FORO AMMINISTRATIVO TAR
Anno I Fasc. 1 - 2002

Antonio Leo Tarasco

LA MOTIVAZIONE DEL POTERE: LE RAGIONI DELL'UOMO E DEL DIRITTO A CONFRONTO

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

137 - Sez. I — 21 gennaio 2002 — *Pres. Est.* Baccarini — Dal Martello (avv. Pozzan) c. Ministero giustizia (Avv. Stato).

[876/12] Avvocato - Abilitazione - Esame - Mancato superamento prova orale - Obbligo di motivare adeguatamente il giudizio negativo - Fattispecie - Illegittimità del giudizio impugnato.
(L. 7 agosto 1990 n. 241, art. 3).

Il giudizio di insufficienza della prova orale dell'esame per avvocato dev'essere sorretto da un'adeguata motivazione, che deve riguardare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto della decisione (nella specie la commissione aveva così motivato il giudizio negativo sulla prova orale del ricorrente: « il candidato, nonostante un'apparente sicurezza, in realtà rivela

imprecisioni e lacune diffuse in tutte le materie » e il TAR *accogliendo il ricorso, ha affermato che la commissione, pur avendo fornito le ragioni giuridiche della decisione, non aveva indicato i presupposti di fatto della stessa, vale a dire le risposte del candidato che contenevano imprecisioni o rivelavano lacune)* (1) (2).

FATTO E DIRITTO — Premesso:

che il dott. Giuseppe Dalmartello ha impugnato il provvedimento del 22 ottobre 2001 con il quale la Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte di appello di Venezia per l'anno 2000, in sede di prove orali, ha dichiarato non idoneo il ricorrente, nonché gli atti connessi, deducendo tre motivi e chiedendone in via incidentale la sospensione dell'efficacia;

che all'odierna camera di consiglio, fissata per l'esame della domanda cautelare, i difensori sono stati sentiti circa l'eventualità di una definizione nel merito del giudizio, ai sensi degli artt. 21, comma 9 e 26 della l. n. 1034/71, come modificata dagli artt. 3 e 9 della l. n. 205/00;

Considerato che:

alla definizione nel merito del giudizio con decisione in forma semplificata non osta l'opposizione del difensore dell'Amministrazione, che ha rappresentato esigenze pratiche, estranee all'esercizio del diritto di difesa nella presente fase del procedimento;

l'esame dei motivi di ricorso evidenzia la manifesta fondatezza del secondo motivo, con cui il ricorrente deduce il difetto di motivazione del voto negativo delle prove orali;

è noto che questo TAR, come del resto altri, con la sentenza 15 marzo 2001 n. 1439 della I sezione e con numerose altre susseguenti, ha segnalato con articolata motivazione l'obbligo delle commissioni per gli esami di idoneità alla professione di avvocato di motivare il voto negativo delle prove di esame;

nel frattempo il Cons. St., per contro, andava confermando la propria giurisprudenza contraria a tale orientamento (sez. IV, 1° febbraio 2001 n. 367), riformando anche (sez. IV, 29 ottobre 2001 n. 5635), con richiamo ai propri precedenti, la predetta sentenza n. 1439/01 di questo TAR;

il richiamo alla funzione nomofilattica del Cons. St. (sez. IV, ord. 27 novembre 2001 n. 6337) è di per sé invito alla disamina puntuale, sotto il profilo del percorso motivazionale, del costrutto giurisprudenziale del Cons. St. medesimo, percorso nel quale la funzione nomofilattica si sostanzia;

le richiamate decisioni del Cons. St. hanno segnalato che, anche dopo l'entrata in vigore della l. 7 agosto 1990, n. 241, nei concorsi a pubblico impiego l'onere della motivazione dei giudizi inerenti alle prove scritte e orali è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica ma eloquente di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla commissione esaminatrice che è priva di valenza schiettamente provvedimentale;

circa la prima parte della proposizione, non par dubbio che il punteggio numerico costituisca esternazione del risultato e non già della motivazione (o giustificazione che dir si voglia) del giudizio valutativo: chi consegue un voto negativo espresso con un punteggio non è messo in condizioni, infatti, di conoscere i motivi del voto negativo: non è dato comprendere, quindi, come l'attribuzione di un punteggio numerico possa costituire adempimento dell'onere (o piuttosto dell'obbligo) della motivazione;

circa la seconda parte della proposizione, vero è che i giudizi aventi ad oggetto le prove di esame non hanno natura provvedimentale, ma è anche vero che, come ora si vedrà, essi sono oggetto di una *relatio* da parte dei provvedimenti finali;

invero, a favore dell'obbligo della motivazione militano argomenti normativi plurimi:

---

(1) *Contra*, nel senso cioè della sufficienza della votazione numerica, Cons. St., sez. IV., 1° febbraio 2001 n. 367, in questa *Rivista*, 2001, 271 (s.m.); Id., 29 ottobre 2001 n. 5635.

(2) Seguono note di A. LEO TARASCO, *La motivazione del potere: Le ragioni dell'uomo e del diritto a confronto, infra 49;* M. VALENTE, *Valutazioni numeriche ed obbligo di motivazione nei pubblici concorsi, infra, 74.*

a) la disposizione dell'art. 3, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale « ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti... lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato »: non giova argomentare dalla natura non provvedimentale dei giudizi valutativi, in quanto i provvedimenti finali dei procedimenti concorsuali e di quelli idoneativi (graduatorie, provvedimenti di idoneità o inidoneità) sono motivati con il solo richiamo agli atti del procedimento, sicché escludere l'obbligo di motivazione dei giudizi valutativi equivarrebbe ad espungere la motivazione dall'intero ambito di questi procedimenti, in difformità dalla menzione esplicita dei procedimenti concorsuali che il legislatore ha voluto per evitare incertezze applicative ed interpretative;

b) l'art. 12, comma 1, del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, come modificato dall'art. 10 del d.P.R. 30 ottobre 1996, n. 693, secondo il quale « le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove »: l'obbligo di stabilire i criteri di valutazione delle prove concorsuali, cioè di autolimitare il proprio potere di apprezzamento delle prove concorsuali in base a criteri predeterminati, impone conseguentemente di motivare circa il modo di applicazione dei criteri nel caso concreto: diversamente opinando, tra criteri e giudizi valutativi sarebbe saltato il passaggio intermedio dell'applicazione del criterio, il che renderebbe inutile la fissazione dei criteri medesimi e l'effetto di autolimitazione che ne deriva;

se ciò consegue alla natura degli atti di autolimitazione, la modifica regolamentare del 1996, che ha espunto lo specifico riferimento alla motivazione dei punteggi, non poteva raggiungere lo scopo;

c) l'art. 9, comma 3, del d.P.R. 27 marzo 2001, n. 220, recante disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale, secondo cui « la commissione, alla prima riunione, stabilisce i criteri e le modalità di valutazione, da formulare nei verbali, delle prove concorsuali ai fini della motivazione dei punteggi attribuiti alle singole prove »: e ciò vale a conferma del *trend* normativo;

in senso critico nei confronti del prevalente orientamento giurisprudenziale si è espressa autorevole dottrina, secondo cui il candidato ha il diritto di conoscere in quali errori o inesattezze sia incorso o comunque le ragioni per le quali lo svolgimento non sia stato ritenuto esatto o sufficiente: diversamente opinando, non si spiegherebbe la ragione per la quale la giurisprudenza ha ammesso l'accesso alla visione degli elaborati in caso di impugnativa delle operazioni di concorso;

del resto, la giurisprudenza del Cons. St. non ha mancato di segnalare l'obbligo e l'ambito della motivazione in procedimenti selettivi interni per titoli, variamente configurati, per la nomina a qualifiche sovraordinate: come quando, in fattispecie di nomina di ministri plenipotenziari di seconda classe, ha rilevato che la motivazione deve dar conto dei passaggi essenziali del ragionamento dell'autorità che provvede (Cons. St., sez. IV, 6 aprile 1993, n. 394, punto 7 della motivazione), o come quando, in fattispecie di scrutini per merito comparativo, ha ripetutamente affermato che è illegittimo lo scrutinio quando l'amministrazione abbia seguito un metodo che si sostanzia in una serie di passaggi astratti disancorati da qualsiasi riferimento alle ragioni che concretamente dovrebbero giustificare sia l'aggettivazione utilizzata che il punteggio che tale aggettivazione ha determinato (sez. IV, 28 dicembre 1993, n. 1148; 16 maggio 1994, n. 408);

non si comprende perché l'obbligo della motivazione, vigente per i procedimenti selettivi interni per titoli, non dovrebbe valere anche per i concorsi pubblici per esami per l'accesso alle qualifiche iniziali dei ruoli e per i procedimenti idoneativi, che ad essi si assimilano;

né si può ritenere che insormontabili ragioni pratiche di speditezza ostino alla motivazione del voto negativo delle prove di esame: indipendentemente dalla rilevanza della questione e dal primato dei princìpi della trasparenza, non può ritenersi che la sottolineatura dei brani censurati o l'indicazione succinta dei momenti della prova contenenti errori o insufficienze sia, nonostante l'elevato numero dei candidati, un comportamento inesigibile dai componenti delle commissioni giudicatrici;

da quanto esposto consegue che, non apparendo determinanti le ragioni esposte dal Cons. St., il voto negativo sulle prove di esame deve essere motivato;

nella specie, la commissione ha motivato il voto negativo sulla prova del ricorrente nella seguente maniera: « *il candidato, nonostante un'apparente sicurezza, in realtà rivela imprecisioni e lacune diffuse in tutte le materie* »: così operando, però, la commissione non ha adempiuto all'obbligo della motivazione, perché, se ha fornito le ragioni giuridiche della decisione, non ha indicato i presupposti *di fatto, cioè le risposte del candidato che contenevano imprecisioni o rivelavano lacune e che costituivano l'unico mezzo perché l'attendibilità del giudizio valutativo potesse essere sottoposta a controllo;*

l'accoglimento del predetto motivo, che comporta l'annullamento del provvedimento impugnato e la ripetizione delle prove di esame, assorbe gli altri motivi;

per ragioni di imparzialità dell'azione amministrativa, la ripetizione della prova dovrà svolgersi dinanzi ad una commissione formata da componenti diversi da quelli che hanno partecipato alla prova impugnata; (*Omissis*).

