

Le “migrazioni” cautelari nel processo amministrativo e la violazione del principio del giudice naturale

di Nicola Pignatelli *
(19 marzo 2009)

Con le osservazioni che seguiranno si vuole sottoporre una problematica che attiene al funzionamento della tutela cautelare nel processo amministrativo; una questione che sembra essere stata metabolizzata dalla prassi processuale, per quanto assolutamente critica per la coerenza del sistema giurisdizionale e per la effettività del principio del giudice naturale (art. 25, 1° comma, Cost.). Nel processo amministrativo si assiste al singolare fenomeno delle “migrazioni” cautelari, per il quale un ricorrente, che impugna un atto amministrativo, con contestuale istanza di sospensiva, anziché dover necessariamente radicare il giudizio presso il giudice competente, può “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 ad altro Tar (competente).

E' noto come nel processo amministrativo la incompetenza territoriale non sia, come in altri processi, rilevabile d'ufficio; il giudice amministrativo, infatti, non è giudice della propria competenza. La incompetenza è, invece, rilevabile su eccezione di parte: le parti costituite in giudizio (amministrazione resistente e controinteressati), entro un termine perentorio, possono 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), sono così prospettabili due ipotesi: a) tutte le parti aderiscono all'istanza (con un *accordo traslativo*) ed il giudizio viene trasferito al Tar indicato nella istanza stessa; b) *in assenza di accordo traslativo*, l'istanza di regolamento di competenza è sottoposta ad una sommaria deliberazione del Tar adito, che può 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, opera 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 possono sorgere dubbi sulla legittimità di un sistema che attribuisce ad *entrambe le parti* di scegliere un giudice (anche normativamente incompetente) con un accordo traslativo, per quanto questo profilo più generale non possa certamente essere affrontato in questa sede. Ai nostri limitati fini, invece, interessa rilevare come possano sorgere dubbi sulla legittimità di un sistema che permette -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 ammette, infatti, che un giudice, anche palesemente incompetente, possa comunque adottare provvedimenti cautelari (cfr., per tutti, Cons. St., Ad. Pl., n. 2/1997). Questa giurisprudenza ha assecondato la prassi secondo la quale il difensore del ricorrente radica discrezionalmente il giudizio presso un qualsiasi Tar, al fine di ottenere una decisione cautelare dal giudice “scelto”, pur certo (*rectius*, in attesa) della eccezione di incompetenza delle controparti, a cui probabilmente aderirà, per evitare la altrettanto certa condanna alle spese (cfr. anche Tar Puglia, 10 febbraio 1984, n. 67; Tar Lombardia, 7 giugno 1995, n. 1456; Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006, n. 6065). La decisione da parte del giudice incompetente sulla adozione del provvedimento cautelare

lede palesemente il *diritto* (della Pubblica amministrazione resistente e del controinteressato) ad un giudice naturale costituito per legge, prima del fatto.

E' palese come la scelta assolutamente arbitraria del Tribunale amministrativo regionale attribuisca al ricorrente, in violazione dell'art. 25 Cost., il potere di "scegliere" sempre il giudice alla luce -ad esempio- degli indirizzi giurisprudenziali più favorevoli; la scelta di un'autorità giurisdizionale, anche per i soli fini cautelari, integra 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 giurisdizionale 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 definitivi o cautelari.

A questo si aggiunga che il fenomeno delle "migrazioni" cautelari appare ancor più grave di altre ipotesi, della cui legittimità costituzionale la dottrina ha puntualmente dubitato, quale quella prevista dall'art. 20 c.p.c. (su cui si veda R. Romboli, voce *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 374 ss.), 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. 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 è rimessa arbitrariamente nella mani del ricorrente, che avrà una trentina di opzioni (quanti sono i Tribunali amministrativi regionali in Italia), in assenza di una qualche predeterminazione normativa.

