

La competenza del giudice amministrativo

ed il regime di rilevanza dell'incompetenza

Di CHRISTIAN D'ORAZI

1. La competenza del Giudice Amministrativo.

Nel diritto processuale, la competenza attiene, in prima approssimazione, ai rapporti fra giudici (*rectius*: uffici giudiziari) appartenenti alla medesima giurisdizione, ognuno investito di una certa “frazione di giurisdizione”, secondo il riparto stabilito dal legislatore¹.

La pedissequa applicazione delle norme sull’attribuzione della giurisdizione e della competenza permette, in tal modo, di individuare quel “giudice naturale precostituito per legge”, dal quale, ai sensi dell’art. 25 Cost., nessuno può essere distolto.

D’altro canto, la circostanza che il Giudice sia munito di competenza, oltre che di giurisdizione, assurge a presupposto per l’emanazione di ogni tipologia di provvedimento giurisdizionale, al di fuori di quelli con cui, appunto, egli constata in rito la mancanza di tali elementi.

A differenza del processo civile – che conosce, com’è noto, tre criteri di attribuzione della competenza –, il processo amministrativo fa riferimento a due soli indici: la competenza territoriale e quella funzionale, entrambi espressamente definiti – si vedrà entro quali limiti – “inderogabili”. Residua, a giudizio dello scrivente, un’ulteriore ipotesi di competenza per materia (o meglio, di competenza per materia articolata territorialmente), sebbene disciplinata fra le ipotesi di competenza territoriale, inerente alle controversie riguardanti pubblici dipendenti (art. 13, comma 2, c.p.a.), le quali sono attribuite inderogabilmente al TAR nella cui circoscrizione vi è la sede di servizio.

I criteri citati sono reciprocamente posti in rapporto di genere a specie: il criterio del territorio, infatti, pur nelle diverse fattispecie in cui è declinato dall’art. 13 c.p.a., dovrebbe servire quale criterio generale di determinazione della competenza. La stessa collocazione sistematica della norma – che apre il Libro I, Titolo I, Capo IV del Codice, dedicato, appunto, alla competenza –, unitamente ad intuibili considerazioni di logica, suggerisce un simile approccio ermeneutico.

¹ Sul punto, v., per tutti, S. Satta, C. Punzi, “Diritto processuale civile”, Cedam, Padova, 1996, 34 ss.; G. Chiovenda, “Istituzioni di diritto processuale civile”, Jovene, Napoli, 1936, 140 ss.

La competenza funzionale, la cui *ratio*, nel disegno codicistico, è ispirata alla valorizzazione delle specializzazioni particolari acquisite da singoli TAR in ordine a determinate materie, impone, in via di principio, di disapplicare i criteri di attribuzione generali, in favore di criteri di collegamento fondati su logiche diverse. E', dunque, possibile rilevare che, nel disegno delineato dal codice di rito, la differenza fra l'articolazione per materia e quella funzionale risiede nel fatto che la prima, pur costituendo un'eccezione al criterio ordinario della sede, risulta con esso comunque connessa, o comunque è possibile sussumerla nella medesima logica; il criterio di attribuzione della competenza funzionale è, invece, del tutto avulso dal criterio ordinario.

Occorre, dunque, precisare in che senso si debba intendere la "inderogabilità" della competenza, predicata dagli articoli 13 e 14 c.p.a. Il problema esegetico si pone con particolare vigore in riferimento al criterio territoriale (art. 13 c.p.a.). Ciò in quanto, sotto un primo profilo, la competenza territoriale non viene individuata univocamente in base ad un unico criterio di collegamento, bensì il legislatore ha previsto una nutrita serie di sub-criteri, tutti espressamente definiti "inderogabili"².

Il sub-criterio "principale" è quello, previsto dall'art. 13, comma 1, c.p.a., della sede della PA cui è riferito l'atto, l'accordo o il comportamento censurato. Esso, tuttavia, per costante giurisprudenza³, "cederebbe il passo"⁴, per così dire, al disposto del secondo periodo del medesimo

² In particolare, sono previsti: a) il criterio della sede della PA cui è attribuibile l'atto, accordo o comportamento censurato (art. 13, comma 1, primo periodo), che trova specificazione in riferimento agli atti non statali ad efficacia ultra-regionale (art. 13, comma 3, seconda parte); b) il criterio dell'ambito territoriale in cui sono limitati gli effetti diretti dell'atto, dell'accordo o del comportamento (art. 13, comma 1, secondo periodo); c) il criterio della sede di servizio per le controversie che hanno ad oggetto pubblici dipendenti (art. 13, comma 2); d) il criterio della statualità degli atti (art. 13, comma 3, prima parte).

³ Parte della dottrina, specie con riferimento al sistema previgente, si pone in senso contrario: v. M. Nigro, "Giustizia Amministrativa", Mulino, Bologna, 1976, 277.