[876/12] La motivazione del potere: le ragioni dell'uomo e del diritto a confronto.

SOMMARIO: 1. La fallibilità delle commissioni esaminatrici e la chiusura della giurisprudenza. — 2. Le contraddizioni della giurisprudenza tra formalismo giuridico ed ansia di giustizia. — 3. La natura giuridica delle prove concorsuali: premessa di metodo. — 3.1. In particolare, il concorso per uditore giudiziario. — 3.1.1. *Segue*: natura valutativa o deflattiva della prova preselettiva del concorso in magistratura? — 3.2. Analisi dell'archivio informatico. — 3.3. Ragionevolezza e coerenza nella preselezione. — 3.4. *Segue*: Il valore della preselezione (in rapporto alle successive fasi). — 4. Le finalità delle prove scritte ed orali. — 5. Obbligo di motivazione e valore legale dei titoli di studio. — 5.1. *Segue*: Conseguenze sui criteri di correzione e sull'obbligo di motivazione. — 6. L'obbligo di motivazione nell'ordinamento positivo. — 7. Il carico di lavoro di commissioni e giudici. — 8. Il gioco del diritto e le esigenze della comunità. — 9. Giurisprudenza e società. — 10. Il diritto e la volontà del popolo. — 11. Ritornare all'uomo, fugare il cittadino.

1. *La fallibilità delle commissioni esaminatrici e la chiusura della giurisprudenza.*

Si accentua la divisione della giurisprudenza in tema di obbligo di motivazione del giudizio della commissione esaminatrice di un concorso pubblico. Nonostante il Cons. St. insista nel ribadire il proprio orientamento restrittivo (1), si fa sempre più consistente l'orientamento dei TAR che sposa la tesi per cui il giudizio di una commissione vada motivato attraverso una formula estensiva, e non un semplice voto numerico o una inconferente dichiarazione di « non idoneità », ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, l. 7 agosto 1990 n. 241 e dell'art. 12 comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487. E ciò sia che trattasi di

(1) Giurisprudenza dominante: da ultimo, v. Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2001 n. 5635, in *Cons. St.*, 2001, I, 2364; Id., sez. IV, 2 marzo 2001 n. 1157, in *Cons. St.*, 2001, I, 536; Id., sez. V, 27 febbraio 2001 n. 1059, *ivi*, 2001, I, 509; Id., sez. IV, 1 febbraio 2001 n. 367, in *Cons. St.*, 2001, I, 181;Id., sez. IV, 20 settembre 2000, nn. 4715 e 4689 (inedite).

Per la giurisprudenza più risalente, Cons. St., sez. IV, 13 maggio 1998 n. 812, in *Cons. St.*, 1998, 785; Id., sez. VI, 27 maggio 1996 n. 747, in questa *Rivista*, 1996, 1609; Id., sez. V, 19 settembre 1995 n. 1323, in questa *Rivista*, 1995, 1887; Id., sez. IV, 27 settembre 1994 n. 739 in *Cons. St.*, 1994, 1206; Id., sez. VI, 15 ottobre 1993, n. 727, in questa *Rivista*, 2120.

Anche in sede consultiva il Supremo consesso di giustizia amministrativa ha « consacrato » tale lettura restrittiva dell'art. 3, l. n. 241 del 1990: Cons. St., ad. gen., 9 novembre 1995 n. 120, in *Cons. St.*, 1995, 2026.

concorsi abilitativi (come l'abilitazione alla professione forense) che di concorsi per il conferimento di un pubblico impiego (come nel caso del concorso per uditore giudiziario).

Da ultimo, le decisioni rilevanti in materie provengono dal TAR Veneto, sez. I, 21 gennaio 2002 n. 137 (2) e dal TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2001 n. 6825 (3): la prima demolisce analiticamente le argomentazioni opposte dalla giurisprudenza del Cons. St. in difesa della sufficienza del mero voto numerico nei concorsi per la professione di avvocato (4); l'altra mette a nudo i limiti delle operazioni di correzione degli scritti del concorso per uditore giudiziario (per difetto dei criteri di correzione), a dimostrazione che in ogni concorso pubblico, anche nei più prestigiosi, sono possibili vizi procedurali, che rendono necessario apprestare idonei strumenti per rendere effettivo il diritto di difesa dei candidati, prime « vittime » di quegli stessi vizi.

Ebbene, se il giudizio della commissione esaminatrice, come ogni esperienza umana e amministrativa, è fallibile, l'ordinamento ha il dovere di apprestare strumenti efficaci per cogliere l'eventuale errore in cui siano caduti i commissari (uomini ed amministratori allo stesso tempo, e perciò doppiamente fallibili !), garantendo al candidato l'effettività del diritto di difesa, in attuazione dell'art. 24 Cost. Al contrario, il mero giudizio di « non idoneità » con cui vengono « liquidate » le non ammissioni alle prove orali del concorso in magistratura, ad esempio, « finisce con l'assumere una portata enigmatica e, in definitiva, quasi tautologica (...) » (5), soprattutto allorquando i criteri di correzione siano redatti in modo genericissimo, sì da contenere e giustificare, teoricamente, qualunque giudizio di non ammissione. È per questo che si rende necessario che « le valutazioni degli elaborati siano motivate in forma discorsiva » (6).

(2) TAR Veneto, sez. I, 21 gennaio 2002 n. 137 in *Giust. it.*, n. 1/2002 www.giust.it.

Da ultimo, nello stesso senso, TAR Lazio, Latina, 17 luglio 2001 n. 774, in *I TAR*, 2001, 2746; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 20 giugno 2001 n. 1253, in *I TAR*, 2001, 3092; in particolare, T.r.g.a. Trentino-Alto Adige, Trento, 28 maggio 2001 n. 351, in *I TAR*, 2001, 2285 distingue tra concorsi abilitativi (in cui sarebbe sufficiente la motivazione in forma meramente numerica) e concorsi a posti di pubblico impiego (in cui i soggetti sono in posizione competitiva fra loro), per i quali sarebbe illegittima la mera attribuzione del voto numerico, dovendo questa essere accompagnata « da una motivazione che consenta di ripercorrere l'*iter* logico operato dalla Commissione per pervenire a quel determinato punteggio ».

In precedenza, per la corrente giurisprudenziale favorevole alla motivazione obbligatoria dei giudizi delle commissioni esaminatrici, anche nei concorsi meramente abilitativi, si veda per tutte TAR Lombardia, sez. III, 28 aprile 2000 n. 135, in *Corriere giur.*, 2000, 8, 1082 ss., con nota di A.L. TARASCO, *L'obbligo di motivazione nei concorsi per le professioni legali: il caso « avvocati » e « notai »* e TAR Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 1999, n. 110, in *Foro it.*, 2000, 2, III, 92 ss., con nota di A. CORPACI, *Dati e considerazioni sull'esame di abilitazione alla professione di avvocato. Appunti di un commissario*, che critica analiticamente le argomentazioni opposte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

(3) TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2001 n. 6825 in *Foro it.*, 2001, fasc. n. 12, III, 545 ss.

(4) Sulle problematiche relative alle libere professioni, con particolare riguardo alla professione di avvocato, sia consentito rinviare a A.L. TARASCO, *La tutela giurisdizionale nel concorso per avvocato*. Intervento al Convegno su « Lo sviluppo delle libere professioni tra vecchia e nuova legislazione », tenutosi a Napoli, il 19 febbraio 2001, in *Giust.it*, n. 2/2001, consultabile http://www.giust.it/articoli/tarasco- concorsoavv.htm.

(5) TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2001 n. 6825, cit., 545.

(6) TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2001 n. 6825, cit., 550.

2. Le contraddizioni della giurisprudenza tra formalismo giuridico ed ansia di giustizia.

La sentenza del TAR Veneto n. 137 del 2002 fa breccia nella giurisprudenza del Cons. St. che si risolve, di fatto, in un'autentica negazione del diritto di difesa, della cui legittimità nessuna Alta Corte prende posizione: né i giudici di Palazzo Spada, « appiattiti » sulle posizioni espresse dall'Amministrazione e, per il suo tramite, dall'Avvocatura erariale; né la C. cost., che ha già liquidato come « manifestamente inammissibile » la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, rifiutandosi di giudicare della conformità alla Costituzione del diritto vivente, che interpreta restrittivamente tale disposizione nelle procedure concorsuali (7).

E così, da un lato i candidati esclusi dai vari concorsi, abilitativi e non, risultano insoddisfatti dell'operato delle commissioni, dall'altra la magistratura amministrativa di prime cure è doppiamente condizionata dalle invocazioni di giustizia dei ricorrenti e dalla giurisprudenza restrittiva del Cons. St., di fatto vincolante (8). Di tal guisa, nel richiamo alla funzione nomofilattica svolta dal Cons. St. rischiano

Peculiarità del concorso ad uditore giudiziario è l'assenza di qualsivoglia forma di motivazione del giudizio negativo assegnato ad un candidato: né in forma discorsiva (come pretenderebbe l'art. 3, l. n. 241 del 1990) né in forma numerica, come le commissioni esaminatrici fanno per il concorso abilitativo alla professione forense. Quest'ultima — pur adempiendo insufficientemente il precetto della legge sul procedimento amministrativo, non dando atto dell'iter logico seguito dalla commissione — è in grado quanto meno di orientare il candidato circa il grado di insufficienza raggiunto.

