

Tutela cautelare e competenza nel “nuovo” processo amministrativo: l’attuazione costituzionale del principio del giudice naturale

a cura di

Nicola Pignatelli

Avvocato e Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale dell’Università di Pisa
Pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 10 dicembre 2010

SOMMARIO: 1. Il “turismo” cautelare. - 2. La previgente disciplina del processo amministrativo: la violazione del principio di precostituzione del giudice naturale *ex art. 25 Cost.* - 3. I “correttivi” (soltanto teorici) sotto la previgente disciplina del processo amministrativo. - 4. Il “nuovo” Codice del Processo amministrativo: l’attuazione del principio del giudice naturale *ex art. 25 Cost.* - 5. Altri profili attuativi del principio del giudice naturale contenuti nel Codice del processo amministrativo. - 6. I corollari del principio di precostituzione del giudice naturale *ex art. 25 Cost.* - 7. La tenuta costituzionale del Codice del Processo amministrativo: i dubbi di legittimità costituzionale.

1. Il “turismo” cautelare^{1[1]}

Il processo amministrativo è stato storicamente caratterizzato dal singolare fenomeno delle “migrazioni” cautelari o più suggestivamente del “turismo” cautelare, alla luce del quale un qualsiasi ricorrente, impugnando un provvedimento amministrativo, con contestuale istanza di sospensiva, anziché dover necessariamente radicare il giudizio presso il giudice competente, avrebbe potuto “scegliersi” il Tribunale amministrativo regionale, al fine di ottenere comunque una decisione sul provvedimento cautelare (magari favorevole), in attesa della definizione della competenza e del (certo) trasferimento del giudizio di merito ad altro Tar (competente).

Tale singolare fenomeno processuale, pur in stridente contrasto con il contenuto dell’art. 25 Cost., che informa il nostro intero sistema giurisdizionale al principio di precostituzione per legge del giudice naturale^{2[2]} (senza distinzione alcuna tra giudici ordinari e giudici speciali), è stato metabolizzato dalla prassi processuale, sino a divenire un elemento distintivo del processo amministrativo; un elemento intorno al quale per anni si sono costruite le strategie processuali delle difese dei ricorrenti, a cui spettava studiare attentamente le giurisprudenze “differenziate” dei Tribunali amministrativi regionali disseminati sul territorio della Repubblica al fine di rendere maggiormente prevedibile (e quindi favorevole) l’esito della richiesta di sospensiva (spesso peraltro risolutiva anche del merito della vicenda processuale). In questo modo era possibile “evitare” il Tar che sarebbe stato *naturalmente* competente per legge, secondo i criteri di individuazione della competenza territoriale, e la cui giurisprudenza nella materia *de qua* avrebbe fatto prevedere una probabile sconfitta. Analogamente poteva parlarsi anche di una “sedentarietà” cautelare, qualora il difensore del ricorrente, al fine di evitare di viaggiare (o di domiciliarsi) per discutere una sospensiva nel lontano Tar competente, decidesse comodamente di instaurare il giudizio nel Tar (incompetente) territorialmente più vicino.

Era evidente, perlomeno utilizzando i canoni del costituzionalismo, come i valori della *prevedibilità* e della *comodità* del giudizio (cautelare) fossero in dissonanza con l’art. 25 Cost. Non si poteva certamente ritenere che non vi fossero ragioni di interesse pubblico sottese all’individuazione dei

^{1[1]} Il presente contributo è pubblicato in AA.VV. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali, Il ruolo delle giurisprudenze nella evoluzione degli ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2010.

^{2[2]} Cfr. per tutti R. ROMBOLI, *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1981; ID., *Teoria e prassi del principio di precostituzione*, in *Giur. cost.*, 1992, 3244 ss.; ID., *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, 2° aggiornamento, Milano, 2000, 365 ss.; ID., *Il giudice precostituito per legge fra diritto del cittadino e tutela della indipendenza interna della magistratura*, in *Foro it.*, 2009, V, 110. Più recentemente in dottrina cfr. A. IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Milano, 2005.

criteri di determinazione della competenza territoriale^{3[3]}, come se vigesse un principio di “fungibilità” dei giudici amministrativi.

Certamente il fenomeno delle “migrazioni” cautelari si è manifestato per anni nella dimensione processuale quotidiana, introducendo nel processo una profonda variabile di incertezza, elusiva del contenuto della Costituzione. Non può negarsi però come di recente questo quadro sia radicalmente mutato. Il “nuovo” (*rectius*, il primo) Codice del Processo amministrativo (Dlgs. 104/2010, All. A), dando vita ad un profondo mutamento, sembra risolvere puntualmente questa problematica, in virtuoso ossequio al principio costituzionale *ex art. 25 Cost.*

2. La previgente disciplina del processo amministrativo: la violazione del principio di precostituzione del giudice naturale ex art. 25 Cost.

