

Misura cautelare “*ad tempus*” e tutela d’urgenza di diritti di rilievo costituzionale*

di Giacomo Menegus**
(23 giugno 2014)

L’[ordinanza del 24 settembre 2013](#) emessa dal Tribunale di Taranto ripropone una questione a lungo discussa e per la quale sono state elaborate le risposte più varie: è possibile accogliere un’istanza cautelare che si fondi sull’illegittimità costituzionale della norma ordinaria applicabile? Ovvero: un diritto di rilievo costituzionale, pregiudicato da una norma ordinaria che si presume incostituzionale, può ottenere tutela in via d’urgenza?

Il problema si presenta complesso, perché è difficile garantire l’effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. senza, al tempo stesso, violare il principio di controllo accentrato di costituzionalità, istituito dal combinato disposto degli artt. 134 Cost. e 23 legge n. 87/1953. Se, infatti, si vuole provvedere con rapidità e prontezza per tutelare le ragioni del ricorrente, non è possibile attendere l’esito di un eventuale giudizio di costituzionalità dinnanzi alla Corte, il quale può arrivare anche dopo anni. La soluzione sarebbe quella di consentire al giudice dell’urgenza l’emanazione della misura cautelare richiesta, previa deliberazione della questione di costituzionalità e conseguente disapplicazione della norma ordinaria ritenuta illegittima. Ma così facendo si viola l’obbligo di rimessione alla Corte costituzionale delle questioni non manifestamente infondate e rilevanti per il giudizio, si elude il principio di sindacato accentrato sulla legittimità delle leggi.

La giurisprudenza, a partire dalla seconda metà degli anni ’70, ha elaborato diverse tesi sul punto, le quali possono distinguersi in quattro orientamenti principali: un primo e più rigoroso¹ che sostiene la necessità di rigettare *tout court* l’istanza cautelare così configurata; un secondo orientamento², minoritario, che ritiene che il giudice dell’urgenza, non diversamente dagli altri giudici, dovrebbe rimettere gli atti alla Corte e sospendere il procedimento; un terzo³, con ampio seguito anche in dottrina, che predica la possibilità di concedere il provvedimento cautelare, previa disapplicazione della legge presunta illegittima; infine, un più recente filone giurisprudenziale⁴ che combina la seconda e la terza tesi: il giudice dovrebbe concedere il provvedimento in via del tutto provvisoria e

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Cfr., ad es., Trib. Alba, 31 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 2072 ss., con nota di VULLO, *Tutela d’urgenza ex art. 700 c. p. c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*; Trib. Roma, 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1579 ss..

² Cfr., ad es., Pret. Genova, 9 aprile 1990, in *Giur. merito*, 1990, 1111 ss..

³ Cfr., tra le altre, Pret. Pisa, 30 luglio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2354 ss. e Pret. Parma, 11 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 151 ss., con nota di MONTANARI, *Provvedimento d’urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*.

⁴ Cfr., in part., Cons. Stato, Sez. IV, 10 ottobre 1995 (ord.), n. 1395, in *Corriere Giur.*, 1995, II, 1279 ss.. Generalmente si richiama, a sostegno di questa ricostruzione (come fa pure il Tribunale di Taranto), Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 1999 (ord.), n. 2, in *Foro it.*, 2000, III, 9, con nota di ROMBOLI. In realtà, non ritengo che il richiamo sia del tutto pertinente: se non ci si limita alla lettura della massima (nella quale si parla di “tutela immediata e reale, ancorché interinale”), ma si passa alla motivazione della pronuncia, ci si avvede che la rimessione alla Corte della questione di costituzionalità è attribuita al giudice del merito e non a quello dell’urgenza (a pag. 840 si può leggere: “nella presente fase cautelare, al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi ove ne ricorrano i presupposti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non può escludersi, quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito al quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte costituzionale). Il che rappresenta un elemento che non può essere tralasciato, dato che riporta la pronuncia nell’ambito dell’orientamento favorevole alla mera disapplicazione.

sollevare contestualmente la questione di costituzionalità, subordinando la conferma della misura cautelare alla declaratoria di incostituzionalità sopraggiunta.

I primi tre orientamenti, quelli più praticati nella giurisprudenza civile, appaiono, sotto diversi profili, inadeguati alla risoluzione del problema.

