

Il principio del consolidamento nella dinamica del processo amministrativo

di Marco Francesco Errico

SOMMARIO: 1. Principi e diritto amministrativo nell'era del *désordre normatif*. – 2. Il consolidamento nel settore delle abilitazioni professionali. – 3. Il meccanismo di consolidamento formale e sostanziale nella dinamica del processo amministrativo: una introduzione. – 3.1. Il consolidamento: applicazione concreta della effettività della tutela cautelare. – 3.2. L'accertamento processuale della stabilizzazione dei fatti sopravvenuti: inutile, sovrabbondante o necessario? – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Principi e diritto amministrativo nell'era del désordre normatif*

Nel linguaggio comune, la parola '*principio*' ha un doppio significato; esso può intendersi sia come inizio ma, anche, «concetto, che [...] sta alla base di un ragionamento, di una convinzione»¹.

Anche nel complesso mondo del diritto, i principi possono intendersi nella suddetta duplice accezione terminologica; essi, al contempo, hanno ricoperto un ruolo decisivo nella costruzione dello Stato e nel riconoscimento di diritti fondamentali dei cittadini, cioè quel nucleo essenziale, che l'ordinamento, e quindi anche la P.A., deve garantire.

I principi sono quella “cartina di tornasole”, meglio, una guida essenziale per orientare la complessa attività ermeneutica degli operatori del diritto.

L'emersione di questa fondamentale funzione è ancor più tangibile ove si consideri che l'attuale sistema giuridico è, notoriamente, contraddistinto da un notevole *désordre normatif*, in cui il legislatore o interviene continuamente², modificando profondamente la vigente normativa, o al contrario sceglie, scientemente, di non regolare interi campi³ che, di conseguenza, rimangono “inesplorati”.

¹ Principio in Vocabolario *on line*, <https://www.treccani.it/vocabolario/principio/>.

² Uno degli esempi maggiormente espressivi di quanto detto è il settore degli appalti pubblici, in cui il legislatore, nonostante il recente codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50 del 2016, ha emanato un nuovo codice nel 2023 (d.lgs. n. 36/2023), pur in assenza di nuove direttive europee cui adeguarsi.

³ Si pensi ad esempio, alla rigenerazione urbana, la quale non è, nonostante la sua assoluta centralità nel dibattito scientifico, definita dal legislatore statale.

Se, quindi, le regole sostanziali sono incomplete o, altre volte, sono soggette ad un inaspettato mutamento, gli interpreti e, ancor di più, il Giudice si trovano a dover fronteggiare una situazione caratterizzata da una c.d. schizofrenia legislativa.

È chiaro che se, da un lato, il dato normativo è quasi sempre confuso o, comunque, non è d'aiuto per gli operatori, dall'altro, è emersa (e a dire il vero, continua nel tempo) una forte necessità di ricorrere ai principi generali del diritto.

È stato osservato – da un punto di vista generale – che i principi non hanno l'unica funzione di guidare l'attività ermeneutica ma assolvono, soprattutto, ad una funzione integratrice dei “vuoti” normativi⁴.

Le molteplici finalità possono riassumersi, infine, in un ulteriore scopo, certamente più concreto per i consociati, ovvero quello di essere presidio di garanzia per la tutela dei loro diritti.

Entrando più approfonditamente nella questione, deve rilevarsi che il tema ha sempre interessato la dottrina, la quale però non è mai giunta a formulare una definizione «stipulativa universalmente accreditata dei principi»⁵, pur tenendoli ben distinti dalle norme⁶.

⁴ Con riferimento alla funzione svolta dai principi, in dottrina è stato osservato che «L'art. 12 disp. prel. espressamente consente al giudice, ed ovviamente in via subordinata all'interprete, di fare ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato quando una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione e il caso resta dubbio anche avendo riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe», S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir.cost)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494. È stato, altresì, affermato che «[...] i principi giuridici assumono un ruolo particolarmente importante. Essi, infatti, possono ricondurre ad una maggiore omogeneità o uniformità le normative frammentate, sia in sede di interpretazione e applicazione della legge vivente, sia in sede di costruzione di norme nuove», M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 32.

⁵ Così, G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006, 9.

⁶ G. ALPA, v. *Principi di diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XIV, Torino, 1998, 342, in particolare si v. §2 (I principi non sono norme?), in cui l'Autore afferma che «La distinzione tra norme e principi [...] può essere intesa in non meno di due modi diversi. 1) In primo luogo, tale distinzione può essere intesa in senso forte (come una opposizione): i principi non sono norme, essi sono altro da norme. [...] 2) In secondo luogo, la distinzione tra norme e principi può essere intesa in senso debole: i principi non sono altra cosa dalle norme, ma solo una specie particolare del genere delle norme». Sulla distinzione tra regole e principi, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge diritti giustizia*, Torino, 2024, 128, osserva che «Innanzitutto, solo i principi svolgono un ruolo

Il principio del consolidamento

L'assenza di una definizione univoca, pur prospettando dei risvolti problematici, connota il sistema di un'apprezzabile "fluidità", la quale consente una maggiore adattabilità alla realtà fenomenica che l'operatore del diritto si trova ad affrontare.

Da un punto di vista ancor più generale, deve rilevarsi che l'attuale sistema normativo se, da un lato, si caratterizza per una legislazione disorganica e, alcune volte, sovrabbondante, dall'altro necessita di una profonda attività interpretativa, proprio alla luce dei principi operanti in quel settore specifico.

Come, però, osservato da attenta dottrina, negli ultimi decenni, «si assiste talvolta ad una distorsione o ad un'espansione eccessiva, inappropriata del lemma "principio", fino ad ergere al suo rango persino norme di comune portata, come se si trattasse di strumenti interpretativi a carattere generale, finendo col distorcere la natura e, col tempo, anche la loro efficacia»⁷.

Negli ultimi anni, quindi, si è consolidato un paradosso, dacché il sistema si è "riempito" di una serie di norme alle quali è stata affidata, forse immeritadamente, la funzione di essere principi. Così, non solo, il campo della legislazione ma anche quello dei principi è divenuto sovrabbondante, facendo perdere, di conseguenza, al *principium* la sua essenza fondamentale, ovvero quella di essere *la potissima pars*⁸ di un sistema normativo.

propriamente costituzionale, cioè «costitutivo» dell'ordine giuridico. Le regole, ancorché scritte nella costituzione, non sono altro che leggi rinforzate dalla loro portata, non hanno cioè alcuna forza costitutiva di qualcosa al di fuori di loro. [...] In breve, alle regole si «ubbidisce», e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono; ai principi invece «si aderisce» e perciò è importante comprendere il mondo di valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione. [...] Le regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per *prendere posizione* di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente».

⁷ M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. CALABRÒ, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, A. CONTIERI, A. DE SIANO, P. FORTE, M. INTERLANDI, F. LIGUORI, S. PERONGINI, A. RALLO, R. SPAGNUOLO VIGORITA, M.R. SPASIANO, M. TIBERII, *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 14.

⁸ Il riferimento è a GAIO, *Digesto*, 1,2,1 e alla nota espressione «*cuiusque res potissima pars principium est*».

Viene, quindi, naturale chiedersi se non sia necessario ripensare alla tecnica di individuazione dei principi, ovvero se non sia opportuno procedere ad una, indispensabile, razionalizzazione del sistema, in modo da semplificare l'ormai complesso mondo dei principi.

Le riflessioni che seguono vogliono anche stimolare l'attenzione su un altro interrogativo inerente alla teoria generale del diritto: siamo ancora un sistema di *civil law*, oppure è in corso una progressiva trasformazione in un ordinamento di *common law*⁹?

Si è detto che i principi hanno, da sempre, svolto un ruolo fondamentale nell'interpretazione della legge e che, al contempo, essi rappresentano una garanzia per i consociati.

Nel diritto amministrativo¹⁰, però, oltre a possedere queste funzioni, i principi sono stati, e lo sono tuttora, essenziali per la creazione di un sistema che «più di altri è soggetto alla moltiplicazione, alla frantumazione, e alla contraddittorietà delle regole»¹¹.

Del resto, il diritto amministrativo nasce, e rimane, come un sistema non codificato, in cui, come se non bastasse, è assente una disciplina della parte generale della materia¹².

Questo “peccato originale” ha fatto emergere un sistema normativo “volubile”, peraltro, “sotto scacco” dei Governi, i quali, sempre più di

⁹ Ad esempio, l'art. 360 *bis* c.p.c. statuisce che il ricorso per Cassazione è inammissibile quando «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa». In dottrina, sul punto, si v. V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2019, 627; A. MARTINUZZI, *Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del precedente giudiziario in ambito processuale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2016, 1345.

¹⁰ Sia consentito il richiamo al Maestro G.D. ROMAGNOSI, *Principj Fondamentali di Diritto Amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano, 1814.

¹¹ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 68.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 10 ritiene che «In diritto amministrativo, mancando una disciplina legislativa di parte generale (salve alcune disposizioni, particolarmente nella L.proc.amm.) l'importanza dei principi generali nell'applicazione del diritto, come s'è avvertito, è decisamente prevalente». Si v., in tempi più risalenti, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Vol. I, Principi generali*, Milano, 1958, nella parte in cui analizza la nozione del diritto amministrativo, 23.

frequente, intervengono, modificando norme che, il più delle volte, non necessiterebbero di alcuna novella.

