

CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI

**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO**

**V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO**

**C. CONSOLO - G. COSTANTINO**

**C. FERRI - R.E. KOSTORIS**

**S. LA CHINA - S. MENCHINI**

**G. MONTELEONE - R. ORIANI**

**A. SALETTI - B. SASSANI**

**F. TOMMASEO - N. TROCKER**

**R. VACCARELLA**

**Luglio-Ottobre**  
**2017**

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)



Wolters Kluwer

## TUTELA CAUTELARE E QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ NEI RECENTI CASI «DE MAGISTRIS» E «DE LUCA»

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quadro normativo e ricostruzione fattuale. – 3. Le ordinanze d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*: questioni preliminari. – 4. Nel merito, il *fumus boni iuris*: tutela cautelare e questione di costituzionalità. – 5. La scelta del Tribunale di Napoli. – 6. Il *periculum in mora*. – 7. Conclusioni.

1. – Come noto, raramente un istituto processuale è stato oggetto di dibattito nella misura in cui lo è stato l'art. 700 c.p.c. a partire dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano con il codice di rito del 1942.

«Usi e abusi»<sup>(1)</sup> nella sua applicazione si sono alternati in misura quasi eguale, dando adito, in dottrina, a contrapposizioni anche molto aspre: se taluno ha definito i provvedimenti d'urgenza «strumenti di democrazia»<sup>(2)</sup>, altri vi hanno intravisto la causa dei peggiori abusi giudiziari<sup>(3)</sup>, in un dibattito che, peraltro, pare oggi fortemente placato, grazie al buon andamento del c.d. rito cautelare uniforme ed al buon equilibrio tra efficienza e garanzie che esso ha saputo assicurare<sup>(4)</sup>.

In tale contesto, le recenti vicende giudiziarie riguardanti il Sindaco di Napoli, Luigi De Magistris, ed il Presidente della Regione Campania, Vincenzo De Luca, caratterizzate dall'applicazione, in via amministrativa, e dalla successiva sospensione, con ordinanze *ex art. 700 c.p.c.*, dei provvedimenti resi in base alla c.d. Legge Severino, costituiscono l'occasione per lo svolgimento di qualche ulteriore riflessione.

Nei casi in commento, precisamente, l'«eterna giovinezza della norma»<sup>(5)</sup>, è venuta alla ribalta in relazione al tema, già ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza<sup>(6)</sup>, concernente il rapporto tra tutela cautelare ed incidente di costituzionalità, ai fini della soluzione del problema portato dalla ritenuta incostituzionalità della legge da cui deriva la lesione

---

(1) Così L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, 85 ss., intitola il paragrafo della propria opera dedicato alla critica dell'uso distorto dell'istituto nella prassi applicativa, nel quale si evidenzia come nella sua «retta applicazione» ha tanta parte «il buon uso del potere discrezionale del giudice».

(2) C.E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1997, 124.

(3) S. La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali. Studi offerti a V. Andrioli dai Suoi allievi*, Napoli 1979, 151.

(4) F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto processo civ.* 2006, 16 ss.

(5) Espressione di S. La China, *op. cit.*, 154.

(6) Per un recente contributo si veda A. Carrato, *Tutela cautelare «ante causam» e compatibilità con l'incidente di costituzionalità*, in *Corriere giur.* 2015, VII, 975 ss.

asserita del diritto cautelando, qui ripresentatosi in modo emblematico e controverso per via della forte valenza «politica» della normativa primaria di cui si è chiesto lo scrutinio di costituzionalità e del difficile bilanciamento dei beni giuridici in conflitto.

2. – La c.d. Legge Severino, ossia il d.lgs. n. 235/2012, approvato dal Governo italiano in attuazione della delega di cui all'articolo 1, comma 64, lettera *m*) della legge n. 190/2012 (c.d. legge anti-corruzione), disciplina oggi compiutamente, nel nostro ordinamento, l'istituto dell'incandidabilità dei condannati, con riferimento non solo alle elezioni delle camere parlamentari, ma anche alle elezioni dei rappresentanti italiani al parlamento europeo, alle elezioni regionali ed alle elezioni amministrative.

