

L'ammissione cautelare e gli effetti di consolidamento sulla posizione del ricorrente che ne ha beneficiato

Santi Delia

Avvocato

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il precedente del 2012 nell'ambito delle procedure concorsuali a posti contingentati - 3. Il sigillo del Consiglio di Stato - 4. L'estensione di tali principi a diversi corsi universitari a numero contingentato - 5. La posizione contraria dello stesso T.A.R. Lazio a partire dal 2016 - 6. La natura mutevole della procedura concorsuale e le recenti decisioni di T.A.R. Lazio e Consiglio di Stato

1. Introduzione

Il tema che il presente lavoro mira ad indagare riguarda gli effetti derivanti dalle circostanze concretamente occorse dopo l'adozione di misure cautelari nell'ambito di procedure concorsuali a posti contingentati grazie alle quali il candidato, dapprima escluso, in forza dei provvedimenti giudiziali adottati, vi sia ammesso con riserva. La riserva, evidentemente, è legata al buon esito della fase giudiziale e sarà sciolta in positivo solo alla fine del percorso processuale e solo se, dunque, le ragioni sostenute in ricorso siano, definitivamente, ritenute fondate.

Ma, a ben vedere, può esservi anche una differente soluzione che prescinde dal vaglio delle ragioni inizialmente addotte dal ricorrente e che, in via preliminare, indagli i concreti effetti derivanti dall'esecuzione della misura cautelare nel nuovo assetto che la stessa scelta cautelare ha plasmato.

E' di tale assetto che la giurisprudenza in commento si è occupata - con particolare attenzione nell'ultimo decennio - giungendo a posizioni talvolta contrastanti su cui è utile soffermarsi.

2. Il precedente del 2012 nell'ambito delle procedure concorsuali a posti contingentati

Nel 2012, con una innovativa pronuncia del T.A.R. Abruzzo - L'Aquila (n. 521), si decretava la definitiva ammissione di uno studente ammesso grazie alla "sospensiva". Secondo i giudici amministrativi abruzzesi, essere riusciti ad ottenere l'ammissione al secondo anno non può che significare che lo studente aveva dimostrato di possedere quelle attitudini e qualità che il test di ammissione avrebbe dovuto certificare.

Si discorreva, in tale frangente, di stabilizzazione degli effetti giuridici scaturenti dall'accoglimento della sospensiva, individuando un intrinseco ed innovativo raccordo fra la detta misura cautelare ed il disposto dell'art. 4, comma 2-bis, del D.L. 30 giugno 2005, n. 115 introdotto dalla Legge di conversione 14 agosto 2005, n. 168, a tenore del quale *“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 e orali previste dal bando, anche se l'ammissione o la ripetizione della valutazione da parte della Commissione sia stata operata a seguito dei provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”*.

La sanatoria, in altre parole, trae la sua ragion d'essere da una situazione di fatto incontestabile, ovvero il superamento delle prove d'esame del primo anno, anche laddove ciò fosse stato consentito da un provvedimento giurisdizionale cautelare che avesse determinato il superamento dell'originaria preclusione partecipativa.

“Ritiene il collegio”, scrive il T.A.R. L'Aquila, “di condividere l'attenta difesa delle ricorrenti in ordine all'improcedibilità del gravame, per avvenuta stabilizzazione delle posizioni giuridiche scaturite a seguito dell'accolta sospensiva. Ai sensi del citato art. 4, comma 2-bis, del D.L. n. 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. Come esattamente osservato nella memoria del 28 maggio 2012, infatti,” ... “l'ammissione del corso di laurea a numero chiuso, d'altra parte, non dà affatto la certezza di ottenere il titolo di laurea, ragion per cui sarebbe errato pensare che la legge sia applicabile solo ove il ricorrente acquisisca la laurea (poiché) l'accesso, come detto, è inerente solo al primo anno; pertanto, il superamento degli esami previsti in tale piano di studi equivale senza dubbio a quelle prove scritte e orali a cui la legge fa riferimento”.