Il disordine normativo di cui si è parlato in precedenza è, quindi, ancor più intenso nel diritto amministrativo¹³, il quale, però, è nato «per disciplinare i compiti, l'azione e l'organizzazione della pubblica Amministrazione, essenzialmente individuata nel cd “Stato-apparato”»¹⁴.

Quest'ultima affermazione costituisce l'essenza del diritto amministrativo, cioè quella ineluttabile funzione di compendiare al suo interno, da un lato, l'esigenza di garantire la “tenuta” del comparto Pubblica Amministrazione, cioè dello Stato – apparato, dall'altro, quella di assicurare la tutela degli interessi degli amministrati.

Considerata l'inefficienza della legislazione e soprattutto la complessità della materia, si è avvertita l'esigenza di prevedere dei principi generali, cioè un «essenziale collante della legislazione di settore e un faro indispensabile per un logico e coerente orientamento tra le diverse disposizioni»¹⁵.

Il vero problema, però, si rinviene nel fatto che nel diritto amministrativo, la normativa, per quanto detto, è quasi sempre confusa o carente e, in alcuni casi, è incapace di dettare principi. A tal punto, se la legislazione non è sempre capace di enunciare principi, questo, arduo, compito spetta agli operatori del diritto e, in particolare, al Giudice.

A dire il vero, quanto detto rappresenta la “storia” del diritto amministrativo, laddove, l'apporto fornito dagli studiosi e dai Giudici ha consentito l'affermazione di principi generali seppur «nel silenzio delle leggi»¹⁶.

¹³ Sul tema, si è osservato che «La scienza del diritto amministrativo è un ramo della «giurisprudenza», che ha il compito di elaborare dommaticamente e di ridurre a sistema i concetti, i principii, le norme, gli istituti di diritto positivo attinente, nel caso sopra accennato, alla pubblica amministrazione: elaborazione e sistemazione, che debbono servire per l'applicazione pratica delle norme giuridiche vigenti ai casi concreti per cui esse hanno efficacia. Per noi, dunque, la scienza del diritto amministrativo è la scienza del diritto amministrativo italiano», così S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo, Principi Generali*, Padova, 1932, 15.

¹⁴ M.A. SANDULLI, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 2.

¹⁵ *Ivi*, 8.

¹⁶ Il riferimento è a V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2021, in cui l'A. afferma che «Una volta avviata la giurisdizione del Consiglio di Stato nelle controversie con le pubbliche amministrazioni a tutela di interessi legittimi (gli “interessi” di cui alla legge del 1889), progressivamente estesa a tutte quelle concernenti

Questo approccio rinviene delle ragioni storiche; come osservato dagli studiosi della materia, il diritto amministrativo è nato come diritto pretorio, basti pensare all'influenza della giurisprudenza della Quarta sezione del Consiglio di Stato nella creazione dei principi in tema di azione amministrativa o del sindacato del Giudice sull'eccesso di potere¹⁷.

Questa prospettiva ha posto le basi per consolidare l'importanza dell'attività giudiziaria "creativa" nella predisposizione di regole di principio, in un sistema, per quanto detto, sfornito anche di norme generali, in cui il legislatore si è orientato su una produzione di norme di dettaglio, lasciando, di fatto, il compito di elaborare i principi generali alla dottrina e alla giurisprudenza¹⁸.

A parere di chi scrive, il punto di maggior interesse del tema risiede nell'analisi dei c.d. principi inespressi, cioè quelli privi di una copertura

l'esercizio del potere, inizia l'opera costruttiva dei principi generali del diritto amministrativo italiano, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese aveva avviato anni prima. Il sistema del diritto amministrativo si costituisce gradualmente attraverso questa giurisprudenza, che nel silenzio delle leggi (limitate in genere alla determinazione degli ambiti di competenza dei diversi organi e talvolta all'individuazione degli interessi perseguiti) elabora un insieme di principi da applicare nel sindacato sugli atti presunti lesivi di "interessi" protetti. E la dottrina, sul finire dell'800 e nei primi del nuovo secolo, produce fondamentali opere sistematiche e costruisce la parte generale del diritto amministrativo (cioè un sistema di principi validi per ogni manifestazione dell'azione amministrativa), 36-37.

¹⁷ La dottrina ha, più volte, chiarito che «Invero, sia negli ordinamenti di *common law*, sia in quelli di *civil law*, i principi di corretto svolgimento dell'azione amministrativa sono stati individuati a partire dall'opera di elaborazione della giurisprudenza e di sistematizzazione della dottrina [...] In Italia, a partire dall'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato, la giurisprudenza amministrativa ha delineato i principi dell'azione amministrativa, da un lato, mediante l'attività interpretativa ed integrativa delle lacune legislative per determinare i presupposti e le conseguenze delle disposizioni di legge esistenti, dall'altro, attraverso l'individuazione di principi generali dell'azione amministrativa, principalmente nell'ambito del sindacato dell'eccesso di potere.», così L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 38.

¹⁸ *Ivi*, 38. Peraltro, l'A. richiama G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 4, 1970, 456, laddove afferma che «vi sono moltissime norme legislative e regolamenti relative ai più vari e specifici istituti, ma i principi e le regole generali (...) non traggono origine da alcuna legge od altra norma editale (anche se alcuni di essi sono stati in seguito recepiti dalla Costituzione), ma si sono formati attraverso una lunga, ed ormai, più che secolare, elaborazione giurisprudenziale e dottrinarina».

legislativa ma che sono il risultato della “creatività dei giudici”, cioè quei principi che la dottrina francese definisce come *principes sans texte*¹⁹.

A questo punto, viene naturale interrogarsi non soltanto sul ruolo svolto²⁰ dai principi nella predisposizione di un impianto normativo coerente, bensì sulla loro capacità di fornire una tutela concreta e, per quel che si dirà, effettiva ai cittadini.

Sinteticamente, occorre chiedersi in che modo i principi interagiscono con la sfera giuridica soggettiva dei privati.

Per tentare di rispondere a tale quesito, a dir il vero estremamente complesso, è necessario assumere quale punto di partenza il fatto che nel nostro ordinamento l'attività interpretativa giudiziaria non costituisce una fonte del diritto²¹.

¹⁹ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, *op.cit.*, 33.

²⁰ Conclusivamente, sul punto M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *op.cit.*, 15, rileva che «[...] il ricorso ai principi assolve talvolta ad una duplice, rilevante funzione: da un lato, quella di completamento dell'ordinamento giuridico: una valvola di sfogo alla quale ricorrere in caso di incertezza, una luce che indichi la traccia da seguire laddove il testo legislativo lasci l'interprete o l'operatore nell'incertezza delle determinazioni da assumere. Dall'altro, la presenza di principi costituisce garanzia di interessi che altrimenti non troverebbero (adeguata) disciplina: la norma ordinaria, infatti, non è più in grado di ordinare la complessità dei contesti di riferimento (sociali, scientifici, economici, tecnologici, e così via) e degli interessi che in essi si muovono. Un principio allora può sopperire alla mancanza di disciplina offrendo una bussola di riferimento per una decisione che sia coerente con il sistema».

²¹ Il tema è risalente nel tempo. Ad esempio, G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1932, Città di Castello, 238, sostiene che «Un'altra fonte del diritto si vorrebbe da alcuni ravvisare nella scienza del diritto, ossia nell'opera dei giuristi (tecnici del diritto). Secondo la scuola storica in ispecie, la scienza sarebbe precisamente una fonte intermedia tra la consuetudine e la legge; poiché la produzione del diritto avverrebbe, come già dicemmo, in tre fasi: anzitutto in forma consuetudinaria (prima fase), di poi per elaborazione tecnica, cioè l'opera di una sopravvenuta classe di tecnici (giuristi), che attenderebbero a svolgere e perfezionare il diritto consuetudinario, aggiungendo così al diritto popolare il diritto scientifico (seconda fase); da ultimo per opera della legge (terza fase). Ma, se questa dottrina può fino ad un certo punto accettarsi, in quanto indica in generale il succedersi dei fattori che elaborano il diritto positivo, essa non è peraltro accettabile in quanto presenta l'opera dei giuristi come una fonte autonoma del diritto stesso. [...] Analogamente, l'opera dei giuristi ha pure una parte notevole nella formazione della legge: in quanto la prepara dottrinalmente, ne raccoglie ed elabora gli elementi, e di poi, nell'applicazione ne trae tutti gli sviluppi, integrandola ed estendendone anche l'apparente significato. Ma i giuristi non hanno per sé l'autorità legislativa; essi partecipano a questa come all'altra maniera di produzione del diritto, ma non sono per se stessi una fonte,

Pertanto, la dottrina si è posta il problema relativo alle modalità con le quali i principi entrano a far parte del sistema giuridico individuando due schemi.

