



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

NOEMI MINISCALCO

**GODOT È ARRIVATO! LA CORTE COSTITUZIONALE, PER LA
PRIMA VOLTA, SOSPENDE LA LEGGE**

**(NOTE A MARGINE DI CORTE COSTITUZIONALE,
ORD. N. 4 DEL 14 GENNAIO 2021)**

29 MARZO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Noemi Miniscalco

**Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge
(note a margine di [Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021](#))***

ABSTRACT: *The [Ordinance n. 4 of 2021](#), where for the first time the Constitutional Court suspended the effectiveness of a regional law in a judgment of legitimacy promoted by the State, is an opportunity to investigate how the “Judge of the Laws” exerted his precautionary power, overcoming that attitude of self-restraint, which had characterized his method of exercise for a long time.*

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge. – 2. Oggi non verrà, ma verrà domani: il potere cautelare nei giudizi di legittimità costituzionale in via d’azione. – 3. Il *periculum in mora*. – 4. Il *fumus boni iuris*. – 5. Brevi riflessioni, in chiave conclusiva.

1. *La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge.*

Con [ordinanza n. 4](#), depositata il 14 gennaio 2021, la Corte costituzionale, su istanza del Presidente del Consiglio dei ministri, ha sospeso, in un giudizio di legittimità in via principale, l’efficacia della legge della Regione autonoma Valle D’Aosta n. 11 del 9 dicembre 2020, recante misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche in relazione allo stato d’emergenza¹, esercitando, per la prima volta, in questa sede, nella storia della giustizia costituzionale italiana, il potere cautelare pur (testualmente) riconosciutole da oramai circa vent’anni².

Muovendo dall’ordinanza *de qua*, nelle presenti note, premessi taluni accenni al (a lungo dibattuto) potere di sospensione delle leggi nell’ambito del giudizio di legittimità in via d’azione, indagheremo come la Consulta abbia verificato (e motivato) la sussistenza del *fumus boni iuris* e dei *pericula in mora* nel caso specifico, per concludere con alcune brevi riflessioni sui possibili effetti derivanti dalla scelta stessa, operata dalla Corte, di esercizio del potere cautelare.

2. *Oggi non verrà ma verrà domani: il potere cautelare nei giudizi di legittimità costituzionale in via d’azione.*

Un tempo limitato ai conflitti tra Stato e Regioni, il potere cautelare, com’è noto, è stato poi esteso al giudizio di legittimità costituzionale in via d’azione, ed è oggi disciplinato dagli artt. 35 e 40 della l. n. 87 del 1953 e dall’art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Tuttavia, nonostante il suo testuale riconoscimento, il potere *de quo* ha continuato a sollevare perplessità, in relazione a diversi profili: anzitutto, poiché la sua disciplina si è innestata nel solco di una legge ordinaria laddove, invece, secondo una parte della dottrina, essa avrebbe dovuto essere recata da

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri è stato notificato il 21 dicembre 2020, depositato in cancelleria lo stesso giorno e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 53, prima serie spec. dell’anno 2020. La camera di consiglio con l’audizione delle parti è stata, infine, fissata per il 13 gennaio 2021.

² Il potere di sospensione delle leggi nel giudizio di legittimità in via d’azione è stato, invero, introdotto dalla l. n. 131 del 2003, il cui art. 9, comma 4, ha modificato il testo dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953.

una previsione di rango costituzionale³; in secondo luogo, per i suoi presupposti di esercizio nel giudizio di legittimità, che, se posti in relazione alle “gravi ragioni” alla base del provvedimento cautelare nell’ambito dei conflitti intersoggettivi, risulterebbero maggiormente stringenti, eppure più vaghi⁴; poi in relazione alla (possibile) qualificazione del giudizio *de quo* quale “giudizio di parti”, stante la previsione espressa della sospensione quale potere d’ufficio della Corte⁵; ed ancora, per i dubbi sulla stessa possibilità di sospensione di un atto legislativo allorché il giudizio abbia ad oggetto le disposizioni statutarie delle Regioni sia ordinarie che speciali⁶.