⁴ La tesi della cedevolezza del criterio della sede di cui al primo comma dell'art. 13 c.p.a. è stata, da ultimo, sostenuta da TAR Campania, 21 gennaio 2019, n. 137, secondo cui "*Premesso che, ai sensi dell'art. 13, comma primo, c.p.a. tra i due criteri di riparto della competenza territoriale — quello del luogo della sede dell'autorità emanante e quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato — si deve dare prevalenza a quest'ultimo in virtù del dato letterale costituito dall'uso dell'espressione "comunque", ai fini dell'individuazione del Tribunale amministrativo regionale competente a conoscere del ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica (ivi compresi eventuali provvedimenti di esclusione), deve aversi riguardo al luogo di produzione degli effetti diretti cui è preordinato l'atto finale della procedura, ossia all'ambito territoriale di esplicazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria conseguente all'emanazione dell'atto di aggiudicazione e alla stipula contrattuale e, dunque, al luogo di esecuzione dei lavori, indipendentemente dalla sede della Stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara e dalla sede dei partecipanti alla gara*"; nello stesso senso, TAR Molise, 15 novembre 2018, n. 133, a mente del quale "*In materia di competenza inderogabile del giudice amministrativo, il rapporto tra i due criteri previsti dall'art. 13, comma 1, c.p.a., segue la logica della complementarietà e della reciproca integrazione, nel senso che il criterio principale è quello della sede dell'Autorità che ha adottato l'atto impugnato ma, nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico, il criterio della sede cede il passo a quello dell'efficacia spaziale*"; C.G.A.R.S., 1 febbraio 2018, n. 251, per la quale "*Il rapporto tra i due criteri di competenza territoriale previsti dall'art. 13, comma 1, c.p.a. segue una logica di complementarietà e di reciproca integrazione: il criterio principale è quello della sede dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato ma nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un tribunale periferico, il criterio della sede cede il passo a quello dell'efficacia spaziale.. Se il criterio della sede e quello dell'efficacia spaziale dell'atto impugnato finiscano per coincidere, la*

comma, secondo cui “è *comunque* inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni” il TAR nel cui ambito territoriale sono limitati gli effetti diretti dell’atto, accordo o comportamento censurato.

La tesi della cedevolezza del criterio della sede⁵, in favore di quello dell’efficacia spaziale degli effetti dell’atto, basata su di una interpretazione in senso disgiuntivo/escludente dell’avverbio “*comunque*”, è, a giudizio di chi scrive, da respingere, in favore dell’opposta teoria della generale cumulabilità dei due criteri.

Di conseguenza, in base alla opzione interpretativa proposta dallo scrivente, i due fori individuati dall’art. 13, comma 1, c.p.a. dovrebbero considerarsi fra loro alternativi, con possibilità per il

controversia si radica nella competenza territoriale dello stesso Tar”; TAR Toscana, 4 dicembre 2017, n. 1509, secondo cui “*La competenza territoriale nel processo amministrativo è regolamentata dall’articolo 13 del c.p.a. La dizione letterale della norma porta a ritenere che in caso di conflitto tra il «criterio della sede» dell’ente emanante l’atto impugnato ed il «criterio dell’efficacia» del medesimo, debba prevalere quest’ultimo. La conclusione si evince dalla parola «comunque» inserita nel secondo periodo della norma richiamata, atta ad indicare che si deve avere riguardo, per individuare il tribunale amministrativo regionale competente per territorio, in primo luogo all’efficacia dell’atto: se questa è limitata ad una determinata regione, sarà competente il tribunale competente per tale regione. Il criterio della sede dell’ente emanante l’atto impugnato entra in gioco quando il gravame è diretto avverso atti con efficacia ultraregionale”*; TAR Umbria, 9 giugno 2016, n. 483, la quale ha affermato che “*L’art. 13 comma 1, c.p.a., nel delineare, congiuntamente al successivo comma 3 dedicato agli atti ad efficacia ultraregionale, i rapporti tra il criterio della sede e quello dell’efficacia spaziale secondo una logica di complementarietà e di reciproca integrazione, ha inteso chiarire che il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell’Autorità amministrativa, cui fa capo l’esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell’efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell’ambito territoriale di un Tribunale periferico; in tale evenienza la competenza spetta, quindi, al Tribunale Amministrativo nella cui circoscrizione tali effetti si verificano anche se l’atto sia stato adottato da un organo dell’Amministrazione centrale, ovvero da un ente ultraregionale; pertanto, in tema di competenza territoriale, il criterio principale è quello della sede dell’Autorità che ha adottato l’atto impugnato e tale criterio è sostituito da quello inerente gli effetti diretti dell’atto qualora questi si esplicino in luogo compreso nella circoscrizione territoriale di uno specifico Tar; né induce a diversa soluzione la circostanza che siano impugnati anche gli atti endoprocedimentali (ed in particolare i verbali della Commissione esaminatrice, che ha operato in Roma), atteso che, per regola generale, desumibile dall’art. 13 comma 4-bis, c.p.a., la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l’interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, tranne che si tratti di atti normativi o generali”*; TAR Lazio, 12 novembre 2013, n. 9657, per cui “*I commi 1 e 2 dell’art. 13 c.p.a., nel delineare — congiuntamente al successivo comma 3, dedicato agli atti ad efficacia ultra — regionale — i rapporti tra il criterio della sede e quello dell’efficacia spaziale secondo una logica di complementarietà e di reciproca integrazione, hanno inteso chiarire che il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell’autorità amministrativa cui fa capo l’esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell’efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell’ambito territoriale di un Tribunale periferico. Ne consegue la spettanza della competenza in tal caso al Tribunale nella cui circoscrizione tali effetti si verificano anche nell’ipotesi in cui l’atto sia stato adottato da un organo centrale dell’Amministrazione statale, da un ente ultraregionale ovvero da un organo periferico dello Stato che abbia sede nell’ambito della circoscrizione di altro Tribunale territoriale”*; Cons. Stato, 30 agosto 2013, n. 4335, per cui “*Ai sensi dell’art. 13 comma 1 secondo periodo, c. proc. amm. nel caso in cui gli effetti diretti dell’atto impugnato siano limitati al territorio di una sola regione la competenza territoriale è del Tar nella cui circoscrizione si producono gli effetti, a nulla rilevando, in contrario, che l’autorità emanante abbia sede in un’altra regione”*. Nello stesso senso, v. anche la Relazione di accompagnamento al d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo”, 17.

