ss.

W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Vahlen, 1952.

R. GRANDERATH, *Die einstweilige Anordnung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1971, p. 542 ss.

K. GRABHOF, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER-BETHGE, München, C. H. Beck, 2002.

W. GRUNSKY, *Der einstweilige Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Jus*, 1977, p. 217 ss.

P. HÄBERLE, *Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts*, in *JZ*, 1973, p. 451 ss.

P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *JZ*, 1976, p. 377 ss.

P. HÄBERLE *Die Verfassung als öffentlicher Prozeß*, terza ed., Berlin, Duncker e Humblot, 1988.

H.-G. HENNEKE, *Föderalismusreform kommt in Fahrt*, in *DVBl*, 2003, p. 845 ss.

N. HUBER, *Die einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG am Beispiel der Verfassungsbeschwerde: eine Kritik am Entscheidungsmodell des Bundesverfassungsgerichts*, Herdecke, GCA, 1999.

J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, seconda ed., con l'aggiunta *Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

C. JOËL, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, in *AöR* 77 (1951/52), p. 129 ss.

H. JOCHUM, *Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes*, in *NJW*, 2003, p. 28 ss.

U. KARPEN, *Der einstweilige Rechtsschutz im Verfassungsprozeß*, in *JuS*, 1984, p. 455 ss.

M. KENNTNER, *Justitiabler Föderalismus, Zur Konzeption föderaler Kompetenzzuweisungen als subjektive Rechtspositionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

F. KLEIN, § 32, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, a cura di MAUNZ-SCHMIDT BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER, München, C. H. Beck, 1993.

E. KLEIN, *Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das "Prozeßrecht" des Bundesverfassungsgerichts*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 507 ss.

W. KNIES, *Auf dem Weg in den "verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat"*, in *Festschrift für K. Stern*, München, C. H. Beck, 1997, p. 1155 ss.

J. KOKOTT, *Art. 12 a*, in *Grundgesetz Kommentar*, seconda ed., a cura di M. SACHS, München, C. H. Beck, 1999, p. 565 ss.

LAMMERS-SIMONS, *Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs*, Berlin, Stilke, 1929-1939.

H. LECHNER – R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, quarta ed., München, C. H. Beck, 1996.

G. LEIBHOLZ, *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht*, in *DVBl.*, 1974, p. 396 ss.

D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, C. H. Beck, 1971.

D. LEIPOLD, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *ZZP*, 90 (1977), p. 258 ss.

D. LEIPOLD, *Anmerkung*, in *JZ*, 1991, p. 461 ss.

W. LÖWER, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, a cura di J. ISENSEE, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, § 56.

LÜCKE, *Die stattgebende Entscheidung im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren und ihre Konsequenzen*, in *JZ*, 1983, p. 380 ss.



J. MASING, *Das Argument der fundamentalen Verfassungsnorm bei Erlaß einer einstweiligen Anordnung*, in *NJW*, 1990, p. 1830 s.

H. MOSLER, *Die auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, in *Festschrift für Carl Bilfinger*, Köln e Berlin, Heymanns, 1954, p. 243 ss.

M. NOLTE, *Der AWACS-Einsatz in der Türkei zwischen Parlamentsvorbehalt und Regierungsverantwortung*, in *NJW*, 2003, p. 2359 ss.

S. OETER, *Art. 72*, in *Das Bonner Grundgesetz*, II, quarta ed., a cura di H. v. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, II, München, Vahlen, 2000, p. 2305 ss.

F. OSSENBÜHL, *Abwägung im Verfassungsrecht*, in *Abwägung im Recht*, a cura di W. ERBGUTH, Köln, Heymann 1996.

H. J. PAPIER, *50 Jahre Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz, Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven*, in *50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent – Zur Struktur des deutschen Föderalismus*, Bonn, Bundesrat, 1999.

H.-J. PAPIER, *Justizgewähranspruch*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. ISENSEE, vol. VI, seconda ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 1224 ss.

C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, terza ed., München, C. H. Beck, 1991.

K. REDEKER, *Anmerkung*, in *NJW* 1971, p. 1171 ss.

M. SACHS, *Anmerkung*, in *JuS*, 1991, p. 419.

M. SACHS, *Anmerkung*, in *JuS*, 2001, p. 1114.

K. SCHLAICH, *Verfassungsprozessuale Auswirkungen des materiellen Verfassungsrechts*, in *Festschrift für O. Bachof*, München, C. H. Beck, 1984, p. 321 ss.

K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, sesta ed., München, C. H. Beck, 2004.

B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker e Humblot, 1976.

G. SCHNEIDER, *Die neue Regelung der Altenpflege durch das Altenpflegegesetz*, in *NJW*, 2001, p. 3226 ss.

F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Decker, 1988.

F. SCHOCH-R. WAHL, *Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Angelegenheiten*, in *Festschrift für E. Benda*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 265 ss.

F. SCHOCH, *Einstweilige Anordnung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e E. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 695 ss.

P. SELMER, *Bund-Länder-Streit*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 563 ss.

C. STARCK (a cura di), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Baden Baden, Nomos, 1990.

C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, vol. I, Tübingen, Mohr, 2001, p. 1 ss.

K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, seconda ed., München, C. H. Beck, 1984.

H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, Tübingen, Mohr, 1923.

C. H. ULE, *Einstweilige Anordnungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren*, in *Festschrift für T. Maunz*, München, C. H. Beck, 1981, p. 395 ss.

W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr, 1993.

ZEH, *Bundestagsauflösung über die Vertrauensfrage – Möglichkeiten und Grenzen der Verfassung*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen – Zparl*, 1983, p. 119 ss.