Perplessità che sembravano essere state suffragate dallo stesso atteggiamento della Corte, la quale, nei giudizi di legittimità in via d’azione, è sempre stata particolarmente restia nell’esercitare il potere cautelare riconosciute⁷: non solo, infatti, la Consulta non ha mai provveduto d’ufficio a farvi ricorso, ma in (quasi)

³ Secondo taluni, l’attribuzione del potere cautelare avrebbe dovuto considerarsi coperta dalla riserva di legge di cui all’art. 137, c. 1, della Costituzione (in tal senso, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in A. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, 201 ss.); secondo altri, invece, esso sarebbe coperto da riserva di legge ordinaria ex art. 137, c. 2, della Costituzione (cfr. F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in Federalismi.it, 21 s.). Per una diversa lettura, che pur però evidenzia la necessità che il potere cautelare sia previsto da una fonte di rango costituzionale, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all’art. 9*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Il Mulino, Bologna, 2003, 193-195 ed A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, 207, secondo cui una legge ordinaria non può stabilire un’ulteriore causa di cessazione dell’efficacia (sebbene temporanea) – che vada ad aggiungersi a quelle espressamente previste dagli artt. 75 e 136 della Costituzione – degli atti normativi dello stesso rango. In senso contrario, invece, A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 3/2006, 2444 s., ritiene che il potere di sospensiva sia insito nel più ampio potere del Giudice sul controllo di legittimità delle leggi. In senso affine a quest’ultima tesi, G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 712 individua il presupposto del potere cautelare nel principio di effettività della garanzia costituzionale.

⁴ P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all’art. 9*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., 194. Al netto, peraltro, delle considerazioni di chi negava la stessa opportunità di un simile potere nell’ambito del sistema di giustizia costituzionale (in tal senso, G. M. SALERNO, *Nell’impossibilità di valutare l’eventuale danno inutile bloccare la validità del provvedimento*, in *Guida al diritto*, 14/ 2010, 87).

⁵ Prima della deliberazione del 7 ottobre 2008 con la quale il Giudice delle leggi ha approvato il nuovo testo delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, in dottrina, si erano espressi in senso critico rispetto alla qualificazione ai sensi dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953 del potere cautelare come potere d’ufficio, tra gli altri, G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in Id. (a cura di), *Stato, regioni*, cit., 17; E. GIANFRANCESCO, *L’incidenza della riforma del Titolo V sul giudizio costituzionale*, in E. Bettinelli – F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale* (Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003), Giappichelli, Torino, 2004, 39-73, spec. 60; ed E. LAMARQUE, *Commento all’art. 9*, in E. Lamarque – P. Cavaleri (a cura di), *L’attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Torino, 2004, 251 s., che evidenzia anche come tale potere autorizza la Corte pure a disporre *ultra petita* «sia in quanto la sospensione potrebbe non essere sollecitata dal ricorrente, sia in quanto nel ricorso introduttivo potrebbe non esserci neanche alcun cenno al fatto che la legge impugnata arrechi pregiudizio all’interesse pubblico, all’ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini» (spec. 252). La modifica delle norme integrative e il richiamo, presente nel testo di cui all’art. 21 di esse, all’ «istanza di sospensione» ha indotto a ritenere che l’istituto della sospensiva sia stato ricondotto nell’alveo del giudizio di parti. In tal senso e prospettando una (condivisibile) soluzione nell’ambito di tale dibattito, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2009, 117, afferma che «l’iniziativa di parte nel chiedere la sospensione si configurerebbe [...] come corollario del diritto di azione previsto dall’art. 24 della Carta, ma il mancato esercizio non impedirebbe alla Corte, qualora non si possano attendere i tempi ordinari per la trattazione del ricorso, di servirsi del potere cautelare a protezione di interessi vitali per la tenuta dell’ordinamento». Nello stesso senso, anche A. RAUTI, *Le nuove “norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2009, 16.

⁶ Per un approfondimento sul punto, v. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell’ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008, 70 ss.

⁷ Tanto che la dottrina non ha mancato di rilevare come «l’istituto abbia assunto una conformazione ancipite» ed il suo esercizio «sia andato incontro a una progressiva desuetudine applicativa»; in tal senso C. CARUSO, *La garanzia dell’unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 159.

tutte le – pur molteplici – occasioni in cui le parti hanno sollevato istanza di sospensione della legge impugnata, essa o è stata assorbita nella decisione resa in via principale (non sempre, peraltro, con pronuncia esplicita sulla richiesta cautelare)⁸ o il ricorrente stesso ha rinunciato alla sua immediata decisione, con conseguente rinvio all’udienza stabilita per l’esame del merito del ricorso⁹.