Nella “vecchia” disciplina del processo amministrativo la incompetenza territoriale non era, come in altri processi, rilevabile *ex officio*; il giudice amministrativo, infatti, non era configurato come giudice della propria competenza. La incompetenza era, invece, rilevabile su eccezione di parte: le parti costituite in giudizio (amministrazione resistente e controinteressati), entro un termine perentorio, potevano eccepire l’incompetenza del Tar adito dal ricorrente, attraverso la proposizione della istanza di regolamento di competenza. Una volta notificato il regolamento di competenza (alle altre parti), erano così prospettabili due ipotesi: a) tutte le parti aderivano all’istanza (con un *accordo traslativo*) ed il giudizio veniva trasferito al Tar indicato nella istanza stessa; b) *in assenza di accordo traslativo*, l’istanza di regolamento di competenza era sottoposta ad una sommaria deliberazione del Tar adito, che poteva ritenere tale istanza manifestamente infondata o, in caso contrario, trasmettere gli atti del giudizio al Consiglio di Stato per la decisione definitiva sulla competenza.

Questo sistema, schematicamente riassunto, operava in dissonanza dal principio di precostituzione per legge del giudice naturale, facendo sorgere dubbi, sotto un duplice profilo, sulla sua compatibilità con l’art. 25 Cost. In primo luogo potevano sorgere dubbi sulla legittimità di un sistema che attribuiva ad *entrambe le parti* di scegliere un giudice (anche normativamente incompetente) con un accordo traslativo. Inoltre, per quanto più interessa, potevano sorgere dubbi sulla legittimità di un sistema che permetteva -attraverso una certa interpretazione delle sue regole- ad una *sola parte* (il ricorrente) di “scegliersi” il Tar (incompetente), al fine di ottenere un provvedimento cautelare, pur in attesa del trasferimento del giudizio ad altro giudice (competente).

La giurisprudenza amministrativa ammetteva, infatti, che un giudice, anche palesemente incompetente, potesse comunque adottare provvedimenti cautelari^{4[4]}. Questa giurisprudenza assecondava la prassi secondo la quale il difensore del ricorrente radicava discrezionalmente il giudizio presso un qualsiasi Tar^{5[5]}, al fine di ottenere una decisione cautelare dal giudice “scelto”, pur certo (*rectius*, in attesa) della eccezione di incompetenza delle controparti, a cui probabilmente avrebbe aderito. La decisione da parte del giudice incompetente sulla adozione del provvedimento cautelare ledeva palesemente il *diritto* (della Pubblica amministrazione resistente e del controinteressato) ad un giudice naturale costituito per legge, prima del fatto.

Era palese come la scelta assolutamente arbitraria del Tribunale amministrativo regionale attribuisse al ricorrente, in violazione dell’art. 25 Cost., il potere di “scegliere” sempre il giudice alla luce -ad

^{3[3]} Come ha irragionevolmente affermato il Cons. St., Ad. Pl., 14 ottobre 1992, n. 13.

^{4[4]} Cfr., per tutti, Cons. St., Ad. Pl., n. 2/1997, ribadendo un risalente indirizzo (Cons. St., Ad. Pl., 14 aprile 1972, n. 5). In senso analogo cfr. Tar Lombardia, Milano, 7 giugno 1995, n. 1456; Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 novembre 1997, n. 925. In dottrina cfr. L. FRANCARIO, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Napoli, 1990 e più di recente P. PIZZA, *Regolamento di competenza e tutela cautelare nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 875.

^{5[5]} Cfr. anche Tar Puglia, 10 febbraio 1984, n. 67; Tar Lombardia, 7 giugno 1995, n. 1456.

esempio- degli indirizzi giurisprudenziali più favorevoli; la scelta di un'autorità giurisdizionale, anche per i soli fini cautelari, integrava quello che lo stesso art. 25 Cost. vieta.

La disposizione costituzionale ha, infatti, un doppio contenuto: una norma "formale" ed una norma "sostanziale". L'art. 25 Cost. impone che il giudice sia precostituito (sostanzialmente prima del fatto) per legge (secondo criteri formalmente previsti dalla legge), neutralizzando qualsiasi spazio di scelta in capo alle parti (o a soggetti istituzionali esterni al processo). Anche l'adozione di un provvedimento cautelare non può avvenire a prescindere dal rispetto dell'art. 25 Cost. L'effettività giurisdizionale, che i provvedimenti cautelari attribuiscono all'art. 24 Cost., presuppongono il rispetto della precostituzione per legge del giudice naturale, che fonda la legittimazione stessa del giudice ed è garanzia della sua imparzialità ed indipendenza organica, precedendo lo stesso valore costituzionale dell'art. 24 Cost. L'esigenza cautelare non può legittimare una elusione del principio strutturale della precostituzione, in nome di una primazia assoluta della effettività giurisdizionale, sganciata dal quadro costituzionale; *soltanto* il giudice naturale può adottare provvedimenti giurisdizionali, siano essi di merito o cautelari.

