

La questione di legittimità costituzionale in sede cautelare. Una recente vicenda ripropone un problema da risolvere.

Vincenzo Coccozza*

(19 giugno 2015)

L'ordinanza delle SS.UU. della Cassazione 25 maggio 2015, n. 11131 sulla giurisdizione in materia di sospensione dalla carica ai sensi del d. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, meritevole di attenta valutazione sotto molteplici profili, viene qui osservata con particolare riferimento al rapporto, assai complesso, che si è determinato fra giudizi instaurati (e da instaurare) tra differenti autorità giurisdizionali. Rinviene un punto centrale di attenzione sull'esercizio del potere cautelare del giudice amministrativo con contestuale proposizione della questione di legittimità costituzionale, soprattutto quando lo stesso giudice sia privo di giurisdizione, come si è verificato nel caso di specie.

I profili della questione sono noti anche per la diffusione mediatica, ma non possono non essere ripresi, seppur in termini essenziali, per procedere a qualche riflessione su un aspetto particolarmente delicato della tutela giurisdizionale.

Il T.A.R. Campania, con ordinanza del 22 ottobre 2014, accoglie l'istanza cautelare proposta nel ricorso avverso il provvedimento prefettizio di sospensione di un Sindaco, adottato in applicazione del c.d. legge Severino.

La decisione del giudice amministrativo, tanto sintetica nel valutare la questione della giurisdizione, quanto estesa nel pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale (anche su quelle dichiarate manifestamente infondate), sospende il provvedimento prefettizio e, in coerenza con gli orientamenti dell'autorità giurisdizionale amministrativa ed ordinaria, subordina il perdurare dell'effetto sospensivo alla pronuncia della Corte Costituzionale.

Naturalmente, si mostra con evidenza che un potere cautelare esercitato in questa maniera è idoneo, in alcuni casi, a concludere la vicenda processuale dal momento che la sentenza della Corte può intervenire quando gli effetti del provvedimento sospeso si sono esauriti.

Questa è l'aporia da segnalare subito. Ovviamente, la notazione non vuole in alcun modo costituire un giudizio critico sulle modalità di estrinsecazione del potere cautelare in una situazione in cui il danno sia collegato direttamente alla previsione legislativa. Ma segnalare che vi è un problema per il quale va ricercato un rimedio, come la vicenda in esame ancora di più evidenzia per l'effetto amplificatore derivante dal possibile difetto di giurisdizione del giudice che ha sollevato la questione.

A proposito di quest'ultimo aspetto, seppur *incidenter tantum*, non ci si può sottrarre dall'osservare che se davvero (come il T.A.R. ha sostenuto) il decreto prefettizio ha un contenuto provvedimentale, e non ricognitivo (valutazione su cui si è basata la conclusione della giurisdizione amministrativa), sarebbe stato opportuno che il giudice svolgesse qualche notazione sull'illegittimo esercizio della discrezionalità e del perchè era indispensabile la questione di legittimità costituzionale.

Comunque, la delicata posizione del potere cautelare, con contestuale proposizione della questione di legittimità costituzionale, si conferma se si osserva lo spazio decisionale del Consiglio di Stato quale giudice di appello.

Se ne ritrova traccia nell'ordinanza del Consiglio di Stato, che conferma la pronuncia del T.A.R. Campania (Sez. III, 20 novembre 2014, n. 5343).

Innanzitutto, il Consiglio di Stato non esamina le eccezioni di inammissibilità dei ricorsi, proprio per "*l'economia del presente giudizio cautelare*"; quindi, non si pronuncia sul difetto di giurisdizione con una motivazione, invero, tanto stringata quanto poco comprensibile.

Sembra in essa presente una sorta di bilanciamento, non risolto, tra le due possibili soluzioni. Si afferma, infatti, «*da un lato, che si tratta di sospensione di diritto (art. 11 del d.lgs. n. 235 del 2012), rispetto alla quale l'atto del Prefetto ha valore solo dichiarativo e, dall'altro, che detto evento non incide in via definitiva sul diritto di elettorato passivo ma, allo stato, sull'esercizio del mandato*». Invero, nella formula adoperata, il tratto provvedimentale, a fondamento della dichiarata giurisdizione, non si mostra condiviso.