Una sola volta, per vero, prima della recente ordinanza, il Giudice delle leggi si è espresso nel merito della richiesta cautelare, seppure con esito negativo, rilevando l’assenza di uno dei presupposti del provvedimento richiesto: il *periculum in mora*¹⁰. Specificamente, in quell’occasione, la Corte chiarì come, anche nel giudizio di costituzionalità in via principale, il provvedimento cautelare deve essere giustificato dalla sussistenza sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora* (seppure dalla lettera dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953 venga testualmente individuato solo quest’ultimo); tant’è che «il difetto di uno soltanto di essi comporta il rigetto dell’istanza»¹¹.

E proprio in relazione a tali condizioni legittimanti, nell’[ordinanza n. 245 del 2006](#), il Giudice delle leggi affermò che la prospettazione «in maniera assertiva» della loro sussistenza, impedisce «di svolgere argomenti [...] ed eventualmente adottare, d’ufficio, i provvedimenti»¹² richiesti. Sicché, se è vero che il potere cautelare attribuito alla Corte è a carattere officioso, è altresì vero che, allorquando esso venga attivato (*recte*, promosso) ad iniziativa di parte (la quale è senza dubbio ammissibile, ancor più dopo l’introduzione dell’art. 21 nell’ambito delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹³) non è sufficiente la sola enunciazione (nell’istanza) delle formule di cui all’art. 35 poc’anzi richiamato, ma, all’opposto, è necessaria l’esplicita individuazione e indicazione dei motivi a sostegno della richiesta.

Infine, solo con l’[ordinanza n. 4 del 2021](#) – dopo tanti “oggi non verrà, ma verrà domani”, al pari del sequel di Miodrag Bulatović, della celebre opera teatrale di Beckett – il Giudice delle leggi ha esercitato il potere cautelare in un giudizio di legittimità in via d’azione, ritenendo che la questione sollevata integrasse sia il requisito del *periculum in mora* che quello del *fumus boni iuris*. Vediamo pertanto partitamente come la Consulta ha verificato (e motivato) la sussistenza delle due condizioni legittimanti l’adozione del provvedimento.

3. *Il periculum in mora.*

Il primo presupposto richiesto per l’esercizio della tutela cautelare è ravvisabile, come abbiamo già visto, nel *periculum in mora*, da intendersi come il pericolo che possano verificarsi danni irreparabili nel

⁸ Cfr. ad esempio Corte cost. sentt. nn. [198 del 2004](#); [62 del 2005](#); [367 del 2007](#); [277 del 2008](#); [200](#), [246](#), [225](#), [232](#), [235](#), [249](#), [250](#), [251](#), [254](#) del 2009; [16](#), [68](#) e [326](#) del 2010; e, più di recente, [5 del 2018](#). In caso di assorbimento, la Corte ha talvolta dichiarato “il non luogo a procedere” (*ex plurimis*, sent. n. [235](#) e [250 del 2009](#)), in altri casi, invece, il “non luogo a provvedere” (ad esempio, ord. n. [245 del 2006](#)). Invece, tra le pronunce nelle quali la Corte non ha preso in considerazione la richiesta cautelare, si veda la sent. n. [401 del 2007](#).

⁹ Cfr., *ex multis*, ordd. nn. [116](#), [117](#), [118](#) e [119](#) del 2004. In dottrina, P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 567-587.

¹⁰ [Ord. 18 marzo 2010, n. 107](#), relativa all’istanza di sospensione contenuta nel ricorso della Regione Lazio nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto il d.l. n. 29 del 2010 (c.d. decreto salvaliste”); con note di P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un’istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, 2010, 1339 ss. e A. VUOLO, *Il crollo di un altro antico feticcio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2010.

¹¹ Testualmente, [ord. n. 107 del 2010](#).

¹² Corte cost. [ord. n. 245 del 2006](#), annotata da A. CERRI, *Il potere cautelare*, cit., 2444 ss.

