

GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ PENDENTE E *TRANSLATIO IUDICII*

Sommario: 1. Premessa.- 2. Interferenze tra instaurazione del processo costituzionale in via incidentale e translatio iudicii.- 3. La sospensione ex art. 295 c.p.c. in presenza di questione di costituzionalità pendente: alcune analogie.- 4. Lo specifico caso del procedimento cautelare (nel processo riassunto) come giudizio a quo.- 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'ordinanza cautelare emessa il 25 giugno 2015 dal Tribunale di Napoli¹ solleva un interessante interrogativo in tema di instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: il giudice del processo riassunto a seguito di *translatio iudicii* deve riproporre o meno la questione di costituzionalità sollevata dal precedente giudicante privo di giurisdizione?

La pronuncia citata si colloca nell'ambito del noto "caso De Magistris", inaugurato il 24 settembre 2012 dalla sentenza con la quale il Tribunale di Roma ha condannato il sindaco di Napoli ad un anno e tre mesi di reclusione² per il reato di abuso d'ufficio; a tale pronuncia ha fatto seguito la sospensione di diritto di De Magistris dalla carica di sindaco, disposta

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara – giacomo.menegus@unife.it

¹ Trib. Napoli, ordinanza 25 giugno 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 2939.

² Trib. Roma, sentenza 24 settembre 2014, n. 13980, in *Diritto penale contemporaneo*, Papers, 23 ottobre 2014, con nota di A. DE VITA, *Il caso "De Magistris – Why Not": non convince la configurazione del dolo intenzionale*. I fatti si sono svolti nell'ambito dell'inchiesta «*Why not?*», quando De Magistris svolgeva le funzioni di Pubblico Ministero a Catanzaro.

dal prefetto con decreto ai sensi dell'art. 11 D.Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (cd. Legge Severino³).

Lamentando l'illegittimità costituzionale della disciplina della sospensione sotto diversi profili, De Magistris ha impugnato il decreto prefettizio innanzi al TAR Campania, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare dell'esecuzione.

Con ordinanza del 30 ottobre 2014⁴, il TAR campano, ritenuta la non manifesta infondatezza di parte delle censure mosse da De Magistris, ha reintegrato provvisoriamente il sindaco di Napoli nelle sue funzioni, rimettendo la relativa questione alla Corte costituzionale e riservandosi di confermare o meno il proprio provvedimento una volta intervenuta la pronuncia della Corte. Avverso tale provvedimento cautelare sono stati allora proposti (senza successo) diversi ricorsi in appello al Consiglio di Stato⁵, nei quali si lamentava, tra le altre cose, la carenza di giurisdizione in materia del giudice amministrativo.

Proprio in relazione a quest'ultima doglianza, su ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dal Movimento Difesa del Cittadino, si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha dichiarato la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello civile⁶.

De Magistris ha pertanto riassunto il processo e riproposto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., la propria istanza cautelare al Tribunale ordinario di Napoli, il quale, con l'ordinanza citata, ha nuovamente sospeso l'efficacia del decreto prefettizio, senza tuttavia sollevare la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale. I reclami contro quest'ultimo provvedimento sono stati in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili da una diversa sezione del medesimo Tribunale con ordinanza del 25 luglio 2016⁷. La vicenda si è infine conclusa lo scorso 20 ottobre 2015 con la sentenza n. 236/2015 della Corte costituzionale⁸, seguita il successivo 21 ottobre dalla pronuncia con la quale la Corte d'Appello di Roma ha assolto il sindaco di Napoli.

³ Il combinato disposto degli artt. 11, comma 1, lett. a), e 10, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 235/2012 comporta che chi abbia riportato "*una condanna non definitiva*" per il reato di cui all'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) sia sospeso di diritto dalla carica di sindaco (nonché dalle altre previste all'art. 10, comma 1).

⁴ TAR Campania, Sez. I, ordinanza 30 ottobre 2014, n. 1801, in *Foro it.*, 2015, III, 86.

⁵ Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 20 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, III, 85.

⁶ Cass., Sez. Un., ordinanza 26 maggio 2015, n. 11131, in *Foro it.*, 2016, I, 413; nota di V. COCOZZA, *La questione di legittimità in sede cautelare. Una recente vicenda ripropone un problema da risolvere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 6/2015.

⁷ L'ordinanza risulta inedita.

⁸ Corte cost., sentenza 20 ottobre 2015, n. 236, pubblicata in G. U. 25/11/2015 n. 47; note di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2016, I, 412 (l'Autore commenta, unitamente alla sentenza della Corte, anche la citata pronuncia delle Sezioni Unite); G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 1/2016; C. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 1/2016; L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2016; F. S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2016.

Come si è accennato, il Tribunale di Napoli ha dunque ritenuto di dare risposta negativa al quesito posto in avvio, argomentando come segue: «...osserva il Collegio che nel processo riassunto la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità è stata già affermata ed il giudice della cautela, pur a seguito della *translatio iudicii*, non può compiere una diversa valutazione. Il provvedimento cautelare chiesto in corso di causa dà vita infatti, ad un subprocedimento incidentale, come tale privo di autonomia rispetto alla causa di merito già pendente...». Cui si aggiunge, poco oltre: «in punto di *fumus boni iuris* non può essere richiesto allo stesso giudice una rivalutazione, quanto alle argomentazioni sollevate in precedenza e riproposte oggi, di una questione, quella di legittimità costituzionale, già ampiamente valutata sì da indurre a sollevare l'incidente di costituzionalità. Nel giudizio pendente innanzi al Tribunale ormai la valutazione in ordine alla rilevanza e alla fondatezza della questione sollevata è rimessa alla Consulta davanti alla quale è stato documentato pende giudizio di costituzionalità».

Si tratta di argomentazioni perentorie, che tuttavia – ad un esame più approfondito – si rivelano piuttosto discutibili, sia sotto un profilo strettamente processual-civilistico, sia sotto il profilo dell'introduzione del giudizio costituzionale in via incidentale.

2. Interferenze tra instaurazione del processo costituzionale in via incidentale e *translatio iudicii*

L'istituto della *translatio iudicii*, rispetto allo specifico caso del difetto di giurisdizione⁹, ha trovato riconoscimento legislativo solo in tempi relativamente recenti: dapprima nell'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69, e poi, con esclusivo riferimento al difetto di giurisdizione rilevato innanzi al giudice amministrativo, nell'art. 11 D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Codice del processo amministrativo. Il duplice intervento legislativo si colloca a valle di un lungo percorso di ricostruzione dell'istituto che ha visto impegnata dapprima la dottrina e successivamente, a più riprese, tanto la Corte di Cassazione, quanto la Corte costituzionale¹⁰.