⁵ La tesi della cedevolezza era certamente da preferirsi sotto la vigenza della disciplina precedente al Codice del processo amministrativo, in base alla quale “Per gli atti emessi da organi centrali dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale, la cui efficacia è limitata territorialmente alla circoscrizione del tribunale amministrativo regionale, [e per quelli relativi a pubblici dipendenti in servizio, alla data di emissione dell’atto, presso uffici aventi sede nella circoscrizione del tribunale amministrativo regionale] la competenza è del tribunale amministrativo medesimo” (art. 3, comma 2, l. 1034/1971).

ricorrente di adire indifferentemente l'uno o l'altro⁶. Milita a favore della ricostruzione qui proposta il fatto che, nella complessa disciplina posta dall'art. 13 c.p.a., il criterio dell'efficacia spaziale è l'unico che “*comunque*” opera, anche – deve intendersi – quando potrebbe applicarsi il criterio della sede. Una simile soluzione ermeneutica è, fra l'altro, insita nella “logica di complementarietà e reciproca integrazione” cui si richiama la stessa giurisprudenza favorevole alla tesi della cedevolezza⁷. A nulla valgono, inoltre, le considerazioni sul carattere “inderogabile” del criterio dell'efficacia spaziale limitata dell'atto, atteso che l'inderogabilità è connaturata anche all'applicazione del criterio della sede, come, del resto, ad ogni altro criterio di attribuzione della competenza previsto dal Codice.

L'alternatività è, peraltro, esclusa, con recupero della piena operatività del criterio della sede, quando si tratta di atti non statali aventi, ciononostante, efficacia ultraregionale, oppure quando non è esattamente circoscrivibile un esclusivo ambito regionale di efficacia dell'atto, dell'accordo o del comportamento censurato^{8 9}.

Non è, inoltre, possibile ricorrere al criterio generale della sede quando l'atto ha efficacia sull'intero territorio nazionale (cd. “atti statali”), ed in tal caso la competenza è attribuita al TAR Lazio, sede di Roma, giusto il disposto dell'art. 13, comma 3, prima parte, c.p.a.

Nella ricostruzione che qui si enuncia, il concetto di “inderogabilità”, con riferimento alla competenza territoriale del Giudice Amministrativo, implicherebbe, dunque, non tanto l'univocità della scelta del foro da adire; ma, piuttosto, significherebbe, da un lato, l'impossibilità per le parti di eventualmente individuare un foro pattizio – come, invece, si ammette nel processo civile¹⁰ –, e, dall'altro lato, impone al Giudice adito una verifica più rigorosa sulla sua competenza, inserendosi bene nel complesso regime della rilevabilità dell'incompetenza previsto dal codice di rito.

⁶ In dottrina, nel senso della cumulabilità e dell'alternatività dei criteri della sede e dell'efficacia dell'atto, v. V. Caianello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 2003.

⁷ V. TAR Molise 133/2018 cit.; C.G.A.R.S. 251/2018 cit.; TAR Umbria 483/2016 cit.