¹³ Sul punto, sia consentito rinviare alla nota 5.

tempo necessario alla pronuncia di merito, al fine di garantirne (l'utilità de)gli effetti¹⁴. Nel giudizio costituzionale, esso si sostanzia, ai sensi dell'art. 35 della l. n. 87 del 1953, nel rischio: a) di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico; oppure b) di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica; o ancora c) di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini.

Ora, nel valutare la sussistenza di tale requisito il giudice dovrebbe riscontrare un pericolo di danno, ossia la concreta probabilità che l'interesse normativamente protetto possa, in ultima istanza, restare insoddisfatto nelle more del processo; verifica che, ovviamente, non può che muovere dalle peculiarità del singolo caso concreto.

Nell'ordinanza qui in commento, la Corte, nel settimo capoverso del *Considerato*, riscontra il rischio non solo «di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico» ma anche «per i diritti dei cittadini», poiché «la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della [...] competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate».

Ed a sostegno di tale assunto, militerebbe la considerazione per cui «le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione».

Nell'argomentazione della Corte il *periculum in mora* è, pertanto, rinvenibile nel fatto stesso dell'efficacia della legge, la quale, introducendo misure meno restrittive di quelle previste dalla normativa statale può determinare un aumento della diffusione del *virus* e, per conseguenza, arrecare, già nelle more del giudizio, un pregiudizio per le situazioni giuridiche delle quali si chiede tutela¹⁵. Una formulazione, quindi, che «taglia corto» ed esclude – o quanto meno non esplicita – il ricorso ad un criterio comparativo di giudizio – che la Corte, invece, pur aveva ritenuto di adoperare nell'[ordinanza n. 107 del 2010](#)¹⁶ – in ragione delle peculiari caratteristiche dell'emergenza attuale e del deflagrare dei contagi che finiscono per

¹⁴ Già P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, 15 e 18 chiarì che «il *periculum in mora*, che sta a base delle misure cautelari, non è il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può, in certi casi, ovviare con la tutela ordinaria, ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno *marginale*, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo». In senso contrario, invece, C. CALVOSA, *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Unione tipografica, Torino, 1963, il quale afferma che «il *periculum in mora* non può certo concretarsi nel pericolo di quell'ulteriore danno *marginale* derivante dal ritardo nell'emanazione del provvedimento definitivo di merito, ma si sostanzia invece nel pericolo, [...] imminente ed evidente, cioè assolutamente probabile, che la tutela normativa possa non trovare attuazione e aversi trasgressione» (spec. 240).

¹⁵ Come disposto dall'art. 1, comma 1 del d.l. n. 33 del 2020, recante «ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID.19», convertito in l. n. 74 del 2020 e successive modifiche intercorse, le Regioni «informando contestualmente il Ministro della salute» possono «introdurre misure derogatorie restrittive» rispetto a quanto previsto dai d.P.C.m. oppure anche ampliative ma «nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti» dai decreti stessi «e d'intesa con il Ministro della salute».

¹⁶ Criterio comparativo al lume del quale l'istanza andrebbe accolta solo se la sospensione dell'atto impugnato non determini gravi o maggiori danni rispetto a quelli che deriverebbero dalla permanenza dell'efficacia dell'atto stesso; in tal senso P. VIPIANA, *La prima pronuncia*, cit., 1347. La stessa A., peraltro, in ottica più generale, già in EAD., *Il potere di sospensiva*, cit., 42 rilevava come la «Corte dovrebbe utilizzare il criterio, seguito dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco, della valutazione comparativa degli effetti, disponendo la sospensione della legge qualora i danni connessi alla continuazione dell'efficacia della legge superino nettamente i danni derivanti dalla temporanea sospensione di essa» anche al fine di «ridurre i rischi della propria politicizzazione e della lesione alla certezza del diritto».

incamerare, almeno in fase cautelare, ogni valutazione sulla proporzionalità delle diverse misure introdotte dall'atto impugnato¹⁷.

Ebbene, come noto, la sussistenza del *periculum in mora* è riscontrabile allorché venga a realizzarsi anche una sola delle tre condizioni enunciate dall'art. 35 della l. n. 87 del 1953¹⁸ e sul punto, come meglio diremo tra un attimo, a noi pare che, in effetti, una di esse possa dirsi certamente integrata; sicché, la valutazione della Corte in relazione al primo dei presupposti di esercizio del potere cautelare non rappresenta, a nostro modo di vedere, il nodo critico della pronuncia.