Il giudice di appello, poi, conferma che, a fronte di una valutazione sulla non manifesta infondatezza da parte del primo giudice, lo spazio valutativo ad esso riservato quanto al *fumus* è assai stretto, essendo limitato alla assoluta abnormità e all'evidente irrilevanza ai fini del decidere. Rimane, invece, con riferimento al danno grave e irreparabile. Anche se non va pretermesso che una pronuncia difforme del Consiglio di Stato rispetto al giudice di primo grado si riflette sulla proposta questione di legittimità costituzionale, giacché la rilevanza della stessa è proprio ai fini della cautela, venuta meno la quale, quella questione non è più ammissibile.

Insomma, non vi è dubbio che un'ordinanza cautelare con questione di legittimità costituzionale sia più "forte" rispetto alle altre e che vi possano essere riflessi importanti, considerando che il giudizio di costituzionalità può concludersi con il rigetto della questione.

Su questo problematico contesto si inserisce il possibile difetto di giurisdizione accertato dal giudice della giurisdizione e gli effetti della sua pronuncia.

L'analisi della fattispecie in considerazione ne è puntuale dimostrazione.

Per svolgere qualche riflessione al riguardo, si devono sottolineare alcuni passaggi della motivazione e la conclusione conseguita.

I passaggi sono questi.

Il primo: «*Lo stato di sospensione del processo di merito, conseguente alla proposizione dell'incidente di costituzionalità, contrariamente a quanto dedotto dal Comune di Napoli, infatti, non impedisce la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione. Tale stato, come già affermato da queste Sezioni Unite, non esclude la pendenza del giudizio e, benché impedisca il compimento di atti propri di quest'ultimo, non è di ostacolo al promovimento di un'autonoma fase processuale diretta alla verifica del potere giurisdizionale del giudice adito*».

Il secondo: «*Queste Sezioni Unite, invero, hanno affermato il principio per cui "il regolamento preventivo di giurisdizione deve ritenersi esperibile anche in relazione a procedimento oggetto di sospensione necessaria, ivi inclusa quella derivante dalla rimessione alla Corte costituzionale della definizione di questione di legittimità costituzionale, tenuto conto che tale sospensione non esclude la pendenza della causa, e che il divieto di compiere atti processuali, nel periodo della sospensione (art. 298 c.p.c.), riguarda gli atti che integrino sviluppo del giudizio sospeso, non il promovimento di un'autonoma fase del processo, rivolta alla verifica del potere giurisdizionale del giudice adito" (Cass., S.U., n. 5743 del 1987; di recente, con riguardo al caso di sospensione a seguito di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, vedi Cass., S.U., n. 21109 del 2013)*».

Entrambi si poggiano sull'ulteriore notazione che: «*la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, secondo il costante orientamento delle Sezioni Unite, non può ritenersi impedita dall'emanazione di un provvedimento cautelare nel corso del giudizio pendente davanti al T.A.R. Questo non costituisce, infatti, sentenza, neppure quando abbia deliberato contestualmente la questione di giurisdizione, tranne che la stessa sia stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che*

attengono ad esso in via esclusiva, ipotesi, questa, non ricorrente nella specie (in tal senso, Cass., S.U., n. 14041 del 2014)».

Quindi, autonomia del regolamento preventivo, che non interferisce con i divieti fissati per il giudizio sospeso. E ruolo provvisorio della pronuncia cautelare.

La conclusione, per il caso di specie, è che: *«La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, dinnanzi al quale rimette le parti, previa riassunzione nei termini di legge».*

Ovvi i problemi.

Il primo è relativo all'efficacia della disposta cautela subordinata alla sentenza sulla *quaestio legitimitatis*.

Il secondo alle attività delle parti in un giudizio sospeso in attesa della decisione del giudice delle leggi.

Entrambi si collegano, dunque, alla risoluzione del dubbio di legittimità costituzionale.

Riflettendo su tale punto, il dato che va considerato è che la *quaestio legitimitatis* pendente proviene da un giudice privo di giurisdizione per decisione delle SS.UU.

