**Riflessioni sui poteri conformativi del giudice amministrativo, esercitabili quando la sentenza respinga il ricorso, dopo l’emanazione di pronunce cautelari propulsive o di ‘ammissione con riserva’**

1. Nell’affrontare la tematica ‘*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, risulta spontaneo osservare che proprio le decisioni giurisdizionali contribuiscono alla ‘sicurezza giuridica’ *inter partes*.

Questa osservazione si riferisce ovviamente ai rapporti tra le parti, quando sulla decisione si sia formato il giudicato.

Le mie seguenti osservazioni riguardano i casi in cui le statuizioni del giudice amministrativo, quando vi sono ‘fasi altalenanti del giudizio’, non contribuiscono alla ‘sicurezza giuridica’, ma esse stesse creano situazioni di incertezza *inter partes*, con possibili negative incidenze sugli interessi pubblici e privati coinvolti.

1. Le ‘fasi altalenanti del giudizio’ non comportano particolari questioni problematiche, quando il ricorrente sia titolare di un ‘interesse difensivo’, e cioè miri a conservare il ‘bene della vita’ su cui va ad incidere il provvedimento impugnato.

Se è impugnato un decreto di esproprio o un atto di autotutela, che ha annullato un precedente atto abilitativo, di solito l’accoglimento della domanda cautelare dell’interessato o del ricorso di primo grado mira a conservare *adhuc integra* la situazione di fatto o quella di diritto in attesa della definizione del giudizio e, dunque, non comporta l’insorgenza di particolari questioni, se dopo tale accoglimento la sentenza (di primo o di secondo grado) sia di reiezione del ricorso.

Una analoga constatazione va fatta quando la sentenza del TAR abbia respinto il ricorso proposto a tutela di un ‘interesse difensivo’ e poi il Consiglio di Stato dapprima accolga la domanda cautelare incidentale dell’appellante, sospendendo gli effetti dell’atto impugnato in primo grado, e poi con la sentenza definisca il secondo grado del giudizio, respingendo l’appello.

1. Delicate questioni si pongono invece quando con il ricorso di primo grado sia chiesta la tutela di un interesse pretensivo e il giudice amministrativo emani una ordinanza di accoglimento della domanda cautelare o un favorevole decreto monocratico rapidamente eseguito (in primo o in secondo grado), ma poi segua una sentenza (di primo o di secondo grado) di rigetto del ricorso originario.

Infatti, l’emanazione di una pronuncia cautelare, volta alla tutela di un interesse pretensivo, comporta inevitabilmente una ‘sopravvenienza provvedimentale’, poiché l’Amministrazione – nel dare esecuzione al decreto o alla ordinanza ‘propulsiva’ o di accoglimento con riserva ad una gara o ad un concorso o di sospensione degli effetti di un diniego – non può che riattivare il procedimento (o farvi partecipare il ricorrente) e dunque emana un altro atto, nella pendenza del giudizio proposto contro l’atto i cui effetti siano stati ‘sospesi’.

Ulteriori delicate questioni sorgono anche quando un decreto cautelare monocratico – quando si chiede la tutela dell’interesse pretensivo - disponga la immediata rinnovazione totale o parziale di un procedimento, andando ad incidere su situazioni caratterizzate dall’imminente scadenza di termini (ad es., per la compilazione dei calendari di una competizione sportiva) e poi non sia seguito da una tempestiva ordinanza collegiale (che comunque fa sorgere analoghi problemi) e dalla sentenza aventi corrispondenti dispositivi.

1. Per l’esame della rilevanza di tali ‘sopravvenienze provvedimentali’, e per risolvere le incertezze che da esse derivano, la giurisprudenza spesso richiama i principiprocessuali inerenti all’esigenza che permanga l’interesse del ricorrente nel corso del giudizio e verifica se il provvedimento emesso in sede di esecuzione della pronuncia cautelare preveda espressamente che esso è stato emanato ‘con riserva’ dell’esito finale del giudizio.
2. Tali principi non consentono però di risolvere sempre le questioni, quando – dopo l’emanazione del ‘provvedimento sopravvenuto’ emanato ‘con riserva’ in esecuzione di una pronuncia cautelare o di una sentenza di primo grado - il contenuto dispositivo della sentenza di primo grado non coincida con quello della pronuncia cautelare (o, il che è lo stesso, quando il contenuto della sentenza di secondo grado non coincida con una pronuncia cautelare o una sentenza del TAR, ovvero con una precedente ordinanza dello stesso Consiglio di Stato).