Nel primo, la giurisprudenza enuncia i principi generali “estraendoli” da norme specifiche, per poi applicarli anche in ipotesi non normate; nel secondo l’attività giudiziaria attribuisce, direttamente, un contenuto «a formule legislative estremamente sintetiche o addirittura ermetiche»²².

È evidente che in entrambi i casi appena prospettati, l’attività del Giudice si fonda, comunque, sull’interpretazione di una norma, o anche di un principio, già esistente; invero, la differenza sostanziale risiede nell’approccio, giacché, nel primo caso, vi è un doppio passaggio (estrazione dalla regola esistente e applicazione ad altre ipotesi), mentre nella seconda il precetto viene già interpretato in senso ampio, in modo da attuarlo direttamente in altre ipotesi.

L’utilizzo di principi, certamente *sans texte*, applicati ad altri settori è uno strumento noto al diritto amministrativo, basti pensare al principio di precauzione, nato nell’ambito del diritto ambientale e poi utilizzato nel periodo pandemico da Covid 19, nell’ambito del diritto alla salute, o al principio del risultato, addirittura, codificato nel nuovo codice degli appalti.

Le esperienze sopradette testimoniano, in definitiva, la centralità dei principi nel diritto amministrativo, i quali – ancora una volta – non sono solo capaci di supplire alle lacune normative ma hanno il merito di contribuire a regolamentare la stessa materia.

Del resto, anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in tempi risalenti, ha definitivamente preso coscienza che «il diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme, ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto ad unità e dignità di sistema»²³.

nemmeno suppletiva o mediata, come fu sostenuto da alcuni. L’attività scientifica diviene norma vigente solo quando assuma forma di legge ovvero consuetudine).

²² Sul punto si v., G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 66.

²³ Così, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3, 28 gennaio 1961, in *www.giustizia-amministrativa*.

2. *Il consolidamento nel settore delle abilitazioni professionali*

Sino ad ora si è analizzato il ruolo che svolgono i principi all'interno dell'ordinamento giuridico e, successivamente, la loro centralità nell'ambito del diritto amministrativo, campo in cui è necessario bilanciare, non solo, gli interessi degli amministrati ma anche quelli dello Stato – apparato.

Si è anche visto che la giurisprudenza anticipa il Legislatore, nella previsione di regole che effettivamente siano in grado di garantire i diritti e gli interessi dei cittadini, anche attraverso la creazione di principi che non sempre hanno un riferimento normativo espresso.

Sovente accade, altresì, che un principio seppur finalizzato ad operare in un determinato settore, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, fuoriesca dal suo campo di elezione e trovi applicazione in altri comparti.

Un esempio di quanto appena descritto è il meccanismo del c.d. consolidamento (anche detto assorbimento) utilizzato dalla giustizia amministrativa, sia da parte dei Tribunali amministrativi regionali che dal Consiglio di Stato.

In materia di abilitazione professionale, l'art. 4, comma 2 *bis*²⁴, d.l. 30 giugno 2005, n. 115 disciplina la c.d. logica del consolidamento prevedendo il conseguimento dell'abilitazione²⁵, o del titolo, per i candidati che abbiano superato le prove concorsuali (scritte o orali), quand'anche l'ammissione alla prova o la ripetizione della valutazione, sia avvenuta a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela.

La norma pone una regola ben definita, cioè quella del conseguimento dell'abilitazione, per il tramite del consolidamento della sua posizione, a fronte dell'ammissione alla prova a seguito di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo.

Quanto detto a fini classificatori può qui definirsi come meccanismo

²⁴ Testualmente, la norma statuisce che «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o alla ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela».

²⁵ Sul tema generale delle abilitazioni professionali, sia consentito il richiamo a M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, *L'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 607.

del consolidamento (o assorbimento) formale, poiché previsto espressamente dall'art. 4, comma 2 *bis*, d.l. 115/2005.

Volendo semplificare il concetto, accade che il soggetto partecipante ad una procedura (finalizzata all'ottenimento di un'abilitazione professionale o di un'idoneità a svolgere una determinata professione) venga dapprima escluso o ritenuto non idoneo e successivamente venga riammesso, in seguito ad un provvedimento giurisdizionale, qualora il partecipante abbia proposto ricorso giurisdizionale, o amministrativo, nella specie di autotutela.

Ebbene, il superamento delle prove, a seguito della riammissione nella procedura o della nuova valutazione delle prove sostenute, determina il consolidamento di una situazione di fatto, dalla quale discende, nonostante l'originaria esclusione, l'ottenimento del titolo anelato dal privato.

Dal punto di vista applicativo, come anche affermato dalla Corte Costituzionale²⁶, il fulcro centrale della disciplina è costituito dall'accertamento dell'idoneità dell'aspirante all'abilitazione, successivo alla rivalutazione o ripetizione delle prove; invero, è questo «nuovo accertamento, e non il provvedimento del giudice, a produrre l'effetto di conseguimento dell'abilitazione, che la disposizione rende irreversibile».

In altri termini, l'Amministrazione è chiamata a svolgere un nuovo accertamento che si sostanzia nella ripetizione delle prove d'esame o nella rivalutazione delle stesse, dal quale consegue, poi, l'abilitazione.

Tale interpretazione è certamente coerente con la funzione che la Corte Costituzionale ha attribuito all'art. 4, comma 2 *bis*, ovvero quella di evitare che il superamento delle prove d'esame, a seguito di un provvedimento (cioè quello giurisdizionale o amministrativo) diventi inutile a causa delle vicende processuali.

Da una lettura complessiva della norma emerge la volontà del Legislatore – nell'esercizio del proprio potere, discrezionale, riguardante il bilanciamento degli interessi²⁷ – di ritenere prevalente l'interesse del con-

²⁶ Corte Costituzionale, sent. n. 15, dec. 1 aprile 2009 e dep. 9 aprile 2009, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁷ Sul tema, senza pretesa di esaustività, si v. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 63; V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

corrente, prima escluso e poi ri ammesso, che però abbia, poi, superato le prove.

Per quanto attiene ai presupposti della norma, la giurisprudenza amministrativa ha più volte rimarcato che la disciplina dell'art. 4, comma 2 *bis*, trovi applicazione nei procedimenti finalizzati alla verifica dell'idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione e non, anche, nei concorsi aventi ad oggetto il conferimento di posti limitati²⁸.

L'art. 4 comma 2 *bis* assume, secondo questa prospettiva, le fattezze di una norma eccezionale e, pertanto, di stretta interpretazione²⁹, la quale non può estendersi ai pubblici concorsi, considerata la presenza, in questi ultimi, di controinteressati e la «naturale limitatezza dei posti messi a concorso»³⁰, nonché la relatività del giudizio che contraddistingue le procedure concorsuali³¹.

Chiariti i presupposti applicativi della norma, pare opportuno concentrarsi sugli aspetti problematici.

La giurisprudenza amministrativa qualifica, talvolta, il consolidamento in termini di “sanatoria legale” finalizzata a «stabilizzare i risultati di una procedura di tipo “idoneativo”»³², quindi, un eccezionale meccanismo recuperatorio- sanatorio³³.

Al contrario, la Corte Costituzionale ha evidenziato che non può trattarsi di una sanatoria, poiché la norma, «dispone per il futuro, disci-

²⁸ Sul punto, tra le più recenti, si v. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5 gennaio 2023, n. 118; *id.*, 10 giugno 2022, n. 3924; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 17 marzo 2021, n. 130, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4100, in www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato che «Le leggi eccezionali, ovvero quelle che recano deroga ad altre disposizioni di legge, non possono trovare applicazione oltre i casi e i tempi ivi espressamente contemplati (art. 14, disp. prel. c.c.). Pertanto, alla luce del carattere di *jus singulare* delle disposizioni di cui all'art. 4 comma 2 *bis*, d.l. 115 del 2005 [...] ne consegue la non estensibilità delle presse anche alla diversa ipotesi delle procedure finalizzate all'acquisizione dello status dirigenziale nell'ambito delle Amministrazioni Pubbliche».

³⁰ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 17 gennaio 2019, n. 44, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 297, *ivi*, il quale ha aggiunto che la norma è prevista per gli esami a libere professioni «nei quali non si determina l'attribuzione di una posizione di vantaggio a favore del beneficiario della misura cautelare necessariamente a detrimento di altri candidati controinteressati».

³¹ TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 marzo 2021, n. 2533, in www.giustizia-amministrativa.it.

³² Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4100, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2018, n. 1722, in www.giustizia-amministrativa.it.

plinando in via generale gli effetti di adempimenti amministrativi, e non intende sanare vizi o irregolarità già verificatisi».

Nella prospettazione della Consulta, gli effetti del consolidamento sono consequenziali non al provvedimento giurisdizionale o amministrativo che riammette il soggetto, bensì al nuovo accertamento compiuto dalla commissione.

L'impostazione della Corte Costituzionale sembrerebbe essere maggiormente coerente con il sistema generale del diritto amministrativo, dacché la sanatoria³⁴, evocando il potere di autotutela della Pubblica Amministrazione, postula la sussistenza di un vizio o di una irregolarità procedimentale, che nel caso di specie non è detto che ci sia.