Ebbene, va innanzitutto considerato se vi siano le condizioni per la continuazione del processo costituzionale ai sensi della disciplina vigente.

Come è noto, le disposizioni integrative, di cui alla delibera della Corte Costituzionale 7 ottobre 2008, nell'art. 18, dispongono *"la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte Costituzionale"*.

La formula si riferisce, pertanto, alle ipotesi tipiche contemplate dal Codice di Procedura e dallo stesso disciplinate.

Esse non sembrano riferibili alla fattispecie in esame nella quale, anche in virtù della *translatio*, il processo (può) continua(re) presso il giudice fornito di giurisdizione.

Il secondo punto è se vi sono le condizioni perchè la Corte, comunque, pervenga alla decisione di merito.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è attestata sulla conclusione che, per poter essere rilevato come causa di inammissibilità, il difetto di giurisdizione deve essere macroscopico e la motivazione utilizzata dal giudice per sostenere la propria giurisdizione deve essere implausibile (di recente sentt. nn. 34/2010; 81/2010; 41/2011; 106/2013).

Con tutta evidenza, nel caso in esame, non c'è nemmeno lo spazio per una valutazione da parte del giudice delle leggi, essendosi pronunciato il giudice della giurisdizione.

Ne discende che la proposta questione di legittimità costituzionale è inammissibile.

Eppure, la sospensione del giudizio perdura ed è tutto da verificare che le parti possano legittimamente procedere alla riassunzione. È noto, infatti, che lo stato di sospensione impedisce il compimento di atti di quel procedimento (art. 298 c.p.c.).

Si potrebbe argomentare che, così come il regolamento preventivo di giurisdizione è esperibile in un procedimento oggetto di sospensione necessaria, gli esiti dello stesso partecipano di eguale regime. Tesi sostenibile anche tenendo conto dell'argomento che, diversamente ragionando, si dimostrerebbe di limitata utilità il suo utilizzo nella fase cautelare, a procedimento sospeso, in attesa di definizione, all'esito della pronuncia ad opera del giudice costituzionale.

Sebbene questa tesi sia dotata di una sua plausibilità, non sfugge che, ad essere rigorosi, il ragionamento della Cassazione sull'autonomia del regolamento preventivo di giurisdizione rispetto al procedimento sospeso coglie effettivamente una fase esterna,

mentre la riassunzione risente in maniera più evidente del divieto codicistico (art. 298 c.p.c.) di svolgimento di attività.

Se così fosse, l'effetto di amplificazione di ciò - che, a mio avviso, costituisce, comunque, un'aporia cui porre rimedio - sarebbe molto rilevante. Si tratterebbe, infatti, di consentire il perdurare di un effetto sospensivo pronunciato da un giudice privo di giurisdizione fino all'intervento di una pronuncia del giudice costituzionale che, sulla base di quanto notato, si mostra inevitabile in termini di inammissibilità. In ogni caso, l'effetto di sospensione determinato dalla pronuncia di un giudice privo di giurisdizione si è già realizzato in un tempo non breve.

In definitiva, io credo che la problematica della questione di legittimità costituzionale in sede cautelare meriti di essere attentamente considerata per evitare che dall'esigenza di effettività della tutela, di cui non si può dubitare, si transiti in un meccanismo processuale poco controllabile e, comunque, idoneo a vanificare l'applicazione della legge pur in assenza dei presupposti.

Il rimedio, invero, non mi sembra complicato. Al di là della possibilità di intervenire con una disciplina adottata con delibera della Corte all'interno delle norme integrative per ottenere uno schema più articolato di regole, penso che anche i poteri del Presidente di predisposizione dei ruoli consentano di gestire in maniera adeguatamente tempestiva tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate nella fase della cautela.

È un intervento necessario e, mi sembra, urgente, per evitare che il meccanismo di garanzia subisca una inaccettabile torsione in termini di effettiva coerenza con il sistema di giustizia costituzionale e con quanto è a presidio della tutela soggettiva nell'ambito della previsione legislativa.

* Prof. ord. di Diritto costituzionale – Università Federico II, Napoli

Forum di Quaderni Costituzionali