Ponendosi nel solco tracciato dalla dottrina e giurisprudenza, il legislatore ha previsto che il processo iniziato davanti al giudice privo di giurisdizione, se tempestivamente riassunto, prosegua innanzi al giudice munito di giurisdizione, senza la necessità di avviare un giudizio *ex novo* e, soprattutto, senza che gli effetti della domanda risultino definitivamente travolti dalla declinatoria di giurisdizione, sia essa pronunciata dal giudice adito o dalla Corte di Cassazione con regolamento preventivo di giurisdizione.

⁹ Com'è noto, in precedenza la traslazione della causa davanti al giudice competente era prevista per il solo caso di difetto di competenza ai sensi dell'art. 50 c.p.c. e non per il difetto di giurisdizione.

¹⁰ Cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., sentenza 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di R. ORIANI, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, *id.*, 1013; nonché Corte cost., sentenza 5 marzo 2007, n. 77; note di M. A. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in *Federalismi.it*, n. 6/2007 e A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, prima in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* ed ora in *Giur. cost.*, 2007, 736 ss.

Il processo così tempestivamente riassunto innanzi al giudice munito di giurisdizione, si badi, deve ritenersi il medesimo processo avviato innanzi al giudice privo di giurisdizione, benché l'imprecisa formulazione dei citati artt. 59 l. n. 69/2009 e 11 c.p.a. possa trarre in inganno sul punto, in particolare attraverso l'impiego del termine «riproposizione», in luogo dei più corretti e coerenti «riassunzione», «ripresa» o «prosecuzione»¹¹.

Si delinea pertanto una prima "interferenza" tra il meccanismo di *translatio iudicii* descritto e l'instaurazione del processo costituzionale in via incidentale. Laddove infatti il giudice inizialmente adito abbia sollevato una questione di costituzionalità e contestualmente sospeso il giudizio ex art. 23, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, tale sospensione, in via di principio, dovrebbe impedire tanto una pronuncia declinatoria della giurisdizione, tanto – e a maggior ragione – l'eventuale riassunzione del processo innanzi al giudice munito di giurisdizione, costituendo entrambi «atti del procedimento» ai sensi dell'art. 298 c.p.c.¹². In breve, non dovrebbe darsi la possibilità di configurare una *translatio* in costanza di sospensione per pregiudizialità costituzionale.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹³ è saldamente orientata nel senso di ritenere esperibile il regolamento preventivo di giurisdizione «*anche in relazione a procedimento oggetto di sospensione necessaria, ivi inclusa quella derivante dalla rimessione alla Corte costituzionale 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*»¹⁴.

Risulta più complesso ammettere, invece, la riassunzione conseguente alla declinatoria – che nel caso di *translatio* integra senz'altro uno «sviluppo del giudizio sospeso» – al punto che si è dubitato che le parti possano legittimamente procedervi¹⁵. Tuttavia, è bene rilevare che ammettendo il regolamento preventivo e negando la conseguente riassunzione,

¹¹ Cfr. sul punto, tra gli altri, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Bari, 2011, 117-120; C. CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "Codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 6/2010, 762-767; per quanto riguarda la formulazione dell'art. 11 c.p.a., cfr. R. BARBIERI, *Translatio iudicii e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1461-1465. L'imprecisa formulazione ha peraltro consentito alla Cassazione di sviluppare una a dir poco "originale" rilettura dell'art. 59 l. 69/2009: cfr. Cass., Sez. Un., 21 aprile 2011, n. 9130, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 791, con nota di C. CONSOLO; nota anche di M. MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiude"?*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2012, 660 ss.

¹² Norma che, in mancanza di ulteriori specificazioni da parte della l. 87/1953, deve ritenersi applicabile in via analogica alla sospensione del giudizio per pregiudizialità costituzionale.

¹³ Prima dell'ordinanza n. 11131/2015, cfr. Cass., Sez. Un., ordinanza 24 settembre 2002, n. 13918, in *Foro it.*, 2003, I, 316; Cass., Sez. Un., sentenza 27 giugno 1987, n. 5743, in *Foro it.*, 1987, I, 2705. In senso analogo, con riferimento alla sospensione conseguente al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., ordinanza 16 settembre 2013, n. 21109, in *Foro it.*, *Rep. 2013*, voce *Giurisdizione civile*, n. 192.

¹⁴ Cass., Sez. Un., sentenza 27 giugno 1987, n. 5743, cit.

¹⁵ Cfr. V. COCOZZA, *op. cit.*, 6-7.

si esporrebbero le parti al rischio, pressoché certo, dell'estinzione del processo ai sensi degli artt. 59 l. 69/2009 e 11 l. 104/2010. Sempre che non si ritenga applicabile l'interruzione del decorso dei termini di cui al comma 2 dell'art. 298 c.p.c. pure al termine di tre mesi previsto per la riassunzione del processo: soluzione che sembra esclusa sia dalla lettera della norma, che discorre di soli «*termini in corso*», sia dalla menzionata natura del regolamento preventivo di giurisdizione, definito come "fase autonoma" rispetto al processo di merito.

La soluzione più corretta, anche in un'ottica di valorizzazione del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, appare allora quella di consentire alle parti di riassumere il giudizio dinanzi al giudice munito di giurisdizione, quanto meno al fine di evitare l'estinzione del processo e garantirsi i benefici effetti della *translatio iudicii*. Un soluzione che risulta necessaria, a maggior ragione, se la *translatio* opera dal giudice amministrativo al giudice civile e il primo giudice, poi dichiarato carente di giurisdizione, ha pronunciato provvedimenti cautelari¹⁶. L'art. 11, comma 7, c.p.a. prevede infatti che «*le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione*».

Pertanto è necessario consentire la riassunzione del processo pur sospeso, affinché le parti possano riproporre le proprie istanze cautelari al giudice munito di giurisdizione e "saldare" così la tutela del giudice amministrativo (destinata a caducarsi) e quella che venga eventualmente concessa dal giudice del processo riassunto¹⁷.

Emerge però una seconda "interferenza", dal momento che è ben possibile che, nell'atto di riassunzione, le parti ripropongano al giudice munito di giurisdizione l'eccezione di costituzionalità già proposta al giudice previamente adito.