⁸ In tal senso, v. Cons. Stato 4335/2013 cit.

⁹ Va, comunque, riportata la giurisprudenza dominante formatasi il sistema previgente (l. 1034/1971) al Codice del processo amministrativo, in base alla quale “*In materia di determinazione della competenza dei TAR, per gli atti emessi da organi periferici dello Stato non ha rilevanza il criterio dell'ambito territoriale di efficacia dell'atto, perché, ai sensi dell'art. 2 lett. b) n. 1, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, deve ritenersi operante, in via esclusiva, il criterio della localizzazione dell'organo che ha emesso il provvedimento impugnato*”.

¹⁰ E come, del resto, si ammetteva nel processo amministrativo sotto la vigenza della l. 1034/1971: cfr., per tutti, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 1997, n. 2, in motivazione, per cui “*Va ricordato che l'incompetenza per territorio non è rilevabile d'ufficio (art. 31 cit., primo comma). Inoltre, ai sensi del successivo quarto comma, la competenza territoriale è sempre derogabile in forza di accordo tra le parti. Queste possono anche convenire per la rimessione della controversia ad un TAR diverso da quello astrattamente competente ex art. 3 L. n. 1034 del 1971, senza alcuna possibilità da parte del giudice di intervenire [...]*”.

Ne consegue che il giudice, vincolato dalla prospettazione delle parti, non può modificare l'erronea indicazione di competenza



Quanto alla competenza funzionale, anch'essa inderogabile, l'art. 14, comma 3, c.p.a. pone come regola generale quella per cui l'individuazione del TAR competente con criteri diversi dall'art. 13 (per territorio "puro" o per materia articolata territorialmente) fonda un'ipotesi di competenza funzionale¹¹. Tale titolo di attribuzione ha l'effetto processuale di inibire il concorso di qualsiasi altro criterio di collegamento, incardinando la competenza nel TAR specificamente individuato dalla norma, secondo logiche che non possono, neppure latamente, essere ricondotte a sistema rispetto al criterio generale di attribuzione, rappresentato, come si è detto più volte, dalla sede dell'Amministrazione cui è riferito l'atto, l'accordo o il comportamento censurato.

Da ultimo, per completezza argomentativa, va dato conto – pur non essendo questa la sede di una più puntuale disamina dell'argomento – della regola posta dall'art. 13, comma 4-bis, c.p.a.¹², secondo cui l'impugnazione del provvedimento da cui scaturisce l'interesse a ricorrere attrae nella competenza del TAR adito anche le azioni svolte nei confronti degli atti presupposti, tranne che si tratti di atti normativi o generali, con riferimento ai quali non opera alcuna deroga ai criteri di attribuzione della competenza sopra esaminati.

2. Il rilievo dell'incompetenza del Giudice Amministrativo nel corso del giudizio di primo grado.

Ciò posto in linea generale, ed in disparte la questione della cedevolezza o meno del criterio ordinario della sede rispetto a quello dell'efficacia spaziale degli effetti dell'atto, va ora analizzata la disciplina della rilevanza del difetto di competenza nella cornice posta dall'art. 15 c.p.a.

Il regime previsto dal Codice si atteggia in modo radicalmente diverso a seconda del fatto che sia stata proposta o meno domanda cautelare.

Infatti, nell'ipotesi in cui il ricorso non sia accompagnato da domanda cautelare, o, comunque, essa non venga formulata nel corso del giudizio di primo grado, l'incompetenza del TAR adito può essere rilevata dalle parti entro il termine previsto per la costituzione in giudizio (art. 15, comma 3, c.p.a.).

Le parti abilitate a sollevare l'eccezione *de qua* devono intendersi esclusivamente l'Amministrazione intimata ed i controinteressati, posto che vale per il ricorrente il noto divieto di *venire contra factum proprium*, con la conseguenza che, una volta incardinato il giudizio, egli

¹¹ Attualmente, l'art. 14, commi 1 e 2, c.p.a. stabiliscono che sono devolute alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, le controversie indicate dall'art. 135 c.p.a. e le altre stabilite dalla legge; mentre sono funzionalmente attribuite alla competenza inderogabile del TAR Lombardia, sede di Milano, le controversie relative ai poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e del gas.

¹² Comma aggiunto con d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (cd. "secondo correttivo")



rimane vincolato alla propria scelta originaria, essendogli preclusa sia la possibilità di eccepire l'incompetenza nelle more del giudizio di primo grado, sia di impugnare la sentenza di prime cure per i profili attinenti alla competenza, nell'ipotesi in cui il TAR adito non abbia rilevato il difetto della stessa.