Al contrario, secondo la giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 marzo 2001 n. 1835, in *I TAR*, 2001, I, 1174; TAR Lazio, Roma, sez. I, 29 luglio 1994 n. 1233, *ivi*, 2001, I, 2978; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 1986 n. 961, *ivi*, 1986, I, 2618), in base all'art. 16 comma 2, r.d. 15 ottobre 1925 n. 1860, la valutazione degli elaborati espressa in termini numerici è necessaria solo nell'ipotesi in cui il candidato meriti di ottenere il minimo richiesto, e non, invece, allorquando la commissione si determini nel senso di non ammetterlo alle successive prove orali.

(7) La questione di costituzionalità sollevata dal TAR Lombardia, con decine di ordinanze di rimessione (v. ad esempio TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 28 aprile 2000 n. 135, cit., 1082 ss.; Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 110 del 1999, cit., 92 ss.) è stata giudicata manifestamente inammissibile da C. cost., 3 novembre 2000 n. 466, in *Corriere giur.*, 2000, 12, con nota di A.L. TARASCO, *Diritto vivente e obbligo di motivazione nei concorsi pubblici: la Corte costituzionale « si astiene »* (l'ordinanza di C. cost. n. 466 del 2000, in *Foro it.*, 2001, fasc. 2, I, 757 con nota di redazione).

La C. cost. ha motivato il giudizio di manifesta inammissibilità sostenendo che la questione non era in realtà diretta a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, ma si traduceva piuttosto in un surrettizio tentativo di ottenere l'avallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma.

In realtà, come si è cercato di dimostrare (A.L. TARASCO, *Diritto vivente e obbligo di motivazione nei concorsi pubblici*, cit., 1572 ss.), il responso della Corte è scarsamente condivisibile, oltre che per le argomentazioni sostenute, anche in relazione ad analoghe decisioni, in cui essa non ha esitato ad entrare nel merito della questione proposta dal giudice *a quo*.

(8) V., ad esempio, TAR Veneto, sez. I, 15 marzo 2001 n. 1439, riformata da *Cons. Stato*, sez. IV, 27 novembre 2001 n. 6337/o.

Al di là del *dictum* concreto, la vicenda consente di riflettere sulle trasformazioni di fatto del nostro ordinamento, al di là delle sue configurazioni teoriche: infatti, il vincolo del diritto vivente sugli organi giudiziari di grado inferiore, se è perfettamente coerente nei

di radicarsi delle sacche di ingiustizia vistose, ammantate di un'aurea indefinita di sacralità ed ineluttabilità (9). Tuttavia, proprio il richiamo alla funzione nomofilattica svolta dal Cons. St. (10) non ha impedito al TAR Veneto n. 137 del 2002 di criticare le argomentazioni dei giudici d'appello, consentendo di riaprire doverosamente il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

È singolare come la giurisprudenza amministrativa, con vari artifici, cerchi

---

sistemi di *common law*, è « anomalo » nell'ordinamento giuridico italiano, sistema di *civil law*, che in astratto dovrebbe disconoscere la regola del precedente giudiziario vincolante (c.d. *stare decisis*).

Infatti, come notato da P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 2001, 15, « col passare del tempo, le differenze tra i due sistemi (...) sono venute lentamente attenuandosi in seguito ad un processo, per così dire, di osmosi che ha portato alcuni elementi dell'uno a trasferirsi nell'altro e viceversa ». (...) Si pensi ancora al valore, se non obbligatorio, certamente 'persuasivo' che viene diffusamente riconosciuto al precedente giurisprudenziale, soprattutto quando esso sia rappresentato dalla decisione di un giudice appartenente ai più alti livelli della struttura giudiziaria ».

Opinione conforme è espressa anche da V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano, 1967, 262, *sub* nota n. 5, secondo cui « la realtà è, come sempre, molto più complessa e sfumata » rispetto alle distinzioni teoriche tra *common law* e *civil law*.

Così, da un lato, negli ordinamenti di *common law*, « la scelta dei dati normativi non è illimitata né arbitraria, ma si conforma a principi ed esigenze inerenti all'ordinamento e alla convivenza associata in esso realizzatesi »; dall'altro, negli ordinamenti di *civil law*, « non tutta la disciplina delle fonti è talmente rigida ed esaustiva, da non lasciare qualche varco aperto al flusso inarrestabile della vita del diritto ed all'affermarsi, ora episodico, ora stabile, di fenomeni normativi *extra ordinem*, in forza dei quali lo stesso sistema di partenza può risultare modificato ». Da ultimo, v. M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, in *Dir. Società*, n. 1/2001, 159 ss.

(9) Sulla funzione nomofilattica del Cons. St., sez. V, 24 marzo 1998, in questa *Rivista.*, 1998, 723, con osservazioni di R. IANNOTTA, e bibliografia ivi citata; in dottrina, A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 562- 563. V. pure G. BARBAGALLO, *Il nuovo riparto di giurisdizione nel d. lg. n. 80 del 1998: una scelta coerente*, in *Corriere giur.*, 1998, fasc. 12, 1474, ove si afferma testualmente che « nella materia delle controversie fra privato e autorità la funzione nomofilattica è svolta dal Cons. St. »; sul carattere delle decisioni del Cons. St. e sulla natura delle c.d. sentenze di indirizzo, v. G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, 1988, 232 ss.

Per un caso di nomofilachia del Cons. St. in materia di concorsi pubblici, sia consentito rinviare a Cons. St., ad. plen., 20 dicembre 1999 n. 2, in *Corriere giur.*, 2000, fasc. 2, 232 ss., con nota di A.L. TARASCO, *Quiz in magistratura e nomofilachia del Cons. St.*

Sul tema, cfr. in dottrina, S. CIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 123; Id., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 118 ss.; L. MONTESANO, *Aspetti problematici del potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 665 ss.; C. CONSOLO, *Di una ipotesi di 'cassazione' costituzionale di decisione della Corte di cassazione: il giudicato e la stessa pronuncia dell'organo di nomofilachia quale atto illecito ed invasivo*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1289; G. MONETA, *Nomofilachia*, in *Contratto e impresa*, 1997, 368; V. POLI, *Funzione nomofilattica e certezza del diritto: la vincolatività delle decisioni del giudice superiore nazionale- comunitario*, in *Foro it.*, 2000, fasc. 5, IV, 219 ss.; G. ROMEO, *Nomofilachia, pallida madre*, in *Questione giustizia*, 1999, 605; P. STELLA RICHTER, *Dei limiti e dei pericoli della cosiddetta nomofilachia*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1058; in particolare, sull'originario ruolo nomofilattico della Cassazione, cfr. V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, 417 e ss.

(10) Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2001 n. 6337/o., *cit.*

di giustificare l'operato delle commissioni esaminatrici, sostenendo la sufficienza della motivazione numerica (11) ovvero, addirittura, della mera dichiarazione di inidoneità (12).

Se le commissioni esaminatrici, anche le più prestigiose ed autorevoli, possono sbagliare (13), incidendo negativamente sulla vita professionale dei cittadini, perché non si prende atto della sostanziale inidoneità dell'attuale sistema di regole amministrative a tutelare effettivamente i candidati (*ex* art. 24, Cost.)? Più che strumenti di garanzia della corretta azione dell'Amministrazione, i concetti di discrezionalità tecnica e sufficienza numerica della motivazione mi sembrano diventate delle lucide tenaglie pronte a strozzare l'uomo non appena questo osi denunciare un torto, reclamando una giustizia che sappia comprendere le necessità proprie, e non solo (e non tanto) del diritto (14).

---

(11) Le argomentazioni sostenute dal Cons. St. a giustificazione del proprio orientamento restrittivo possono sintetizzarsi come segue: *a*) l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, l. n. 241/90 si applicherebbe solo ai concorsi in senso stretto, con esclusione dei concorsi meramente abilitativi, come quello per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato. Per il concorso per uditore giudiziario, tuttavia, la dichiarazione di non idoneità sarebbe consentita dalla normativa speciale che disciplina il concorso medesimo (v. *infra*); *b*) la motivazione non costituirebbe elemento indefettibile dei provvedimenti- giudizio, ma solo di quelli finali con cui l'Amministrazione dichiara la propria volontà *c*) l'art. 12 comma 1, d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 parla di « assegnazione » dei voti e non di « motivazione » di questi. La legittimità della formulazione di tale norma è stata, tra l'altro, dichiarata anche dall'Adunanza generale del Cons. St. n. 120/95, cit.Per una critica a tali argomentazioni del Cons. St., v. A. L. TARASCO, *L'obbligo di motivazione nei concorsi per le professioni legali*, cit., 1082 ss., nonché Id., *La tutela giurisdizionale nel concorso per avvocato*, cit., in *Giust.it*, n. 2/2001 (www.giust.it).

(12) V. TAR Lazio, Roma, n. 1835 del 2001, cit. e TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 961 del 1986, cit.

(13) Si veda il caso del concorso per avvocato e notaio (rispettivamente, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 28 aprile 2000 n. 135 e TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 23 aprile 1999 n. 927, in *Corriere giur.*, 2000, 1082 e ss.) e del concorso per uditore giudiziario (TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2001 n. 6825, cit., 545 ss.).

(14) Sulla discrezionalità tecnica, v. L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, in *Giust.it*, n. 11 del 2000 (www.giust.it); F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999; D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 4/1998, 331 ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. Amm.*, 1997, 469 e ss.; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell'econ.*, 1996, 251 ss.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della Pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/1996, 1101 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 685 ss.; A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, 600 ss.; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e Giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 1 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 371 ss.; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, 295 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.