La giurisprudenza che sostiene la soluzione del rigetto finisce con il pregiudicare tanto il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (in quanto a diritti di rilievo costituzionale viene negata la tutela cautelare), tanto il principio del sindacato accentrato, poiché pur incontrando una questione di legittimità fornita dei requisiti della non manifesta infondatezza e della rilevanza, non procede alla doverosa rimessione degli atti alla Corte. Gli argomenti posti a fondamento di tale soluzione appaiono, inoltre, piuttosto fragili; in particolare, si consideri l'affermazione per cui non vi sarebbe un diritto da tutelare prima della pronuncia della Corte costituzionale che annulla la legge ordinaria illegittima: non solo si valorizza esclusivamente il dato normativo ordinario, trascurando il dettato costituzionale, ma si opera una sorta di inversione della gerarchia delle fonti, facendo prevalere, nella fase cautelare, la norma ordinaria su quella costituzionale sovraordinata⁵.

La via della mera rimessione degli atti alla Corte con conseguente sospensione è parimenti inaccettabile: viene rispettato il principio del sindacato accentrato, ma le esigenze di effettività della tutela sono del tutto frustrate.

La terza tesi, quella della concessione previa disapplicazione, appare capace di garantire l'effettività della tutela: il giudice, delibata la questione in via provvisoria, concede il provvedimento facendo salve le ragioni del ricorrente. Tuttavia, sotto il profilo del controllo accentrato, questa opzione mostra diverse lacune: in primo luogo, il giudice che sollevi la questione dopo la concessione del provvedimento cautelare, si vedrà sempre respinta la stessa, vuoi per l'esaurimento della *potestas iudicandi*, vuoi per l'irrelevanza della stessa per il giudizio, oramai concluso⁶. E anche volendo attribuire il compito di sollevare la questione al giudice del merito (tralasciando che il fatto che, in realtà, i requisiti per il sorgere dell'obbligo di rimessione si configurano nell'ambito del procedimento cautelare e non nel successivo giudizio di merito), si presenta un'incognita: non è affatto scontato che il diverso magistrato ponderi diversamente i profili di illegittimità costituzionale, ritenendo la questione manifestamente infondata; oppure ancora che non vi sia addirittura alcun giudizio di merito, visto il "nuovo" regime di stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori. Insomma, neppure la terza tesi riesce a soddisfare appieno la necessità di garantire i due principi costituzionali di cui si tratta.

La soluzione più idonea sembrerebbe, allora, proprio quella che ha adottato il giudice di Taranto nel caso di specie: visto il ricorrere del *periculum in mora* (particolarmente pressante, data la grave malattia dell'istante) e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità della normativa applicabile ([D. L. n. 24/2013](#)), il giudice ha concesso, ex art. 700 c.p.c., il provvedimento d'urgenza sollevando contestualmente la questione di costituzionalità di fronte alla Corte.

In questo modo, da una parte, si è neutralizzato il *periculum in mora*, garantendo al ricorrente l'effettuazione della cura secondo il c.d. metodo Stamina; dall'altra, non si è violato il principio di sindacato accentrato: la rimessione contestuale alla concessione del provvedimento non comporta, infatti, l'esaurimento della *potestas iudicandi* e non priva di

⁵ Cfr., in part., CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 131-133.

⁶ Cfr., per la consumazione del potere cautelare (attraverso il rigetto o l'accoglimento dell'istanza cautelare), Corte cost. 186/1976, in *Foro it.*, 1979, I, 2033; Corte cost. 74/1982, in *Giur. cost.*, 1982, I, 692; Corte cost. 59, 147, 159, 183, 286, 303 e 304/1983, in *Giur. cost.*, 1983, rispettivamente I, 254 e 842 e 890 e 975 e II, 1817 e 1919 e 1921; Corte cost. 8/1984, in *Foro it.*, 1984, I, 640; Corte cost. 252/1985, in *Giur. cost.*, 1985, I-II, 2008; Corte cost. 68 e 230/1986, in *Giur. cost.*, 1986, rispettivamente I-I, 441 e I-II, 2021; Corte cost. 428/1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, 2906; Corte cost. 142/1988, in *Giur. cost.*, 1988, I-I, 478; Corte cost. 92, 398, 498 e 587/1990, in *Giur. cost.*, 1992, rispettivamente I, 416 e II, 2381 e 2897 e 3289; Corte cost. 112/1991, in *Giur. cost.*, 1991, I, 1162.

rilevanza la questione, giacché il giudice tornerà a confermare o meno la misura cautelare una volta che la Corte si sia pronunciata.