In effetti, sin da una prima lettura della norma, emerge che il consolidamento è un istituto che si “ispira” alla tutela del legittimo affidamento³⁵ o che, quantomeno, si correla all'esigenza di garantire la certezza del diritto.

Tuttavia, la dottrina ha ritenuto “difficile” sostenere la sussistenza

³⁴ G. SANTANIELLO, *Sanatoria (dir.amm.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1989, 243, sostiene che «La sanatoria è, insieme con la convalida e la ratifica, uno dei tre tipici mezzi di convalescenza dell'atto viziato. Essa trova applicazione – ed in ciò consiste la nota fondamentale che la differenzia sia dalla convalida che dalla ratifica – nel caso di invalidità per difetto di uno degli atti preparatori nel procedimento per l'emanazione del provvedimento, ritendendosi che il vizio possa essere sanato mediante l'intervento tardivo dell'atto preparatorio che mancava, o quanto meno di un atto avente diversa natura giuridica, ma esplicante un'analogia azione giuridica, e pertanto avente l'effetto di assicurare che, dalla non osservanza dell'ordine procedurale stabilito dalla legge, non siano derivate, nei riguardi del procedimento in questione, delle conseguenze pregiudizievoli. Inoltre, la sanatoria, a differenza degli altri rimedi di convalescenza non richiede l'emissione di un provvedimento nuovo e autonomo, ma può attuarsi per il semplice fatto dell'intervento successivo del presupposto o dell'atto preparatorio mancante». Sempre sullo stesso tema, P. VIRGA, *Diritto Amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. 2, Milano, 1999, 144 afferma che «La sanatoria opera la convalescenza di quegli atti che siano invalidi per la mancanza di un presupposto di legittimità ovvero per il mancato compimento di un atto del procedimento. Quindi la sanatoria, a differenza degli altri atti di convalescenza, non richiede necessariamente l'emanazione di un provvedimento nuovo o autonomo, ma può verificarsi per il fatto che, successivamente alla emanazione dell'atto invalido, sia intervenuto il presupposto mancante ovvero sia stato compiuto postumamente un atto omesso del procedimento».

³⁵ Tra le più recenti, in questi termini si v. Cons Stato, sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 marzo 2019, n. 2761 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

del legittimo affidamento in capo al soggetto che abbia «presentato ricorso avverso la valutazione negativa delle sue prove di esame ed abbia conseguito una vittoria in primo grado [...], o anche semplicemente un provvedimento cautelare positivo a seguito del quale è stato possibile operare una nuova correzione delle sue prove scritte»³⁶.

A dire il vero, occorre – come affermato dalla Corte Costituzionale – focalizzare l'attenzione sul nuovo accertamento compiuto dalla commissione e non, invece, sul provvedimento giurisdizionale o amministrativo che ordina la rivalutazione o la riammissione, il quale, a questo punto, assume le fattezze di un *prius* logico, cioè di un mero antefatto.

Si vuol, quindi, affermare che il provvedimento con cui il Giudice o l'Amministrazione ordina alla commissione di compiere l'accertamento, dal quale poi consegue il consolidamento dell'abilitazione, è una condizione, meglio l'attribuzione di un potere per riesercitare nuovamente l'azione amministrativa e, quindi, attivare un nuovo procedimento.

Si è detto in precedenza, che la giurisprudenza ha ritenuto applicabile il consolidamento alle ipotesi previste dalla norma, ovvero alle abilitazioni professionali e ai procedimenti idoneativi, pertanto, escludendo i concorsi pubblici o quelli in cui vi è un conferimento di posti a numero limitato.

In realtà, la giurisprudenza amministrativa, in particolare del Consiglio di Stato, ha adottato un'interpretazione estensiva della norma, riconoscendo l'applicabilità del principio di consolidamento.

Dall'attività interpretativa della giurisprudenza è conseguito un

Sul punto, peraltro, la Corte Costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 108/2009, ha chiarito che «Dall'altro, vi sono l'interesse a evitare che gli esami si svolgano inutilmente, quello a evitare che la lentezza dei processi ne renda incerto l'esito e, soprattutto, l'affidamento del privato, il quale abbia superato le prove di esame e – in ipotesi – avviato in buona fede la relativa attività professionale. Dal punto di vista dell'interesse generale, vi è anche un'esigenza di certezza, sia in ordine ai tempi di conclusione dell'accertamento dell'idoneità dei candidati, sia in ordine ai rapporti instaurati dal candidato nello svolgimento dell'attività professionale».

³⁶ D.U.GALETTA, *Abilitazione all'esercizio della professione forense: la norma che rende improcedibile l'appello (a seguito di nuova correzione degli scritti e superamento della prova orale) supera il vaglio di ragionevolezza della Corte costituzionale. Ma siamo sicuri che essa sia anche "proporzionale"?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 37.

principe sans texte, sfornito di una copertura legislativa e che potrebbe definirsi come principio del consolidamento sostanziale.

In sostanza, quest'ultimo è stato elevato a rango di principio generale estensibile ad altre ipotesi rispetto a quelle normativamente previste³⁷.

La logica e la *ratio* del principio sono analoghe a quelle previste dall'art. 4, comma 2 *bis* del d.l. 115/2005 e la regola del consolidamento sostanziale è stata applicata con riferimento all'ammissione alle scuole di specializzazione mediche³⁸, alla facoltà di medicina³⁹, ai corsi T.F.A.⁴⁰, alle graduatorie scolastiche⁴¹ e finanche agli esami di maturità⁴².

Ebbene, il Consiglio di Stato, nelle ipotesi passate in rassegna, ha valorizzato il dato fattuale (l'aver sostenuto e superato degli esami di profitto o aver frequentato un corso di specializzazione) per «considerare acquisita [la posizione] in virtù di un principio di rispetto del dato sostanziale concernente la vita ed i beni dei cittadini»⁴³.

Il dato fattuale assume, così, un valore centrale nel consolidamento di una situazione, seppur sulla base di un provvedimento cautelare,

che rappresenta, al contempo, un «raccordo dimostrativo del dato formale»⁴⁴.

Nell'impostazione giurisprudenziale, la frequenza e il superamento, con profitto, degli esami assume il valore di un fattore assorbente per il

³⁷ È stato osservato da G. SIGISMONDI, *La tutela cautelare con effetti irreversibili*, in P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e Giudicare, Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, che il percorso di affermazione della logica del consolidamento non è stato univoco, poiché vi sono pronunce che non “approfondiscono la decisione, limitandosi a richiamare il principio di diritto”, altre in cui “la disposizione è applicata orzandone in modo evidente il senso letterale” e, infine, sentenze in cui “non ritengono applicabile la disposizione specifica, ma giustificano il risultato sul presupposto del principio di tutela dell'affidamento del quale l'art. 4 co. 2-bis d.l. n. 115/2005 con. In l. n. 168/2005 sarebbe l'espressione”, 185.

³⁸ Cons. Stato, sez. VII, n. 3499, 4 aprile 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ Cons. Stato, sez. VII, n. 6771, 11 luglio 2023; id, 3232, 29 marzo 2023; id, 6855, 13 luglio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 860, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Cons. Stato, sez. VII, 29 novembre 2023, n. 10312, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴² T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 2 febbraio 2023, n. 62, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Cons. Stato, sez. VII, n. 10312, n. 29 novembre 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2298, in www.giustizia-amministrativa.it.

conseguimento del suo *status* di studente⁴⁵, a cui, peraltro, il test di ingresso è finalizzato⁴⁶.

La situazione fattuale determina “l’avvio in buona fede”⁴⁷ del percorso accademico dal quale, comunque, scaturisce l’affidamento del ricorrente al conseguimento del titolo.

Nei casi appena descritti, quindi, viene consolidata la posizione del soggetto che – pur non avendo superato positivamente il test d’ingres-

⁴⁵ Sul punto, T.A.R. Abruzzo, L’aquila, sez. I, 26 luglio 2012, n. 521, in *www.giustizia-amministrativa.it*, afferma che «[...] ai sensi del citato art. 4 comma 2 *bis* del d.l. 115/2005, è la legge stessa a consentire in capo al ricorrente lo stabile conseguimento del titolo per il quale concorre, a seguito del superamento delle relative prove, anche allorché tale traguardo scaturisca in virtù –come nella specie- di provvedimenti giurisdizionali cautelari che hanno determinato il superamento dell’originaria preclusione partecipativa.

Ed il titolo in questione per le ricorrenti era proprio quello lo status di matricola e di studente, titolo in concreto raggiunto mediante il proficuo superamento degli esami del primo anno di corso». Negli stessi termini, Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014 n. 2298, afferma che «[...]l’appellato, con il superamento degli esami del primo anno, ha dimostrato di essere in grado di frequentare il corso per l’ammissione al quale aveva sostenuto il concorso, consolidando, come detto, l’effettività del titolo alla cui acquisizione erano volte le prove oggetto di controversia».