Nonostante l'iniziale contingentamento degli ammessi e la circostanza che, dunque, taluna giurisprudenza aveva negato che tale norma potesse applicarsi alle procedure concorsuali con posti inizialmente stabiliti, stante il fine che la selezione aveva in mente ed i risultati ottenuti dagli studenti, *“il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 4, comma 2-bis del D.L. n. 115/2005 introdotto dalla Legge di conversione n. 168/2005, con gli effetti di stabilizzazione appena precisati”*, e i ricorrenti sono, quindi, definitivamente, ammessi.

3. Il sigillo del Consiglio di Stato

Qualche anno dopo, il Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 2298/2014) mette il sigillo a tale teoria ritenendo applicabile ad analogo caso *“il dettato di cui al richiamato articolo 4, comma 2-bis, del D.L. n. 115/2005 convertito dalla Legge n. 168/2005. Nè potrebbe essere diversamente, dal momento 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”*.

I Giudici di Palazzo Spada, in quel caso, si pronunciavano su un ricorso presentato dal MIUR e dall'Università di Milano avverso la sentenza del T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-bis, n. 2885/2012.

Il T.A.R. aveva accolto il ricorso decretando l'ammissione di un ricorrente al primo anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia che lamentava, sostenuta l'illegittimità della sua esclusione, a causa dell'illegittimo annullamento di un quesito recante due risposte esatte. Ove tali domande non fossero state annullate, sosteneva il ricorrente, egli avrebbe conseguito un punteggio utile ai fini dell'accesso al corso. Avverso tale sentenza proponevano appello le soccombenti Amministrazioni.

Si costituivano in giudizio gli originari ricorrenti, eccependo, fra le varie censure, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 4, comma 2-bis, del D.L. n. 115/2005, avendo l'appellato, superato gli esami di profitto per il primo anno cui il test era preordinato ad accedere ed avendo così conseguito il titolo per ottenere lo *status* di studente del corso di laurea in Medicina e Chirurgia.

Secondo il ricorrente non è più rilevante quanto scritto in ricorso e le ragioni, accolte dal T.A.R., a fondamento della sentenza ma, esclusivamente, il fatto che il ragazzo abbia dimostrato di non essere più una matricola.

I Giudici, prendendo le mosse dal su citato art. 4, comma 2-bis, statuiscono che *“avendo lo stesso appellato superato gli esami di profitto previsti per il primo anno cui il test era preordinato ad accedere, ottenendo una valutazione positiva in ognuno di essi, egli ha conseguito il titolo per il quale aveva concorso; ciò in quanto ha esercitato con effettività, sul campo, frequentando i corsi e superando gli esami positivamente, il titolo cui fa riferimento la norma sopra riportata: nel caso, cioè, lo status di studente attestato e confermato dal superamento con profitto del primo anno di corso di laurea. Nella specifica situazione va, quindi, affermato il criterio sostanzialista per il suo effetto di raccordo dimostrativo del dato formale. Ciò attraverso una legittima interpretazione estensiva ispirata ai canoni della ragionevolezza e della logicità”*.

Si è privilegiato in sostanza tale criterio essendo stato dimostrato *de facto*, il raggiungimento dell'idoneità alla frequenza del corso cui l'originario ricorrente non era stato ammesso.

4. L'estensione di tali principi a diversi corsi universitari a numero contingentato

T.A.R. Sicilia - Catania (tra le altre Sez. I, n. 2395/2017) e T.A.R. Lazio - Roma (Sez. III, 19 maggio 2014, n. 5209), negli anni successivi, hanno seguito proprio tale prospettazione ma è assai interessante notare come le abbiano applicate anche ai corsi di specializzazione e abilitazione per gli insegnanti ed i medici (Sez. III *bis*, n. 11950/2016; Sez. III *quater*, n. 1039/2019). Secondo il T.A.R. *“l'art. 4, comma 2-bis, D.L. n. 115/2005, convertito con modificazioni in Legge n. 168/2005 - pacificamente applicabile anche ai corsi per il conseguimento dell'abilitazione professionale (in senso conforme, Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1000/2007) - prevede, infatti, che conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono coloro che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”*.