Sotto il profilo comparativistico, L. GIANI, *Spunti di riflessione in tema di controllo della*

E se, per assurdo, i limiti dell'ordinamento positivo non consentissero di oltrepassare le motivazioni giurisprudenziali dominanti, dov'è l'ansia della giurisprudenza di estendere i confini dell'ordinamento verso un punto più vicino all'uomo e al cittadino? (15).

Al di là della condivisibilità o meno delle argomentazioni giuridiche offerte dalla magistratura amministrativa a sostegno della tesi della sufficienza del voto numerico o del mero giudizio di « non idoneità », non si riesce a percepire, in questa, preoccupazioni e timori che il sistema giuridico così costruito, fatto d'insindacabilità del merito amministrativo e di sufficienza del giudizio della commissione esaminatrice, sia in concreto incapace di salvaguardare le posizioni dei singoli. Questo può essere il sintomo pericoloso che le regole del diritto, per quanto perfette *e razionali, si distanziano sempre di più dalla reale scena del mondo.*

Eppure, tali inquietudini dovrebbero precedere qualsiasi considerazione giuridica: diversamente il diritto corre il pericolo di curvarsi su se stesso, narcisizzandosi, e gli operatori del diritto rischiano di diventare adoratori farisaici di regole distanti dal mondo.

Sul terreno del diritto positivo, la motivazione assolve almeno tre funzioni: quello di strumento di controllo dell'atto amministrativo, di accertamento giudiziale e di garanzia del cittadino dell'operato dell'amministrazione (16). E non si vede quale incisiva forma di controllo possa essere operata sull'operato della commissione se non si conoscono i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che hanno determinato l'amministrazione a non ammettere il candidato alla successiva fase concorsuale.

L'elusione, di fatto, dell'obbligo di motivazione statuito nella l. n. 241 del 1990 rappresenta un singolare *revirement* giurisprudenziale. La motivazione obbligatoria del provvedimento amministrativo di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990 costituisce la dichiarazione generale di un principio faticosamente costruito proprio dalla giurisprudenza amministrativa, la quale — in passato — cominciò a pretenderla come « comportamento dovuto dell'amministrazione » (17).

Infatti, « la regola dell'obbligo di motivazione sembrò divenire una delle bandiere di tutti coloro che si battevano per la riforma della pubbliche amministrazioni ». Tanto che nel 1946, nell'Assemblea costituente fu proposto di statuire nella Costituzione il principio dell'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, accanto alle sentenze; ma « la proposta cadde solo perché si replicò

discrezionalità tratti dall'ordinamento giuridico statunitense, in *Dir. Amm.*, 1996, fasc. 4, 769 ss.; P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, *ivi*, n. 2/1996, 301 ss.

(15) Si tratta davvero di una mera ipotesi: se si è riusciti ad abbattere il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, come immaginare di non poter risolvere il problema della tutela del candidato nei concorsi pubblici, coniugando difesa del singolo, controllo della discrezionalità amministrativa ed efficienza amministrativa? Il punto è che l'esigenza di difesa dei candidati non è considerata un valore morale e giuridico da rispettare, con la conseguenza che ogni *impedimentum* fa presto a diventare un *argumentum* determinante per bloccare la riflessione giuridica e le soluzioni giurisprudenziali.

(16) M.S. GIANNINI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, 257 ss., 262.

(17) M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 262.

che la regola era saldamente affermata dalla giurisprudenza, più che perché non fosse una regola tale da assurgere a principio costituzionale » (18).

3. *La natura giuridica delle prove concorsuali: premessa di metodo.*

Va preliminarmente osservato che la soluzione del problema dell'obbligo di motivazione dei giudizi della commissione esaminatrice non può prescindere dalla qualificazione della natura giuridica delle prove concorsuali.

L'esercizio del potere deve rispettare anzitutto la causa attributiva dello stesso, cioè la finalità per cui il potere viene conferito per essere esercitato. E l'alterazione di tale equilibrio, come noto, sta all'origine del vizio dell'eccesso di potere.

Ciò si traduce nell'accertamento della natura giuridica delle prove concorsuali e, segnatamente, delle finalità cui sono tese le prove stesse.

Soltanto dopo aver individuato la « qualità giuridica » delle prove concorsuali potrà essere correttamente posta la questione della motivazione del giudizio: scegliendo una determinata forma (numerica o discorsiva), essa dovrà dare atto che la prova sostenuta dal candidato abbia raggiunto o meno le finalità cui era diretta, motivando, cioè spiegando, le ragioni in base alle quali si ritiene che il candidato sia in possesso o meno delle qualità prescritte dalla normativa e necessarie all'esercizio della professione o al conseguimento dell'impiego pubblico.

Anche la fissazione dei criteri di giudizio, *ex* art. 12 comma 1, d.P.R. n.487 del 1994, dovrà rispettare (implicitamente) la natura giuridica delle prove da valutare. Con la conseguenza che il giudizio finale di approvazione o non approvazione del candidato dovrà accertare:

a) in via diretta, il soddisfacimento o meno delle finalità concorsuali;

b) mediatamente, il rispetto dei criteri di giudizio previamente posti dalla commissione.

Il giudizio motivato dovrà rendere conto dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che sono alla base del provvedimento finale di ammissione o meno. In altri termini, la valutazione delle prove concorsuali deve svolgersi in modo coerente con la natura giuridica delle prove stesse, con la quale devono essere altresì coerenti i criteri di correzione fissati previamente dalla commissione esaminatrice.

Quindi, definite le finalità delle prove, la commissione deve fissare i criteri per accertare il raggiungimento o meno di tali finalità da parte del candidato. Il giudizio finale dovrà dar conto del corretto esercizio del potere valutativo.

3.1. *In particolare, il concorso per uditore giudiziario.*

Tale *iter* logico è valevole per qualsivoglia concorso pubblico. Tuttavia, con specifico riguardo al concorso per uditore giudiziario, il problema è complicato ulteriormente dalla presenza di una prova ulteriore rispetto ai classici temi e alle tradizionali prove orali: la preselezione informatica (19).

(18) M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 262.

(19) In realtà, la prova preselettiva sta diffondendosi sempre più nella quasi totalità dei concorsi (da quello notarile alla polizia di Stato). A mio avviso, essa potrebbe essere

Allo stato attuale della normativa, per la nomina ad uditore giudiziario è necessario sostenere tre tipi di prove: l'una preselettivo-informatica, l'altra scritta ed una terza orale.

Il problema dell'obbligo di motivazione si atteggia, qui, con modalità del tutto peculiari. Infatti, la giurisprudenza amministrativa, di primo e secondo grado, reputa sufficiente la motivazione della non ammissione del candidato attraverso il solo riferimento alla « non idoneità » (20). Ciò rappresenta una contraddizione rispetto agli orientamenti formatasi sull'art. 3, l. n. 241 del 1990. Una delle argomentazioni del Cons. St. a sostegno della legittimità della motivazione numerica negli esami per avvocato è rappresentata proprio dalla considerazione che la motivazione estesa non sarebbe necessaria nei concorsi in cui i candidati sono in posizione non competitiva fra loro (come nei concorsi abilitativi, appunto), mentre lo sarebbe nei concorsi a pubblico impiego. Di qui, l'affermazione della sufficienza del mero voto numerico nel concorso per avvocato.

Tuttavia, tale principio non trova applicazione nel concorso per uditore giudiziario, in cui viene, invece, invocata, la specialità della normativa e, dunque, del concorso. Così, pur se con argomenti diversi, il risultato è sempre quello della negazione dell'applicabilità dell'art. 3, l. n. 241 del 1990.

3.1.1. Segue: *natura valutativa o deflattiva della prova preselettiva del concorso in magistratura?*

Tuttavia, senza aver dapprima accertato la natura giuridica della prova preselettiva, non potrà nemmeno procedersi all'analisi della motivazione delle successive prove nell'economia concorsuale.

Si discute se essa vada considerata come interna o esterna rispetto all'esame necessario per la nomina ad uditore. Data la breve vita della normativa istitutiva della preselezione informatica, non può negarsi che la sua qualificazione ha risentito molto degli alterni umori della giurisprudenza amministrativa (soprattutto di secondo grado) e delle finalità « para- giuridiche » che si sono intese perseguire.

Così, all'indomani della prima applicazione del d.lg. 17 novembre 1997 n. 398,

giudicata come il compromesso politico- amministrativo tra il formale riconoscimento della libertà d'istruzione (universitaria) e l'esiguità dei posti disponibili nella p.a. Pur essendo auspicata (e auspicabile) un'istruzione superiore diffusa, non è più tollerabile una partecipazione massiva di laureati ai concorsi pubblici. Con la conseguenza che le preselezioni concorsuali concorrono a svolgere in modo surrettizio e approssimativo quella funzione di « scelta dei migliori » che avrebbe dovuto svolgersi all'ingresso dell'università e durante gli stessi studi universitari. Ma — si sa — è difficile che in sessanta o novanta minuti si svolga una selezione accurata e ragionevole dei candidati... (Sulla proliferazione delle Facoltà giuridiche e sul relativo sovraffollamento come causa della decadenza delle professioni legali, v. già P. CALAMANDREI, *L'eccesso numerico dei professionisti legali in Italia e le sue conseguenze*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1966, vol. II, 88 e ss., 123 e ss., spec. 286, ove il giurista afferma che « per ostacolare questa superproduzione di giuristi, che finora ha alimentato la ipertrofia burocratica e la pletora dell'avvocatura, bisogna inesorabilmente sopprimere qualcuna delle facoltà giuridiche oggi esistenti »).