⁴⁶ La giurisprudenza ha, altresì, affrontato il tema del rapporto tra la programmazione del numero degli studenti (c.d. numero chiuso) e consolidamento della posizione dello studente. Sul punto, cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3232, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge che «La previsione normativa di prove selettive per l’ammissione al corso di laurea in medicina e chirurgia e/o odontoiatria e protesi dentaria, di cui alla legge 2 agosto 1999 n. 264, risponde ad una duplice finalità: da un lato, quella di consentire agli Atenei, sotto il profilo organizzativo, la possibilità di garantire un’offerta formativa compatibile con le proprie risorse strumentali e umane, dall’altro, quella di assicurare l’accesso al predetto corso ai soggetti in possesso delle cognizioni tecniche e delle capacità attitudinali necessarie per la proficua frequenza di corsi universitari di così elevato livello formativo. Orbene, deve ritenersi che, nel caso di specie, le predette finalità siano state entrambe utilmente perseguite e soddisfatte».

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La pronuncia, inoltre, aggiunge che «il giudice amministrativo – anche in sede di cognizione – nell’esercizio dei propri poteri conformativi può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto, tenendo conto della normativa applicabile nella materia in questione e dell’esigenza che non si producano conseguenze incongrue o asistematiche (cfr., in argomento, Cons. Stato, Ad. pl., 22 dicembre 2017 n. 13 e Sez. VI, 6 aprile 2018 n. 2133) e che tale potere conformativo può essere esercitato dal giudice amministrativo anche per chiarire gli effetti di una propria sentenza che si pronunci quando sussista “una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare”».

so – viene ammesso alla frequenza di un corso (ad esempio in medicina, scuola di specializzazione in medicina o T.F.A.), in seguito all'adozione di un'ordinanza cautelare o di un provvedimento di autotutela.

Di conseguenza, il titolo che legittima il ricorrente a sostenere gli esami di profitto e a frequentare il corso è la pronuncia giurisdizionale resa nella fase cautelare.

È chiaro che quest'ultimo provvedimento nell'esplicazione dei propri effetti rappresenta, al contempo, il presupposto per il compimento di successive attività inerenti al percorso accademico del ricorrente.

Il *fil rouge* che lega la logica del consolidamento formale e sostanziale è, in definitiva, la forza che assume una sopravvenienza fattuale all'interno del processo, un fattore talmente forte che è in grado di condizionarne gli esiti, seppur sulla base di un accertamento sommario.

Dall'altro lato, l'interesse verso il consolidamento sostanziale nasce proprio in considerazione del ruolo – a questo punto determinante – che ha assunto nella prassi giudiziaria. Oggi, può afferinarsi, anche con una discreta tranquillità, che nel nostro ordinamento è vigente un altro principio frutto dell'attività creativa della iurisdictio: il principio del consolidamento sostanziale.

3. *Il principio di consolidamento formale e sostanziale nella dinamica del processo amministrativo: una introduzione*

Il tema centrale del presente contributo, ovvero l'analisi della logica del consolidamento sostanziale e formale, è strettamente connesso con quello della tutela giurisdizionale.

Sussiste, invero, uno strettissimo legame, in questo contesto, tra processo e fatto.

Statisticamente, come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, l'applicazione del meccanismo ha origine, quasi sempre, da un provvedimento giurisdizionale (cautelare) che legittima il ricorrente a frequentare il corso a cui il test d'ingresso era finalizzato, nonché a sostenere gli esami di profitto.

Questa forte correlazione tra il consolidamento di una situazione che, comunque, resta fattuale e l'accertamento giudiziario reso in sede processuale è stata anche affrontata dalla Corte Costituzionale, la quale

ha ricordato che il funzionamento dell'art. 4, comma 2 *bis*, è finalizzato ad evitare che gli effetti del conseguimento automatico dell'abilitazione, proprio a seguito del superamento delle prove successive ad una pronuncia cautelare o di un provvedimento di autotutela, vengano "travolti dal risultato del processo".

In particolare, nella prospettiva del Giudice delle leggi, vi è l'interesse a scongiurare che i tempi processuali vanifichino l'avvio, in buona fede, dell'attività professionale a cui è stato abilitato il ricorrente.

L'impatto del principio del consolidamento sugli strumenti di tutela processuali offre l'occasione per riflettere, dapprima, sulla funzione della fase cautelare all'interno del processo amministrativo e, poi, sul tipo di pronuncia adottata dal Giudice amministrativo, una volta accertata la sopravvenienza fattuale.

Prima di addentrarsi nell'analisi delle questioni appena dette, pare necessario soffermarsi, seppur brevemente, sul ruolo che svolge il processo amministrativo, e quindi del Giudice, nella tutela degli interessi degli amministrati.

Dalla fine del 1800, anche a seguito del tramonto dell'*ancien régime* e della nascita della concezione moderna dello Stato, si è avvertita la necessità di prevedere un plesso giurisdizionale capace di controllare l'attività dell'amministrazione⁴⁸.

Questa esigenza ha, seppur a seguito di un lungo processo legislativo⁴⁹, consentito l'istituzione della giustizia amministrativa, la quale rinviene la sua funzione principale nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati incise ed, eventualmente, lese, autoritativamente e unilateralmente, dal potere amministrativo⁵⁰.

⁴⁸ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione, Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo*, il 7 maggio 1880, http://eprints.bice.rm.cnr.it/3260/1/Trentennale_10.pdf, in cui l'A. afferma che «[...] non è già per indebolire l'autorità dello Stato che io propongo di sottoporre tutte le pubbliche amministrazioni ai freni più severi della giustizia, ma bensì con lo scopo di accrescerla, impedendo che si corrompano le nostre istituzioni, nelle quali solamente il popolo italiano, colla libertà, può raggiungere il suo maggiore benessere».

⁴⁹ Per una completa analisi delle fasi che si sono susseguite nella creazione dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, v. F. G. SCOCA, *La formazione del sistema*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 3.

⁵⁰ Offre una ricostruzione della "ragione politica della giustizia amministrativa: genesi e ideologia" M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 21, in cui rileva che «la giustizia amministrativa consiste, s'è detto, di un insieme d'istituti di tutela del

Una volta istituita la giustizia amministrativa si è affermata sempre più l'idea che essa dovesse essere effettiva⁵¹, quindi, in grado di garantire una tutela “piena” e tempestiva⁵², anche alla luce dei principi costituzionali, nonché capace di realizzare gli interessi del ricorrente nella sua sfera sostanziale.

cittadino nei rapporti tra di loro, fra i quali fanno spicco processi giurisdizionali davanti a giudici ad hoc, davanti a giudici diversi dal giudice ordinario». Al contempo, P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, Milano, 1997, 157, analizza il “problema della giustizia amministrativa” rilevando che «l'esigenza di una giustizia amministrativa si manifesta con l'affermarsi dello Stato di diritto, essendo quest'ultimo basato sul principio che le posizioni soggettive dei cittadini debbono essere tutelate, non solo nei confronti degli altri cittadini, ma anche nei confronti della pubblica amministrazione». Con riferimento alla creazione del processo amministrativo, si v., altresì, V. Caianello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 7, laddove sostiene che «Il processo amministrativo è dunque principalmente frutto della elaborazione giurisprudenziale, ma alla sua sistemazione ha dato notevolissimo apporto la dottrina. Nel delineare questo sistema processuale si deve perciò tener conto di entrambi quegli apporti, del primo, per indicare agli operatori pratici del diritto gli schemi già collaudati dal giudice e che quindi hanno maggiore probabilità di essere intesi dal giudice stesso, del secondo, per fornire gli strumenti utili ai fini della rinnovazione di istituti che, per se elaborati in un certo modo dalla giurisprudenza, sono apparsi inadeguati, insufficienti o contraddittori con riferimento alla sistemazione generale. Il processo amministrativo è nato da quel progressivo svolgimento di procedimenti contenziosi in attività giurisdizionale».

Più dei recente, G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e Giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 3,2013, 412 ha osservato che «Il primo aspetto — che è stato in termini generali visto come la ragione stessa della specialità della giurisdizione amministrativa e del relativo processo e spesso assunto come dato sufficiente a spiegare differenze non meglio indagate col processo civile (e in particolare la deviazione dal principio dispositivo) — non può essere infatti utilizzato se il rilievo della presenza nel processo dell'amministrazione voglia significare enfasi sulla natura oggettiva degli interessi pubblici di cui è titolare. È stato notato che il *proprium* di questo processo è invece nel suo opposto: e cioè nel fatto che il processo amministrativo è storicamente sorto come strumento tecnico per rendere quell'interesse da oggettivo a soggettivo, con la configurazione dell'amministrazione parte «in un concreto conflitto di interessi».

⁵¹ Sul punto si v. F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 234, in cui analizza l'effettività della tutela sotto vari profili, tra cui «un'effettività soggettiva all'accesso alle corti di giustizia, di un'effettività tecnica delle possibilità processuali di «azione», di un'effettività qualitativa del risultato conseguibile da chi agisce e di un'effettività oggettiva della «tutela», in funzione dei tipi di situazione individuale».

⁵² In dottrina si è affermato che «è intuitivo che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, deve essere tempestiva: già Jeremy Bentham scriveva: *justice delayed is justice denied*», così, F. G. COCA, *Carattere generali del processo amministrativo*, in *op.cit.*, 168.

Il principio del consolidamento

Tutte queste esigenze sono state compendiate dal codice del processo amministrativo, il quale, all'art. 1, statuisce che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva, alla luce dei principi costituzionali ed europei.