Peraltro il fenomeno delle "migrazioni" cautelari appariva ancor più grave di altre ipotesi, della cui legittimità costituzionale la dottrina ha puntualmente dubitato, quale quella prevista dall'art. 20 c.p.c., che attribuisce all'attore di adire il convenuto alternativamente, a libera scelta, nel luogo in cui l'obbligazione è sorta o in quello in cui l'obbligazione stessa deve eseguirsi^{6[6]}. In quest'ultimo caso, infatti, è pur sempre la norma a fissare una alternativa tra due (sole) opzioni, mentre nel caso in questa sede indagato la scelta del giudice era rimessa arbitrariamente nella mani del ricorrente, che avrebbe avuto potenzialmente una trentina di opzioni (quanti sono i Tribunali amministrativi regionali in Italia), in assenza di una qualche predeterminazione normativa.

A questo si aggiunga come il fenomeno del "turismo" cautelare per anni abbia dato vita non soltanto alla scelta del giudice ma anche ad una potenziale scelta delle norme da applicare nel processo. Non può negarsi, infatti, come la giurisdizione amministrativa sia esclusiva sia di legittimità coincida (prevalentemente) con gli ambiti di competenza legislativa residuale *ex art. 117, 4° comma, Cost.* (commercio, industria, artigianato, ecc.) e soprattutto concorrente *ex art. 117, 3° comma, Cost.* (si pensi in via assolutamente esemplare al governo del territorio), ossia con una dimensione legislativa caratterizzata da "differenziazioni" regionali. Evidentemente la scelta del Tribunale amministrativo regionale portava con sé, sotto il profilo del *fumus* cautelare, la rilevanza di leggi regionali potenzialmente diverse quanto ai motivi di impugnazione, ponendo un ulteriore criticità in caso di successivo trasferimento del merito ad altro Tar e quindi ad altra Regione.

3. I "correttivi" (soltanto teorici) sotto la previgente disciplina del processo amministrativo

A parer nostro, vigente la "vecchia" disciplina, un giudice amministrativo, *palesamente* incompetente, innanzi al quale fosse stato incardinato un giudizio di impugnazione di un atto, previa sospensiva, avrebbe avuto l'obbligo -alla luce di una interpretazione conforme del sistema processuale all'art. 25 Cost.- di non adottare misure cautelari, *sia* qualora il ricorrente concordasse con la eccezione di incompetenza -ipotesi più probabile, vista la scelta consapevole di un giudice incompetente -, *sia* qualora, mancando l'accordo traslativo, venisse attivato il giudizio del Consiglio di Stato e la istanza di regolamento di competenza risultasse palesamente fondata.

Erano comunque rilevabili alcune (isolate) pronunce, in cui si affermava che i provvedimenti potevano «essere *revocati* dal giudice competente, a cui era necessario trasferire la causa»^{7[7]}.

In realtà, una attuazione rigorosa dell'art. 25 Cost. avrebbe imposto non semplicemente che i provvedimenti del giudice palesamente incompetente potessero essere successivamente revocati o che il giudice palesamente incompetente non potesse adottare misure cautelari ma più specificatamente che il giudice palesamente incompetente *non potesse neppure pronunciarsi sulle*

^{6[6]} Cfr. R. ROMBOLI, voce *Giudice naturale*, cit., 374 ss.

^{7[7]} Cons. gius. amm. sic., 13 giugno 2005, n. 514.

misure cautelari, fosse anche nel senso della infondatezza (e fosse anche nelle more del trasferimento della causa ad altro giudice^{8[8]}); il profilo della incompetenza, infatti, non può certamente essere inserito e confuso nella complessiva valutazione sulla sussistenza dei presupposti dei provvedimenti cautelari (*fumus e periculum*), anche al fine di rigettare la istanza cautelare. In questo senso andava una altra (altrettanto isolata) pronuncia, secondo cui, qualora, «*anteriamente all'esame della domanda cautelare, venga depositato un regolamento di competenza, il giudice è tenuto a pronunciarsi preliminarmente su quest'ultimo e, qualora lo ritenga fondato, ad astenersi dal provvedere sull'istanza cautelare*»^{9[9]}.

Questa logica, peraltro, trovava anche un ancoraggio normativo, che avrebbe potuto essere valorizzato ai fini del rispetto dell'art. 25 Cost. Infatti, come già detto, nell'ipotesi in cui non vi fosse l'accordo traslativo, sulla istanza di regolamento di competenza, proposta dalla Amministrazione resistente o dal controinteressato, il Tar adito decideva con delibazione sommaria, verificandone la non manifesta infondatezza (art. 31, 5° comma, l. 1034/1971); in una logica analoga lo stesso Tar, che rilevasse la propria palese incompetenza (e quindi la manifesta infondatezza della istanza), *avrebbe dovuto non adottare* alcun provvedimento cautelare, in attesa comunque della decisione definitiva del Consiglio di Stato sulla competenza.