Si pensi alla ordinanza di ammissione con riserva ad una gara, ad un concorso o ad un corso universitario o ad una ordinanza di sospensione degli ‘effetti di un diniego’, rese in primo grado o in grado d’appello cautelare, poi seguite da sentenze di rigetto del ricorso, oppure alla simile ordinanza cautelare di accoglimento del Consiglio di Stato, resa quando sia impugnata una sentenza e poi segua il rigetto dell’appello.

In tali casi, a seguito dell’emanazione della pronuncia di accoglimento della domanda cautelare, in attesa della sentenza di definizione del giudizio il candidato partecipa alla gara o al concorso e a volte – se il giudizio ha una durata maggiore rispetto a quella del perdurante procedimento amministrativo - ottiene con riserva proprio il ‘bene della vita’ (con la nomina quale dipendente pubblico o la stipula del contratto di lavoro) e, similmente, lo studente iscritto con riserva ad una classe successiva o agli esami di maturità o ad un corso di laurea nel frattempo frequenta la classe successiva o sostiene gli esami e, in casi limite di eccessiva durata del giudizio (effettivamente accaduti), consegue ‘con riserva’ il diploma di maturità o il diploma di laurea.

Si pensi al caso deciso dalla sentenza n. 1513 del 2016 della Sez. VI del Consiglio di Stato, che ha ritenuto privo di rilevanza giuridica un diploma di maturità emanato ‘con riserva’ (conseguito nel corso del giudizio avente per oggetto un diniego di ammissione alla classe V e durante il quale una ordinanza cautelare aveva ammesso ‘con riserva’ l’interessata a tale classe), poiché il relativo giudizio si è concluso con la reiezione del ricorso originario.

Non a caso con tale sentenza il Consiglio di Stato ha osservato che talvolta, le ordinanze cautelari propulsive, pur se emanate ‘nell’intento di ridurre il danno subito, finiscono col peggiorare la situazione’.

Si pensi altresì ad una ordinanza propulsiva che abbia sospeso gli effetti di un diniego di permesso di costruire, quando essa sia seguita dal rilascio del permesso ‘con riserva’: il ricorrente – se poi costruisce l’opera e il suo ricorso è respinto con la sentenza - si trova nella spiacevole situazione di avere costruito un immobile da considerare abusivo.

1. Poiché non vanno tendenzialmente create incertezze (e poiché occorre tener conto dei principi processuali sulla rilevanza del provvedimento impugnato, quale oggetto del giudizio), ritengo che per quanto possibile occorrerebbe evitare l’emanazione di decreti monocratici propulsivi o di ordinanze propulsive, o di ammissione con riserva.

Dunque, se in sede cautelare risultano vizi dell’atto impugnato, è senz’altro preferibile che ciò sia rilevato con una sentenza succintamente motivata, ai sensi dell’art. 60 del codice del processo amministrativo.

1. Talvolta, chi ha ottenuto una ordinanza di ammissione con riserva o una ordinanza propulsiva ovvero un corrispondente decreto monocratico – e poi abbia conseguito provvisoriamente il ‘bene della vita’ sulla base di atto di esecuzione della ordinanza – mira a lasciar fermo il ‘fatto compiuto’ (e cioè che si consolidino gli effetti dell’atto reso in esecuzione della pronuncia cautelare) e chiede al giudice amministrativo che sia dichiarato improcedibile il suo ricorso originario (oppure che sia dichiarato improcedibile l’eventuale appello della Amministrazione, proposto pur se sia stata data esecuzione alla ordinanza cautelare).