Non è d'ostacolo a tale ipotesi la disposizione dell'art. 24, comma 2, l. 87/1953 che prevede la possibilità di riproporre l'eccezione di costituzionalità esclusivamente «*all'inizio di ogni grado ulteriore del processo*»: non tanto perché la "nuova" fase iniziata dinanzi al giudi-

¹⁶ Se la trasmigrazione avviene nella direzione opposta, dal giudice civile a quello speciale, sembra preferibile ritenere che il provvedimento cautelare rimanga efficace fino ad una nuova pronuncia del giudice munito di giurisdizione: per un'efficace rassegna degli argomenti impiegati in tal senso e la dottrina rilevante, si rinvia a R. BARBIERI, *op. cit.*, 1454-1459 e nota 11. Tuttavia il tema è controverso e ha visto la giurisprudenza attestata su posizioni opposte a quelle della dottrina maggioritaria. Non è mancato chi ha ritenuto di poter vedere nel citato art. 11, comma 7 c.p.a. una disposizione di portata generale, che va oltre il processo amministrativo: cfr. M. SICA, *Difetto di giurisdizione e tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Aa. Vv.*, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'ELIA-G. TIBERI-M.P. VIVIANI SCHLEIN, Milano, 2012, 214 ss.; ma per una convincente critica della tesi cfr. sempre R. BARBIERI, *op. cit.*, 1459-1461.

¹⁷ È bene sottolineare che, in ogni caso, la disciplina dell'*ultrattività delle misure cautelari* come dettata dall'art. 11, comma 7, c.p.a. presenta diverse criticità: in primo luogo, il termine di trenta giorni, assai ristretto, che rischia di provocare un vuoto di cautela tra la prima misura caducata e la seconda pronunciata dal giudice munito di giurisdizione; in secondo luogo, il *dies a quo* del termine, il quale decorre a partire dalla pubblicazione della pronuncia declinatoria e non dalla comunicazione della stessa (cfr. Corte cost., sentenza 26 febbraio 1970, n. 34, in *Giur. cost.*, 1970, 2, 450); da ultimo, l'automaticità della caducazione della misura cautelare che si determina a prescindere da ogni valutazione sul permanere dei presupposti della stessa (cfr., in senso contrario, Corte cost., sentenza 7 luglio 2010, n. 281, in *Giur. cost.*, 2010, III, 3518). In dottrina rilievi critici di M. SICA, *op.cit.*, 659-663.; R. BARBIERI, *op. cit.*, 1469-1472.

ce munito di giurisdizione possa qualificarsi come diverso grado del processo, piuttosto perché tale previsione riguarda esclusivamente le eccezioni che siano state rigettate dal giudice di merito, vuoi per irrilevanza vuoi per manifesta infondatezza¹⁸. La riproposizione di eccezioni già accolte è invece normalmente impraticabile per il semplice fatto che il processo, dopo la rimessione della questione alla Corte costituzionale, rimane sospeso. Ma la peculiarità del nostro caso rende tale eventualità possibile.

Si danno, allora, due distinte ipotesi: in un primo caso, si può ritenere che, essendo ammessa la riassunzione ai soli fini della conservazione del processo e della produzione degli effetti della *translatio iudicii*, il processo torni nello «stato di quiescenza» provocato dalla rimessione della questione alla Corte costituzionale effettuata dal precedente giudicante. Questa prima ipotesi presenta un limite evidente, ché «*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*»¹⁹. Una pronuncia quest'ultima che peraltro potrebbe essere di inammissibilità, qualora il difetto di giurisdizione in capo al giudice *a quo*, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte, dovesse risultare macroscopico ovvero qualora il giudice *a quo* avesse motivato in maniera implausibile in ordine alla sua giurisdizione²⁰. Per di più tale soluzione non consentirebbe al “nuovo” giudice di valutare autonomamente la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, vincolandolo anche in questo frangente al giudizio compiuto dal precedente giudicante.

La seconda ipotesi è, invece, quella opposta di consentire al giudice del processo riassunto di valutare autonomamente l'eccezione di costituzionalità e decidere se (ri)sollevarla la relativa questione dinanzi alla Corte costituzionale oppure, ritenendola manifestamente infondata o irrilevante, di procedere “svincolandosi” dalla sospensione disposta dal precedente giudicante.

3. La sospensione ex art. 295 c.p.c. in presenza di questione di costituzionalità pendente: alcune analogie

Al fine di individuare la soluzione più corretta, può essere utile fare riferimento al dibattito dottrinale svoltosi su un problema che mostra evidenti analogie con quello in esame, ovvero quello relativo ai giudici che si trovino a decidere di un'eccezione di costituzionalità (rilevante e non manifestamente infondata) relativa a norme già sottoposte al giudizio della Corte costituzionale. Il problema si poneva nei seguenti termini: è necessario rinviare nuo-

¹⁸ Sull'art. 24 l. 87/1953, cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 295-296; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 211-212; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2014, 131-132, il quale evidenzia come l'efficacia preclusiva dell'art. 24 sia comunque limitata, stante la possibilità per le parti di sollecitare il rilievo *ex officio* della questione.

¹⁹ V. COCOZZA, *op. cit.*, 7.

²⁰ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentenza 20 ottobre 2015, n. 236, cit. In dottrina, cfr. A. CERRI, *op. cit.*, 172, con esaurienti riferimenti giurisprudenziali.

vamente la questione alla Corte oppure si può semplicemente sospendere il processo ex art. 295 c.p.c., in attesa che la Corte costituzionale si pronunci?

La risposta considerata di gran lunga preferibile è – oramai pressoché unanimemente – la prima²¹; ma è necessario esaminare attentamente gli argomenti impiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza a sostegno di tale soluzione e verificare in che misura siano spendibili anche nel nostro caso.

Tralasciando il tema della corretta ricostruzione dei rapporti tra la fattispecie di sospensione necessaria per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. e quella per incidente di legittimità costituzionale ex art. 23, comma 2, l. 87/1953²² – che ai nostri fini non rileva –, i principali argomenti impiegati in favore della tesi della necessaria rimessione alla Corte costituzionale in pendenza di questione sulle stesse norme sono i seguenti:

²¹ Cfr., ad esempio, Corte cost., ordinanza 8 gennaio 1991, n. 9, in *Giur. cost.*, 1991, I, 59 e Corte cost., 14 giugno 1995, n. 264, in *Giur. cost.*, 1995, II, 1907, per il caso di rimessione alla Corte della sola ordinanza di sospensione del giudizio; Corte cost., ordinanza 26 gennaio 1994, n. 28, in *Giur. cost.*, 1994, 207, per il caso di rimessione dell'ordinanza di sospensione seguita dalla trasmissione degli atti. La mera sospensione ex art. 295 c.p.c. è stata a lungo e diffusamente praticata dalla giurisprudenza di merito, anche "sotto mentite spoglie" attraverso rinvii per la trattazione a data successiva alla pronuncia della Corte costituzionale (cfr., ad esempio, Trib. Pavia, ordinanza 29 settembre 2009, n. 1648, consultabile nel sito di *Amicus curiae – Seminari preventivi ferraresi*: <http://www.unife.it/progetto/amicuscuriae/la-societa-naturale-e-i-suoi-nemici-sul-paradigma-eterosessuale-del-matrimonio>). La Corte di Cassazione, tuttavia, è ormai ferma nel censurare tale orientamento, ritenendo esperibile, in tal caso, il regolamento di competenza: cfr., da ultimo, Cass., Sez. 6 – 1, ordinanza 26 giugno 2013, n. 16198, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Competenza civile*, n. 98. In dottrina, nel senso del testo, M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 95-101 e 126-139; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 93; M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 75 ss.; R. BORRELLO, *Il giudice alla finestra: la sospensione «anomala» come patologia del modello incidentale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. PACE, Milano, 2006, 75 ss.; implicitamente, G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 220-223. Precedentemente, si erano espressi in senso favorevole alla mera sospensione, tra gli altri, G. AZZARITI, *Discorso pronunciato dal Presidente Gaetano Azzariti alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte, 8 maggio 1957, Roma*, in *Giur. cost.*, 1957, 878 ss.; nonché P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, in part. 41.

²² Cfr. M. D'AMICO, *Sospensione...cit.*, 80 ss.; M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 95 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 220 ss. Si ritiene peraltro di aderire alla posizione espressa da G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 107 ss., il quale esclude che si possa configurare la disciplina di cui agli artt. 295 e ss. c.p.c. come disciplina "generale" ed "unitaria" della sospensione (diversamente da quanto ritenuto, con forse eccessiva disinvoltura, da molti Autori); il che comporta conseguenze di non poco conto, quali ad esempio l'impossibilità di fare automatico riferimento alla disciplina del codice civile per colmare le lacune della legge n. 87/1953. La questione, tuttavia, è complessa ed articolata e non può dunque essere qui trattata diffusamente.

a) la rimessione alla Corte della questione di costituzionalità si connota, in ogni caso, come *doverosa* una volta che il giudice abbia verificato la sussistenza dei requisiti della rilevanza e non manifesta infondatezza²³;

b) il *diverso* giudice *a quo* che si limiti a sospendere il processo, senza rimettere la questione alla Corte, non dà alcun apporto alla soluzione della questione stessa: in particolare, laddove le precedenti questioni fossero state mal formulate (per i più svariati motivi²⁴), il diverso giudice potrebbe “emendare” a tali errori solo sollevando a sua volta la questione; oppure potrebbe proporre diversi profili di illegittimità;

c) la mera sospensione senza remissione comporta l'impossibilità delle parti costituite nel *diverso* giudizio di spiegare intervento nel processo costituzionale, comportando così un evidente *vulnus* al diritto di difesa delle stesse;

d) il termine per la riassunzione del processo sospeso rimane incerto, dal momento che la comunicazione della sentenza della Corte, ai sensi dell'art. 29 l. 87/1953, è effettuata esclusivamente al giudice *a quo*, ma non ai *diversi* giudici che non abbiano sollevato al questione²⁵.

Per quanto riguarda il primo argomento (*sub a*)), si può osservare come, pure nella nostra ipotesi, il giudice del processo riassunto, laddove consideri sussistenti la rilevanza e non manifesta infondatezza, dovrebbe sollevare a sua volta la questione di costituzionalità: in tal modo, inoltre, non solo potrebbe proporre nella propria ordinanza di rimessione eventuali integrazioni o modifiche²⁶ rispetto alla questione previamente prospettata (*sub b*)), ma

²³ In passato, sia in dottrina che in giurisprudenza, si era stato sostenuto che il giudice del procedimento cautelare potesse disapplicare la norma sospetta di illegittimità costituzionale al fine di pronunciare un provvedimento cautelare d'urgenza a tutela di diritti di rilievo costituzionale, rinviando al merito l'instaurazione del giudizio di costituzionalità. Tale orientamento appare oramai superato (vedi *infra* par. 4). Per un'efficace sintesi del dibattito, cfr. A. CERRI, *op. cit.*, 145-148.

²⁴ Si pensi, in via meramente esemplificativa, al caso di non adeguata motivazione in ordine alla rilevanza e non manifesta infondatezza; oppure al caso del giudice che non dia conto esaurientemente del perché non possa essere svolta un'interpretazione adeguatrice della norma impugnata; o ancora, che non abbia indicato correttamente il *tertium comparationis* o il verso dell'eventuale pronuncia additiva.

²⁵ Cfr. M. D'AMICO, *Sospensione...* cit., 95-97. Sui problemi legati alla riassunzione del processo sospeso per pregiudizialità costituzionale, stante la lacunosa disciplina della legge n. 87/1953, cfr., tra gli altri, V. ONIDA, *Sul termine per la riassunzione del processo sospeso in seguito a incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1078; E. CATELANI, *Giudizio costituzionale e sospensione ex art. 295 c.pc.: decorrenza del termine per la riassunzione del giudizio sospeso*, in *Foro it.*, 1988, I, 513 e, in part., nota 8.

²⁶ Attenzione, si intendono integrazioni e modifiche che incidono non sull'ordinanza del precedente giudicante, ma sulla ricostruzione della questione prospettata: si tratta pertanto di una nuova ordinanza di rimessione che introduce un nuovo giudizio in via incidentale. Ciò non esclude che eventualmente, ricorrendone i presupposti, il nuovo giudizio sia riunito al precedente per la decisione della Corte. Per il caso, invece, di vera e propria integrazione cfr. Corte cost., sentenza 5 aprile 1973, n. 36, in *Giur. cost.*, 345; il provvedimento integrativo è stato definito “abnorme” da A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1981, 265-266. È peraltro il caso di sottolineare come il giudice del processo riassunto sia in ogni caso tenuto a motivare compiutamente la propria ordinanza di rimessione in virtù del noto principio di *autosufficienza dell'ordinanza di rimessione*, non essendogli consentito un semplice rinvio *per relationem* all'ordinanza del precedente giudicante. Cfr. sul tema, tra gli altri, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 212; A. CERRI, *op. cit.*, 194

soprattutto potrebbe assicurarsi una risposta sul merito della questione²⁷, a dispetto di una possibile pronuncia di inammissibilità della questione già sollevata dal precedente giudice *a quo* perché privo di giurisdizione²⁸.