Il principio di cui fa applicazione tale giurisprudenza, dunque, come accennato, nasce per prendere atto degli effetti del percorso di studi. Le selezioni di accesso universitarie, difatti, miravano alla selezione delle matricole e non degli specializzati. Superando lo *status* di matricola (con l'ammissione al secondo anno o l'acquisizione dell'abilitazione o della laurea) si supera l'effetto stesso delle prove di accesso. Il bene della vita a cui quei ricorrenti aspiravano, d'altra parte, non è dunque il conseguimento dell'abilitazione quanto piuttosto l'immatricolazione al corso di laurea, che si ritiene completamente soddisfatto grazie al superamento di tutti gli esami relativi al primo anno di corso.

Sono proprio i principi espressi dal C.G.A. con l'ordinanza di rimessione poi fatta propria dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 1/2015 e la successiva giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2746) a confermare che il concreto svolgimento del percorso universitario ben può obliterare l'asserita carenza di punteggio utile al test di selezione. Se, difatti, nel caso del tema trattato dalla Plenaria si discorreva di soggetti che NON avevano sostenuto la prova di ammissione in Italia ma che potevano vantare un percorso di studi utile all'ammissione ad anni successivi al primo, non v'è ragione per ritenere che tali identici esami superati grazie ad un valido titolo giudiziale, non possano essere egualmente utili a tal fine (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 20 settembre 2016 n. 1690; n. 1823/2017).

5. La posizione contraria dello stesso T.A.R. Lazio a partire dal 2016 (Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 11713; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 11 settembre 2018, n. 9253; *idem*, 13 aprile 2018, n. 4105; *idem*, 14 novembre 2017, n. 11313; *idem*, 14 novembre 2017, n. 11312)

Secondo la Terza Sezione del T.A.R. Lazio, tuttavia, il “consolidamento della posizione del candidato”, deve ritenersi istituito “estraneo alle norme processuali - che assegnano al provvedimento amministrativo di ammissione con riserva, assunto (come nel caso di specie) soltanto per doverosa esecuzione dell’ordinanza cautelare, valenza meramente interinale ed effetti del tutto provvisori rispetto alla pronuncia definitiva di merito che, a seconda dell’esito, assorbe oppure travolge l’ordinanza stessa - e, comunque, non pertinente ad una procedura a carattere concorsuale (e non idoneativo) quale quella per cui è causa (in tal senso, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 11 settembre 2018, n. 9253; *idem*, 13 aprile 2018, n. 4105; *idem*, 14 novembre 2017, n. 11313; *idem*, 14 novembre 2017, n. 11312)”.

Una prima breccia volta a mutare tale posizione è da rintracciarsi nella recente decisione n. 3936/2020 riguardante l’acquisizione dei titoli abilitanti all’esito del percorso universitario *post lauream*. Secondo la stessa Terza Sezione del T.A.R. Lazio la positiva valutazione del percorso *medio tempore* “a tale conclusione il Collegio può pervenire ritenendo 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, Sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155; Cons. Stato, Ad. Plen, 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”. Nella specie per affermare la salvezza dell’atto di ammissione e di superamento dei percorsi formativi per la specializzazione (conseguenti all’esito di provvedimento cautelare), non rileva, in via diretta, il testo dell’art. 4, comma 2-bis, D.L. 30 giugno 2005, n. 115 come convertito nella L. 17 agosto 2005, n. 168), poiché esso - pur mirando alla stabilità degli effetti degli atti emanati in conseguenza di pronunce del giudice amministrativo - è testualmente riferito ai casi di conseguimento di una abilitazione professionale o di un diverso titolo, quando, per esso, occorra il superamento di “prove d’esame scritte ed orali”, che siano state superate a seguito di una ammissione conseguente alle statuizioni del giudice amministrativo (la disposizione, quindi, non si riferisce a prove concorsuali per la copertura di un numero predeterminato di posizioni, come nella specie)”. Tuttavia, come ritenuto da Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2155 deve ritenersi, “...nondimeno che, nel caso di specie, vi sia ugualmente una situazione

di affidamento, con avvio in buona fede di un articolato percorso di studio, [...] completato, che merita un trattamento non dissimile a quello previsto dal sopra richiamato art. 4-bis quando vi sia stato il conseguimento di una abilitazione professionale o di un titolo nei casi ivi previsti...". Con questa decisiva precisazione, dunque, può trovare applicazione il principio del consolidamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6/2016 e ribadito di recente con la pronuncia n. 8601/2019" (Sez. III, n. 3936/2020).