Precisamente, tale normativa prevede, in conseguenza dell'intervento di una sentenza di condanna definitiva in sede penale ed in base a diversi criteri circa i «reati presupposto» o le soglie di pena inflitte, l'incandidabilità alle cariche elettive menzionate, oltre che agli incarichi di Governo, ovvero la decadenza da tali cariche laddove l'evento impeditivo si verifichi in costanza di mandato.

Per ciò che qui interessa, inoltre, per le elezioni regionali ed amministrative, viene previsto l'istituto della «sospensione dalla carica», che opera automaticamente *ex lege*, a seguito di una pronuncia che compete al Presidente del Consiglio dei Ministri, per le cariche regionali, ed al Prefetto del relativo capoluogo per le altre cariche amministrative<sup>(7)</sup>, per coloro che abbiano riportato una sentenza di condanna non definitiva, nelle more dell'eventuale passaggio in giudicato, cui farebbe seguito, quindi, la decadenza.

Tra le prime applicazioni di tale discussa normativa, al centro di indubbio clamore mediatico, vi sono stati i due casi oggetto di attenzione del presente contributo, dei quali si tratteggeranno, pertanto, di seguito, i passaggi salienti.

La «vicenda De Magistris» ha avuto origine dalla condanna penale, in primo grado, per il reato di abuso d'ufficio, riportata dall'allora (e tutt'ora) sindaco della città di Napoli, in data 24 settembre 2014, cui aveva fatto seguito, in ossequio al disposto di cui all'art. 11, comma 1, lett. *a*), del d.lgs. n. 235/2012, il decreto del Prefetto di Napoli con il quale veniva disposta la sospensione del medesimo sindaco dalla carica ricoperta. Tale atto, quindi, veniva impugnato dal sindaco avanti il T.A.R. Campania, il

---

(7) Cfr. gli artt. 8 e 11 del d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235.

quale, ritenuta la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta con riguardo agli artt. 8, comma 1, e 1, comma 1, lett. *b*), della Legge Severino, sospendeva l'efficacia del provvedimento prefettizio<sup>(8)</sup>, in via cautelare, nell'attesa della pronuncia della Corte costituzionale, con una ordinanza confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato (Ord. n. 5343/2014). In seguito, le Sezioni Unite della Cassazione, investite della questione in sede di regolamento di giurisdizione, dichiaravano la sussistenza, nel caso di specie, della giurisdizione del giudice ordinario (Ord. n. 11131/2015), muovendo dalla natura di diritto soggettivo perfetto dell'elettorato passivo e dalla natura vincolata del provvedimento prefettizio dichiarativo della sospensione<sup>(9)</sup>. La causa, quindi, veniva tempestivamente riassunta davanti al Tribunale di Napoli il quale, pronunciandosi sul ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto in corso di causa dal sindaco, con ordinanza n. 14976 del 25 giugno 2015, sostanzialmente confermava il contenuto della pronuncia del T.A.R., disponendo la sospensione dell'efficacia del decreto prefettizio fino alla decisione della Consulta che, infine, con sentenza n. 236 del 19 novembre 2015, avrebbe stabilito la non fondatezza della questione di costituzionalità<sup>(10)</sup>.

Meno complessa, dal punto di vista fattuale, la «vicenda De Luca», scaturita dalla domanda di sospensiva, proposta con ricorso in via incidentale *ex art.* 700 c.p.c., dell'efficacia del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 giugno 2015, con il quale, vista la pregressa sentenza penale di condanna per abuso d'ufficio pronunciata il 21 gennaio 2015 dal Tribunale di Salerno, veniva dichiarata la sospensione dello stesso De Luca, fresco rieletto, dalla relativa carica, giusto l'art. 8, comma 1, lett. *a*), del d.lgs. n. 235/2012, ancor prima dell'insediamento del Consiglio regionale e della nomina degli organi di presidenza. Anche in questo caso, l'esito del ricorso è consistito nella sospensione dell'efficacia esecutiva del DPCM e nella conseguente reintegrazione del ricorrente nella sua carica, disposta dapprima dal decreto presidenziale emesso *inaudita altera parte* il 2 luglio 2015 e, in seguito, confermata dall'ordinanza del 17 luglio

---

(8) Cfr. ordinanza T.A.R. Campania (Napoli), 30 ottobre 2014, n. 1801, in *Guida dir.* 2014, 46, 78, con nota di D. Ponte, *Un unico orientamento può garantire certezze istituzionali*.