A tal punto, è spontaneo chiedersi quale sia la funzione svolta dal giudice amministrativo.

Ebbene, la risposta a tale interrogativo è tutt'altro che semplice; come osservato dalla dottrina, la funzione che deve assumere il giudice amministrativo è quella di "mediatore" tra il potere pubblico e l'interesse, o il diritto, del privato cittadino, cioè deve essere in grado di bilanciare gli interessi della parte pubblica con quello del ricorrente al raggiungimento di quel bene della vita sotteso alla proposizione del ricorso giurisdizionale⁵³.

Sulla scia di quanto sinora detto, il consolidamento, sia sostanziale che formale, rappresenta uno strumento di realizzazione della piena ed effettiva tutela giurisdizionale, in cui, dapprima il legislatore, nel caso dell'art. 4 comma 2 *bis* d.l. 115/2005, e, poi, la giurisprudenza, per il c.d. consolidamento sostanziale, hanno ritenuto primario l'interesse del privato rispetto alla definizione del processo⁵⁴.

⁵³ Il riferimento è a M.R. SPASIANO, I. DEL GIUDICE, *Il giudice amministrativo mediatore del conflitto tra potere pubblico e diritti della persona*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2, 2008, 541. È interessante la prospettiva offerta dal suddetto contribuente, laddove si sostiene che «il corretto e paritario bilanciamento di istanza contrapposte permette di determinare il contenuto concreto dell'interesse pubblico, invero solo astrattamente definito dalla norma: un contenuto che, trasposto nella scelta amministrativa dell'ente pubblico, viene garantito nella sua attuazione in virtù di un momento autoritativo che, così, è posto a presidio dell'efficace realizzazione della mediazione effettuata. [...] Da tale impostazione deriva che il medesimo bilanciamento operato nella gestione dei rapporti venga svolto anche in sede giudiziale, attraverso il sindacato sulla ragionevolezza delle valutazioni compiute, anche alla luce dell'apporto argomentativo di quei soggetti che – attori della mediazione a monte – non possono che trovare spazio adeguato nel processo». Sul punto si v., altresì, M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, la quale a pag. 4 rileva che «Il g.a. è il giudice della funzione amministrativa (dell'interesse pubblico) e il giudice dell'economia: l'intervento tempestivo del giudice in un momento in cui sia ancora possibile evitare che la violazione produca i suoi effetti e, laddove occorra, indirizzare il successivo operato della p.A. assume quindi rilevanza essenziale anche per il buon andamento della p.A. e per la stessa competitività del Paese».

⁵⁴ Secondo, V. BURATTI, *Le misure cautelari con effetti irreversibili*, in P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e giudicare, Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022, 144, l'art. 4, comma 2 bis «[...] è espressione di un bilanciamento di

3.1. *Il consolidamento: applicazione concreta della effettività della tutela cautelare*

Come più volte affermato nel corso del presente contributo, nella maggior parte dei casi, il consolidamento origina proprio dalla concessione di un provvedimento cautelare che sancisce l'iscrizione del ricorrente al corso, in sovrannumero o con riserva, o che, comunque, gli consente di frequentarlo e sostenere gli esami.

Dal punto di vista fattuale, accade che il privato, destinatario di un atto negativo di esclusione dalla procedura o di non ammissione per non aver ottenuto il necessario punteggio, impugni il provvedimento e nel ricorso chieda l'adozione di una misura cautelare.

In tal caso, poi, il giudice amministrativo, accogliendo la domanda cautelare, adotta un provvedimento con cui obbliga l'amministrazione a compiere una nuova attività seppur, ad esempio, senza sospendere gli atti impugnati.

Ebbene, la tutela cautelare è capace di determinare effetti "irreversibili" in grado di influenzare l'intera situazione fattuale e soprattutto rendere, in determinate ipotesi, inutile una definizione "nel merito" della controversia.

In un siffatto contesto, la tutela cautelare è, quindi, la massima espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁵.

In realtà, la situazione appena descritta è anche significativa di quella attitudine a "cautelarizzare" il processo amministrativo, in cui vi è un indiscutibile assorbimento di quest'ultimo all'interno della fase cautelare⁵⁶.

interessi che considera prevalente l'interesse pubblico all'accertamento rispetto a quello della definizione del processo, accordando particolare tutela all'affidamento risposto dal privato nell'esito delle prove».

⁵⁵ Sulla funzione della tutela cautelare nel processo amministrativo si v. F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir.Proc.Amm.*, 3, 1983, 318, il quale osserva che «[...] la tutela cautelare è nel processo amministrativo un complemento naturale della tutela cognitoria e costitutiva, a ragione del carattere esecutivo dei provvedimenti amministrativi impugnati; carattere che comporta come conseguenza normale, e non eccezionale come nel processo civile, che la *res* dedotta in giudizio non rimanga integra fino alla conclusione di esso».

⁵⁶ V. BRURATTI, *op.cit.*, 129, rileva che «nell'affermazione del nuovo processo amministrativo, ha assunto un ruolo preponderante la fase della tutela cautelare, tanto che si parla a proposito di una tendenza alla «cautelarizzazione» di quest'ultimo. Si assiste infatti a un fenomeno di «assorbimento» dell'intero processo all'interno della fase cautelare che esercita, come sostenuto in dottrina, un'irresistibile forza di attrazione,

In particolare, soprattutto dopo le modifiche apportate dalla l. 205/2000, la disciplina si è sviluppata attorno al carattere della strumentalità e dell'atipicità della tutela cautelare. Il primo evoca quello stretto rapporto di servizio rispetto alla sentenza di merito, nel senso che la tutela cautelare è funzionale ad evitare che la durata del processo possa, irrimediabilmente, causare dei danni alla posizione del ricorrente⁵⁷.

Dall'altro punto di vista, ovvero quello dell'atipicità, l'art. 55 c.p.a. prescrive la possibilità, per il ricorrente, di chiedere l'adozione di misure cautelari che «appaiono [...] più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso».

La vera particolarità del tema risiede, a ben vedere, nell'effetto che dispiega la misura cautelare, la quale è capace di produrre degli effetti irreversibili, non solo, sulla realtà fattuale sottesa alla controversia, ma, anche, sul corso naturale del processo.

È evidente che la concessione della misura cautelare legittimi il ricorrente a svolgere determinate attività, tra cui frequentare il corso, sostenere gli esami di profitto, che sono, pertanto, in grado di modificare, in via definitiva, la situazione fattuale.

La situazione appena descritta è sintomatica di quegli effetti che la dottrina definisce come irreversibili «non suscettibili di cessare automati-

con conseguente esaurimento della risposta giudiziale predisposta e fornita dall'ordinamento».

Sul punto, è osservato da F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir.Proc.Amm*, 1,2002, 59, che «[...] l'ordinanza di sospensione ha mostrato, grazie agli interventi pretori del giudice, una capacità camaleontica di adattamento a nuovi interessi ed a nuove richieste di tutela, superando quella che è stata definita come una vera e propria *crisi* dell'istituto della sospensiva. Al punto tale da creare il visibile «paradosso» di una tutela cautelare più completa, per intensità e tempi, di quella apprestata dal giudizio di cognizione».

⁵⁷ Ricorda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 291, che «la tutela cautelare, anche nel processo amministrativo, ha sempre carattere di strumentalità: la misura cautelare, come scrisse CALAMANDREI, ha «lo scopo immediato di assicurare la efficacia pratica del provvedimento definitivo»; realizza, così, l'esigenza di evitare che la durata del giudizio possa rendere praticamente inutile per il ricorrente la decisione finale». Sul punto si v., altresì, E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F. G. SCOCA (a cura di), *op.cit.*, 343, il quale analizza il carattere della strumentalità sotto due distinti profili, «sul piano strutturale o formale [...] rappresenta la necessità che debba intervenire in una sentenza, siccome il provvedimento urgente produce effetti interinali sino alla decisione nel merito; e sul piano funzionale o sostanziale in relazione alla “qualità” e “quantità” degli effetti che non possono essere diversi o maggiori di quelli ottenibili con la sentenza».

camente con la sentenza che rigetti il ricorso», in quanto, come detto, la concessione della misura cautelare produce effetti per l'appunto irreversibili che si esauriscono immediatamente⁵⁸.

Proprio il tema degli effetti che esplica la misura cautelare offre l'occasione per riflettere sulla dinamica della cautela all'interno del processo amministrativo.

Può accadere che, ad esempio, l'Amministrazione resistente proponga appello cautelare per chiedere la revoca o la modifica della misura. In tal caso, l'accoglimento dell'appello si porrebbe in contrasto con l'attività che era "autorizzata" dall'esecuzione della tutela cautelare. Ciò pone un evidente problema di coordinamento, nel caso in cui, ad esempio, il ricorrente abbia esercitato delle attività immediatamente dopo la concessione della tutela cautelare. Semplificando, ci si chiede quali siano gli effetti nella sfera del ricorrente e quale sia l'esito delle attività, *medio tempore*, compiute e poi travolte dalla pronuncia del Consiglio di Stato sull'appello cautelare.