Pur escludendo, dunque, l'applicazione dell'art. 4, comma 2-bis, D.L. 30 giugno 2005, n. 115 ritenendolo riferito al solo "*conseguimento di una abilitazione professionale o di un diverso titolo, quando, per esso, occorra il superamento di prove d'esame scritte ed orali*", ed assumendo che la disposizione non si riferisce a prove concorsuali per la copertura di un numero predefinito di posizioni, il T.A.R. giunge alla medesima soluzione garantista del percorso svolto.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, in tal senso, aveva anticipato tali conclusioni richiamando l'insegnamento della Corte Costituzionale (9 aprile 2009 n. 108, resa in ordine alla questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento proprio all'art. 4, comma 2-bis, D.L. n. 115/2005, convertito nella L. n. 168/2015), secondo la quale per il legislatore "*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*" (sentenza n. 2155/2019; n. 5263/2019).

Tale posizione giurisprudenziale, pur non ritenendo di voler superare il dato letterale della norma, ha il pregio di valutare, comunque, gli effetti sostanziali del percorso svolto applicando anche alle procedure contingentate gli stessi principi cui, detta norma, si ispira.

6. La natura mutevole della procedura concorsuale e le recenti decisioni di T.A.R. Lazio e Consiglio di Stato

Occorre chiedersi, tuttavia, se possano esservi delle circostanze che, unitamente al positivo svolgimento del percorso cui si è stati ammessi, concorrano con quest'ultimo al fine di mutare la natura contingentata del concorso su cui, come si è visto, taluna giurisprudenza ha ritenuto fondare il proprio convincimento per non consentire l'applicazione di tale norma a procedure diverse da quelle meramente idoneative.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui in ragione del superamento di tutte le prove concorsuali e della concomitante circostanza che sono stati coperti un numero inferiore di posti

rispetto a quelli banditi, la procedura si sia, sostanzialmente, trasformata da numero chiuso a numero aperto. E' vero, infatti, che secondo taluna giurisprudenza tale principio "è *da reputarsi inapplicabile alle procedure selettive finalizzate, come, appunto, quella de qua, al conferimento di un numero limitato di posti*" ma, in concreto, ove, al di là dell'iniziale *nomen* della procedura, stante le vacanze createsi, non vi è un problema di sovrannumero, è utile indagare la possibilità di perseverare su tale posizione di chiusura.

Il più recente orientamento della stessa Sezione del T.A.R. Lazio, proprio su queste coordinate, è tornata, ragionatamente, sull'applicazione di tali principi anche alla luce delle più recenti indicazioni del Consiglio di Stato (n. 6188/2020).

Il Consiglio di Stato, in particolare, occupandosi del concorso pubblico per l'accesso alla dirigenza scolastica, ha valutato la posizione di taluni concorrenti ammessi in fase cautelare concludendo per la sanatoria della loro posizione in ragione del superamento delle prove. Per giungere a tale decisione la Sesta Sezione ha ragionato sulla natura della procedura concorsuale al fine di comprendere se, dopo l'ammissione di tali soggetti, sia ancora tale, con riferimento al contingentamento degli ammessi o meno. Pur trattandosi di procedure "*con riferimento alle quali il bene della vita è scarso, nel senso che sono attribuibili un numero di beni inferiore al numero degli aspiranti, con la conseguente necessità di non alterare la par condicio tra i concorrenti*", è ben possibile che la loro natura muti nel tempo ed a seconda delle circostanze.