Una tale pretesa (ovvero la relativa eccezione del ricorrente originario) non può essere però ritenuta fondata:

* l’Amministrazione ha interesse alla definizione del giudizio con la riaffermazione della legittimità del proprio originario provvedimento impugnato (e, se del caso, alla condanna del ricorrente alle spese del giudizio, conclusosi con il rigetto del ricorso);
* rilevano i principi della parità delle parti e della correttezza che deve esservi nei loro rapporti, non potendo l’Amministrazione avere un pregiudizio dal fatto che ha doverosamente eseguito un decreto monocratico o una ordinanza cautelare;
* con la sentenza di rigetto si determina *ipso iure* la caducazione dell’ordinanza cautelare (o del decreto che non sia stato seguito dall’ordinanza, ai sensi del citato art. 60), e dunque non solo dei suoi effetti, ma anche degli effetti dell’atto emanato ‘con riserva’, per dare esecuzione alla pronuncia cautelare.

In altri termini, un atto ‘imposto’ (con cui è stata data esecuzione alla misura cautelare) non determina la cessazione della materia del contendere o l’improcedibilità del ricorso originario (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2184 del 2000; Sez. V, n. 2838 del 2008; Sez. VI, n. 396 del 2011, n. 4389 del 2012 n. 4004 del 2013; n. 222 del 2016; n. 1191 del 2018): l’atto emanato con riserva si caduca (con grave compromissione della posizione soggettiva del ricorrente), se invece il ricorso originario è dichiarato improcedibile.

Va sottolineato che – in linea di principio – qualsiasi sentenza di ‘non accoglimento’ del ricorso comporta la caducazione degli effetti della pronuncia cautelare propulsiva, nonché degli effetti dell’atto sopravvenuto favorevole all’interessato, emanato ‘con riserva’: pertanto, non si può condividere la tesi secondo cui il giudice amministrativo potrebbe o dovrebbe – su istanza di parte o d’ufficio – dichiarare improcedibile il ricorso, quando appunto sia emanato ‘con riserva’ l’atto sopravvenuto.

Poiché la sentenza che dichiara l’improcedibilità del ricorso di primo grado rende inoppugnabile il diniego originariamente impugnato, nel caso di declaratoria d’ufficio della improcedibilità l’originario ricorrente può chiedere che il Consiglio di Stato in sua riforma accolga il ricorso originario.

Anche se lo stesso ricorrente sollecita la declaratoria di improcedibilità del ricorso originario, la conseguente inoppugnabilità del contestato diniego comporta la caducazione del provvedimento emanato con riserva: alle gravi conseguenze per l’interessato il Consiglio di Stato non può porre rimedio.

1. Salvi questi principi, ritengo che la sentenza che definisce il giudizio – sconfessando espressamente o implicitamente la ordinanza cautelare che sia stata seguita dalla relativa esecuzione – in alcuni casi, qui di seguito precisati, ben possa precisare quale sia la ‘sorte’ del controverso *status* individuale del ricorrente (e, se del caso, salvarlo) ed evitare così che segua un ulteriore contenzioso, per definire quali siano le conseguenze della sentenza di rigetto del ricorso originario, pur se sono stati emanati nel frattempo atti per lui favorevoli ‘con riserva’.
2. Come già è stato rilevato dalla giurisprudenza, nell’esercizio dei propri poteri conformativi il giudice amministrativo può precisare quali siano gli effetti giuridici delle proprie sentenze.

Tale principio è stato già enunciato con riferimento al potere del giudice amministrativo di ‘modulare’ gli effetti delle proprie sentenze che ritengano fondato il ricorso di primo grado (cfr. la sentenza della Sez. VI del Consiglio di Stato n. 2755 del 2011 e quella dell’Adunanza Plenaria n. 13 del 2017).

1. Tale principio può essere però enunciato anche quando il ricorso di primo grado sia respinto e nel frattempo l’interessato abbia conseguito (o stia per conseguire) uno *status* in conseguenza di una precedente misura cautelare.
2. La sentenza n. 2268 del 2018 della Sez. VI del Consiglio di Stato si è ispirata a questo principio, in sede di esame di un peculiare caso in cui una pronuncia cautelare del TAR (poi seguita da una sentenza di accoglimento del ricorso) aveva ammesso che un interessato potesse iscriversi nel 2012 al primo anno di iscrizione alla facoltà di medicina e chirurgia.