Tuttavia, a voler essere precisi, se non v'è dubbio che per le modalità di diffusione del Covid-19 «qualunque aggravamento del rischio» di contagio può «compromettere in modo irreparabile la salute delle persone» e pertanto poteva dirsi sussistente un grave e irreparabile rischio di danno per i diritti (*recte*, la salute) dei cittadini¹⁹, meno probante risulta il richiamo «all'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia».

Se è vero, infatti, che l'interesse pubblico²⁰ è una formula che deve essere riempita di senso in relazione agli interessi che in concreto la legge impugnata impedisce di realizzare, così come alla violazione dei parametri costituzionali evocati, è altresì vero però che la Corte stessa ha ritenuto di precisare che non possono dirsi escluse «diversificazioni regionali», e, quindi, *a contrario* (come è ovvio) riconosce che le misure previste da una legge regionale potrebbero, “di per sé stesse”, non recare un aggravamento del rischio, lasciando fisiologicamente aperte valutazioni sul punto.

E questo a prescindere dalla questione se in tal caso sarebbe stato maggiormente opportuno far riferimento al pregiudizio (non tanto all'interesse pubblico, ma) all'ordinamento giuridico della Repubblica²¹, in ragione della posizione peculiare dello Stato al quale spetta il compito di garantire l'unitarietà dell'ordinamento²², considerato che, come già autorevolmente rilevato, i parametri di cui

¹⁷ La legge regionale impugnata invero prevede: a) che alcune attività possono essere svolte nel rispetto dei protocolli di sicurezza; b) che altre, invece, sono permesse salvo che il Presidente della Giunta regionale voglia sospenderle; c) che talaltre, infine, possono essere autorizzate dal Presidente della Giunta. In aggiunta, la legge attribuisce alla Giunta regionale il potere di modificare i protocolli di sicurezza vigenti in tutto il territorio nazionale.

¹⁸ A differenza, pertanto, di quanto richiesto nell'ambito dei giudizi sui conflitti intersoggettivi – ma lo stesso è a dirsi in relazione al contenzioso amministrativo (art. 21 l. n. 1034 del 1971, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, e art. 39 r. d. n. 1054 del 1924) – ove il Giudice può limitarsi allo scrutinio delle gravi ragioni addotte dal ricorrente. Con riferimento al giudizio di legittimità in via principale, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 164, evidenzia come «anche la mera eventualità – e non la sola certezza – del pregiudizio che può arrecare l'atto impugnato giustifica la sospensione di quest'ultimo».

¹⁹ Basti considerare che, ad oggi (8 marzo 2021), sono 116.363.935 i casi confermati nel mondo dall'inizio della pandemia e 2.587.225 le persone decedute. In Italia, invece, sono 2.925.265 i casi confermati e 97.699 le persone decedute, sempre dall'inizio della pandemia. I dati relativi all'andamento della mortalità giornaliera in relazione all'epidemia di Covid-19 sono reperibili sul sito [web www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

²⁰ Giova ricordare che l'interesse pubblico era stato inteso, subito dopo la riforma, da parte della dottrina, quale rievocazione dell'interesse nazionale del vecchio Titolo V (in argomento si vedano, almeno, F. DRAGO, *I ricorsi in via principale*, cit., 24 s.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251). Solo in un secondo momento esso è stato, più correttamente, posto in relazione a tutti gli interessi dell'ordinamento pluralista (cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, I, 85 s.) quale espressione del principio unitario che esclude le divisioni ma ammette e favorisce le differenziazioni. Sul principio unitario, si vedano le riflessioni almeno di G. BERTI, Art. 5, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna – Roma, 1975, 277 ss.; ed U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, 9 ss.

²¹ In senso contrario, A. CONZUTTI, *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 262, il quale afferma che sarebbe invece «stato opportuno menzionare anche la seconda delle condizioni considerate dall'art. 35, se non altro dal momento che è proprio lo stesso Giudice costituzionale ad evocare [...] la “tutela dell'unità”».

²² Cfr. [Corte costituzionale sent. n. 274 del 2003](#).

all'art. 35 summenzionato sono stati enunciati «con qualche affanno linguistico e, forse, pure obiettiva ridondanza»²³.