La ipotesi ancor più critica (e più frequente) rimaneva, però, quella in cui il ricorrente (proprio perché ben consapevole della propria scelta arbitraria) aderiva alla eccezione di incompetenza territoriale. In tale caso, in cui sussisteva un accordo traslativo, mancava al giudice un supporto normativo, che gli attribuisse una delibazione (se pur sommaria) sulla competenza, come nel caso precedente.

In questo caso, un giudice amministrativo “sensibile”, pur non sentendosi legittimato ad astenersi dal provvedere sulla misura cautelare richiesta, avrebbe potuto sollevare (magari su sollecitazione dell'amministrazione resistente o di un controinteressato) questione di costituzionalità sull'art. 21, 8° comma, L. 1034/1971, nella parte in cui *non disponeva che* «il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza cautelare con ordinanza emessa in camera di consiglio, *salvo che le parti concordino sulla remissione del ricorso ad altro tribunale amministrativo regionale*».

Analogamente qualora, irragionevolmente ed in stridente contrasto con il quadro costituzionale, un giudice avesse ritenuto di non poter valorizzare il momento di delibazione sommaria sulla non manifesta infondatezza del regolamento di competenza e di non potersi discostare dall'indirizzo giurisprudenziale prevalente -secondo cui il giudice amministrativo aveva il potere di adottare un provvedimento cautelare, anche prima della decisione del regolamento di competenza, pur in palese incompetenza del Tar adito- avrebbe avuto comunque l'obbligo di sospendere il processo ai fini del sollevamento della questione di costituzionalità sull'art. 21, 8° comma, L. 1034/1971, nella parte in cui *non disponeva che* «il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio, *salvo che sia stata presentata istanza di regolamento di competenza manifestamente fondata*».

^{8[8]} Deve precisarsi come in alcuni casi i Tar, pur certi della propria incompetenza, dinanzi ad un accordo traslativo delle parti, si siano espressi sulla sussistenza dei presupposti cautelari per il (limitato) tempo utile al trasferimento della causa. Si rammenta una vicenda processuale in cui la ricorrente aveva impugnato, con contestuale richiesta di sospensiva, la graduatoria di un concorso di Dottorato di ricerca dell'Università di Pisa dinanzi all'incompetente Tar della Calabria. Il giudice adito, dinanzi alla adesione della ricorrente alla eccezione di incompetenza sollevata dalla Amministrazione e dalla difesa dei controinteressati rigettava la istanza cautelare «*ritenuto che non sussistano i presupposti di eccezionale urgenza che giustificerebbero l'accoglimento dell'istanza cautelare nelle more della trasmissione del ricorso al competente Tribunale amministrativo regionale della Toscana, cui parte ricorrente ha aderito nell'odierna camera di consiglio*» (Tar Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2009, n. 79).

^{9[9]} Cons. gius. amm. sic., 28 luglio 2004, n. 661. In dottrina cfr. A. CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 2307 ss. In una logica più tenue cfr. Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6522, secondo cui «*se è vero che il ricorso per regolamento di competenza non preclude la tutela cautelare (...) appare altrettanto in vero che in siffatta ipotesi viene in rilievo una mera facoltà e non un obbligo*».

Non può negarsi però come nessun giudice amministrativo abbia mai sollevato tali dubbi di legittimità costituzionale ed analogamente in pochissimi casi gli stessi giudici amministrativi abbiano adottato strumenti ermeneutici “correttivi”, funzionali alla effettività dell’art. 25 Cost.

4. Il “nuovo” Codice del Processo amministrativo: l’attuazione del principio del giudice naturale ex art. 25 Cost.

Di recente (16 settembre 2010), come noto, è entrato in vigore il Codice del processo amministrativo (Dlgs. n. 104/2010, All. A, recante “Attuazione dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”^{10[10]}), che sembra aver risolto le problematiche sopra esposte, dando piena attuazione al principio costituzionale di precostituzione del giudice naturale ex art. 25 Cost.

Il legislatore delegato dispone in modo chiaro che la competenza territoriale dei Tar «non è derogabile» (art. 13, 4° comma), attribuendo allo stesso giudice di primo grado il potere di rilevarne il difetto anche *ex officio*. In una prospettiva assolutamente antinomica rispetto alla previgente disciplina, il modello del Codice supera la originaria impotenza del giudice dinanzi alla propria incompetenza nonché la logica della “flessibilità” del foro.

Tale inderogabilità, rispettosa del contenuto (formale e sostanziale) dell’art. 25 Cost., viene ribadita anche in sede cautelare, essendo inequivocabilmente affermato che soltanto il Tar *competente* può adottare i provvedimenti cautelari. Tale assunto si desume in modo assai chiaro da due disposizioni. L’art. 16, 1° comma dispone, sotto il profilo oggettivo, che «la competenza di cui agli articoli 13 e 14 è inderogabile anche in ordine alle misure cautelari» ed analogamente l’art. 55, 13° comma, dispone, sotto il profilo soggettivo, che «il giudice adito può disporre misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14» (ossia la propria competenza territoriale e funzionale)^{11[11]}.