(9) Per un commento si veda M. Antonino, *L'elettorato passivo va considerato un diritto soggettivo*, in *Guida dir.*, 27 giugno 2015.

(10) Quanto al merito della vicenda, da segnalarsi l'assoluzione, in sede penale, del sindaco di Napoli, ad opera della Corte d'Appello di Roma, in data 21 ottobre 2015, perché «il fatto non costituisce reato».

2015<sup>(11)</sup>, nell'attesa della definizione della questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 della Legge Severino, contestualmente sollevata<sup>(12)</sup>.

Queste le premesse ed il contesto di riferimento, in coerenza con gli obiettivi del presente contributo, l'attenzione sarà concentrata sulle due ordinanze d'urgenza del Tribunale di Napoli, la n. 14976 del 25 giugno 2015, in relazione al «caso De Magistris» (di seguito, per brevità, «ordinanza De Magistris»), ed il provvedimento del 17–22 luglio 2015, in relazione al «caso De Luca» (di seguito, per brevità, «ordinanza De Luca») ed, in particolare, sugli aspetti ritenuti più significativi per il loro impatto sul tema oggetto di trattazione.

3. – Le ordinanze d'urgenza pronunciate nell'ambito dei casi in commento offrono spunti numerosi su temi e questioni interessanti, dal punto di vista processuale.

Volgendo in prevalenza l'attenzione all'ordinanza De Magistris, che rappresenta una sorta di *leading case* cui fa sovente rinvio l'ordinanza De Luca (pronunciata dalla medesima sezione – la prima – del Tribunale civile di Napoli), in via preliminare merita osservare come la misura cautelare concessa abbia fatto applicazione della *translatio iudicii*, spendendo al riguardo alcune considerazioni suggerite dall'evoluzione storica dell'istituto ed in particolare dalla sentenza Corte cost. n. 77/2002<sup>(13)</sup>. In proposito, il Tribunale rilevava che «il processo che si instaura [...] per effetto della tempestiva riassunzione davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Inoltre, la questione dell'ultrattività delle misure cautelari adottate dal giudice sfornito di giurisdizione è stata anch'essa affrontata preliminarmente e risolta alla luce dell'art. 11 c.p.a., con un ragionamento che ha abbracciato anche il tema della rapporto tra rito sommario di cognizione *ex art. 702 bis* e ss. c.p.c. e tutela cautelare<sup>(14)</sup>, affermandone la piena compatibilità, in ragione della riferibilità della sommarietà del rito speciale alla sola istruttoria, e non anche alla

---

(11) Esulano dal perimetro del presente contributo i gravi addebiti mossi, sul fronte penale, ad un componente del Collegio, già ampiamente risaltati dalla cronaca.

(12) In data 6 febbraio 2016, Vincenzo De Luca, per i fatti in questione, è stato assolto dalla Corte d'Appello di Salerno «*perché il fatto non sussiste*». Con successiva nota del 5 ottobre 2016 la Corte costituzionale ha comunicato poi di avere respinto in quanto infondata la questione di costituzionalità sollevata.

(13) Cfr. Corte cost. 19 marzo 2012, n. 77, in *Giur. cost.* 2002, 717.

(14) L'art. 22 del d.lgs. 150/2011, in sede di c.d. semplificazione dei riti, ha ricondotto al rito sommario generale le controversie in materia di «*eleggibilità, decadenza, ed incompa-*

cognizione, oltre che in virtù della definitiva costituzionalizzazione della tutela cautelare, atipica *in primis*, a seguito della sentenza Corte cost. n. 190/1985<sup>(15)</sup>.