In omaggio al principio della inderogabilità della competenza, da interpretarsi secondo quanto sostenuto nel paragrafo che precede, e, in ogni caso, per evidenti ragioni di economia processuale e di celerità del giudizio, se una delle parti abilitate eccepisce l'incompetenza del TAR adito, il Presidente dello stesso ha l'onere di fissare una camera di consiglio per la pronuncia immediata sulla relativa questione. A ben vedere, si tratta di una disciplina differente rispetto al processo civile, dove il giudice può, con ordinanza, provvedere immediatamente sull'eccezione di incompetenza, oppure riservarsi di deciderla unitamente al merito.

Il provvedimento emesso all'esito di detta camera di consiglio assume la forma di ordinanza (art. 15, comma 4, c.p.a.), e, nell'ipotesi in cui venga rilevato il difetto di competenza, il TAR adito deve ivi indicare un altro giudice ritenuto competente, davanti al quale le parti hanno la facoltà di riassumere la causa, fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, nonché le prescrizioni e decadenze eventualmente maturate, entro 30 giorni dall'avvenuta comunicazione della già menzionata ordinanza.

Essa è impugnabile esclusivamente con regolamento di competenza, atteso che, pur in mancanza di puntuale chiarimento legislativo, pare inquadrabile senza particolari problemi nel novero delle "ordinanze che pronunciano sulla competenza senza decidere sulla domanda cautelare" di cui all'art. 15, comma 5, c.p.a., contro le quali, appunto, è ammesso il solo regolamento di competenza¹³.

Pur in assenza di impulso di parte, al Giudice adito è attribuito, in ossequio al citato principio di inderogabilità della competenza, il potere di rilevare officiosamente il relativo difetto, entro un termine, peraltro, molto dilatato, e cioè "*finché la causa non è decisa nel merito in primo grado*" (art. 15, comma 1, c.p.a.)¹⁴. Quando il TAR adito ravvisa d'ufficio la propria incompetenza, ha, in

¹³ A sostegno di questa tesi, peraltro pacifica in dottrina e giurisprudenza, si segnala anche il disposto dell'art. 16, comma 1, c.p.a., a mente del quale il termine stabilito per la proposizione del regolamento di competenza decorre dalla notificazione (30 giorni) o dalla pubblicazione (60 giorni) "dell'ordinanza che pronuncia sulla competenza".

¹⁴ Anche su questo punto, si noti la differenza rispetto al processo civile, dove l'incompetenza, quando consentito, può essere rilevata d'ufficio dal giudice entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 183 c.p.c. Va, ad ogni modo, richiamata la giurisprudenza formatasi sull'art. 41 c.p.c., il quale, sebbene con riferimento al regolamento di giurisdizione nel processo civile, utilizza formula analoga a quella contenuta nell'art. 15, comma 1, c.p.a. La Corte di Cassazione (SS.UU., 9 dicembre 2008, n. 28874) ha sancito che la locuzione "*finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado*" deve essere intesa nel senso che "*qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo sia radicato ha efficacia preclusiva del regolamento preventivo di giurisdizione, con la conseguenza che il regolamento stesso non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una pronuncia, anche solo limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale*". Di conseguenza, anticipando quanto si dirà *infra*, l'applicazione di tale principio potrebbe rilevare, nel

ogni caso, l'onere di sottoporre la questione al contraddittorio delle parti (cd. contraddittorio verticale) ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.c., ferma, comunque, l'impossibilità per le stesse di accordarsi nel senso di radicare la competenza dinnanzi al medesimo TAR, stante l'assoluta indisponibilità – diretto corollario dell'inderogabilità – per le parti del regime della competenza.

Nella diversa ipotesi in cui sia proposta, unitamente al ricorso o in un momento successivo, domanda cautelare, il regime della rilevabilità dell'incompetenza si fa addirittura più stringente.

Infatti, l'art. 15, comma 2, c.p.a. prevede che “in ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14, non decide sulla stessa”¹⁵. La decisione è resa ugualmente in forma di ordinanza, che conterrà unicamente la decisione sulla competenza, se essa viene declinata dal Giudice adito in favore di altro TAR; oppure la suddetta ordinanza, ritenuta la competenza del TAR adito, deciderà anche la domanda cautelare.

Nel caso in esame, dunque, vi è (o vi dovrebbe essere) una pronuncia preliminare ed immediata sulla questione di competenza – resa nelle già esaminate forme dell'ordinanza –, la quale si impone anche a prescindere dalla domanda di parte, e precede (o dovrebbe necessariamente) precedere l'esame della stessa istanza cautelare.

Per la verità, il rigore della norma è temperato da successive disposizioni del Codice, dalle quali è possibile trarre argomenti circa la configurabilità di casi in cui il Giudice decida sulla domanda cautelare ma non anche sulla competenza, neppure implicitamente. Ad esempio, l'art. 92, comma 5, c.p.a. stabilisce che “[...] Non costituiscono decisione implicita sulla competenza le ordinanze [...] che disattendono l'istanza cautelare senza riferimento espresso alla questione di competenza”.