^{10[10]} Sulle problematiche connesse alla delega legislativa cfr. E. CATELANI, *La legge delega n. 69 del 2009 e il progetto di Codice del processo amministrativo. Contenuto e limiti della delega legislativa*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/20010.

^{11[11]} In realtà deve precisarsi come la prima disciplina relativa alla *inderogabilità* della competenza territoriale sia stata introdotta dalla recente riforma del Codice degli Appalti, ossia dal Dlgs. 53/2010, il cui contenuto è stato “sostanzialmente” trasposto nel nuovo Codice del processo amministrativo (Dlgs. 104/2010, All. A). L’art. 245, 2-*quater*, del Codice degli Appalti, come modificato proprio dal suddetto Dlgs. 53/2010 e poi sostituito dall’art. 3, 19° comma, let. d, del Codice del processo amministrativo, secondo cui «la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo» (operando così un rinvio mobile al Dlgs. 104/2010, All. A), disponeva che «la competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile e il relativo difetto è rilevato, anche d’ufficio, prima di ogni altra questione, e pronunciato, con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare ovvero, in mancanza di questa, nella prima udienza di merito. L’ordinanza indica il tribunale amministrativo regionale competente, davanti al quale il processo deve essere riassunto entro quindici giorni decorrenti da quando diventa definitiva l’ordinanza che declina la competenza. L’ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza. Il regolamento può altresì essere richiesto d’ufficio alla prima udienza dal giudice indicato come competente dal tribunale adito. La questione di competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza». Ad un primo commento D. PONTE, *Dalle procedure speciali ad un processo sprint*, in *Guida al diritto*, n. 18/2001, 97 ss., ha rilevato puntualmente come questa nuova logica rappresenti un mutamento alla regola tradizionale della derogabilità della competenza territoriale, per quanto lo stesso Autore noti come tale principio della inderogabilità sia stato recentemente valorizzato in alcuni casi dal legislatore sia attraverso l’attribuzione di rilevanti ambiti di cause al Tar Lazio (cfr. art. 41 l. 69/2009 in materia energia) sia tramite la previsione della rilevabilità d’ufficio, «ciò al dichiarato fine di evitare l’emergere di quel fenomeno noto come “turismo giudiziario” alla ricerca di un tribunale per ragioni temporali o di precedenti orientamenti. A parte la critica doverosa all’eccessivo ricorso a impugnare presso tribunali reputati meno rigorosi, il fenomeno appare deprecabile anche a fronte del radicalizzarsi delle differenze tra le diverse normative regionali».

Qualora sia proposta istanza cautelare ed il Tar adito ritenga di non essere competente (territorialmente o funzionalmente) sono prospettabili due soluzioni, entrambe informate al principio di precostituzione del giudice naturale:

a) Il giudice amministrativo, rilevato il difetto di competenza, *ex officio* o su istanza della Amministrazione resistente o di un controinteressato (inserita nella memoria di costituzione o prospettata oralmente in camera consiglio), indica con ordinanza il Tar competente^{12[12]}; entro 30 giorni dalla comunicazione di tale ordinanza il ricorrente deve riassumere la causa dinanzi al nuovo giudice (art. 16, 2° comma).

In tal caso il ricorrente potrà certamente riproporre la istanza cautelare al giudice dichiarato competente, secondo un principio generalissimo sancito dall'art. 15, 9° comma, secondo cui la domanda cautelare è sempre ripetibile una volta definita la questione competenziale.

Deve precisarsi che la ordinanza con cui il Tar adito dichiara la propria incompetenza, indicando un altro giudice "naturale", è sempre impugnabile (art. 16, 3° comma) entro un termine breve (30 giorni dalla notificazione della suddetta ordinanza) o un termine lungo (60 giorni dalla pubblicazione della medesima) con il regolamento di competenza (disciplinato dall'art. 15 anche come strumento "non impugnatorio"). Peraltro, ad ulteriore presidio del principio contenuto nell'art. 25 Cost., può essere lo stesso giudice, dinanzi al quale il giudizio è riassunto, a richiedere *ex officio* il regolamento di competenza (art. 16, 3° comma), disconoscendo la propria e generando un conflitto negativo di competenza.

Anche in pendenza del regolamento di competenza, attivato dalle parti o officiosamente dal nuovo giudice, il ricorrente può comunque proporre domanda cautelare a quest'ultimo, ossia al giudice indicato nella ordinanza "censurata" (art. 16, 4° comma). Questa disposizione è un corollario del principio di ripetibilità delle domande cautelari contenuto nell'art. 15, 9° comma.