4. – Superati positivamente i problemi di ammissibilità, la decisione sulla pretesa cautelare è stata condotta secondo lo schema legaltipico della verifica dei presupposti, quindi innanzitutto sulla base della valutazione del requisito del *fumus boni iuris*, la ricostruzione e l'accertamento del quale hanno costituito lo snodo teorico fondamentale delle ordinanze in commento. A prescindere dalla valutazione che si ritenga di dare di tali provvedimenti, infatti, lo scrutinio della plausibilità della fondatezza in merito della pretesa cautelanda si è risolto nella prognosi da parte del giudice della cautela sulla probabilità di accoglimento della questione di legittimità costituzionale di una norma rilevante, e proprio l'adesione del giudice alla possibilità di delibare in via provvisoria ed in funzione cautelare d'urgenza le probabilità che la questione di legittimità venisse accolta dalla Corte costituzionale è stato il terreno su cui si è sviluppato il cortocircuito istituzionale che ha caratterizzato le due vicende.

Come noto, il requisito del *fumus* postula una valutazione di probabilità e verosimiglianza della pretesa, rispetto all'accertamento pieno dell'esistenza del diritto che sarà compiuto in esito al successivo giudizio di merito, essendo il giudice cautelare chiamato ad una semplice «opinione di credibilità»<sup>(16)</sup>. La sommarietà della cognizione impone, in questa fase, che la probabile esistenza del diritto risulti evidente, posto che è esclusa l'ammissibilità di approfondimenti istruttori eccessivamente complessi, dovendosi altresì escludere che la sussistenza del requisito del *fumus* assorba e sia di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza, del *periculum*, anch'esso oggetto di una specifica ed autonoma cognizione.

Nei casi in commento, la valutazione del *fumus*, se operata alla stregua dei canoni ordinari di evidenza e verosimiglianza, avrebbe probabilmente condotto all'immediata reiezione delle istanze cautelari e, di conseguenza, a confermare l'applicazione, attuata in via amministrativa, della sospensione dalla carica, come previsto in modo inequivoco dalla legge Severino.

---

*tibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali*», alle quali sono ritenute equiparabili, dai giudici aditi, per identità di *ratio* e in coerenza con gli insegnamenti giurisprudenziali da essi opportunamente richiamati, le questioni in tema di sospensione dalla carica.

<sup>(15)</sup> Cfr. Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.* 1985, I, 1887.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1985, 440.

Viceversa, il Tribunale di Napoli ha concesso la tutela cautelare atipica riconoscendo che sussistesse, nei due casi, il *fumus boni iuris*, sulla base di una valutazione in positivo delle *chances* di accoglimento delle questioni di costituzionalità, sollevate nell'ambito dei due procedimenti, di cui il Giudice della cautela aveva apprezzato la rilevanza e la non manifesta infondatezza, aventi ad oggetto, pur per motivi in parte diversi, gli articoli della legge Severino che dispongono la sospensione<sup>(17)</sup>.

Il tema, concernente appunto la delicata questione della legittimità costituzionale di una norma che nella versione vigente preclude il riconoscimento del diritto a tutela del quale si chiede una misura cautelare in via d'urgenza, è oggetto di ampio dibattito dottrinale, alla ricerca della soluzione della contraddizione tra effettività della tutela cautelare d'urgenza, intesa come componente necessaria della tutela giurisdizionale, e rispetto del principio del controllo accentratato di costituzionalità.

Al riguardo, sono andate delineandosi diverse correnti interpretative, ognuna delle quali, peraltro, nell'assenza di sicuri indici normativi di riferimento, presta il fianco a critiche, sicché in definitiva, tra di esse potrebbe doversi preferire quella che, allo stato, pare il «male minore»<sup>(18)</sup> e si pone in linea con gli insegnamenti della Corte di giustizia UE, che ha stabilito che i giudici nazionali «[...]devono disapplicare le norme nazionali che impediscono loro di emettere provvedimenti provvisori cautelari, quando ciò sia necessario al fine di garantire la piena efficacia soddisfattiva della decisione di merito ove si tratti di assicurare un'applicazione uguale ed uniforme delle norme comunitarie nei confronti di tutti i destinatari nei vari Stati membri delle Comunità [...]»<sup>(19)</sup> e della Corte costituzionale, che ha anche di recente confermato il proprio orientamento a favore della possibilità di sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito di procedimenti d'urgenza, purché il rimettente non abbia provveduto in via definitiva sull'istanza cautelare e, dunque, consumato la propria *potestas iudicandi*<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Tra le censure si segnalano, in particolare, quelle concernenti la retroattività della legge Severino, quelle relative all'irrazionale disparità di trattamento tra le varie categorie di parlamentari in ragione delle diverse soglie di pena previste, quelle relative all'eccesso di delega.