Ad ogni modo, al netto di tali puntualizzazioni, a noi pare, in conclusione, che la Corte abbia attentamente verificato (seppure succintamente motivato, ma nel rispetto di quanto disposto, per le ordinanze, dall'art.18, comma 4, della l. n. 87 del 1953) la sussistenza del primo presupposto di esercizio del potere cautelare, fondando le sue argomentazioni anche sulle inedite caratteristiche dell'emergenza sanitaria in atto.

4. *Il fumus boni iuris*

Il secondo presupposto per l'esercizio del potere cautelare, come già si è anticipato, è rinvenibile, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel *fumus* di fondatezza del ricorso²⁴, essendo il Giudice chiamato ad un accertamento, allo stato degli atti, dei profili dai quali, pur se ad un sommario esame, può inferirsi una ragionevole previsione sull'esito del giudizio²⁵.

Sul punto, la Corte afferma «la sussistenza del *fumus boni iuris*», in quanto «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.». Invero, la legge regionale impugnata – come chiarisce l'ordinanza – ha «selezionato attività sociali ed economiche il cui svolgimento è consentito, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, anche in deroga a quanto contrariamente stabilito dalla normativa statale, recante misure di contrasto alla pandemia da Covid-19»²⁶.

La scelta della Corte (di selezione del solo parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q), pur essendo certamente pragmatica e comprensibile, si espone tuttavia a qualche rilievo critico.

Tra i parametri evocati ed al fine del riparto di competenza, il giudice delle leggi individua la (sola) materia della profilassi internazionale, operando una scelta che rende superflua ogni ulteriore valutazione che, invece, sarebbe risultata necessaria se la Corte avesse ritenuto di ricondurre la controversia, sempre nella cornice di cui all'art. 117 Cost., da un lato, ai singoli titoli di competenza corrispondenti ai settori su cui vanno ad incidere le misure regionali introdotte, e dall'altro lato, ai principi fondamentali della materia della tutela della salute, parametro anch'esso evocato.

Ora, sono appunto queste ultime le soluzioni che non solo la Corte avrebbe potuto seguire, ma che ci si sarebbe persino attesi che, in effetti, venissero praticate. E questo non soltanto alla luce dei criteri di interpretazione del parametro costituzionale prescelto, ma anche della stessa giurisprudenza costituzionale pregressa.

Proprio qui, dunque, risiede il *punctum dolens* della decisione. Dato che, a sostegno dei due rilievi citati militano diverse considerazioni con la conseguenza che il giudizio della Corte appare, al riguardo, un po' troppo *tranchant*.

Anzitutto, se è vero – come è vero – che la Corte ha sempre affermato che «ai fini dell'individuazione della materia in cui si colloca la disposizione impugnata, si deve tener conto dell'oggetto, della *ratio* e

²³ Richiamando le parole di A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, 50.

²⁴ Come, peraltro, è avvenuto anche nell'ambito della giustizia amministrativa, considerato che l'art. 21, l. Tar, al pari dell'art. 39 r.d. n. 1054 del 1924, non menzionava testualmente il *fumus bonis iuris*; requisito che venne poi espressamente previsto solo con la l. n. 205 del 2000, di modifica dell'art. 21, l. Tar.

²⁵ La verifica della sussistenza del *fumus boni iuris* è, del resto, operata – in ogni giudizio cautelare ed – anche in relazione all'esercizio del potere di sospensiva nei conflitti intersoggettivi; per un raffronto v., *ex multis*, M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzione*, in *Quad. cost.*, 2002, 257 s.

²⁶ Testualmente, [Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021](#), terzo *Considerato*.

della finalità della stessa [...] così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato», senza che «possa essere assegnata una rilevanza decisiva al titolo della legge impugnata»²⁷, allora sarebbe stato più opportuno un atteggiamento di maggior (cautela e) apertura a successive valutazioni di merito.