Per quanto concerne il problema dell'intervento delle parti nel processo costituzionale (*sub c*)), si può rilevare come lo stesso ben possa riproporsi anche nel caso di *translatio*: anzi, in tal caso, potrebbe ripresentarsi in misura addirittura accentuata, in considerazione della diversa configurazione delle norme processuali tra plessi giurisdizionali distinti in materia di intervento, litisconsorzio, ecc.

L'ultimo argomento citato (*sub d*)), nel nostro caso, si configura in modo leggermente diverso: la comunicazione che la Corte effettuasse eventualmente ai sensi dell'art. 29 l. 87/1953 al giudice *a quo*, perverrebbe ad un giudice ormai spogliato della lite; ma è verosimile che le parti costitutesi nel giudizio costituzionale diano notizia dell'avvenuta riassunzione, consentendo così di effettuare la comunicazione anche nei confronti del giudice del processo riassunto. Tuttavia, una rimessione della questione alla Corte costituzionale andrebbe sicuramente a fugare ogni dubbio in proposito.

La peculiarità del nostro caso, come si è detto, è data dal fatto che – nonostante il giudice del processo riassunto sia senz'altro *diverso* rispetto a quello privo di giurisdizione che ha sollevato la questione – il processo *a quo* rimane il *medesimo* processo. Gli argomenti elencati vanno pertanto riconsiderati in rapporto ad un giudizio, quello riassunto, nel quale sono già state valutate positivamente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale con conseguente rimessione della relativa questione e sospensione del giudizio. In particolare, deve rilevarsi come la pronuncia sulla giurisdizione e la successiva riassunzione del processo dinanzi al giudice munito di giurisdizione non possano determinare autonomamente il venir meno della sospensione, dal momento che la cessazione della stessa, ai sensi dell'art. 23, comma 2, l. 87/1953, è riconnessa alla pubblicazione della pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità sollevata in tale processo²⁹.

Si potrebbe, pertanto, dubitare della possibilità per il giudice del processo riassunto di svolgere una qualsivoglia attività processuale.

ss.; cfr., con specifico riferimento ad ordinanze di rimessione motivate *per relationem* ad ordinanza di altro giudice, Corte cost., ordinanza 20 gennaio 2004, n. 59, in *Giur. cost.*, 2004, 709, con nota di R. PUGLISI, *La durata massima delle misure cautelari nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*; Corte cost., ordinanza 11 gennaio 2005, n. 8, *id.*, 2005, 43; Corte cost., ordinanza 24 marzo 2005, n. 141, *id.*, 1167; Corte cost., ordinanza 7 aprile 2005, n. 166, *id.*, 1372; Corte cost., ordinanza 28 settembre 2005, n. 364, *id.*, 3514.

²⁷ A suffragare ulteriormente l'ipotesi proposta, può essere richiamato l'orientamento della Corte costituzionale favorevole alla riproposizione di questioni di legittimità costituzionale che siano state dichiarate inammissibili per profili meramente processuali, purché in termini parzialmente diversi: nel caso in cui lo stesso giudice (nel nostro caso il diverso giudice dello stesso processo) dovesse rilevare errori nella proposizione della questione, potrebbe prevenire il giudizio di inammissibilità della Corte, rimettendo una nuova questione *re melius pensata*. Cfr., in tema, A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 212 e, da ultimo, Corte cost., sentenza 9 febbraio 2009, n. 38, in *Giur. cost.*, I, 294, con nota di G. PISTORIO, *Il curioso caso di una fictio litis (tre volte) inammissibile*.

²⁸ Vedi nota 20.

²⁹ Cfr., tra gli altri, M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 219; G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 231 ss.

Tale obiezione appare, tuttavia, superabile: in primo luogo, può essere ripresa, adattandola al caso di specie, la tesi elaborata dalla Cassazione con riferimento al regolamento di giurisdizione e menzionata *supra*: il giudice del processo riassunto, vagliata positivamente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione, potrebbe essere ammesso ad instaurare il giudizio incidentale di costituzionalità, pur a processo formalmente sospeso, configurando l'ordinanza di rimessione che introduce il processo costituzionale non come «atto di sviluppo» del processo, ma come promovimento di un distinto giudizio (che va anzi a prolungare la sospensione del giudizio riassunto).

In secondo luogo, si può osservare che la sospensione di cui all'art. 23, comma 2, l. 87/1953 è essenzialmente funzionale ad evitare che la norma sospetta di incostituzionalità trovi applicazione nel giudizio a *quo* fintantoché la Corte non si sia pronunciata sulla legittimità della stessa: qualora il giudice sollevasse una nuova questione sulle medesime norme, sospendendo nuovamente il processo, non si avrebbe comunque applicazione della norma sospetta di illegittimità.

Ma d'altro canto, è pure possibile che il giudice del processo riassunto giunga a conclusioni difformi in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza rispetto a quelle assunte dal precedente giudicante: in tale circostanza, ferma l'irrevocabilità dell'ordinanza di rimessione originaria, si potrebbe forse ipotizzare una revoca della sospensione, erroneamente disposta, con conseguente prosecuzione del processo³⁰.

Tale soluzione consentirebbe di ovviare al problema *supra* evidenziato di una sospensione pronunciata da un giudice privo di giurisdizione che vada sostanzialmente a vincolare il giudice cui la giurisdizione sulla causa spettava sin dall'origine. Si tratterebbe, per di più, di una soluzione maggiormente in linea con l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, dato che la sospensione comporta l'allungamento dei tempi di definizione della lite, determina una «pausa» nello svolgimento del giudizio, «rendendo incerto non solo il «quando» ma anche il «se» della ripresa»³¹; non a caso, con riferimento a tale istituto, la dottrina ha coniato espressioni come «crisi del procedimento», «vicenda anomala» o «anormale», oppure l'ha valutato come «un diniego di giustizia, sia pure temporaneo».

È preferibile tuttavia che, salvo il caso di provvedimento radicalmente abnorme, il giudice del processo riassunto debba ritenersi vincolato alla sospensione disposta dal giudice privo di giurisdizione, quand'anche non ne condivida il giudizio³². Altrimenti verrebbe elusa la *ratio* minima della sospensione di cui all'art. 23, comma 2, l. 87/1953, ovvero quella di

³⁰ Tale soluzione è ritenuta ammissibile, solo su istanza di parte, da M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 208-211 e nota 165; G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 231, nota 71, la ritiene praticabile anche d'ufficio. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. VI, sentenza 4 maggio 1978, n. 5063, in *Riv. pen.*, 1978, 709.

³¹ G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 3-5 e riferimenti in nota.