<sup>(18)</sup> Questa la condivisibile impostazione di metodo di F. Fiorucci, *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano 2014, 97 ss., il quale peraltro giunge ad opposte conclusioni in ordine alla tesi ritenuta preferibile.

<sup>(19)</sup> Così C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2012, 209, commentando la sentenza della Corte di giustizia UE *Factorframe* del 1990.

<sup>(20)</sup> Cfr., da ultimo Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84 in *De Jure*. Conf.: Corte cost. 5

Precisamente, aderendo all'impostazione di chi riduce sostanzialmente a due orientamenti la pluralità di posizioni delineatesi<sup>(21)</sup>, si è distinta anzitutto l'opinione restrittiva di chi ritiene non concedibile il provvedimento d'urgenza, poiché mancherebbe un diritto da cautelare, posto che la situazione soggettiva dedotta in giudizio nascerebbe al più in esito alla declaratoria dell'incostituzionalità della legge di cui si chiede la disapplicazione da parte della Consulta; tale posizione sarebbe inoltre in linea con il principio del controllo accentrato delle legittimità costituzionale delle leggi, vigente nel nostro ordinamento, in base all'art. 134 Cost., all'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e all'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87<sup>(22)</sup>.

Diametralmente opposta, viceversa, la tesi di chi afferma la possibilità per il giudice cautelare di disapplicare la norma sospetta di incostituzionalità, emanando nel contempo le misure interinali che si rendano necessarie ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, a sostegno della quale si invocano argomenti quali l'esigenza di garantire la piena effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, la compatibilità di un sistema di controllo costituzionale accentrato con una cognizione incidentale della questione di costituzionalità, il richiamo al *fumus* inteso come

---

giugno 2015, n. 96, Corte cost. 16 luglio 2014, n. 200, Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172, tutte in *De Jure*.

<sup>(21)</sup> Si veda *Codice di procedura civile commentato*, (a cura di) C. Consolo, Padova 2013, III, *sub art.* 700 c.p.c., 752-753.

<sup>(22)</sup> In questo senso, pur con variegate sfumature, in dottrina: C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, Milano 1985, 661, G. Arieta, *op. cit.*, 106 ss, G. Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 39, E. A. Dini, G. Mammona, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto civile e nel diritto del lavoro*, Milano 1993, 321 ss, L. Chieffi, *Tutela cautelare e diritti «di rilievo costituzionale» (aspetti problematici)*, in *Giur. cost.* 1986, I, 2580 ss., M. Montanari, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della sua istanza cautelare: un problema che si ripropone*, in *Giur. it.* 1988. In giurisprudenza: Cass. 12 dicembre 1991, n. 13145, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 1744; in *Giust. civ.* 1992, I, 1819, con nota di B. Sassani, e 2757 con nota di A. Vallebona, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sull'ipotesi di incostituzionalità di una norma*; in *Dir. lav.* 1992, II, 348, con nota di I. Piccinini, *Sospensione del giudizio e provvedimenti d'urgenza*; Cass. 9 febbraio 1991, n. 1365, in *Foro it.* 1991, I, 3399, con nota di M. Monnini, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorso per cassazione ex art. 111 avverso provvedimenti d'urgenza e di disapplicazione in via d'urgenza di norme di legge ordinarie sospettate di incostituzionalità*; Cass. 22 ottobre 1990, n. 10231, in *Foro it. Mass.* 1990; Cass. 7 luglio 1988, n. 4476, in *Foro it.* 1989, I, 131; Trib. Verona 13 giugno 2006, in *Ragiufarm* 2007, 98, 73; Trib. Roma 30 marzo 2005, in *Foro it.* 2005, I, 1579; Trib. Firenze 16 maggio 2000, in *Foro Toscana* 2000, 184, con nota di F. Morgantini, *Riforma Bindi e obbligo di scelta dei medici fra attività professionale intramoenia e extramoenia: problemi di legittimità costituzionale*; Trib. Alba 31 dicembre 1999, in *Giur. it.* 2000, 2072, con nota di E. Vullo, *Tutela d'urgenza ex art 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*. Pret. Roma 8 giugno 1992, in *Dir. lav.* 1992, II, 348.