3. Il rilievo officioso del difetto di competenza: sulla consumazione del potere del Giudice.

Va, dunque, approfondito il regime della rilevabilità d'ufficio del difetto di competenza, ed in particolare occorre verificare se il potere del Giudice sul punto permanga in ogni caso intatto, oppure esso possa essere consumato, e perciò venir meno, a seguito del compimento di atti della procedura.

Premesso innanzitutto che, come già accennato *supra*, che l'art. 15, comma 1, c.p.a. fa coincidere il *dies ad quem* per la rilevabilità officiosa dell'incompetenza con il giorno in cui la causa “è decisa nel merito in primo grado”, bisogna bipartire l'analisi con riferimento alle ipotesi in cui sia stata proposta o meno domanda cautelare.

processo amministrativo, al fine di ridurre la latitudine temporale del potere di rilevazione officiosa del difetto di competenza da parte del Giudice Amministrativo.

¹⁵ V. anche art. 55, comma 13, c.p.a., secondo cui “Il giudice adito può disporre misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14; altrimenti provvede ai sensi dell'art. 15, comma 4”.

Quando non sia attivata la tutela cautelare, e l'eccezione di incompetenza non venga sollevata dalle parti abilitate entro il termine per la loro costituzione¹⁶, il Giudice può rilevare il difetto in ogni momento, fino alla decisione. In assenza di puntuali chiarimenti da parte del Consiglio di Stato, giova qui ricordare, tuttavia, un certo orientamento restrittivo della giurisprudenza civile di legittimità, la quale, sebbene con riferimento al termine di cui all'art. 41 c.p.c. per la proposizione del regolamento di giurisdizione, ha stabilito come la locuzione *“finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado”* (utilizzata anche dall'art. 15 c.p.a.) deve essere intesa nel senso che *“qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo sia radicato ha efficacia preclusiva del regolamento preventivo di giurisdizione, con la conseguenza che il regolamento stesso non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una pronuncia, anche solo limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale”*¹⁷.

Applicando – come sembrerebbe ragionevole – tale orientamento, si giunge alla conclusione che il Giudice Amministrativo consumerebbe il potere di rilevare d'ufficio il difetto di competenza quando emani una qualsiasi decisione, di rito o di merito, ancorché non definitiva.

Per alcuni versi, accedendo alla teoria di cui si è appena discusso, il regime della rilevanza officiosa dell'incompetenza verrebbe ridotto, sebbene in via pretoria, ad unità, posto che, a prescindere dalla proposizione o meno di istanze cautelari, la *ratio* comune potrebbe individuarsi nella necessità per il Giudice – che è corollario dell'inderogabilità sancita dagli art. 13 e 14 c.p.a. – di interrogarsi circa la propria competenza prima di emettere una qualsiasi decisione¹⁸.

¹⁶ Sulla cui perentorietà ai limitati fini dell'eccezione di incompetenza v. TAR Lazio, 22 settembre 2015, n. 11347, secondo cui *“L'art. 15 c.p.a. prevede, allo stato, che il difetto di competenza è rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado, e che è altresì rilevabile anche dalla parte, ma se il ricorrente non ha proposto la domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito dalle parti intimato entro il termine previsto dall'art. 46 comma 1, c.p.a. per la costituzione in giudizio, e dunque entro i sessanta giorni dal perfezionamento nei rispettivi confronti della notificazione del ricorso, ridotti della metà per i riti abbreviati. Pertanto, anche se il predetto termine di cui al comma 1 dell'art. 46 ha una funzione meramente dilatoria e di garanzia, nel senso che, sino a che esso è pendente, il giudizio non può essere definito in assenza del resistente, ma se questo si costituisce, pur tardivamente, ma prima che il ricorso sia stato deciso, la sua costituzione è ammissibile, tuttavia lo stesso finisce per assumere natura perentoria anche se solo nel suo richiamo nel comma 3 dell'art. 15 e ai predetti limitati effetti e, cioè, rendendo inammissibile, per intervenuta decadenza, l'eccezione di incompetenza”*.

¹⁷ SS.UU., 9 dicembre 2008, n. 28874 cit.; in senso conforme, SS.UU., 27 luglio 2016, n. 15542, per cui *“Qualsiasi decisione emanata dal giudice presso cui il processo è radicato preclude la proponibilità del regolamento di giurisdizione”*.

¹⁸ Diversamente, nel processo civile la pronuncia sull'istanza cautelare non rileva ai fini dell'avveramento della condizione *“finché la causa non è decisa nel merito in primo grado”*, posta dall'art. 41 c.p.c. (v. Cass., 26 giugno 2002, n. 9332).