In secondo luogo, la competenza in materia di profilassi internazionale è stata sì evocata (e ritenuta sussistente) in diverse occasioni ma sempre in relazione ad altri parametri²⁸. Coerentemente, peraltro, con una (condivisibile) interpretazione restrittiva della voce *de qua*, dato che l'espressione “profilassi internazionale” andrebbe intesa come riferita alle sole attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse svolte nei punti di confine o frontiera e non, invece, secondo l'uso che ne fa la Corte, a qualunque intervento che possa aumentare il rischio di diffusione del virus e, con esso, di contagio²⁹. A conferma dell'esegesi letterale milita, del resto, l'argomento topografico, dato che la “profilassi internazionale” è indicata all'art. 117, secondo comma, lett. q), non a caso dopo le voci “dogane” e “protezione dei confini”, sicché tali espressioni andrebbero intese come contigue, stante la loro forte intersezione evidenziata proprio dalla loro collocazione, e riferite a un elemento transfrontaliero comune.

5. Brevi riflessioni, in chiave conclusiva

In definitiva, pertanto, come si è visto nelle pagine precedenti, la Corte non soltanto ha ritenuto per la prima volta di far uso del potere cautelare riconosciutole in sede di giudizio in via d'azione, ma anche di esercitarlo in modo particolarmente intenso, operando una scelta netta e di preferenza tra i diversi parametri costituzionali evocati. Tanto che, in ottica prospettica, se l'affermazione della competenza esclusiva dello Stato a legiferare in materia venisse poi (com'è presumibile) confermata nella decisione definitiva, essa renderebbe ovviamente del tutto superfluo l'esame da parte della Corte dei motivi che hanno determinato l'intervento legislativo della Regione. Ed a nulla varrebbe il richiamo del principio di leale collaborazione, poiché esso non potrebbe comunque operare rispetto ad una materia attribuita alla competenza esclusiva dello Stato³⁰.

²⁷ Testualmente Corte costituzionale, [sent. n. 137 del 2019](#); in senso analogo, *ex plurimis*, sentt. [n. 116 del 2019](#) e [n. 108 del 2017](#).

²⁸ Di recente, ad esempio, nella [sent. n. 186 del 2019](#) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3 e 4, e 2 della l. reg. Molise 12 settembre 2018, n. 8, contenente disposizioni relative all'adempimento degli obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione e dell'accesso dei minori alle scuole dell'infanzia e ai servizi educativi per l'infanzia, per contrasto con gli artt. 117, commi 2, lett. n) e q) e 3, nonché 3 Cost.

²⁹ A conferma, si veda la definizione fornita dal MINISTERO DELLA SALUTE, Ufficio 3 – Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria, [Relazione sulle attività svolte dagli USMAF-SASN: III trimestre 2020](#), dicembre 2020, che, specificamente, nella sezione “glossario”, definisce la “profilassi internazionale” come l' “attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio» (spec. 21). Nello stesso senso, già E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in [Giustizia Insieme](#), 26 gennaio 2021, 5 s.

³⁰ È appena il caso, peraltro, di rilevare che lo stesso accoglimento dell'istanza faceva ovviamente presumere l'esito favorevole del giudizio principale, dato che come già da altri rilevato, «la prassi segnala il dato univoco per cui l'accoglimento dell'istanza cautelare è stato sempre seguito dall'accoglimento del ricorso di merito, salve le pronunce di rito con le quali è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo»; testualmente, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 64 s. Tale esito può dirsi ora certo: con la [sent. n. 37 del 2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3 della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11 del 2020 e non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3 (sia in riferimento agli artt. 117, commi secondo lettere m) e q), e terzo, 118, 120 Cost. e al principio di leale collaborazione, che agli artt. 117, secondo comma lett. h) Cost. e 44 l. cost. n. 4 del 1948) nonché dell'art. 4, comma 4, 5, 6 e 7.

Ora, le valutazioni della Corte – e, con esse, il richiamo della sola materia della profilassi internazionale – certamente dettate dalla necessità di una risposta unitaria nella gestione dell'emergenza sanitaria, portano a riflettere, in ottica più ampia, sugli effetti dell'esercizio (o mancato esercizio) del potere cautelare.