valutazione finalizzata a formulare una prognosi riguardo il probabile esito del giudizio di merito e del relativo incidente di costituzionalità<sup>(23)</sup>.

Proprio tale ultimo orientamento, nel solco degli insegnamenti della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale, parrebbe *de iure condito* preferibile e, sostenuto dai più recenti interventi dottrinali, sembrerebbe essersi affermato in prevalenza anche nella giurisprudenza.

Il condivisibile punto di equilibrio raggiunto, tuttavia, rivela tutta la propria fragilità a fronte di situazioni limite, quali quelle in commento, caratterizzate dalla forte valenza *politica* della legge di cui si chiedeva, da parte dei ricorrenti, la disapplicazione, poiché in tali ipotesi, come si tenterà di dimostrare, la pura e semplice adesione all'orientamento maggioritario e preferibile rischia di condurre a conseguenze paradossali<sup>(24)</sup>.

5. – Il Tribunale di Napoli, come anticipato, nelle ordinanze oggetto di attenzione, ha ritenuto di concedere la cautela urgente, nell'attesa delle

---

(23) Così, in dottrina: A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza*, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 398, B. Sassani, *Osservazioni a Cass. 12 dicembre 1991, n. 13415*, in *Giur. comm.* 1992, I, 1819, G. Borrè, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 141 ss, G. Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 151 ss, A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 704 ss, C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 283 ss, A. Romano, *Rapporto di pubblico impiego a termine, questione di costituzionalità e rilevanza della questione di giurisdizione*, in *Giur. cost.* 1986, I, 748, G. Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali*, cit., 446 ss, G. Zagrebelsky, *La tutela d'urgenza*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova 1988, 40 ss., F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 8ª ed., Milano 2015, 2001 ss. In giurisprudenza: Trib. Genova 12 marzo 2003, in *Riv. critica dir. lav.* 2003, 315; Trib. Roma 3 febbraio 2003, in *Giust. Amm.* 2003, 289 ed in *Lavoro nelle p.a.* 2003, 60 con nota di B. Valenzise, *Lo Spoil system: prime controversie relative alla decadenza dall'incarico dirigenziale ex art. 3, 7(comm. l. 15 luglio 2002 n. 145)*; Trib. Torino 28 agosto 2000, in *Giur. it.* 2001, 1867, con nota di F. Porcari, *In tema di «quote latte», tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità tra normativa interna e normativa comunitaria*; App. Palermo 30 giugno 1992, in *Giust. Civ.* 1993, I, 2235; App. Milano 7 luglio 1988 (decr.), in *Riv. dir. civ.* 1990, II, 631, con nota di V. Tavormina, *Esecuzione della sentenza civile e imposta di registro*; Pret. Parma 11 dicembre 1986, in *Giur. it.* 1988, I, 2, 151; Pret. Roma 8 giugno 1991, in *Foro it.* 1981, I, 2064.

(24) Emblematico, di recente Trib. Lucca 22 gennaio 2014, con nota di A. Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.* 2014, XII, 2739–2744, che aderendo alla tesi maggioritaria giunge a conclusioni non condivisibili nel caso concreto nell'ambito del c.d. caso Stamina. Analogamente, in relazione alla medesima vicenda, cfr. Trib. Taranto 23 settembre 2013, in *Nuova giur. civ.* 2014, I, 115, con nota di T. Pace, *Diritto alla salute o diritto alla speranza? L'accesso al «metodo Stamina» per i pazienti affetti da patologie incurabili*.

pronunce della Consulta: nel caso De Magistris, sostanzialmente rimettendosi alla valutazione del *fumus* precedentemente operata dal T.A.R. Campania, in ossequio ai principi sopra ricordati in tema di riassunzione del processo davanti al giudice fornito di giurisdizione; nel caso De Luca, la medesima conclusione veniva raggiunta richiamandosi alcune recenti pronunce della Corte costituzionale, relative, peraltro, a fattispecie non perfettamente sovrapponibili a quella in esame, per la quale, come ammesso dal Tribunale, non vi è «alcuna soluzione normativa».