La consumazione del potere *de quo* non si determinerebbe, peraltro, quando il Giudice si pronunciasse solo in relazione ad adempimenti istruttori¹⁹, o, comunque, attraverso atti successivamente revocabili²⁰.

Ciò posto, occorre ora valutare se la formulazione, *ab origine* o in corso di causa, dell'istanza cautelare incida sul regime della rilevabilità officiosa del difetto di competenza del Giudice Amministrativo.

Gli articoli 15, comma 2 e 55, comma 13, c.p.a. affermano con vigore il principio per cui l'esame (e la relativa decisione) della domanda cautelare è subordinata alla verifica della competenza del TAR adito, in mancanza della quale il Giudice "non decide".

Questo principio, la cui stretta applicazione dovrebbe condurre all'esclusione della possibilità per il Giudice che si ritenga competente (e, di guisa, decida sulla domanda cautelare) di rilevare successivamente d'ufficio, *melius re perpensa*, la propria incompetenza²¹, va, in effetti, confrontato con la regola generale della rilevabilità d'ufficio della stessa "finché la causa non è decisa nel merito in primo grado", di cui all'art. 15, comma 1, c.p.a.; con il disposto dell'art. 92, comma 5, c.p.a., il quale afferma espressamente che "[...] Non costituiscono decisione implicita sulla competenza le ordinanze [...] che disattendono l'istanza cautelare senza riferimento espresso alla questione di competenza"; e con la giurisprudenza, incline a negare, sebbene con precipuo

¹⁹ Cfr. SS.UU., 10 gennaio 2019, n. 489 per cui "La mera delibazione, in via incidentale, della questione di giurisdizione, contenuta in un provvedimento privo di natura decisoria e avente carattere, meramente istruttorio, non preclude la proposizione del ricorso per regolamento di giurisdizione, neppure in relazione alla circostanza che la causa sia stata, precedentemente posta in decisione. La riapertura della istruttoria per l'espletamento di ulteriori adempimenti esclude - infatti - la applicabilità del principio secondo cui il regolamento di giurisdizione non è più proponibile quando la causa sia stata trattenuta per la decisione di merito, in quanto la anticipazione, a tale momento della preclusione è giustificata dal fatto che esso segna normalmente l'inizio della fase decisoria. Qualora, invece, la detta fase si concluda senza una decisione, sia pure limitata alla giurisdizione o alla risoluzione di altra questione processuale, viene meno la ragione della predetta anticipazione, sicché il momento preclusivo del regolamento di giurisdizione deve essere individuato nella chiusura della ulteriore udienza di discussione, fissata a seguito dell'esaurimento della Istruttoria".

²⁰ Cfr. SS.UU., 2 dicembre 2013, n. 26937, a mente della quale "L'ordinanza-ingiunzione emessa ai sensi dell'art. 186 ter cod. proc. civ., ancorché recante una pronuncia sulla giurisdizione, non può considerarsi come decisione sul merito, essendo soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili". Cfr., inoltre, SS.UU., 29 gennaio 2018, n. 2144, secondo cui "La preclusione alla proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, prevista dall'art. 41, comma 1, c.p.c. - che di regola si verifica, non al momento della pubblicazione del provvedimento decisorio nel merito in primo grado, ma da quello (precedente) in cui la causa viene trattenuta in decisione - non opera allorché il giudice, dopo aver trattenuto la causa in decisione, assegnando alle parti i termini per il deposito di compare conclusionali e memorie di replica, sospenda il processo ai sensi dell'art. 367 c.p.c., posto che, in questo caso, per effetto del provvedimento di sospensione, la pronuncia sul regolamento recupera la funzione di consentire una sollecita definizione della questione"; in senso conforme SS.UU., 11 aprile 2017, n. 9283.

²¹ In tal senso, v. C.G.A.R.S., 21 giugno 2016, n. 182, per la quale "Se nel corso del giudizio di merito, sia proposta domanda cautelare, ma nessuna parte deduca l'incompetenza e questa non sia esaminata esplicitamente dal giudice, il comma 2 dell'art. 15 cod. proc. amm. stabilisce che «il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14, non decide sulla stessa (domanda cautelare)». Il potere officioso del giudice di esaminare la questione di competenza nell'ambito del giudizio cautelare e la decisione sulla competenza, anche se implicita, non rileva solo nell'ambito dell'incidente cautelare, ma vincola anche la decisione del merito" (il medesimo principio è affermato anche da C.G.A.R.S., 20 aprile 2015, n. 332).

riferimento all'istituto del regolamento di giurisdizione, che la pronuncia resa in sede cautelare possa costituire “decisione nel merito in primo grado”²².