E' evidente come in un ragionevole bilanciamento di valori costituzionali tra effettività della tutela cautelare (art. 24 Cost.) e precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.) il legislatore disponga che qualora anche il nuovo giudice si ritenga incompetente, questo ha comunque l'*obbligo* di pronunciarsi sulla pretesa cautelare, facendo così prevalere -nella immediatezza- le esigenze cautelari (art. 24 Cost.) sul valore della precostituzione del giudice che adotta i provvedimenti cautelari (art. 25 Cost.).

b) Qualora il Tar adito non ritenga di provvedere come visto sopra (per la problematicità della questione competenziale) può richiedere *ex officio*, con ordinanza, il regolamento di competenza, indicando contestualmente un altro Tar ritenuto competente (art. 15, 5° comma).

La suddetta ordinanza è immediatamente trasmessa d'ufficio al Consiglio di Stato a cura della Segreteria del Tar presso il quale il giudizio è stato incardinato. Successivamente deve essere data comunicazione della fissazione della camera di consiglio almeno 10 giorni prima ai difensori costituiti davanti al Consiglio di Stato, i quali possono depositare memorie e documenti fino a 2 giorni liberi prima e chiedere di essere sentiti.

Anche in questo caso, in pendenza del regolamento di competenza attivato officiosamente, il ricorrente può riproporre l'istanza cautelare al Tar indicato come competente nella originaria ordinanza (art. 15, 6° comma), in una logica assolutamente analoga a quanto visto sopra, in relazione alla pendenza del regolamento di competenza attivato in una logica impugnatoria dal ricorrente avverso l'ordinanza del Tar inizialmente adito e alla pendenza del regolamento di competenza officiosamente attivato dal "nuovo" Tar indicato come presuntivamente competente.

^{12[12]} Per una delle primissime applicazioni cfr. Tar Campania, Napoli, ord. 30 settembre 2010, n. 641, secondo cui "A seguito della entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, approvato con D.L.vo 2 luglio 2010 n. 104., la competenza territoriale in primo grado è divenuta inderogabile, anche per quanto riguarda le misure cautelari (v. art. 16, comma 1°, del codice); va pertanto dichiarata d'ufficio l'incompetenza territoriale del T.A.R. locale adito nell'ipotesi in cui risulti che il ricorso sia incentrato sulla impugnazione di un atto adottato da un organo centrale dello Stato e riguardante un procedimento concorsuale di ambito nazionale, atteso che in tale ipotesi la competenza spetta - ai sensi dell'art. 13, comma 3, del codice - al T.A.R. Lazio - Roma".

E' evidente come il legislatore si sia preoccupato in questi casi di individuare un giudice naturale *medio tempore* dei provvedimenti cautelari, pur potenzialmente provvisorio, vista la pendenza di un regolamento di competenza alla luce del quale il Consiglio di Stato può individuare la competenza in capo ad altro giudice.

In tale logica emerge un forte bisogno di fissazione di criteri competenziali (e quindi un forte bisogno di *preconstituire per legge un giudice*) anche per il solo lasso temporale relativo alla definizione del regolamento di competenza. In vigenza del nuovo Codice in nessun caso le esigenze cautelari possono legittimare una deroga a questo puntuale sistema di regole.

Nell'ipotesi in cui il Tar, che abbia adottato un provvedimento cautelare, sia dichiarato incompetente a seguito del regolamento di competenza il principio del giudice naturale è riaffermato vigorosamente, visto che l'art. 15, 7° comma dispone che «le pronunce sull'istanza cautelare rese dal giudice dichiarato incompetente *perdono comunque efficacia dopo trenta giorni* dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza». In altre parole la dichiarazione di incompetenza, in attuazione dell'art. 25 Cost., attribuisce ai provvedimenti cautelari natura provvisoria.

In tal caso riemerge, ancora una volta, il generalissimo principio secondo cui le istanze cautelari sono sempre riproponibili dinanzi al «giudice dichiarato competente» (art. 15, 9° comma).

Questa logica della provvisorietà dei provvedimenti cautelari e della necessità di riproposizione dinanzi al giudice competente è ribadita in relazione ai provvedimenti cautelari adottati dal giudice privato del potere di decidere il merito dall'ordinanza presidenziale che definisce il rapporto funzionale tra Tribunali amministrativi regionali e sezioni distaccate (art. 15, 10° comma), per quanto tale ripartizione delle controversie non sia considerata questione di competenza (art. 47, 2° comma). Non può negarsi come vi sia nel Codice del processo amministrativo una attenzione "generale" per il giudice dei provvedimenti cautelari non solo sotto il profilo della competenza e del riparto tra Tar e sezioni distaccate, come appena visto, ma anche sotto quello della giurisdizione^{13[13]}. L'art. 10 dispone che il giudice non può disporre misure cautelari se «non ritiene sussistente la propria giurisdizione». In tal caso, in pendenza del regolamento di giurisdizione, spetta al giudice verso il quale è declinata la giurisdizione adottare i provvedimenti cautelari, per quanto anche in tal caso le misure cautelari perdono la loro efficacia 30 giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha adottate (art. 11, 7° comma).