Così facendo, quindi, la probabile esistenza del diritto veniva identificata con la disapplicazione di una norma di legge, di fatto realizzando, in via preliminare e solo provvisoria, «un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi ed un'invasione delle competenze della Consulta»<sup>(25)</sup>.

Tale conclusione, in sé non criticabile dal punto di vista della tecnica processuale, poiché come anticipato in linea con l'orientamento probabilmente maggioritario, parrebbe viceversa nei casi di specie non esente da critiche. Precisamente, quando il bilanciamento dei beni giuridici in conflitto – elettorato passivo, da un lato, credibilità e buon andamento della P.A. dall'altro – risulti non autoevidente in favore dell'uno o dell'altro alla luce dell'ordinamento costituzionale vigente, rimanendo così l'opzione in ordine alla prevalenza dell'uno o dell'altro rimessa al discrezionale apprezzamento, anche *politico*, del legislatore, parrebbe lecito attendersi dalla giurisprudenza di merito una più rigorosa interpretazione del requisito della *non manifesta infondatezza*.

In casi del genere, tale espressione, formulata in via dubitativa, esigerebbe, forse, qualcosa di più della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, potendosi probabilmente ammettere la disapplicazione della norma di legge asseritamente incostituzionale e la concessione della misura cautelare solo in presenza della *palese fondatezza* della questione, chiamandosi così il giudice cautelare ad un ancor più attento bilanciamento dei diritti in conflitto.

Ciò che, evidentemente, non è avvenuto nei casi di specie, come si evinceva *ex post* dall'ordinanza con cui la Consulta respingeva la questione di costituzionalità avanzata nell'ambito del caso De Magistris, secondo la cui massima: «[...]Di fronte a una grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione [...] non è irragionevole ritenere che una condanna (non definitiva) per determinati delitti contro la pubblica amministrazione

---

<sup>(25)</sup> Così L. Longhi, in *Confronti Costituzionali: Blog di cultura costituzionale*, 14 luglio 2015.

susciti l'esigenza cautelare di sospendere temporaneamente il condannato dalla carica, per evitare un 'inquinamento' dell'amministrazione e per garantire la 'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall'ombra gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera [...]».

Esigenze, queste, non sufficientemente ponderate dai giudici dell'urgenza, e in ogni caso ritenute recessive rispetto ad un diritto soggettivo, allo stato, non riconosciuto dall'ordinamento e, dunque, creato dalla giurisprudenza, tramite l'art. 700 c.p.c., poiché non costituzionalmente inderogabile ma figlio della mera adesione ad una scelta di merito, anche politica, diversa da quella precedentemente attuata in via legislativa.

6. – Nonostante, come detto, per le ragioni sopra esposte, il vero punto critico nell'applicazione dell'art. 700 c.p.c. nei casi in esame sia stato costituito dalla valutazione del *fumus*, nondimeno, anche a proposito del *periculum in mora* è forse utile qualche considerazione, soprattutto con riguardo al requisito dell'irreparabilità del pregiudizio, storicamente decisivo nel ruolo di «grimaldello», giocato dal provvedimento d'urgenza, rispetto ai vincoli imposti dal sistema positivo.

Nell'ordinanza De Magistris, l'irreparabilità del pregiudizio è stata giustificata alla luce della temporaneità del mandato, in virtù della quale «in alcun modo il periodo di sospensione può essere recuperato dal sospeso». Si tratta, a ben vedere, di un'interpretazione estensiva, la quale conduce alla paradossale conclusione per cui l'irreparabilità sarebbe *in re ipsa*, quando il diritto controverso sia a godimento continuato nel tempo. Una motivazione, probabilmente, a maggior ragione criticabile, in virtù del bilanciamento tra i diritti in conflitto operato dal Tribunale, incentrato sulla prevalenza assoluta del diritto all'elettorato passivo e poco attento, viceversa, a quel buon andamento ed a quella credibilità della Pubblica Amministrazione, sottolineati dalla sentenza della Consulta, ed alle eventuali irreparabili lesioni che essi avrebbero potuto patire a causa della permanenza in carica di un condannato.