Si è dato conto dell'innegabile irreversibilità degli effetti cautelari, dal momento che essi sembrerebbero insensibili, finanche, alla sentenza che definisce il ricorso; non è possibile, però, inibire la possibilità di proporre appello avverso l'ordinanza cautelare.

Sicché, proprio in considerazione di questi effetti, il Consiglio di Stato, già in quella sede, potrebbe prendere atto dell'operatività del consolidamento e confermare l'ordinanza impugnata. In questo modo, in verità, vi sarebbe una eccessiva limitazione dei poteri giurisdizionali con il

⁵⁸ C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 121, propone una distinzione tra effetti irreversibili ma non definitivamente irreversibili ed effetti non suscettibili di cessare automaticamente con la sentenza che rigetti il ricorso. In particolare, l'Autrice considera «l'ipotesi di impugnazione del diniego di svolgimento di una determinata attività, sul quale sia intervenuta una misura cautelare sostitutiva, dalla quale deriva la legittimazione allo svolgimento dell'attività: in caso di rigetto del ricorso, l'atto emanato in esecuzione dell'ordinanza viene travolto, il titolo allo svolgimento dell'attività viene meno e questa non può essere esercitata, ma nondimeno, nelle more della definizione del giudizio, essa è stata svolta: e questo è un effetto irreversibile. Questo tipo di effetto è irreversibile sì, perché *quod factum est infectum fieri nequit*, ma non è *definitivamente* irreversibile se esso è suscettibile di cessare una volta che la misura cautelare sia travolta, venga meno in forza della sentenza di rigetto del ricorso [...]. Ma vi potrebbero essere degli effetti, prodotti dall'ordinanza cautelare, ma non suscettibili di cessare automaticamente con la sentenza che rigetti il ricorso; perché effetti che si producono e si esauriscono immediatamente, e che determinano la modificazione della situazione di fatto».

rischio di negare giustizia a priori, in forza di un accertamento che resta, comunque, sommario.

A parere di chi scrive, una delle strade percorribili – soprattutto, capace di compendiare i molteplici interessi in gioco – potrebbe rinvenirsi nell'istituto previsto dall'art. 60 c.p.a., ovvero nella definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare.

In questo modo, infatti, si avrebbe una concentrazione processuale che garantirebbe una pronta soluzione della controversia, quand'anche l'altra parte dichiarasse di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, o regolamento di competenza o di giurisdizione. Tuttavia, potrebbe, altresì, immaginarsi una applicazione estensiva, seppure con i necessari adattamenti, della regola dettata dall'art. 120, comma 5 c.p.a., per il rito appalti, laddove è previsto che, in assenza dei presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., il giudizio è definito, con sentenza in forma semplificata, in un'udienza «da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e nel rispetto dei termini per il deposito dei documenti e delle memorie».

In definitiva, qualunque soluzione si prospetti non può non tenersi conto dell'incidenza assunta dalla tutela cautelare, la quale, anche nelle ipotesi in cui trova applicazione la logica dell'assorbimento, rappresenta uno strumento di garanzia e realizzazione della tutela piena ed effettiva.

Su questa scia, invero, si è sviluppata la tutela cautelare nel processo amministrativo con il difficile compito, ma a dire il vero, in alcune occasioni ben riuscito, di concedere una tutela strumentale e atipica ma funzionale a realizzare, sin dall'introduzione del giudizio, gli interessi sottesi alla proposizione del ricorso.

3.2. L'accertamento processuale della stabilizzazione dei fatti sopravvenuti: inutile, sovrabbondante o necessario?

Concessa la tutela cautelare al ricorrente, come visto, si producono degli effetti irreversibili capaci di influenzare la situazione fattuale e, altresì, l'andamento del processo.

Già il *nomen*, consolidamento (o assorbimento), evoca l'idea di un fattore sopravvenuto che, però, è così forte da determinare un cambiamento nei fatti del giudizio rispetto alla proposizione della domanda giurisdizionale.

In sostanza, la combinazione degli elementi “nuovi” ha come effetto l’iscrizione del ricorrente “definitivamente ed irrevocabilmente” al corso di laurea che, in virtù della misura cautelare o del provvedimento di autotutela, ha frequentato⁵⁹.

Di questi elementi nuovi il Giudice deve, ovviamente, tenerne conto, anche perché è noto che *quod factum infectum fieri nequit*.

Pertanto, in primo luogo, ci si chiede con quali modalità il mutamento fattuale, si badi derivante dal nuovo accertamento, confluisca in sede processuale, ovvero, più semplicemente, come il Giudice amministrativo prenda contezza della frequenza del ricorrente al corso o del superamento degli esami, considerato che questi intervengono dopo la notifica e il deposito dell’atto introduttivo e, quindi, non possono essere contenuti, ai sensi dell’art. 40, comma 1 lett.e) c.p.a., nel ricorso.

Idealmente, potrebbe, immaginarsi che, una volta intervenute le predette sopravvenienze, il ricorrente proponga, *ex art. 43 c.p.a.*, un ricorso per motivi aggiunti per rilevare le *nuove ragioni* a sostegno delle domande già proposte con il ricorso, ovvero proporre domande nuove ma, comunque, connesse⁶⁰ con quella originaria.

In linea generale, sempre constatati i nuovi fatti, il ricorrente potrebbe, attraverso i motivi aggiunti, chiedere la condanna dell’Amministrazione al rilascio del provvedimento di iscrizione (definitiva) al corso, ai sensi dell’art. 34, comma 1, lett. c) c.p.a.

A dire il vero, dall’analisi delle pronunce passate in rassegna emerge che parte ricorrente, in genere, deposita in giudizio un’autocertificazione attestante l’iscrizione al corso e l’avvenuto superamento degli esami, nei termini previsti dall’art. 73 c.p.a.

⁵⁹ A titolo esemplificativo, cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 60, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ M. D’ORSOGNA, F. FIGORILLI, *La fase introduttiva*, in F. G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa, op.cit.*, 323, rilevano che «In buona sostanza, la proposizione di motivi aggiunti è stata dichiarata ammissibile in conseguenza della cognizione, da parte del ricorrente, di fatti o atti sopravvenuti alla proposizione del ricorso principale, in grado da far emergere la sussistenza di ulteriori vizi originari del provvedimento impugnato». Si afferma, altresì, che «La dottrina, peraltro, si è dimostrata già da tempo favorevole all’utilizzabilità di tale strumento anche nell’ipotesi di collegamento scaturente dal fatto che il nuovo atto si pone come riesercizio (su iniziativa della stessa amministrazione resistente o sollecitato dal giudice, ad esempio a seguito dell’adozione di una misura cautelare “propulsiva”) del medesimo potere di cui l’atto inizialmente impugnato costituisca manifestazione».

Il principio del consolidamento

Allo stesso modo, può anche immaginarsi che, ai sensi dell'art. 63 comma 1, il Giudice chieda, d'ufficio, chiarimenti o documenti alle parti o, ancora, ex art. 64 comma 3, disponga di acquisire informazioni o documenti nella disponibilità dell'Amministrazione.

Insomma, gli strumenti e le possibilità in possesso delle parti per far transitare in sede processuali i fatti sopravvenuti sono molteplici.

Sgomberato il campo dall'interrogativo inerente alle modalità con le quali si realizza la *discovery* di questi elementi sopravvenuti, vi è da chiedersi quali sono i riflessi sull'esito della controversia.

In maniera ancora più diretta, ci si interroga sull'utilità di emanare una pronuncia di accoglimento del ricorso che annulli, con effetti costitutivi, il provvedimento impugnato.

Sul punto, deve rilevarsi che la giurisprudenza talvolta definisce la questione a cui si applica il consolidamento con una sentenza di cessata materia del contendere, talaltra con una pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto dell'interesse.

In quest'ultimo caso, l'improcedibilità del ricorso, a dire del Consiglio di Stato, è connessa al consolidamento degli effetti che si sono prodotti con l'ammissione con riserva, il quale rende carente, di conseguenza, l'interesse alla coltivazione e prosecuzione del ricorso⁶¹.

Orbene, pare necessario soffermarsi, seppur per linee generali, sulla distinzione tra la cessata materia del contendere e la carenza sopravvenuta di interesse, specificando che l'elemento comune ad entrambi gli istituti è la sussistenza di una sopravvenienza fattuale rispetto all'instaurazione del processo.

Ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a. il Giudice dichiara la cessazione della materia del contendere qualora, nel corso del giudizio, la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, cioè quando il bene della vita a cui aspira il ricorrente trova soddisfazione in sede extraprocessuale, quindi, in via amministrativa. In questo caso, la realizzazione della pretesa del ricorrente rende "inutile" la prosecuzione del giudizio. Nell'ipotesi, invece, di sopravvenuta carenza di interesse, il Giudice adotta una sentenza di rito, con la quale accerta il sopraggiungere di una circostanza giuridica o fattuale che determina una sovrabbondanza, anche in questo caso, della prosecuzione del giudizio.

È evidente, quindi, l'analogia tra la cessata materia del contendere e la

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, 8601, in www.giustizia-amministrativa.it.

sopravvenuta carenza di interesse, tanto da indurre la dottrina a dubitare della concreta utilità classificatoria delle due figure⁶².