5. Altri profili attuativi del principio del giudice naturale contenuti nel Codice del processo amministrativo

Il principio di precostituzione per legge del giudice "naturale" dei provvedimenti cautelari trova attuazione anche in relazione alle misure cautelari monocratiche-presidenziali e alle misure cautelari *ante causam* recentemente introdotte, a dimostrazione di come neppure la sussistenza rispettivamente di motivi «estrema gravità ed urgenza» e di «eccezionale gravità e urgenza» legittimi una deroga rispetto al contenuto dell'art. 25 Cost.

Quanto alle misure cautelari monocratiche l'art. 56, dopo aver previsto che «prima delle trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la

^{13[13]} In realtà la stessa logica si ritrova nella disciplina del giudizio amministrativo conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario, ossia sotto il profilo dei rapporti tra *giurisdizione* e *amministrazione*, posta la consolidata giurisprudenza costituzionale che non riconosce al ricorso straordinario natura "giurisdizionale". L'art. 48 dispone, infatti, che le pronunce sull'istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio, per quanto il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al Tar dinanzi al quale è trasposto il giudizio.

domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie», dispone che il presidente può provvedere sulla domanda cautelare *soltanto se ritiene sussistente la competenza del Tar adito*. In caso contrario spetta al Presidente rimettere le parti al Collegio per l'adozione dei provvedimenti visti sopra, secondo le due opzioni indagate (a-b).

Nei casi di eccezionale gravità ed urgenza (art. 61), tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, è possibile la richiesta di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo necessario per la proposizione del ricorso e della relativa domanda cautelare. Anche in questo caso l'incompetenza del giudice è rilevabile d'ufficio (art. 61, 3° comma). Spetterà allo stesso Presidente rimettere le parti al Collegio per l'adozione dei conseguenti provvedimenti, per quanto non via sia una esplicita disposizione in tal senso.

Certamente la compatibilità tra le "speciali" esigenze cautelari (più intense rispetto all'ordinario presupposto del «pregiudizio grave e irreparabile»), connesse alle misure cautelari monocratiche ed a quelle *ante causam*, e la necessità costituzionale di individuazione del Tar competente porrà particolari problemi, impegnando le difese dei ricorrenti in una più attenta e responsabile disamina di tale presupposto processuale. In altre parole un errore sulla individuazione del giudice naturale rischia di compromettere l'interesse sotteso al ricorso. Tuttavia non può escludersi, nella prassi, come la manifesta fondatezza della istanza cautelare e la rilevanza del bene della vita a rischio (soprattutto nei casi in cui rilevi un interesse legittimo oppositivo) possano condizionare il Presidente, tanto da far ritenere recessivo il profilo della incompetenza. Non può escludersi, infatti, che il Presidente, pur certo della incompetenza, adotti comunque un provvedimento cautelare, rimettendo implicitamente la definizione della questione competenziale ai successivi passaggi processuali.

Probabilmente nella puntuale disciplina del nuovo Codice si porta alle estreme conseguenze il principio di precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.), anche in relazioni a casi "urgentissimi", rischiando di sacrificare le connesse esigenze cautelari. Sarebbe probabilmente opportuna una ulteriore disposizione che legittimi il Presidente del Tar adito ad adottare misure cautelari provvisorie dinanzi ad istanze *manifestamente* fondate, anche qualora rilevi il difetto di competenza e quindi in attesa dell'adozione dei conseguenti provvedimenti da parte del Collegio.

Deve inoltre precisarsi come il provvedimento cautelare che decide in modo implicito o esplicito sulla competenza è sempre appellabile al Consiglio di Stato nel termine di 30 giorni dalla notificazione ovvero di 60 dalla sua pubblicazione, posto che non costituiscono decisione implicita sulla competenza le ordinanze istruttorie o interlocutorie né quelle che disattendono la istanza cautelare senza riferimento espresso alla questione di competenza (art. 92, 5° comma). Anche questa previsione sulla impugnabilità della ordinanza cautelare sotto il profilo della competenza ribadisce l'attenzione del legislatore per la individuazione del giudice "naturale". Deve comunque tenersi distinto l'appello avverso l'ordinanza cautelare che si sia pronunciata sulla competenza dalla ipotesi, di cui si è già detto, della richiesta di regolamento di competenza avverso l'ordinanza del Tar adito che rimette ad altro giudice competente.

La rilevanza della individuazione del giudice naturale in sede cautelare emerge anche da altra disposizione, con cui il legislatore disciplina la definizione anticipata del giudizio di merito in esito all'udienza cautelare (art. 60); in sede di decisione della istanza cautelare, sempre che siano trascorsi almeno 20 giorni dall'ultima notificazione del ricorso, che sia accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, che siano sentite sul punto le parti costituite, il collegio può adottare una sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti intenda proporre regolamento di competenza. In altre parole anche la "liquidità" della causa, già manifestatasi in sede cautelare, non può legittimare un *bypassaggio* della questione competenziale. In tal caso, infatti, il giudice assegna un termine non superiore a 30 giorni e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione.