Nell'ordinanza De Luca, la motivazione in punto di *periculum* è anche più scarna e veloce, limitata anch'essa in pochissime righe, ad un generico riferimento alla già ricordata temporaneità del mandato. Il che, a ben vedere, risulta difficilmente comprensibile, posto che, probabilmente, nel caso di specie, si sarebbero potuti rintracciare i presupposti dell'irreparabilità. Nell'ordinamento italiano, infatti, il rapporto tra Presidente della Regione ed i relativi organi di governo e rappresentativi è di tipo

*simul stabunt simul cadent*, sicché è ragionevole supporre che la sospensione, poiché immediatamente successiva alle elezioni, avrebbe importato l'impossibilità di insediare il Consiglio regionale e di nominare gli organi di Presidenza, con la conseguente necessità di ricorrere a nuove elezioni<sup>(26)</sup>.

Lo scarso spazio dedicato al *periculum*, peraltro, conclusivamente, si mostra a maggior ragione criticabile considerando il rapporto di inversa proporzionalità rispetto al *fumus* che esso dovrebbe avere secondo il miglior insegnamento dottrinale, in base al quale all'aumentare dell'uno dovrebbe diminuire l'altro, e viceversa, tendendo la somma a rimanere costante<sup>(27)</sup>; nella difficoltà di valutare il *fumus*, insomma, visto il dibattito dottrinale di cui sopra ed il difficile bilanciamento dei diritti in gioco, a prescindere dagli esiti, la motivazione relativa al *periculum* avrebbe meritato di essere maggiormente approfondita.

7. – Conclusivamente, nei casi in commento, il punto di equilibrio che faticosamente pareva essersi individuato in ordine al tema del rapporto tra tutela cautelare ed incidente di costituzionalità, ha finito col tradire tutta la propria precarietà, in ragione delle particolarità delle fattispecie concrete su cui i giudici di merito aditi sono stati chiamati a pronunciarsi.

Come evidenziato, ciò non dovrebbe indurre, a parere di chi scrive, ad un generale ripensamento delle conclusioni che sull'argomento parevano essersi imposte in misura ormai prevalente, a sostegno della compatibilità tra tutela cautelare urgente e delibazione in via provvisoria della questione di costituzionalità, in linea con gli insegnamenti della Corte di Giustizia UE e della Corte costituzionale sull'indefettibilità della tutela cautelare quale componente necessaria della giurisdizione.

Cionondimeno, i percorsi argomentativi svolti in sede d'urgenza dal Tribunale di Napoli, seppur astrattamente aderenti a tale impostazione maggioritaria, non sono probabilmente esenti da critiche, poiché la marcata valenza «politica» della c.d. Legge Severino ed il problematico bilanciamento delle contrapposte pretese avrebbero forse imposto un maggior rigore nella verifica della sussistenza dei requisiti che *ex lege* legittimano l'adozione di misure cautelari atipiche, concretandosi in caso contrario, come è stato nei casi di specie, il forte rischio dell'assunzione, da parte dell'ordine giudiziario, di poteri tipicamente riservati al potere legislativo nei sistemi ordinati di *civil law*.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. art. 126, comma 3, Cost.

<sup>(27)</sup> F.P. Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino 2003, 284.

Ferma l'adesione, in linea di principio, alla tesi probabilmente maggioritaria, insomma, la soluzione della questione pare in ultima analisi essere demandata ad un'indagine caso per caso di diritto sostanziale che non preclude esiti opposti rispetto a quelli maggioritari e, per ciò, impone un monito per una stringente e rigorosa valutazione dei presupposti legittimanti la concessione della misura cautelare, anche al fine di contenere entro fisiologici binari il momento giurisprudenziale del diritto.

MARCO MOROTTI  
*Dottore in giurisprudenza*