³² Escludono la possibilità di una revoca dell'ordinanza di rimessione (e ugualmente della revoca della sola sospensione) da parte del giudice remittente: R. ROMBOLI, *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, in *Foro it.*, 1990, III, 145; M. D'AMICO, *Sulla revocabilità dell'ordinanza di sospensione del processo per incidente di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 144 ss. Diversamente cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 70.

non dare applicazione, quanto meno nel giudizio *a quo*, alla norma sospetta di incostituzionalità³³.

Fermo il rispetto del requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, è pur vero che la pronuncia della Corte non deve necessariamente spiegare i propri effetti nel giudizio *a quo* e pertanto la prosecuzione dello stesso potrebbe astrattamente considerarsi ammissibile. Com'è noto, a seguito dell'ordinanza di rimessione del giudice alla Corte, il giudizio costituzionale prosegue in modo autonomo rispetto alle vicende del giudizio di merito (cd. principio di autonomia del giudizio costituzionale³⁴); e pure il giudizio di merito, in una certa misura, può essere definito a prescindere dall'esito del processo costituzionale: si pensi, ad esempio, al caso di giudizio interrotto per morte di una delle parti e non proseguito né riassunto; di rinuncia agli atti o cessazione della materia del contendere; oppure ancora di pronuncia sulla giurisdizione cui non segue alcun atto di riassunzione.

Si tratta, tuttavia, di esiti che prescindono dall'applicazione della norma sospetta di incostituzionalità. Nel nostro caso, invece, se il giudice del processo riassunto revocasse l'ordinanza di sospensione, darebbe senz'altro applicazione alla norma soggetta al vaglio della Corte costituzionale. Si finirebbe così per obliterare il significato minimo della norma di cui all'art. 23, comma 2, l. 87/1953.

In estrema sintesi, si può pertanto concludere che il giudice del processo riassunto è tenuto senz'altro a sollevare la questione di costituzionalità, qualora ravvisi il ricorrere dei requisiti della rilevanza e non manifesta infondatezza; mentre, anche se non condividesse la valutazione effettuata dal precedente giudicante, è tenuto ad attendere la pronuncia della Corte.

A differenti conclusioni deve giungersi, invece, laddove l'eccezione di costituzionalità su norme già sottoposte al vaglio della Corte dal precedente giudice privo di giurisdizione, sia proposta nell'ambito di un procedimento cautelare innestato nel processo riassunto.

³³ Non sembra opportuno né necessario, ai nostri fini, avventurarsi in una diffusa analisi del concetto di *pregiudizialità* della questione di legittimità costituzionale e sul ruolo della *rilevanza*, dal momento che il tema è tra i più dibattuti e controversi della giustizia costituzionale. Basti allora segnalare che la dottrina largamente maggioritaria esclude che il giudizio *a quo* possa configurarsi come "mera occasione" per l'introduzione del giudizio costituzionale; dal che è semplice dedurre, come corollario minimo, la non applicabilità nel giudizio *a quo* della norma sospetta di illegittimità e sottoposta al vaglio della Corte. L'argomento, d'altro canto, seppur in termini diversi, si può ritrovare anche in R. ROMBOLI, *La revocabilità...* cit.; e M. D'AMICO, *Sulla revocabilità...* cit., 149 ss.

³⁴ Il principio in parola trova espresso riconoscimento nell'art. 18 delle Norme Integrative, il quale, nella versione attuale (risultante dalla modifica del 2008), prevede che «la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale». Tuttavia, si è osservato in dottrina (in relazione al previgente art. 22 n.i.) come tale previsione rappresenti «non tanto il fondamento quanto una delle concrete espressioni» del principio menzionato: cfr. F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA. VV., *Il giudizio delle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? (Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio)*, a cura di E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, Torino, 2002, in part. 181 ss. Sul tema, strettamente collegato a quello della nozione di rilevanza della q.l.c. (e, in particolare, alla problematica dell'irrelevanza dei fatti sopravvenuti), il dibattito dottrinale è vivace ed amplissimo, tanto che non può essere qui ripreso diffusamente; ci si limita a segnalare, *ex pluribus*, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale* cit., 188 ss.; E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. società*, 2009, in part. 130-131; S. BELLOMIA, *Estinzione del processo a quo e autonomia del giudizio incidentale*, in *Giur. cost.*, 1986, 502 ss.

4. Lo specifico caso del procedimento cautelare (nel processo riassunto) come giudizio a quo

Per comprendere la peculiarità del caso (che poi è quello concretamente affrontato dal Tribunale di Napoli), è necessario richiamare l'orientamento della Corte costituzionale in tema di accesso al giudizio incidentale di costituzionalità nel procedimento cautelare.

Sin dalla lontana sentenza n. 444/1990³⁵, la Corte si era posta il problema del rapporto tra l'esigenza di assicurare una tutela cautelare ai diritti di rilievo costituzionale che si assumessero pregiudicati da norme incostituzionali, da una parte, e il principio di sindacato accentrato di costituzionalità, dall'altra: la soluzione, mutuata dalla giurisprudenza amministrativa, era stata quella di consentire al giudice a quo – che nell'ambito di un procedimento cautelare ritenesse non manifestamente infondata la questione di costituzionalità posta a fondamento del ricorso – di pronunciare il provvedimento cautelare richiesto, con l'obbligo di rimettere contestualmente la relativa questione alla Corte e riservarsi di confermare o meno il proprio provvedimento all'esito del giudizio di costituzionalità³⁶. Si era infatti osservato che un giudice di merito «ben può sollevare questione di legittimità costituzionale in sede cautelare, sia quando non provveda sulla domanda cautelare, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva, per le ragioni addotte a suo fondamento, nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice (...) fruisce: con la

³⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 26 settembre 1990, n. 444, in *Giur. cost.*, 1990, II, 2647. Successivamente, in senso analogo, cfr. Corte cost., sentenza 11 luglio 1991, n. 367, in *Giur. cost.*, 1991, II, 2921; Corte cost., ordinanza 12 gennaio 1995, n. 24, *id.*, 1995, I, 248; Corte cost., sentenza 12 gennaio 1995, n. 30, *id.*, I, 331; 1995, Corte cost., sentenza 13 luglio 1995, n. 359, *id.*, II, 2660; Corte cost., sentenza 5 giugno 1997, n. 183, *id.*, 1997, I, 1827, con nota di M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*; Corte cost., sentenza 20 maggio 1998, n. 185, *id.*, 1998, II, 1510; Corte cost., sentenza 10 gennaio 2000, n. 4, *id.*, 2000, I, 14; Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, *id.*, 2006, I, 192; Corte cost., ordinanza 3 maggio 2006, n. 194, *id.*, II, 1962; Corte cost., sentenza 7 maggio 2008, n. 161, *id.*, 2008, II, 1939; Corte cost., ordinanza 19 novembre 2008, n. 393, *id.*, III, 4607, con nota di P. PICCOCCHI, *Fase cautelare e instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale: un nuovo «giro di vite» da parte della Corte*; Corte cost., sentenza 1° aprile 2009, n. 151, *id.*, 2009, II, 1656; Corte cost., sentenza 24 marzo 2010, n. 128, *id.*, 2010, II, 1532; Corte cost., sentenza 5 luglio 2010, n. 236, *id.*, IV, 2892; Corte cost., ordinanza 4 luglio 2011, n. 211, *id.*, II, 2791; Corte cost., ordinanza 9 novembre 2011, n. 307, *id.*, III, 4296; Corte cost., ordinanza 22 maggio 2012, n. 150, *id.*, 2012, II, 2050; Corte cost., sentenza 2 luglio 2012, n. 172, *id.*, 2534; Corte cost., ordinanza 11 dicembre 2013, n. 325, *id.*, 2013, VI, 5106; Corte cost., sentenza 1 dicembre 2014, n. 274, *id.*, 2014, VI, 4670, con nota di R. MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*.

³⁶ Cfr., tra i molti contributi in dottrina, quelli particolarmente significativi di N. PIGNATELLI, *Le «interazioni» tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008; A. VUOLO, *Misure cautelari e sindacato diffuso sulla legge*, in AA. VV., *Il giudizio delle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? (Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio)*, a cura di E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, Torino, 2002, 545 ss.; *Id.*, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Prospettive dell'accesso alla giustizia costituzionale (Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999)*, a cura di A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI, Torino, 2000, 693 ss.; M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in AA. VV., *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Milano 1995, 105 ss.

conseguenza che la questione di legittimità costituzionale è inammissibile – oltre che, ovviamente, se la misura è espressamente negata (ordinanza n. 82 del 2005) – quando essa sia concessa sulla base di ragioni, quanto al *fumus boni juris*, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa (sentenza n. 451 del 1993)». Aggiungendosi che «la potestas iudicandi non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale»³⁷.

Tale articolazione del procedimento cautelare in due fasi distinte, una meramente interinale (denominata anche «tutela cautelare *ad tempus*»), l'altra – per così dire – definitiva, è quella cui si è conformato il TAR Campania, accogliendo il ricorso di De Magistris e introducendo contestualmente il giudizio costituzionale sull'art. 11 D.Lgs. 235/2012.

Con la recente sentenza n. 200/2014³⁸, il giudice costituzionale ha però operato un *revirement* del citato orientamento, proprio con riferimento al giudizio amministrativo: constatato che, ai sensi dell'art. 55, comma 11, D.Lgs. 104/2010, con la concessione di un'ordinanza cautelare è fissata pure la data di discussione del merito, la Corte ha concluso che la questione di costituzionalità sollevata dopo la pronuncia del provvedimento cautelare non è più (come invece un tempo) intempestiva e neppure viziata per esaurimento della *potestas iudicandi*, essendo ormai il giudizio di merito incardinato dinanzi allo stesso giudice. In breve, nel processo amministrativo non è più necessario ricorrere alla tutela cautelare *ad tempus*, che rimane invece necessaria nel processo civile, soprattutto in considerazione del regime dei provvedimenti cautelari anticipatori di cui all'art. 669 *octies* c.p.c.³⁹.

Venendo ora al caso della *translatio iudicii* e all'ordinanza in esame, deve essere richiamata pure la disposizione di cui all'art. 11, comma 7, c.p.a. la quale prevede, come si è visto, che «le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate», fatta salva la possibilità di riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione.

Il quadro risultante dalla combinazione del menzionato orientamento della Corte costituzionale e del comma 7 dell'art. 11 c.p.a. consente finalmente di smentire le argomentazioni addotte dal Tribunale di Napoli per giustificare l'opzione per la pronuncia di un provvedimento cautelare senza rimessione al giudice costituzionale.

³⁷ Corte cost., ordinanza 23 gennaio 2006, n. 25, cit.

³⁸ Corte cost., sentenza 9 luglio 2014, n. 200, in *Giur. cost.*, 2014, 3233, con nota di A. TRAVI, *Tutela cautelare e giudizio di legittimità costituzionale*; nota di A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 23/2014.

³⁹ La dottrina sul tema della cd. *strumentalità attenuata* è sterminata; *ex pluribus* cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2012, 273 ss., con riferimenti bibliografici; A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 137 ss.; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, prec. 83 ss.; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, A. SALETTI, Padova, 2011, 293 ss.

In primo luogo, può essere contraddetta l'affermazione per cui il procedimento cautelare in corso di causa darebbe vita «*ad un subprocedimento incidentale, come tale privo di autonomia rispetto alla causa di merito già pendente*». Ciò non è senz'altro vero dalla prospettiva del giudice costituzionale che, ai fini dell'instaurazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale, ha sempre mostrato di considerare il procedimento cautelare come autonomo rispetto al giudizio di merito. Basti ricordare le numerose pronunce sull'esaurimento della *potestas iudicandi* emesse con riferimento ai casi di questioni sollevate a provvedimento cautelare già concesso. La Corte ha infatti precisato che «*se il giudice (...) solleva la questione di legittimità costituzionale della norma relativa al merito del ricorso, contestualmente alla decisione, senza alcuna riserva, di accoglimento o di rigetto sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato, la questione risulta, per un verso, non rilevante nell'autonomo contenzioso sulla misura cautelare – esauritosi con la relativa pronuncia –, e per altro verso intempestiva in rapporto alla seconda ed eventuale sede contenziosa, posto che, prima del perfezionamento dei requisiti processuali prescritti (domanda di parte, assegnazione della causa per la sua trattazione), l'organo giurisdizionale è sprovvisto di potestà decisoria sul merito e sulle questioni di costituzionalità ad esso relative, ancorché questa deliberazione sia limitata alla non manifesta infondatezza delle eccezioni e solo strumentale alla predetta seconda fase del giudizio*»⁴⁰.

Le affermazioni del giudice partenopeo potevano semmai essere pertinenti per il diverso caso della tutela cautelare nel processo amministrativo, proprio a seguito del menzionato *revirement* della Corte; ma non risultano spendibili con riferimento alla tutela cautelare civile.

Anche da una prospettiva strettamente processual-civilistica, l'affermazione può apparire inesatta: il regime di *strumentalità attenuata* od *eventuale* dei provvedimenti anticipatori (e il caso di specie ricade in tale ambito) comporta che la pronuncia e la sopravvivenza del procedimento cautelare prescindano dall'instaurazione (nei casi di cautela *ante causam*) o dalla prosecuzione del giudizio di merito (nei casi di provvedimenti concessi in corso di causa).