Benchè la tutela cautelare sia funzionale all'adozione di un provvedimento i cui effetti – almeno di regola³¹ – sono destinati ad esaurirsi in concomitanza con la definizione della questione di merito³², per lungo tempo la Consulta ha assunto un atteggiamento di *self restraint*, dettato presumibilmente dalla consapevolezza dell'elevato rischio tanto di sconfinare – ancor più in ragione dell'accertamento sommario che caratterizza il giudizio cautelare – nella discrezionalità del legislatore, quanto di ledere gli stessi interessi costituzionali che proprio il Giudice delle leggi è chiamato a proteggere. Ed infatti, non solo «l'esercizio (o il mancato esercizio) del potere cautelare può immettere la Corte nel fuoco delle polemiche, ravvicinando la decisione (sebbene provvisoria) al tempo delle scelte politiche»³³, ma anche incidere e finanche portare a sacrificio interessi costituzionali, in caso di errore nel rilascio di un provvedimento cautelare, se la successiva decisione finale dovesse evidenziarne la mancanza di fondamento, così come, all'opposto, nell'ipotesi di inerzia della Corte stessa, specie se il provvedimento di merito, pur favorevole al ricorrente, dovesse risultare non (più) utile³⁴.

Ed alla luce di tali considerazioni, non può che assumere rilievo il percorso argomentativo della Corte sulla sussistenza dei presupposti di esercizio del potere cautelare, i quali, per i motivi suddetti, richiederebbero un'attenta verifica e correlativamente una motivazione che, seppur succinta, non dovrebbe giammai essere eccessivamente stringata, di modo da dirimere ogni dubbio sul corretto operare del giudice. Valutazioni – queste – che risultano pertinenti anche in relazione all'ordinanza qui in commento, la cui parte motiva – pur conforme, come si è detto, al disposto normativo – sarebbe stata maggiormente apprezzabile se avesse recato una più ampia esposizione delle ragioni a sostegno dell'adozione del provvedimento cautelare.

Tirando le fila dell'analisi che precede viene quindi da chiedersi se l'[ordinanza n. 4 del 2021](#) abbia segnato il passo per un diverso capitolo, nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana, all'insegna di un nuovo uso che la Corte farà del potere cautelare anche nei giudizi di legittimità in via principale, oppure, al contrario, se è solo la gravità dell'inedita situazione emergenziale (e con essa la necessità di un tempestivo intervento per evitare il probabile pregiudizio degli interessi in rilievo) ad avere spinto la Corte ad esporsi e quindi ad esercitare quel potere rimasto così a lungo quiescente.

A nostro avviso è ragionevole optare per il secondo corno del dilemma. Per quanto la Corte, infatti, abbia dimostrato, nel caso di specie, di interpretare in modo forte il ruolo di garante ad essa affidato – operando una scelta netta, pragmatica, seppure per certi versi discutibile – da ciò solo non pare possa evincersi una sovversione del suo consolidato *modus operandi*. Ciò, per certi versi, risulta, infine, non

³¹ La cessazione della permanenza dell'efficacia del provvedimento cautelare potrebbe non discendere dalla sentenza definitiva, ma dalla situazione di fatto inverteasi che determina l'esaurimento stesso della funzione dell'atto interinale.

³² In tal senso – travalicando i confini del giudizio costituzionale e risalendo ai primi contributi della dottrina processuale civilistica – già F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, I, 334, affermò che il provvedimento cautelare è “temporaneo” e “caduco”. In senso analogo, P. CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 9 ss. che distinse la temporaneità dalla provvisorietà, rilevando come «temporaneo è semplicemente ciò che non dura sempre, ciò che [...] ha per se stesso durata limitata; provvisorio è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo» (spec. 10).

³³ Testualmente, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 61 e riferimenti ivi citati. Più in generale, per una chiara ricostruzione storica del problema della natura del Giudice costituzionale e della progressiva valorizzazione dell'“anima politica” della Corte, si veda, *ex multis*, R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, 401-455.

³⁴ In argomento, A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, 11.

soltanto prevedibile ma anche, a nostro modo di vedere, auspicabile. Giacché solo un utilizzo prudente del potere di sospensione cautelare potrà scongiurare il pericolo che, anche sotto questo profilo³⁵, il “pendolo della Corte” tenda in maniera sempre più netta (e quindi sproporzionata) verso l’anima politica di essa, a discapito di quella giurisdizionale³⁶.

³⁵ È opinione comune, infatti, in dottrina che «in questi ultimi anni il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l’anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si stia spostando, più di quanto finora accaduto, verso la prima» (per dirla con le efficaci parole di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino, 2017, 4).

³⁶ Per questa illuminante espressione v. ancora R. ROMBOLI, *Le oscillazioni*, cit., 4.