Se, dunque, come si è sostenuto, ed in accordo con la giurisprudenza da ultimo citata, la pronuncia sulla domanda cautelare, non costituendo “decisione nel merito in primo grado”, è inidonea ad integrare il parametro richiesto dall'art. 15, comma 1, c.p.a. – che, giova ribadirlo, reca formulazione identica all'art. 41 c.p.c. –, allora deve concludersi che l'applicazione della regola generale sulla rilevabilità officiosa dell'incompetenza non può essere vulnerata dalla statuizione resa sul punto in sede cautelare. Ben potrebbe, quindi, il TAR presso cui l'istanza è proposta ritenersi competente e decidere la domanda cautelare, e, solo in un momento successivo – ma comunque prima di trattenere la causa in decisione –, rilevare d'ufficio il difetto di competenza.

Ciò, perlomeno, vale certamente nell'ipotesi in cui il Giudice abbia disatteso l'istanza cautelare, senza tuttavia fare riferimento espresso alla questione di competenza, in forza di quanto stabilito dall'art. 92, comma 5 c.p.a., sopra riportato. Ne deriva, quale ulteriore conseguenza, che, nell'ipotesi in cui l'ordinanza ometta di statuire sulla competenza e accolga, anche solo parzialmente, la domanda cautelare, le parti che avrebbero interesse unicamente a far valere l'incompetenza del TAR adito dovrebbero limitarsi ad eccepirlo in giudizio a norma dell'art. 15, comma 3, senza proporre regolamento di competenza o appello cautelare.

Ad analoga conclusione si giunge, ad avviso dello scrivente, nell'ipotesi in cui il TAR adito in sede cautelare abbia esplicitamente dichiarato la propria competenza ed abbia provveduto sulla relativa istanza, posto che, anche nel processo amministrativo, non viene meno il carattere provvisorio ed interinale della pronuncia resa in sede cautelare, con conseguente necessaria provvisorietà anche in riferimento all'accertamento della competenza del giudice adito.

Peraltro, è possibile che la decisione sulla cautelare giunga mentre ancora pendono i termini utili concessi alle parti di eccepire l'incompetenza²³: perciò, in ipotesi, sarebbe assurdo sostenere che il Giudice possa pronunciarsi sulla relativa eccezione di parte – magari anche riconoscendo il difetto

²² Cfr. SS.UU., 14 gennaio 2014, n. 584, secondo cui “la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che il giudice adito per il merito abbia provveduto su di una richiesta di provvedimento cautelare, anche se, ai fini della pronuncia, abbia risolto in senso affermativo o negativo una questione attinente alla giurisdizione, ed anche se sia intervenuta pronuncia sul reclamo avverso il provvedimento cautelare. La ragione sta in ciò che il provvedimento reso sulla istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare”; nello stesso senso SS.UU., ord. 9 febbraio 2011, n. 3167.

²³ A conferma di questa conclusione v. anche l'art. 60 c.p.a., il quale stabilisce che il TAR adito, quando intenda procedere alla definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, deve concedere alle parti un termine non superiore a 30 giorni, quando queste dichiarino di voler eccepire, fra l'altro, il difetto di competenza (La norma, non perfettamente coordinata con le modifiche apportate successivamente alla sua emanazione, fa, in realtà, riferimento al regolamento di competenza, in origine proponibile in via preventiva. Tuttavia, per salvaguardare il senso della norma) appare più corretto interpretarla come se si riferisse alla eccezione di incompetenza, atteso che, attualmente, il regolamento di competenza assume – anche nel processo amministrativo – il carattere impugnatorio che si rinviene anche nel processo civile).



di competenza –, ma non possa officiosamente rilevarlo, poiché vincolato alla propria precedente determinazione.

In sintesi, la *ratio* sottesa alla norma per cui il TAR adito in sede cautelare deve interrogarsi sulla propria competenza prima di esaminare l'istanza proposta, non è quella di paralizzare il meccanismo di rilevabilità del difetto *de quo*, bensì quella di tutelare il principio di inderogabilità sancito dagli articoli 13 e 14 c.p.a., razionalizzandone il controllo ad opera del Giudice²⁴.

Il TAR adito, a prescindere dall'esercizio o meno dell'azione cautelare, rimane, invece, assolutamente vincolato alla propria decisione quando rileva, non importa se officiosamente o su istanza di parte, la propria incompetenza, indicando il giudice che ritiene competente, a norma dell'art. 15, comma 4, c.p.a.

In tal caso, in effetti, il Giudice, rilevando il difetto di competenza, consuma il relativo potere, e “costringe” le parti ad impugnare la decisione attraverso il regolamento di competenza.

²⁴ Il principio di inderogabilità della competenza è ulteriormente rafforzato dal riconoscimento operato dall'art. 62, comma 4, c.p.a. del potere in capo al Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, di rilevare d'ufficio la violazione, fra gli altri, degli articoli 13 e 14 c.p.a.