In secondo luogo, non convince neppure la seconda argomentazione impiegata dal giudice partenopeo, ovvero quella per cui «*in punto di fumus boni iuris non può essere richiesto allo stesso giudice una rivalutazione, quanto alle argomentazioni sollevate in precedenza e riproposte oggi, di una questione, quella di legittimità costituzionale, già ampiamente valutata sì da indurre a sollevare l'incidente di costituzionalità*». Il dubbio sorge dalla semplice considerazione che la misura cautelare richiesta al Tribunale è *nuova* e *diversa* rispetto a quella pronunciata dal giudice amministrativo, la quale perde efficacia, ai sensi del citato art. 11, comma 7, D.Lgs. 104/2010, trascorsi trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione. Appare poi alquanto singolare la concessione di un

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sentenza 13 dicembre 1993, n. 451, in *Giur. cost.*, 3694, con nota di G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, 1994, 451 ss.

provvedimento d'urgenza sulla scorta della valutazione in punto di *fumus boni iuris* svolta da un altro giudice per la pronuncia di una diversa misura cautelare.

Inoltre, se la valutazione positiva del *fumus boni iuris* ai fini della concessione del provvedimento importa l'accertamento della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, non si vede come il giudice possa sottrarsi all'obbligo di cui all'art. 23 l. 87/1953 di rimettere la relativa questione alla Corte. Tanto più che nella sede cautelare non si pone il problema della sospensione disposta dal precedente giudicante privo di giurisdizione (vista *supra*, par. 3), dato che la proposizione del ricorso cautelare è espressamente ammessa ai sensi dell'art. 669 *quater*, comma 2, c.p.c. pure a processo sospeso.

A tali argomentazioni devono aggiungersi pure quelle addotte *supra* (par. 3, *sub b*) e *c*): basti considerare ad esempio che, nel caso in esame, la mancata rimessione della questione alla Corte ha comportato l'esclusione dal processo costituzionale di Elpidio Capasso, consigliere metropolitano, costituitosi in giudizio dopo l'ordinanza di rinvio del TAR Campania e parte del procedimento cautelare innanzi al Tribunale di Napoli⁴¹.

Rispetto al caso di semplice riassunzione, deve invece ritenersi che il giudice della fase cautelare del processo riassunto, laddove ritenga manifestamente infondata la questione allegata a presupposto del ricorso cautelare, possa discostarsi dal giudizio operato dal precedente giudicante e decidere di non concedere il provvedimento d'urgenza⁴². In primo luogo, per il semplice motivo che, laddove non sussista la non manifesta infondatezza non risulta integrato il requisito del *fumus boni iuris* necessario per la concessione della cautela⁴³; in secondo luogo, per la descritta autonomia rispetto al processo di merito del procedimento cautelare, il quale si configura come un giudizio distinto (perlomeno nell'ambito civile) ai fini dell'instaurazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale.

5. Conclusioni

In esito alla disamina condotta, si possono trarre riassuntivamente le seguenti conclusioni:

⁴¹ Così anche R. ROMBOLI, in nota alla sentenza Corte cost. n. 235/2015, in *Foro it.*, 2016, I, 412.

⁴² Non sembra, invece, che il giudice innanzi al quale dovesse essere impugnato il provvedimento cautelare *ad tempus* possa procedere ad un'autonoma valutazione in punto di *fumus boni iuris* (e quindi non manifesta infondatezza) rispetto a quello compiuto dal primo giudice e quindi annullare l'ordinanza cautelare, se permane l'altro requisito del *periculum in mora*: optando diversamente si verrebbe sostanzialmente ad applicare la norma sospetta di illegittimità nel procedimento *a quo* a prescindere dalla pronuncia della Corte costituzionale, vanificando la descritta articolazione del procedimento cautelare nella fase interinale e definitiva. Diversamente invece, se non dovesse ricorrere il *periculum in mora*, verrebbe meno la stessa necessità della tutela *ad tempus*. In senso apparentemente conforme, cfr. Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 20 novembre 2014, cit. Per la decisione opposta, cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., ordinanza 16 dicembre 1999, n. 1056, in *Foro it.*, 2000, III, 451, con nota di A. PAJNO, *Accesso alla Corte costituzionale e "cautela di secondo grado"*.

⁴³ La Corte costituzionale condiziona infatti la concessione del provvedimento cautelare «*ad tempus*» all'accertamento della non manifesta infondatezza della questione; cfr., da ultimo, Corte cost., n. 200/2014, cit.

a) il giudice del processo riassunto a seguito di *translatio iudicii*, qualora accerti la sussistenza della rilevanza e non manifesta infondatezza, deve sempre rimettere la questione alla Corte;

b) qualora invece non condivide il giudizio in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza del precedente giudicante, deve ritenersi vincolato alla sospensione disposta da quest'ultimo contestualmente all'instaurazione del giudizio costituzionale e pertanto non può dare impulso al processo fintantoché il giudice delle leggi non si sia pronunciato;

c) conclusioni identiche a quelle *sub a)* a maggior ragione devono trarsi con riferimento al procedimento cautelare che sia stato reintrodotta innanzi al giudice del processo riassunto;

d) il giudice del procedimento cautelare riproposto innanzi al giudice munito di giurisdizione può invece discostarsi dalla valutazione in tema di non manifesta infondatezza del precedente giudicante e non concedere il provvedimento cautelare richiesto.

In ultima istanza si può rilevare come permanga a tutt'oggi la singolare tendenza dei giudici comuni a volersi sottrarre alla "necessaria" rimessione della questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 23 l. 87/1953. Ma se la sospensione ex art. 295 c.p.c. senza rimessione può essere impugnata con regolamento di competenza⁴⁴, la mancata rimessione che si accompagna – come nel caso di specie – ad un semplice rinvio ad una data successiva alla pronuncia del giudice costituzionale, sembra assai difficilmente censurabile, con grave pregiudizio del diritto delle parti a costituirsi nel giudizio costituzionale e, in generale, del corretto funzionamento del sistema di controllo della legittimità costituzionale delle leggi⁴⁵.

⁴⁴ Vedi nota 21.

⁴⁵ Contro il provvedimento del giudice deve ritenersi esperibile la sola istanza di revoca e modifica ai sensi dell'art. 177 c.p.c. (rivolta, si noti bene, allo stesso giudice che ha pronunciato il rinvio). Salvo che non si tratti di procedimento cautelare: avverso l'ordinanza che concede o nega il provvedimento cautelare può proporsi, infatti, reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c.