La sentenza del Consiglio di Stato – resa a distanza di sei anni dalla iscrizione disposta ‘con riserva’ al corso universitario - ha poi accolto l’appello dell’Amministrazione, la quale aveva fondatamente dedotto l’erroneità della sentenza del TAR: va sottolineato che l’Amministrazione aveva proposto anche una istanza cautelare (rinunciata poco dopo la notifica dell’appello), per la sospensione della efficacia della sentenza impugnata, e poi, nell’imminenza dell’udienza, aveva ribadito il proprio interesse alla definizione del giudizio di secondo grado, involgendo la causa una questione di notevole principio.

Con la citata sentenza, la Sesta Sezione:

1. ha accolto l’appello dell’Amministrazione ed ha respinto il ricorso di primo grado (affermando il ‘principio di diritto’, anche orientativo della successiva azione amministrativa in materia, e precludendo ovviamente le pretese risarcitorie dell’interessato);
2. poiché nel frattempo l’appellato aveva quasi completato il corso di studi universitario, ha esercitato nel contempo i propri poteri conformativi, disponendo che – per le ragioni processuali e di equità ivi indicate - dovevano essere considerati intangibili gli effetti dell’oramai disposta ammissione al corso universitario e degli esami nel frattempo superati.

In un altro caso di divergenza tra la sentenza di definizione del giudizio e una precedente misura cautelare, con la sentenza sopra citata n. 1513 del 2016 il Consiglio di Stato ha esercitato i poteri conformativi in senso invece sfavorevole all’originario ricorrente: tale sentenza ha ritenuto infondato il ricorso di primo grado - proposto contro il diniego di ammissione all’esame di maturità - ed ha ravvisato la caducazione degli effetti del superamento ‘con riserva’ dell’esame di maturità, nel frattempo conseguito.

1. Al riguardo, se si intendono enunciare alcuni principi orientativi di carattere generale, si può affermare che vi sono effettivamente alcuni casi in cui il ‘bene della vita’ – provvisoriamente conseguito in sede di esecuzione di una pronuncia cautelare del giudice amministrativo o di una sentenza appellata – non può essere mantenuto a seguito della sentenza di rigetto: questa di per sé comporta la rimozione di tutte le conseguenze, anche di natura ‘provvedimentale’, della pronuncia cautelare ormai caducata (che sia un decreto o una ordinanza) o della sentenza di primo grado riformata.
2. Va innanzitutto affermato il principio fondamentale in materia, per il quale una pronuncia cautelare propulsiva o di ammissione con riserva non può cagionare alcuna lesione irreversibile a coloro che risultino controinteressati nel giudizio.

Questi hanno interesse a vedere riaffermata - con la sentenza di reiezione - la legittimità dell’atto impugnato e, dunque, a mantenere il ‘bene della vita’, conseguito proprio con tale atto.

1. Ciò risulta evidente in materia scolastica e, in genere, in relazione alle procedure concorsuali.

In molti casi (come in quello nei quali sono stati coinvolti i ‘diplomati magistrali ante 2001-2002’), avviene che il ricorso di primo grado e quello di appello risultano infondati e che nel frattempo - in esecuzione di un decreto o di una ordinanza (di primo o di secondo grado) di accoglimento della domanda cautelare - sono emessi ‘con riserva’ ulteriori atti di inserimento in graduatorie, seguiti dalla successiva stipula di contratti di lavoro.

Tali situazioni diventano tanto più frequenti, quanto maggiore è la durata del processo.

In questi casi, si deve tenere necessariamente conto della posizione degli originari controinteressati, cioè di coloro che hanno titolo ad essere inseriti nelle graduatorie ed a stipulare i relativi contratti di lavoro.

Solo il legislatore – sulla base di una complessiva valutazione delle posizioni dei ricorrenti e dei controinteressati, nonché degli interessi pubblici coinvolti - può prendere in considerazione il rilievo da attribuire al lavoro svolto sulla base di pronunce cautelari poi divenute prive di effetti o sulla base di sentenze riformate in appello: il giudice amministrativo non può ritenere spettante un ‘bene della vita’ a chi non abbia i relativi requisiti, quanto meno perché vanno salvaguardate le posizioni di coloro che siano stati legittimamente inseriti nelle graduatorie.