(20) TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 marzo 2001 n. 1835, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 1986 n. 961, cit.

il Cons. St. non ha esitato a riconoscerne (implicitamente) natura valutativa, accogliendo i ricorsi dei candidati non ammessi alle prove scritte per aver sostenuto un numero di errori in più rispetto a quello medio. Se la finalità della preselezione informatica era quella di accertare il possesso dei requisiti culturali specifici — ha motivato il Cons. St. — questa è già raggiunta dal fatto che il candidato abbia risposto in modo esatto a tutti quesiti, eccetto che uno o due (21).

In sede di riforma legislativa (attuata con la l. 13 febbraio 2001 n. 48), il tenore della norma è mutato, e con esso anche l'apertura del Cons. St.

Infatti, le aperture giurisprudenziali determinarono un notevole aumento del numero di candidati ammessi alle prove scritte e, in ultima analisi, un sostanziale fallimento della preselezione, che perseguiva lo scopo pratico di ridurre in modo consistente il numero di elaborati da sottoporre ai commissari, in modo da ridurre i tempi di « arruolamento » di nuovi magistrati.

A tali inconvenienti è venuto in contro l'art. 9, l. 13 febbraio 2001 n. 48 (22). Questo, modificando gli artt. 123 e 123-*ter* r.d. n. 12 del 1941, ha innovato ulteriormente le disposizioni dell'Ordinamento giudiziario, abolendo la prova preselettiva, ma prevedendo che — in regime transitorio — essa venga riutilizzata, in attesa della compiuta riforma dei « correttori esterni » (23).

Il nuovo art. 123, r.d. n. 12 del1941 dispone ora che l'esame consiste unicamente in una prova scritta ed orale, su materie predefinite (24).

(21) Secondo l'art. 123, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (Ordinamento giudiziario) risultante dalla modificazione dell'art. 1, d.lg. 17 novembre 1997 n. 398, l'esame del concorso per la nomina ad uditore giudiziario consiste in una prova preliminare, una prova scritta ed una prova orale.

Il d.lg. 17 novembre 1997 n. 398 è pubblicato in *Corriere giur.*, 1998, fasc. 1, 9 e ss. Sul punto, cfr. C. CONSOLO e V. MARICONDA, *Quali nuovi esami per avvocati e magistrati?, ivi*, 1997, fasc. 11, 1245 ss.

In prima formulazione, la prova preliminare, *ex* art. 123 *bis*, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (come modificato dall'art. 2 dello stesso Decreto delegato) era "diretta ad accertare il possesso dei requisiti culturali" e "realizzata attraverso l'ausilio di sistemi informatizzati".

Tale impianto normativo ha consentito al Cons. St. (sez. IV, 30 settembre 1999, ordinanza n. 1908), e al TAR Calabria, Reggio Calabria, 13 ottobre 1999 n. 918/o., di ammettere alle prove scritte i candidati che avevano commesso uno (Cons. St. n. 1976 del 1999) o due errori (TAR Calabria n. 918 del 1999). Entrambe le ordinanze sono consultabili in *Corriere giur.*, n. 12/1999, 1545.

Tali conclusioni giurisprudenziali sono state fondate, altresì, sull'art. 7 del primo bando di concorso applicativo, emanato con d.m. 9 dicembre 1998, in *Gazz. Uff.* 15 dicembre 1998, IV serie speciale) che ribadiva la finalità della prova preliminare come "diretta ad accertare il possesso dei requisiti culturali" (sulla querelle giurisprudenziale conseguente all'entrata in vigore della nuova disciplina del concorso per uditore giudiziario, v. A. L. TARASCO, *Concorso in magistratura e quiz di preselezione: primi ricorsi,* in *Corriere giur.*, n. 12/1999, 1546 ss.).

(22) Su cui v. F.A. GENOVESE E A.L. TARASCO, *Aumento del ruolo organico, correttori esterni e accesso riservato agli avvocati nella nuova disciplina del concorso in magistratura,* in *Corriere giur.*, 2001, fasc. 6, 707 ss. (la nota di A. L. TARASCO è altresì leggibile nel sito ufficiale del Cons. St., all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*).

(23) Grazie a questa previsione transitoria, a dispetto della sua formale abrogazione, la preselezione nel concorso in magistratura torna di « attualità », non solo per i concorsi ancora di fase di espletamento (e per i connessi ricorsi pendenti) ma anche per i prossimi bandi concorsuali. Di qui l'opportunità di riflettere ulteriormente sulla criticata procedura.

(24) È lecito ritenere che il giudizio sull'esito infausto della preselezione per il concorso ad uditore giudiziario abbia influenzato implicitamente la giurisprudenza ammi-

Nel mentre, l'Amministrazione della giustizia, nell'ultimo bando del concorso per uditore giudiziario (25), emanato prima della citata riforma, ha escluso che i *quiz* siano mirati ad accertare il possesso dei requisiti culturali, sostenendo ch'essi sono diretti, invece, a selezionare *tout court* i candidati (26). In tal modo, ne è stata affermata implicitamente la natura di atto preconcorsuale.

Il punto è verificare se al mutamento della dizione normativa sia corrisposto pure un mutamento sostanziale della natura giuridica della prova. Ovvero se, piuttosto, nonostante il mutamento del *nomen juris*, la preselezione informatica continui a perseguire la finalità di accertamento della conoscenza generale del diritto da parte del candidato.

3.2. *Analisi dell'archivio informatico.*

A tal riguardo, giova osservare che l'archivio informatico contiene, in forma di quesiti, l'intero codice civile e penale; e ciò significa che la conoscenza dell'archivio informatico di diritto civile e penale presuppone la conoscenza dell'intero sistema civile e penale, almeno sotto il profilo nozionistico.

Per il diritto amministrativo, il discorso è in parte diverso, poiché — dato il carattere inorganico della disciplina e l'impossibilità di ricondurla ad un codice unitario — la commissione ministeriale ha individuato una serie eterogenea di disposizioni pubblicistiche da sottoporre ai candidati (27). Anche se non possono dirsi esaustive dell'intera disciplina amministrativistica, tali norme sono sicuramente rappresentative di questo subordinamento, con la conseguenza che la sua conoscenza è rappresentativa della preparazione del candidato nel diritto amministrativo. Diversamente opinando, dovrebbe concludersi che l'archivio

nistrativa. Questa, dopo la iniziale apertura, chiudendosi a riccio, ha difeso gli interessi dell'Amministrazione della giustizia, respingendo sia per il concorso in magistratura che per quello notarile, ogni concorrente in più rispetto a quelli risultati idonei in base alla *kafkiana* procedura informatica: sul *revirement* giurisprudenziale, A.L. TARASCO, *Preselezione notarile: la giurisprudenza si divide*, in *Corriere giur.*, 2000, fasc. 11, 1519 ss.

(25) Emanato con d.m. 17 ottobre 2000, e pubblicato in *Gazz. Uff.* 20 ottobre 2000, IV serie spec.

(26) In realtà, ad intenderla in senso stretto, la preselezione informatica costituisce un « male » non necessario partorito dalla l. 15 maggio 1997 n. 127. Questa delegò il Governo — *ex* art. 17, al comma 113 — all'emanazione di uno o più decreti legislativi per modificare la disciplina del concorso per l'accesso alla magistratura ordinaria al fine di « semplificare » le modalità di svolgimento del concorso e di introdurre gradualmente, come condizione per l'ammissione, il conseguimento di un diploma biennale presso scuole di specializzazione istituite nelle università, sedi della facoltà di giurisprudenza.

È chiaro che semplificazione non vuol dire necessariamente preselezione, soprattutto considerando che il complicato congegno dei *quiz* non ha fatto altro che aggravare il procedimento amministrativo, invece di snellirlo. E su tale punto sono concordi autorevoli commentatori giuridici (v. per tutti, V. MARICONDA, *Accesso alla magistratura: abolita la preselezione ma la riforma non convince,* in *Corriere giur.*, 2001, fasc. 4, 1 ss.), oltre che i diretti destinatari della norma, della cui opinione il legislatore farebbe bene a tener conto.

(27) In sede consultiva, la Sezione consultiva per gli atti normativi del Cons. St., con parere del 27 luglio 2000 (inedito) ha considerato legittima la riduzione dell'archivio di diritto amministrativo. Questa « appare giustificata dalla difficoltà di individuazione di un significativo numero di quesiti implicanti la effettiva comprensione dei principi generali della materia e non soltanto la conoscenza di dati particolari ».

informatico è stato costruito con criteri illogici, casuali, che non garantiscono una selezione ragionevole dei candidati del concorso per uditore giudiziario. E tale conclusione impedirebbe *a priori* ogni discussione sul tema.

In sintesi, può fissarsi un primo punto fermo: l'archivio informatico per il concorso ad uditore giudiziario è costruito in modo tale da verificare la preparazione del candidato sulle materie d'esame, talvolta in modo esaustivo (è il caso del diritto civile e del diritto penale) talaltra in modo soddisfacentemente rappresentativo (come nel diritto amministrativo).

Di conseguenza, la corretta soluzione dei quesiti proposti dà la misura della preparazione del candidato (almeno sotto forma di nozioni) circa la conoscenza generale dell'ordinamento giuridico e del suo funzionamento.

Tale interpretazione può essere avvalorata dal fatto che vengono dispensati dal sostenere la prova preselettiva i candidati che abbiano conseguito il diploma di specializzazione per le professioni legali, oltre ai magistrati (non ordinari, ovviamente), agli avvocati e procuratori dello Stato (*ex* art. 123 *bis*, r.d. n. 12 del 1941) (28). Ciò a dimostrazione che la conoscenza generale del diritto, nelle materie delle prove scritte, è già stata fatta oggetto di apposita valutazione durante il corso di specializzazione per le professioni legali, allo stesso modo in cui essa è stata soddisfatta dal positivo superamento dei *quiz*.