Si è parlato a tal proposito di una cautela di secondo grado, ovvero di misure «*ad tempus*» o meramente interinali, le quali servono esclusivamente a garantire l'effettività della misura cautelare «definitiva». Questa tecnica, pur comportando una provvisoria disapplicazione della legge ordinaria ritenuta incostituzionale, consente di contemperare, senza sacrificarli, i due principi costituzionali in discussione. E tale temporanea disapplicazione appare tanto più accettabile se si considera la sua durata necessariamente limitata (visto che la Corte, presto o tardi, comunque si pronuncerà sul punto) e la sua efficacia *inter partes*.

Questa ricostruzione è stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa e proprio nel processo amministrativo ha avuto ampia applicazione, in particolar modo con riferimento alla misura della sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti amministrativi. A partire dalla sentenza n. 444 del 1990⁷, ha trovato poi un crescente riconoscimento anche da parte della Corte costituzionale⁸, che parla, con riferimento al provvedimento «*ad tempus*», di una pronuncia di "natura meramente tecnica ed interinale" che dunque non esaurisce la *potestas iudicandi* del giudice dell'urgenza.

Nella giustizia civile si contano, invece, pochissimi casi⁹ e pertanto la possibilità di estendere stabilmente questa tecnica anche al processo civile è ancora da verificare appieno: ma proprio l'ordinanza del Tribunale di Taranto potrebbe rappresentare un caso paradigmatico capace di favorirne la diffusione, considerata anche l'ampia risonanza che ha avuto la vicenda "Stamina". Si attende, dunque, la pronuncia della Corte, la quale non ha però ancora fissato l'udienza per la discussione della questione.

Una conferma del filone inaugurato con la sentenza n. 444 del 1990, anche con riferimento al processo civile e ai provvedimenti d'urgenza, è senz'altro auspicabile, dato che la varietà e l'incertezza delle soluzioni finora praticate non garantisce un'adeguata tutela a diritti di rilievo costituzionale, proprio nel momento in cui, essendo esposti ad un pregiudizio imminente ed irreparabile, l'ordinamento dovrebbe approntare gli strumenti più efficaci per la loro protezione.

** Laureato in Giurisprudenza nell'Università di Ferrara – E-mail giacomo.menegus@student.unife.it

⁷ Corte cost. 444/1990, in *Giur. cost.*, 1990, II, 2647.

⁸ Cfr. Corte cost. 367/1991, in *Giur. cost.*, 1991, II, 2921; Corte cost. 24, 30, 359/1995, in *Giur. cost.*, 1995, rispettivamente I, 248, e I, 331, e II, 2660; Corte cost. 183/1997, in *Giur. cost.*, 1997, I, 1827, con nota di ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*; Corte cost. 185/1998, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1510, con nota di ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul «caso Di Bella»*; Corte cost. 4/2000, in *Giur. cost.*, 2000, I, 14; Corte cost. 25 e 194/2006, in *Giur. cost.*, 2006, rispettivamente I, 192, e II, 1962; Corte cost. 161 e 393/2008, in *Giur. cost.*, 2008, rispettivamente, II, 1939, e III, 4607, con nota di PICIOCCHI, *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*; Corte cost. 151 /2009, in *Giur. cost.*, 2009, II, 1656, con note di MANETTI e TRIPODINA; Corte cost. 211 e 307/2011, in *Giur. cost.*, 2011, rispettivamente II, 2791, e III, 4296; Corte cost. 150 e 172/2012, in *Giur. cost.*, 2012, rispettivamente, II, 2050 e 2534; Corte cost. 325/2013, su www.giurcost.it.

⁹ Cfr. Corte cost. 151/2009, in *Giur. cost.*, 2009, II, 1656, con note di MANETTI e TRIPODINA; Corte cost., n. 325/2013, su www.giurcost.it.