1. La pronuncia cautelare propulsiva non può nemmeno condurre a lesioni irreversibili per il territorio.

A volte, l’ordinanza propulsiva sospende gli effetti di un diniego di permesso di costruire (assecondando la pretesa dell’interessato di costruire in base ad un successivo permesso emanato ‘con riserva’) ed è seguita dal rilascio ‘con riserva’ del titolo abilitativo, emanato perché l’Amministrazione non riscontra ulteriori ragioni ostative, oltre quelle enunciate nel diniego.

Anche in questo caso, rileva il consolidato orientamento per il quale l’interessato non può avvalersi di una ordinanza caducata dalla successiva sentenza di rigetto del ricorso: egli ha costruito il manufatto a suo ‘rischio e pericolo’ e non emergono ragioni per non applicare le rilevanti disposizioni urbanistiche ed edilizie, applicate col diniego non risultato viziato con la sentenza di rigetto del ricorso.

1. Il principio opposto – sul ‘rilievo perdurante’ dell’ordinanza propulsiva - è stato viceversa affermato dal legislatore in tema di esami di abilitazione.

L’art. 4, comma 2 bis, del decreto legge n. 115 del 2005, come convertito nella legge n. 168 del 2005 (non suscettibile di applicazione analogica per Corte Cost. n. 108 del 2009), ha fissato regole volte a prevenire i disagi ed i pregiudizi derivanti dall’esito ‘altalenante’ del giudizio, disponendo il mantenimento degli effetti della abilitazione nel frattempo conseguita.

1. Ben diversa è la situazione, quando con il ricorso sia impugnata la mancata promozione in una classe superiore, o la mancata iscrizione ad un corso universitario, e vi sia stata una pronuncia cautelare o una sentenza di accoglimento, seguita dal successivo provvedimento favorevole, emanato ‘con riserva’.

Così come già rilevato dalla sopra citata sentenza della Sesta Sezione n. 2268 del 2018, ritengo che in questi casi, in cui si controverte di *status*, in assenza di regole legislative il giudice amministrativo ben possa farsi carico della situazione concreta, individuando quali siano le più giuste conseguenze, così eliminando le relative incertezze.

Per la rilevazione delle ‘più giuste conseguenze’, rilevano senz’altro anche le vicende processuali e i complessivi comportamenti delle parti (cfr. le citate sentenze della Sezione VI n. 1513 del 2016 e n. 2268 del 2018, sia pure giunte ad opposte conclusioni, a seguito dell’esame dettagliato proprio delle vicende processuali e dei comportamenti delle parti).

1. E’ indubbio che nella pratica si eviterebbero in radice le questioni concernenti la sorte dei ‘provvedimenti sopravvenuti, emanati con riserva’, qualora il TAR (o il Consiglio di Stato, quando sia impugnata una sentenza) in luogo della ordinanza propulsiva o di ammissione ‘con riserva’ emani una sentenza - in forma semplificata - di accoglimento del ricorso che risulti fondato: solo con una motivata pronuncia, idonea a passare in giudicato, l’Amministrazione è in grado di rilevare quale sia il vizio dell’atto impugnato e, di conseguenza, può adeguare alle statuizioni del giudice le sue ulteriori determinazioni.
2. In conclusione, ritengo che:
3. per ridurre le incertezze derivanti da un possibile andamento altalenante del giudizio, vi debbano essere più sentenze e meno ordinanze e meno decreti monocratici ‘propulsivi’ o di ammissione con riserva (che, se emanati, comunque dovrebbero essere seguiti quanto meno dalla più rapida decisione della controversia con sentenza);
4. per evitare che l’andamento altalenante del giudizio sia foriero di ulteriori contenziosi o di soluzioni ingiuste, quando siano stati impugnati atti incidenti su *status* e vi siano state pronunce cautelari propulsive o di ammissione ‘con riserva’ (con l’emanazione ‘con riserva’ di altri provvedimenti), nell’esercizio dei suoi poteri conformativi il giudice amministrativo – nell’affermare con la sentenza il principio applicabile - ben possa tenere conto delle vicende processuali e dei complessivi comportamenti delle parti e dunque possa precisare se lo *status* ormai conseguito possa essere mantenuto, malgrado il rigetto del ricorso originario.

**Luigi Maruotti**

**Presidente di Sezione del Consiglio di Stato**

Pubblicato il 29 ottobre 2018