Ciò posto, si tratta di verificare se l'ordinamento possa considerare irrilevante la preparazione mostrata dal candidato in sede di prove preselettive ovvero se debba, invece, considerare queste in uno con le successive prove scritte. In altri termini, va verificato se la preselezione costituisca prova esterna o interna rispetto alla procedura concorsuale.

3.3. *Ragionevolezza e coerenza nella preselezione.*

Pur a voler intendere la preselezione informatica come una modalità di riduzione del numero di partecipanti al concorso, ciò non può giungere fino al punto che tale fase possa svolgersi secondo criteri completamente avulsi rispetto alle finalità concorsuali. Altrimenti, la preselezione per il concorso in magistratura si ridurrebbe ad una sorta di lotteria giuridica, che premia i più fortunati, invece dei più preparati.

Pertanto, logica e buon senso vogliono che la semplificazione della procedura concorsuale (*ex* art. 17 comma 113, l. n. 127 del 1997) possa, sì, avvenire attraverso una riduzione del numero di candidati partecipanti alle prove scritte; ma tale scrematura deve svolgersi in modo coerente con il contenuto culturale delle successive prove.

Da ciò discende l'obbligo di rispettare il principale canone di ragionevolezza e di adeguatezza delle modalità di organizzazione dell'archivio informatico, rispetto al fine principale: selezionare i giovani meritevoli e capaci di svolgere l'esercizio della professione giudiziaria.

(28) In realtà, la limitazione del legislatore in favore dei soli magistrati e dell'avvocatura dello Stato appare discriminatoria nei confronti di altri professionisti, ugualmente magistrati (in senso ampio) dello Stato: penso ai ricercatori e docenti universitari in materie giuridiche, ai dirigenti statali e locali, ai notai, ai consiglieri d'ambasciata ed, in genere, a tutti quei funzionari pubblici di un certo livello che hanno già (di)mostrato le proprie conoscenze giuridiche attraverso il positivo superamento di concorsi pubblici, in molti casi preceduti da altrettante prove preselettive.

Ora, se la preselezione informatica deve svolgersi con modalità tali da contribuire a individuare i giovani in possesso dei requisiti e delle attitudini per l'esercizio delle funzioni giudiziarie, ne deriva che tale preziosa acquisizione non possa essere ignorata dalla p.a. nelle successive fasi concorsuali. Ciò perché se essa si è svolta in modo ragionevole, è stata anche capace di scegliere coloro che avevano una conoscenza generale del diritto da coloro che, in proporzione, ne avevano una inferiore ovvero non ne avevano affatto.

Diversamente opinando, dovrebbe concludersi:

1) che la preselezione abbia avuto di mira una mera mortalità numerica dei candidati, basandosi su criteri differenti rispetto alle successive prove scritte e completamente casuali. Ma in tal caso, potrebbe cadere la scure dell'incostituzionalità della legge, per sua intrinseca irragionevolezza;

2) ovvero che la preselezione si sia svolta, sì, in modo ragionevole, contribuendo a distinguere i candidati in possesso di una complessiva conoscenza dell'ordinamento da quelli privi; ma di essa non deve tenersi conto, poiché le vere prove si eseguiranno soltanto con i temi di diritto.

Escludendo, per coerenza, la prima soluzione, non resta che analizzare la seconda opzione. Ma accogliendo quest'ultima, si rischia di cadere in una contraddizione in termini. Da una lato si ammette, e non potrebbe farsi diversamente, che la preselezione si è svolta con criteri ragionevoli e funzionali alla scelta di potenziali magistrati; dall'altro si disconosce implicitamente la serietà dell'operazione svolta, non tenendone conto nelle successive fasi.

Ragionando in tal modo, si configurerebbe la preselezione come una specie di tassa culturale di partecipazione che il candidato deve pagare per sostenere le prove vere e proprie.

Oltre a tale contraddizione logica, l'accoglimento della seconda soluzione potrebbe nascondere anche una negazione costituzionale del principio per cui la partecipazione ai concorsi pubblici è aperta a tutti (argomentando *ex* artt. 24 e 97, Cost.), essendo consentito a tutti raggiungere i più alti gradi degli studi e delle istituzioni, senza discriminazioni oggettive o soggettive (29).

Infatti, configurando la preselezione come una prova esterna rispetto alla procedura concorsuale vera e propria, il candidato si troverebbe non già a partecipare ad un concorso, ma a concorrere al concorso di un concorso, a gareggiare, cioè, per partecipare al concorso vero e proprio, sperando di acquisire il diritto a sedere sul banchetto monoposto dove svolgere i sospirati temi, gli unici a fare media. Ma la prova effettuata non potrebbe valere né ad integrare le valutazioni delle successive prove né per la partecipazione ad altri concorsi omogenei.

In questi termini, la preselezione appare come un vero e proprio ostacolo posto davanti ai candidati per agevolare il compito delle commissioni: infatti, i suoi risultati di merito non sono utilizzabili né all'interno della singola procedura concorsuale né all'esterno, cioè in altri concorsi pubblici.

Oltre che illogica e « a costituzionalità sorvegliata », la procedura in esame appare anche contraria al principio dell'efficienza, economicità ed efficacia della p.a., che nell'espletamento dei concorsi, è contenuto nell'art. 36 comma 3 lett. *a*), d.lg. n. 29 del 1993: infatti, secondo la normativa vigente, i risultati conseguiti

(29) Sull'esigenza che anche la fase preselettiva rispetti tale principio, v. F. SIENA, *Concorso per uditore giudiziario — indetto con d.m. 20 gennaio 1988: relazione del presidente della commissione esaminatrice*, in *Foro it.*, 1990, V, 474 e ss.

con la preselezione non sono né riutilizzabili da altre Amministrazioni per concorsi omogenei né valevoli, per i candidati, per la partecipazione alle prove scritte di altri concorsi. Lo spreco di energie intellettuali ed amministrative è immane e non trova alcuna giustificazione (30).

3.4. Segue: *Il valore della preselezione (in rapporto alle successive fasi).*

Sulla base di tali osservazioni, può concludersi che anche la prova preselettiva, al pari di quelle scritte ed orali, non può non concorrere alla selezione qualitativa e culturale dei candidati. Se ciò è vero, ne consegue che essa — se superata positivamente — deve poter contribuire al giudizio di idoneità/non idoneità del candidato rispetto all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Tale conclusione impone di organizzare l'archivio informatico secondo modalità tali da consentire che la prima selezione sia basata effettivamente sulla qualità dei candidati ed avvenga secondo criteri ragionevoli, e non esclusivamente mnemonici.

In sostanza, la configurazione della preselezione come prova che contribuisce a formare il giudizio d'idoneità o meno del candidato, e non solo come prova usa- e- getta (per ridurre il carico di lavoro dei commissari, spazzando via qualche candidato di troppo), impone di ripensare l'archivio informatico dei quiz e di ridefinire la motivazione del giudizio delle successive prove scritte.

Tali premesse consentono di disegnare l'autonomia e la peculiarità delle singole prove all'interno dell'unica procedura concorsuale per uditore giudiziario.

Ma è evidente che — *coeteris paribus* — ciò vale anche per qualsiasi altro concorso che si svolga secondo modalità analoghe, prevedendo, oltre a prove scritte ed orali, anche una fase preselettiva.

4. *Le finalità delle prove scritte ed orali.*

Così, attraverso la preselezione informatica, è accertabile la conoscenza astratta dell'ordinamento da parte del candidato. Ma poiché questa non è sufficiente ad individuare i candidati meritevoli ed idonei all'esercizio delle funzioni giudiziarie, l'Ordinamento giudiziario prevede lo svolgimento di elaborati scritti sulle stesse materie oggetto della preselezione.

Per evitare una sterile sovrapposizione di prove, è ragionevole supporre che la finalità delle prove scritte sia differente da quella delle prove preselettive. In particolare, nel concorso per uditore giudiziario, se in fase preliminare il candidato ha mostrato le proprie cognizioni giuridiche (in modo da poter affermare di « conoscere il diritto »), negli elaborati scritti egli deve dimostrare

(30) Il legislatore non ha accolto la proposta di rendere la banca dati per la preselezione al concorso in magistratura (ora composta da oltre 15mila quiz) come archivio tendenzialmente universale per una serie omogenea di concorsi che prevedano le materie ivi contenute tra le discipline d'esame.

In tal modo, si restituirebbe una funzione autonoma alla preselezione, recuperando efficienza per la p.a., che sarebbe dispensata dall'onere di indire altrettante procedure preselettive per ciascun concorso che preveda le stesse materie di concorso (come il diritto civile e amministrativo).

di saper risolvere una problematica giuridica, inquadrandone la fattispecie concreta in quella astratta, e servendosi, all'uopo, di schemi normativi, giurisprudenziali e delle sollecitazioni dottrinali.

Allo stesso modo, considerando la fase preselettiva integrata in quella successiva, deve ammettersi che eventuali deficienze di generali conoscenze del diritto riscontrate nelle prove scritte possano essere compensate dalla *performance* conseguita dal candidato nelle preselezioni. Infatti, se si riconosce un senso logico-giuridico alle prove preselettive, di modo che queste appaiano ragionevolmente finalizzate a selezionare i candidati meritevoli, deve pure supporsi che una *defalliance* del candidato nelle prove scritte possa considerarsi irrilevante se su quella nozione egli abbia dato buona prova di sé in fase preselettiva. Da tale impostazione consegue, in generale, l'obbligo di considerare, nella determinazione finale del giudizio, il voto riportato dal candidato ai *quiz*.

In altri termini, le prove scritte devono poter avere una funzione diversa ed ulteriore rispetto a quella della mera verifica delle conoscenza generali delle nozioni giuridiche, visto che su tali argomenti il candidato è già stato verificato attraverso il sistema dei *quiz*. Non si può duplicare una stessa verifica nozionistica attraverso le preselezioni e gli scritti, presumendo, poi, di considerare irrilevante la prima fase.