Per queste ragioni un giudice amministrativo, palesemente incompetente, innanzi al quale fosse incardinato un giudizio di impugnazione di un atto, previa sospensiva, avrebbe l'obbligo -alla luce di una interpretazione conforme del sistema processuale all'art. 25 Cost.- di non adottare misure cautelari, *sia* qualora il ricorrente concordi con la eccezione di incompetenza -ipotesi più probabile, vista la scelta consapevole di un giudice incompetente -, *sia* qualora, mancando l'accordo traslativo, venga attivato il giudizio del Consiglio di Stato e la istanza di regolamento di competenza risulti palesemente fondata.

Sono comunque rilevabili alcune (isolate) pronunce, in cui si è affermato che i provvedimenti adottati da un Tar, dichiarato incompetente a seguito del giudizio del Consiglio di Stato, possano essere *revocati* dal giudice competente, a cui è necessario trasferire la causa (Cons. gius. amm. sic., 13 giugno 2005, n. 514).

In realtà, una attuazione rigorosa dell'art. 25 Cost. imporrebbe non semplicemente che i provvedimenti del giudice palesemente incompetente possano essere successivamente revocati o che il giudice palesemente incompetente non possa adottare misure cautelari ma più specificatamente che il giudice palesemente incompetente *non possa neppure pronunciarsi sulle misure cautelari*, fosse anche nel senso della infondatezza; 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 va una altra (altrettanto isolata) pronuncia (del Cons. gius. amm. sic., 28 luglio 2004, n. 661), 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".

Questa logica, peraltro, trova anche un ancoraggio normativo, che potrebbe essere valorizzato ai fini del rispetto dell'art. 25 Cost. Infatti, come già detto, nell'ipotesi in cui non via sia l'accordo traslativo, sulla istanza di regolamento di competenza, proposta dalla Amministrazione resistente o dal controinteressato, il Tar adito decide con deliberazione sommaria, verificandone la non manifesta infondatezza (art. 31, 5° comma, l. 1034/1971); in una logica analoga lo stesso Tar, che rilevi la propria palese incompetenza (e quindi la manifesta infondatezza della istanza), *dovrebbe 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) rimane, però, quella in cui il ricorrente (proprio perché ben consapevole della propria scelta arbitraria) aderisca alla eccezione di incompetenza territoriale. In tale caso, in cui sussiste un accordo traslativo, mancherebbe al giudice un supporto normativo, che gli attribuisca una deliberazione (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, dovrebbe 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 dispone 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 dovesse ritenere di non poter valorizzare il momento di deliberazione sommaria sulla non manifesta infondatezza del regolamento di competenza e di non potersi discostare dall'indirizzo giurisprudenziale prevalente -secondo cui il giudice amministrativo ha il potere di adottare un provvedimento cautelare, anche prima della decisione del regolamento di competenza, pur in palese incompetenza del Tar adito- avrebbe 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 dispone 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*".

In attesa di un mutamento del diritto vivente o di una formulazione di un dubbio di legittimità costituzionale, continueremo ad assistere ad una sorta di "turismo" cautelare, conseguente magari ad un attento studio da parte della difesa del ricorrente della giurisprudenza (più prevedibile) nella materia di causa, o al contrario ad una "sedentarietà" cautelare, qualora il difensore del ricorrente, al fine di evitare di viaggiare per discutere una sospensiva nel lontano Tar competente, decida comodamente di instaurare il giudizio nel Tar territorialmente più vicino. Inutile ribadire quanto i valori della *prevedibilità* e della *comodità* del giudizio (cautelare) siano in dissonanza con l'art. 25 Cost. Non si può certo ritenere che non vi siano ragioni di interesse pubblico sottese all'individuazione dei criteri di determinazione della competenza territoriale (come ha irragionevolmente affermato il Cons. St., Ad. Pl., 14 ottobre 1992, n. 13), come se vigesse un principio di "fungibilità" dei giudici amministrativi.

* Assegnista di ricerca in diritto costituzionale Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