A dire il vero, la giurisprudenza amministrativa⁶³ ravvisa una diversità nella valutazione compiuta dal Giudice.

Nella cessata materia del contendere, vi è un'attività amministrativa, successiva all'instaurazione del giudizio, e il Giudice, nella pronuncia, accerta nel merito, dapprima, la pretesa avanzata e, poi, la "piena soddisfazione" della stessa; nell'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse, vi è la sopravvenienza di un fatto che osta alla realizzazione dell'interesse al ricorso, rendendo inutile la prosecuzione del giudizio, quindi, «per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita»⁶⁴.

⁶² A. POLICE, *L'estinzione del processo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, *op.cit.*, 481, rileva che «In dottrina, tuttavia, molti dubitano della utilità sul piano teorico (e comunque dal punto di vista pratico) della distinzione di questa figura da quella della cessazione della materia del contendere».

⁶³ Secondo Cons. St., sez. III, 28 marzo 2022, n. 2247, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «Si tratta di due decisioni che sottendono una valutazione del giudice ben diversa (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3388). La pronuncia di cessazione della materia del contendere definisce il giudizio nel merito e consegue alla integrale soddisfazione dell'interesse sostanziale, fatto valere in giudizio, da parte dell'Amministrazione con un provvedimento posto in essere spontaneamente e non in esecuzione di un ordine giudiziale (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3767). [...] La decisione che dichiara la cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo è caratterizzata dal contenuto di accertamento nel merito della pretesa avanzata e dalla piena soddisfazione eventualmente arrecata ad opera delle successive determinazioni assunte dalla Pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 5343); tale decisione non ha pertanto valenza meramente processuale, ma contiene l'accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso e alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato (Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5533).

⁶⁴ Sul punto si v. Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «Il codice del processo amministrativo distingue, in particolare, la sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere, espressamente regolata nell'ambito delle sentenze di merito ex art. 34, comma 5, c.p.a., dalla sentenza dichiarativa dell'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, costituente una sentenza di rito ex art. 35 c.p.a.

La differente natura giuridica (di merito o di rito) delle sentenze in commento discende dal diverso accertamento sotteso alla loro emissione: la cessazione della materia del contendere postula la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere il bene della vita agognato, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo (Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5031); l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta

Il principio del consolidamento

Analizzando le analogie e le differenze degli istituti suddetti, può affermarsi che nel caso del meccanismo del consolidamento, come testimonia l'orientamento maggioritario, è maggiormente adeguata una pronuncia di cessata materia del contendere, nella quale il Giudice non ha solo conoscenza della sopravvenienza dei fatti successivi alla concessione della tutela cautelare, ma, al contrario, compie un accertamento "di merito" in grado di accertare l'effettiva ricorrenza di tutti i presupposti sottesi al consolidamento.

Questo punto fermo, seppur ampiamente condivisibile, origina un ulteriore problema: nella pronuncia di cessata materia del contendere, il Giudice prende atto delle attività sopravvenute ma non annulla il provvedimento impugnato. In tal modo, in sostanza, il Giudice opera una sorta di disapplicazione, impropria, di un atto amministrativo che, quindi, rimane efficace.

D'altro canto, le pronunce che applicano il consolidamento non si esprimono affatto sulla legittimità del provvedimento impugnato, bensì si concentrano solo sul superamento degli esami utile a dimostrare «nei fatti ed in modo ancor più specifico la propria idoneità al cui accertamento era deputata la procedura comparativa per l'iscrizione ad anni successivi»⁶⁵.

Il dubbio, forse insuperabile, risiede nella presunta legittimità dell'atto impugnato; rimane il sospetto che il privato, nonostante il mancato annullamento, ottenga il medesimo risultato, sulla base di un provvedimento, forse, esente da vizi.

4. *Considerazioni conclusive*

Il meccanismo del consolidamento sostanziale è entrato a far parte della prassi giudiziaria, la quale ha, di fatto, esteso l'ambito applicativo

carezza di interesse risulta, invece, riscontrabile qualora sopravvenga un assetto di interesse ostativo alla realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso, anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio – anziché per l'ottenimento – per l'impossibilità sopravvenuta del conseguimento del bene della vita ambito dal ricorrente».

Per un inquadramento della questione, anche nel sistema previgente al Codice del processo amministrativo, si rinvia a F. F. TUCCARI, *Decisioni in forma semplificata ed estinzione del giudizio*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2005*, n. 205, Milano, 2001, 827.

⁶⁵ TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 14 febbraio 2022, n. 60, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'art. 4, comma 2 *bis*, anche ad altre ipotesi, originariamente, non previste dalla normativa.

Si è avuto modo di verificare che quello che, in passato, era un istituto volto a tutelare la posizione di una particolare categoria soggettiva (ovvero, i soggetti appartenenti alle categorie per le quali era prevista l'abilitazione) è, oggi, diventato uno strumento generalizzato e applicabile a vari contesti.

Il percorso ha evidenziato che nel settore delle ammissioni ai corsi universitari o di formazione, le sopravvenienze fattuali, quali ad esempio la frequenza del corso o il superamento degli esami, sono in grado di incidere, non solo, sul corso naturale del processo amministrativo ma, anche, sulla sfera soggettiva del privato e, di conseguenza, sull'intera procedura di ammissione.

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'assenza di una norma generale sul meccanismo del consolidamento sostanziale rende, di fatto, la sua applicazione concreta frutto della discrezionalità del Giudice.

Considerato questo fattore, ci si chiede se tale situazione possa, in qualche misura, essere fonte di una disparità di trattamento. Non è arduo immaginare che, a fronte di una medesima situazione sostanziale, un Tribunale accolga la richiesta di concessione della tutela cautelare, con tutto ciò che ne consegue in tema di consolidamento, e un altro, al contrario, non conceda la misura richiesta. Nelle ipotesi appena prospettate, è chiaro che ad un ricorrente venga consentito di frequentare il corso e sostenere gli esami e all'altro, invece, tanto è inibito a priori.

Ci si pone, al contempo, un altro interrogativo di carattere generale. L'operatività del consolidamento, considerata la *vis attractiva* della tutela cautelare, rende di fatto inutile la prosecuzione del giudizio che, pare opportuno ricordare, ha ad oggetto l'accertamento della legittimità o meno dell'atto impugnato.

In questo caso, potrebbe, così, definitivamente stabilizzarsi una situazione a fronte di un provvedimento (di non ammissione o di esclusione), non annullato dal Giudice che quindi resta valido ed efficace.

Il rischio, in questo caso, è che si verifichi una indebita sostituzione del Giudice all'Amministrazione e che, al contempo, vengano imposte alla P.A. il compimento di una serie di attività, sulla base di un giudizio che, alla fine, non decide sulla legittimità dell'atto.

Nonostante le criticità appena rilevate, però, il consolidamento rap-

Il principio del consolidamento

presenta uno degli esempi più recenti di quell'attitudine della moderna *iurisdictio* a creare nuovi principi utili a fronteggiare le numerose lacune legislative nonché a garantire una più intensa tutela ai cittadini.

E non è un caso se – proprio negli ultimi anni – è il Giudice, anche costituzionale, a sollecitare il legislatore a dettare nuove regole maggiormente adeguate all'attuale società e se, nel campo del diritto amministrativo, è il potere giudiziario a fornire all'Amministrazione nuovi criteri e principi per meglio amministrare.

Fino a dove si spingerà il Giudice nell'attività “creativa” o quanto saranno efficienti il legislatore e l'Amministrazione sono quesiti ai quali non si può rispondere, il fattore certo è che, oggi, il Giudice è *Dr. Jekyll e Mr. Hyde*, talvolta applica i principi e talaltra li crea.

Abstract

Il contributo intende analizzare il principio del consolidamento (o assorbimento), alla luce della lettura estensiva operata dalla giurisprudenza amministrativa che lo ha applicato a fattispecie diverse rispetto a quelle originariamente previste dall'art. 4, comma 2 *bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115.

La norma in questione prescrive che i candidati che abbiano superato le prove, sia scritte che orali, conseguano l'abilitazione, anche nel caso in cui la loro ammissione, o la ripetizione della valutazione, sia avvenuta a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di autotutela.

Definite le coordinate ermeneutiche dell'istituto, ci si propone di riflettere sui risvolti che esso svolge all'interno del processo amministrativo e, in particolare, come la stabilizzazione di una sopravvenienza fattuale incida sull'accertamento compiuto dal Giudice.

The principle of consolidation in the dynamics of the administrative process

The paper intends to analyze the principle of consolidation (or absorption), in the light of the extensive interpretation made by the administrative jurisprudence, which has applied it to cases beyond those originally provided for by art. 4, paragraph 2 bis, Legislative Decree of 30 June 2005, n. 115.

The rule in question prescribes that candidates who have passed the tests, both written and oral, obtain the qualification, even if their admission, or the repetition of the evaluation, has taken place following a judicial or self-protection measure.

Having defined the hermeneutical coordinates of the institution, we propose to reflect on the implications that it carries out within the administrative process and, in particular, how the stabilization of a factual occurrence affects the assessment made by the Judge.