Da ciò consegue, a mio avviso, che la finalità delle prove scritte sia quella di verificare le capacità logico-giuridiche del candidato, della sua abilità ad inquadrare e risolvere un problema giuridico, svolgendo argomentazioni fondate sui principi e la logica del diritto, a prescindere, poi, dalla condivisibilità o meno delle concrete soluzioni giuspositivistiche cui si perviene (31). In una parola, il candidato deve saper dimostrare di « ragionare con il diritto », laddove rispondendo esattamente ai quiz, egli ha potuto dimostrare di « conoscere *il diritto* ». Non a caso, il ragionamento giuridico è quell'attività cui saranno chiamati i futuri uditori giudiziari nell'esercizio dell'attività, nel tentativo di dare una risposta coerente, per quanto umana e perfettibile, all'infinita serie di casi pratici di diritto.

Similmente, anche alle prove orali deve riconoscersi una differente finalità, in modo da non duplicare inutilmente valutazioni già operate nelle precedenti fasi (stanti i principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa). E non si vede, infine, quale ragion d'essere riconoscere alle prove orali se non quella di sondare la capacità del candidato di « esporre il diritto », utilizzando conoscenze (come quelle della preselezione) ed argomenti (esposti nei temi scritti).

Il rapporto tra contenuto delle prove e posizione professionale da ricoprire costituisce un principio già fissato *expressis verbis* dal legislatore nel d.lg. n. 29 del 1993: quello dell'adozione, nei concorsi pubblici, di meccanismi « idonei a

(31) Al riguardo, è appena il caso di precisare che una corretta impostazione logica del problema esclude che il giudizio positivo sia condizionato dal fatto che il candidato abbia sostenuto l'una o l'altra tesi giurisprudenziale o dottrinale: l'aspirante uditore giudiziario deve unicamente dimostrare di (ri)costruire una logica giuridica attorno al problema di diritto civile, penale od amministrativo proposto dalla commissione sotto forma di tema. Seguire una tesi piuttosto che un'altra rientra nella « libertà » del magistrato, e la bontà di un orientamento giurisprudenziale invece di un altro non può costituire la misura dell'idoneità allo svolgimento della professione giudiziaria.

verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire » (art. 36, comma 3, lett. *b*).

5. *Obbligo di motivazione e valore legale dei titoli di studio.*

Sotto altro profilo, l'orientamento restrittivo del Cons. St. in tema di motivazione potrebbe contrastare con il principio del valore legale dei titoli di studio.

Contrariamente a quanto accade in altri Paesi, la laurea italiana lascia presumere — *juris tantum* — che il soggetto sia « dotto » in un determinato ambito, sia, cioè, in possesso delle nozioni fondamentali nello specifico settore del sapere.

Con riferimento al diritto, l'ordinamento presume nei dottori in giurisprudenza la conoscenza del complessivo sistema giuridico e delle singole discipline affrontate durante il corso di studi.

Tale presunzione lascia apparire inutile l'operazione concorsuale di nuovo accertamento delle stesse nozioni e contraddittoria l'azione della p.a.: questa dapprima afferma che il candidato conosce quell'ambito del sapere ma poi — come a diffidare del proprio operato — pretende risultati già conseguiti.

In tal modo, la laurea in giurisprudenza rischia di ridursi a mero requisito abilitante per la partecipazione ai concorsi pubblici.

Al contrario, se una funzione autonoma vuole restituirsi ai concorsi per i laureati in giurisprudenza, essa dovrebbe riflettersi nella configurazione specifica dei quiz, delle prove scritte ed orali.

I quiz, ad esempio, potrebbero verificare la conoscenza delle novità più rilevanti prodotte negli ultimi anni nelle materie d'esame, gli insegnamenti non obbligatori nelle università, le capacità logico-attitudinali ecc.

Le prove scritte, invece, dovrebbero articolarsi in moda tale da saggiare non già la conoscenza generica del diritto — già accertata in prima istanza con il rilascio del titolo di studio e nuovamente accertata attraverso la fase preselettiva — ma le specifiche abilità necessarie per svolgere la professione cui si concorre (avvocatura, magistratura, notariato ecc.): ciò già accade nell'esame abilitativo forense (ove è previsto che il candidato rediga due pareri motivati e un atto giudiziario), nel concorso notarile (in cui è necessario redigere un atto tra vivi, un atto *mortis causa* e uno di volontaria giurisdizione), nell'avvocatura dello Stato (ove è previsto lo svolgimento di un atto di difesa in diritto e procedura civile), nel concorso a posti di docente universitario (ove la l. 3 luglio 1998 n. 210 prevede lo svolgimento di una prova didattica e la discussione dei titoli scientifici) e di magistrato amministrativo, TAR e Cons. St. (in cui è necessario svolgere una prova pratica). Nel concorso in magistratura, invece, ciò non avviene: le prove scritte riproducono solo problemi giuridici da svolgersi in forma di tema, e non di sentenza o di parere, riproponendo discipline che avrebbero già dovuto essere acquisite dal candidato durante gli studi universitari. Inoltre, esse non si prefiggono di verificare il possesso delle necessarie doti di equilibrio e di prudenza che un magistrato dovrebbe possedere e che lo Stato dovrebbe accertare.

Al contrario, *quiz*, scritti ed orali dovrebbero essere configurati in modo specifico per ciascun tipo di concorso, in relazione alla specifica attività che dovrebbe svolgersi in caso di positiva ammissione. E ciò proprio in considerazione del fatto che tutti i concorrenti per le professioni legali (magistratura,

l'avvocatura o il notariato) sono (obbligatoriamente) dottori in diritto; con la conseguenza che costituisce inutile spreco di risorse amministrative (per la p.a.) ed intellettuali (per i candidati) sintetizzare in una manciata di minuti una verifica che l'amministrazione ha già svolto durante il corso di studi universitari o durante le (costituende) scuole di specializzazione per le professioni legali. Tutte le prove, dai quiz agli orali, devono svolgersi e concepirsi come finalizzate ad accertare un sapere e un'abilità specifici, in corrispondenza all'oggetto del concorso, e non la conoscenza *de universo jure*, tendenzialmente già verificata all'esame di laurea.

Consequenzialmente, il giudizio negativo della commissione sull'idoneità del candidato allo svolgimento della professione deve essere articolato non in relazione alla ignoranza generica delle nozioni di diritto, quanto in relazione alla specifica inabilità del candidato.

Tra l'altro, pur concependo le prove concorsuali come di accertamento del sapere giuridico generico, sembra un'incongruenza negare ingresso alla valutazioni dei titoli culturali dei candidati. Voto di laurea, pubblicazioni scientifiche, corsi di perfezionamento e specializzazione, dottorati di ricerca, abilitazioni professionali, precedenti impieghi pubblici ricoperti costituiscono un serbatoio di indici sintomatici della cultura giuridica del soggetto. Essi ben potrebbero lumeggiare i commissari d'esami in misura — se non proprio determinante — per lo meno orientativa, soprattutto allorquando la prestazione del candidato nelle prove scritte non sia stata né eccellente né insufficiente. In tali casi, per accertare effettivamente la preparazione (generica) del candidato, potrebbe essere utile conoscere il suo profilo complessivo, quale emerge dai titoli culturali in possesso. A trarre i più diretti benefici sarebbe l'interesse pubblico alla selezione dei candidati effettivamente migliori, poiché la loro qualità deriva non da un isolato successo (pur se qualificato), quanto dall'intero *curriculum* culturale e professionale del candidato.

Ne deriva che se — al termine di un'attenta valutazione — la commissione si determini nel senso di non ammettere il candidato alle successive prove, questa debba motivarlo. E ciò proprio perché la non ammissione (alle prove orali) o la dichiarazione finale di non idoneità contraddice precedenti atti amministrativi quali il rilascio della laurea in giurisprudenza, di altri titoli di studio *post lauream* o il positivo superamento dei quiz.

Il giudizio di non idoneità dovrà, allora, contenere le specifiche ragioni in base alle quali la commissione giudichi inidoneo il candidato allo svolgimento della professione (giudiziaria, notarile, forense ecc.), negando valore a precedenti atti amministrativi (32).

5.1. Segue: *Conseguenze sui criteri di correzione e sull'obbligo di motivazione.*

Ricostruita in tal modo la *ratio* di ciascuna fase concorsuale, ne consegue che, nelle prove scritte, i criteri di correzione che la commissione deve fissare devono essere coerenti con la finalità di accertamento delle capacità ricostruttive

(32) Cosa che già accade nei concorsi universitari: la l. n. 210 del 1998 prevede che l'inidoneità dei candidati sia motivata da ciascun componente della commissione (art. 2, lett. *h*)).

del candidato, senza limitarsi a verificare esclusivamente le nozioni possedute. Tale accertamento può essere effettuato utilizzando, come prova incrociata, la serie di risposte fornite dal candidato sugli argomenti specifici.

È evidente che tali considerazioni non minano la discrezionalità amministrativa della commissione (33). Questa è libera di fissare i criteri di correzione che meglio ritiene, essendo unicamente vincolata al rispetto dei criteri di logica giuridica che si è cercato di ricostruire, e coerenti — a loro volta — con gli obiettivi della procedura concorsuale.

Ebbene, se queste sono le finalità delle singole prove del concorso per uditore giudiziario, ne consegue la necessità che la commissione motivi volta per volta le ragioni per le quali ritiene di ammettere o meno il candidato alla successiva fase concorsuale. È appena il caso di precisare che tale necessità è soddisfatta implicitamente dal punteggio finale assegnato nella preselezione, poiché le modalità di valutazione sono qui determinate con tale precisione da consentire al candidato di evincere dal voto numerico successivamente assegnato la più o meno corretta applicazione dei criteri posti dalla stessa commissione (34).