Per far ciò va compreso, in particolare, se nonostante il percorso svolto la *par condicio* risulterebbe o meno rispettata e se, attraverso l'applicazione della norma, verrebbe preferito, in assenza di un giudizio di merito, il candidato originariamente non ammesso rispetto ad altri sin dall'origine idonei e "scavalcati" dal primo, senza sostanziale compromissione del diritto di difesa dei controinteressati. Bisogna appurare, dunque, se nei confronti dei soggetti che abbiano già ottenuto tale bene della vita, ove non vi siano concreti effetti negativi sugli altri aspiranti dalle stesse graduatorie, possano applicarsi analoghi principi. Ove, in particolare, "*le graduatorie di merito del concorso (...) sono trasformate in graduatorie ad esaurimento*", stravolgendo quindi giuridicamente e sostanzialmente la *ratio* concorsuale che aveva caratterizzato la procedura e la rilevanza selettiva delle prove alle quali i candidati dovevano sottoporsi, divenendo una procedura idoneativa nella quale la risorsa da "scarsa" è divenuta "disponibile" per tutti quei candidati ivi inseriti, il principio del consolidamento ben potrà essere applicato.

In quel caso, dunque, sul presupposto che "*la regola del pubblico concorso, invero, non preclude la possibilità di deroghe, seppur rigorose e limitate, che possono trovare giustificazione in peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico*" (cfr. Corte

Cost., 13 novembre 2009, n. 293), il Consiglio di Stato ha comunque ritenere di applicare il principio dell'assorbimento nonostante il mancato possesso di uno dei requisiti previsti dal bando. Del resto, *“l'esigenza di assicurare il rispetto del principio del buon andamento della pubblica amministrazione risulta, comunque, soddisfatta attraverso la previsione di un'apposita procedura selettiva, con riferimento alla quale non è in contestazione l'idoneità a garantire la professionalità dei soggetti prescelti”* (cfr., ancora, Corte Cost., 29 aprile 2010, n. 149).

Se così è, allora, oltre a quelle sin'ora trattate, saranno altre le fattispecie alle quali possa applicarsi l'art. 4, comma 2-bis, apparendo più genericamente sufficiente e da valutare caso per caso *“che la procedura non presenti caratteri concorsuali, ma sia di tipo idoneativo e che sia intervenuto un nuovo accertamento da parte dell'Amministrazione sulla idoneità del candidato”*.

Il T.A.R. Lazio (n. 13511/2020), applicando questi principi, ha ritenuto - *“discostandosi dal diverso orientamento secondo il quale invece in tali ipotesi saremmo al cospetto di una procedura a carattere concorsuale e non idoneativo (in tal senso, T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 11713; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 11 settembre 2018, n. 9253; idem 13 aprile 2018, n. 4105; idem, 14 novembre 2017, n. 11313; idem, 14 novembre 2017, n. 11312)”* - che anche i corsi di laurea o *post lauream* a numero chiuso, rientrano tra quelli cui è possibile applicare la suddetta norma.

“Secondo il Collegio per quanto la prova di ammissione al corso di studi si configuri nell'immediato come avente i caratteri di una procedura competitiva tra più candidati, una volta che un candidato abbia addirittura terminato il corso di studi, tanto da mutare il suo status (da mero candidato a studente del [secondo, terzo, quarto, quinto o sesto anno o si sia laureato]), o comunque abbia ormai superato gli esami, quantomeno del primo anno del corso di studi, perde siffatto carattere del confronto competitivo tra candidati. Il superamento degli esami universitari si risolve un nuovo e sopravvenuto “accertamento” da parte dell'Amministrazione che è completamente privo di qualunque carattere della competitività tra gli aspiranti, non determinando l'esclusione di alcun controinteressato” (Sez. III, n. 13511/2020).

Il recente orientamento, peraltro, appare conforme a quello della Sezione consultiva secondo cui alla fattispecie *“è applicabile il principio di cui al richiamato articolo 4, comma 2-bis, del D.L. n. 115/2005 convertito dalla Legge n. 168/2005. In altri termini, il notevole decorso del tempo e il superamento di un rilevante numero di esami universitari costituiscono elementi che giustificano, in modo più che consistente, l'applicazione del detto principio”* (Sez. I, par., n. 940/2020).

Tempo, fatti, sopravvenienze normative, dunque, per concludere, sono in grado di incidere non solo sulla posizione processuale del ricorrente ma anche sulla natura della procedura concorsuale e, per converso, sulle norme applicabili alla stessa.