6. I corollari del principio di precostituzione del giudice naturale ex art. 25 Cost.

In definitiva, alla luce del Codice del processo amministrativo, può dirsi che l'art. 25 Cost. assume una rilevanza pregiudiziale rispetto al contenuto dello stesso art. 24 Cost. Soltanto una volta individuato il giudice naturalmente competente alla luce dei criteri predeterminati per legge è possibile che siano adottati i provvedimenti cautelari in attesa della definizione del merito della causa; in tale logica emerge come il principio di precostituzione del giudice naturale debba informare non solo il merito ma anche la fase cautelare del giudizio.

In sintesi può affermarsi che dall'art. 25 Cost. derivano una serie di corollari in seno al processo amministrativo, che rappresentano una coerente attuazione costituzionale:

a) la competenza territoriale e funzionale è inderogabile; b) la competenza territoriale e funzionale è inderogabile anche in sede cautelare; c) la competenza territoriale e funzionale è inderogabile altresì in sede di adozione di misure cautelari presidenziali e misure cautelari *ante causam*; d) il difetto di competenza può essere rilevato anche *ex officio* dal Collegio o dal Presidente nelle ipotesi *sub c*); e) le istanze cautelari sono sempre ripetibili dinanzi al giudice dichiarato competente in via definitiva o dinanzi al giudice provvisoriamente indicato come competente in pendenza del regolamento di competenza; f) in caso di conflitto negativo di competenza (ossia quando sia il primo che il secondo giudice a cui è declinata la causa si ritengono incompetenti) il giudice naturale, obbligato a pronunciarsi sulle misure cautelari, in attesa della definizione del regolamento di competenza officiosamente attivato, è il secondo giudice; g) i provvedimenti cautelari adottati da un giudice dichiarato incompetente hanno natura meramente provvisoria (30 giorni); h) sono sempre censurabili sia l'ordinanza con cui il Tar adito declina la competenza ad altro giudice (a mezzo del regolamento di competenza attivato dal ricorrente) sia l'ordinanza cautelare che si pronuncia implicitamente o esplicitamente sulla competenza (a mezzo dell'appello al Consiglio di Stato); i) non è possibile la definizione anticipata del merito a seguito di udienza cautelare qualora sia richiesto regolamento di competenza.

Queste regole processuali permettono peraltro di risolvere quelle ambiguità, di cui si è già detto, determinate dalle leggi regionali "differenziate" applicabili dinanzi ai diversi Tribunali amministrativi regionali. In tal modo il principio di precostituzione del giudice naturale ex art. 25 Cost. si pone a presidio del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), pur in uno Stato policentrico, neutralizzando la possibilità che la scelta del giudice possa determinare anche una prevedibilità dell'esito della fase cautelare, condizionata dalla specifica disciplina regionale applicabile. In tal modo il nuovo Codice del processo amministrativo evita che si generi una disparità di trattamento, quanto all'esito cautelare, tra chi incardina il giudizio dinanzi al Tar naturalmente competente e chi incardina il giudizio dinanzi ad un Tar arbitrariamente individuato.

7. La tenuta costituzionale del Codice del Processo amministrativo: i dubbi di legittimità costituzionale.

Non può negarsi, però, come il Tar Campania, con ordinanza 18 novembre 2010 n. 800, abbia subito messo potenzialmente in crisi il sistema sopra ricostruito e la tendenziale primazia del principio di precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.) sulla effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) sollevando questione di legittimità costituzionale proprio sull'art. 15, 5° comma, c.p.a. e sull'art. 16, 1° comma, c.p.a., "*nella parte in cui inibiscono al giudice adito di pronunciarsi sull'istanza cautelare, sia pure nelle more della pronuncia del giudice dichiarato competente sulla controversia, risultano in contrasto con l'art. 24, co. 1, e con l'art. 111, co. 1, Cost.; infatti la tutela cautelare è garanzia essenziale e strumento necessario per l'effettivo soddisfacimento dei diritti e degli interessi legittimi che costituiscono l'oggetto del giudizio, evitando che il tempo necessario per la definizione della causa determini un pregiudizio grave e irreparabile per le pretese sostanziali della parte che ha ragione, per cui la tutela cautelare*

richiede sempre risposte immediate e non ammette interruzioni; pertanto, la preclusione imposta al collegio adito, costretto dalla legge a negare la giustizia cautelare per un mero profilo di incompetenza territoriale, risulta contrario ai principi costituzionali di effettività e di tempestività della tutela giurisdizionale e del giusto processo”.

Spetterà certamente alla Corte costituzionale l'ultima parola. Tuttavia nelle more della definizione del giudizio di legittimità sia consentito ribadire la ragionevolezza delle scelte codicistiche e del sotteso bilanciamento tra valori costituzionali: nessun giudice senza competenza (neppure ai limitati fini cautelari).