Viceversa, nel caso delle prove scritte ed orali, l'indeterminatezza ed opinabilità dei criteri posti dalla commissione rendono necessaria la motivazione estensiva in ordine alle modalità di esercizio del proprio potere discrezionale. Anzi, può dirsi che la precisione e la puntualità della motivazione del giudizio sono inversamente proporzionali al grado di genericità dei criteri di correzione posti dalla commissione *ex* art. 12, comma 1, d.P.R. n. 487/94.

Tale principio è stato fedelmente applicato dal TAR Lazio, Roma n. 6825 del 2001. In presenza di parametri assolutamente vaghi, sì da lambire l'inesistenza dell'atto amministrativo che li conteneva, i giudici amministrativi hanno considerato inconcludente il giudizio finale di « non idoneità » del candidato. In simili casi, è lecito domandarsi rispetto a che cosa il candidato sia « inidoneo », ove il

(33) Come sostenuto, invece, da Cons. St., sez. IV, 3 ottobre 2000 n. 5229, in questa *Rivista,* 2000, 3038 secondo cui la predeterminazione dei criteri di valutazione delle prove scritte costituisce attività riservata alla discrezionalità della p.a., rispetto alla quale il sindacato di legittimità è estremamente ristretto. Ne conseguirebbe che la mancata fissazione di tali criteri non determinerebbe l'illegittimità della procedura concorsuale, ove i giudizi espressi per i singoli candidati non presentino aspetti di irrazionalità e di violazione della *par condicio.*

Contra, Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 1991 n. 604, in *Cons. St.*, 1991, I, 1510, secondo cui è illegittima la mancata predeterminazione dei criteri di correzione, allorquando la commissione esaminatrice ne abbia precedentemente deliberato la fissazione.

(34) Si ribadiscono le considerazioni già svolte in A. L. TARASCO, *L'obbligo di motivazione nei concorsi per le professioni legali: il caso "avvocati" e "notai"* , cit., 1091 nonché, in giurisprudenza, TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 giugno 2001 n. 969, secondo cui il problema della motivazione « non può essere risolto in astratto, ma deve essere risolto in concreto e con specifico riferimento ai criteri di massima, risultando sufficiente soltanto ove questi ultimi siano predeterminati rigidamente e insufficiente nel caso in cui si risolvano in espressioni generiche. In precedenza, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 27 marzo 1996 n. 120, in questa *Rivista.*, 1996, 3464 ss., con nota di I. COLZI, *Voto e motivazione: le ragioni di una scelta obbligata,* 3469 ss., e postilla critica di V. CAIANIELLO; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 14 giugno 1996, n. 510 in *I TAR*, 1996, I, 3453; conforme pure TAR Puglia, Lecce, sez. I, 12 giugno 2000, n. 1314/o., in *Giust. it*, n. 6/2000 (www.giust.it).

criterio dell'idoneità non sia stato posto ovvero sia stato fissato tanto genericamente da apparire sintesi del nulla.

È per questo che va valutato con favore il *dictum* del TAR Veneto n. 137 del 2002: la sentenza in commento esso ripropone la *vexata quaestio* dell'assenza di mezzi di difesa a disposizione del candidato per censurare i possibili vizi in cui sia caduta la commissione esaminatrice. L'ampiezza della tematica affrontata copre qualsiasi concorso pubblico, abilitativo e non, e si presta ad applicarsi non solo al concorso per la professione forense (come in specie), ma anche ad altri, come a quello notarile o per uditore giudiziario.

Se oggi è possibile ordinare una consulenza tecnica sugli elaborati per accertarne il contenuto (*ex* art. 44, t.u. n. 1054 del 1924, come riformulato dall'art. 16, l. 21 luglio 2000 n. 205), le potenzialità dell'istituto vengono notevolmente compresse dall'impossibilità di conoscere i motivi per cui la commissione ha assegnato all'elaborato un punteggio negativo ovvero lo ha giudicato « non idoneo » (35). Se in questi termini viene espresso il giudizio della commissione, la difesa del candidato diventa una lotta *donchisciottiana* contro i mulini a vento (36), non conoscendo quali profili dell'elaborato mettere in luce attraverso la perizia d'ufficio.

6. *L'obbligo di motivazione nell'ordinamento positivo.*

La sentenza del TAR Veneto n. 137 del 2002 ha, inoltre, il pregio di

(35) Prima della l. 21 luglio 2000, n. 205, favorevolmente all'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio amministrativo si era già espresso Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, in *Cons. St,*, 1999, I, 585 ss.; in *Corriere giur.*, 1999, 695; in questa *Rivista.*, 2000, 422 ss., con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale e sulla discrezionalità tecnica,* 424 ss.; in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 1179 ss., con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale,* 185 ss.; in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 182 ss., con note di M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Cons. St.,* 185 ss.), e di P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, 212 ss.; in *Sospensive*, 2000, fasc. 127, 21199- 21207, è consultabile un interessante intervento sul tema dello stesso estensore della sentenza S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica.*

Va precisato, tuttavia, che secondo una parte della dottrina (M. CLARICH, *Introduzione alla Riforma del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, fasc. 11, 1072), non potrebbe inferirsi dall'estensione della consulenza tecnica nella giurisdizione generale di legittimità « la conseguenza che il processo amministrativo si è trasformato così da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione ».

Contra, per la configurazione del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto, mi permetto di rinviare a A. L. TARASCO, *Risarcibilità degli interessi legittimi e giudizio di ottemperanza,* in R. VENTRE (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo in Italia,* Milano, 2001, 31 ss.

In generale, sulla consulenza tecnica, v. C.M. BARONE, voce Consulente tecnico (diritto processuale civile), in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. VIII; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione,* vol. II, XIII ed., Torino, 2000, 186 ss.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, II ed., 2000, 416 ss.

(36) E così potremo affermare, con M. DE CERVANTES [Don Chisciotte della Mancia, (a cura di) C. Segre e D. Moro Pini, trad. di F. Carlesi, Milano, 1991, 69]: « Guarda, amico Sancio, ecco là una trentina, o poco più, di giganti smisurati, con cui mi propongo di venire a battaglia e di ucciderli tutti. (...) perché è buona guerra e perfetto servizio di Dio il levar dal mondo così cattiva semenza ».

sottoporre a critica serrata le argomentazioni opposte dal Cons. St., *in primis* analizzando l'evoluzione normativa.

Val la pena ricordare, però, che accanto al regolamento concorsuale del personale sanitario non dirigenziale (art. 9 comma 3, d.P.R. 27 marzo 2001 n. 220), a sostegno dell'obbligo di motivazione del giudizio d'esame merita di essere sottolineato anche l'art. 125 *quinquies* comma 6, Ord. Giud. (r.d. n. 12 del 1941), come riformulato dall'art. 9 comma 5, l. 13 febbraio 2001 n. 48 (37).

Tale disposizione impone al correttore esterno alla commissione esaminatrice del concorso per uditore giudiziario di motivare il voto assegnato a ciascun elaborato (38). A mio avviso, però, la novità della norma consiste nell'aver esteso l'obbligo di motivazione dalla commissione esaminatrice ai correttori esterni, che dovranno coadiuvare i lavori di correzione di questa.

Dal nuovo art. 125 *quinquies* comma 6, Ord. giud., potrebbe ricavarsi che le garanzie della l. n. 241 del 1990 si applicano sia alle valutazioni compiute dalla commissione esaminatrice vera e propria sia a quelle compiute da soggetti diversi dai componenti di questa (correttori esterni), autori di atti interni destinati ad esseri fatti propri dalla commissione esaminatrice (art. 125 *quinquies* comma 7, Ord. giud.), cui esclusivamente compete il provvedimento di ammissione/non ammissione.

Ciò perché se tale obbligo di motivazione grava sui correttori esterni, così come testualmente recita l'art. 125 *quinquies* comma 6, Ord. giud., ne deriva che, *a fortiori,* esso incombe anzitutto sulla commissione esaminatrice; e ciò non soltanto quando essa procede ad una nuova valutazione degli elaborati in caso di discordanza dei due correttori esterni, ma anche quando effettua per la prima volta la valutazione delle prove scritte, alla luce del combinato disposto dell'art. 3, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 125 *quinquies* comma 6, Ord. giud. Diversamente, come giustificare il fatto che all'elaborato di un candidato venga assegnato un motivato giudizio di inidoneità, e ad un altro venga semplicemente assegnato un voto insufficiente, dal quale non si evincono le ragioni della « bocciatura »?

7. *Il carico di lavoro di commissioni e giudici.*

Uno dei moventi più o meno « occulti » della corrente giurisprudenziale che nega la necessità della motivazione nella generalità dei concorsi pubblici sta nella tutela delle commissioni esaminatrici e dei collegi giudicanti amministrativi: dal riconoscimento esplicito dell'obbligo di motivare il giudizio deriverebbe, infatti, sia per l'uno che per l'altro corpo un aumento del carico di lavoro.

Non a caso, la giurisprudenza amministrativa ha giustificato l'assegnazione del voto senza motivazione con la « pratica impossibilità di richiedere alle commissioni, già onerate in taluni concorsi (...) di un compito assai pesante, l'ulteriore fatica di motivare per esteso ed esplicito centinaia o migliaia di elaborati scritti; il che renderebbe ancora più lunghi i tempi di correzione, con

(37) Sul punto, F.A. GENOVESE e A.L. TARASCO, *Aumento del ruolo organico, correttori esterni e accesso riservato agli avvocati nella nuova disciplina del concorso in magistratura, cit.*, 707 ss.

(38) Secondo l'art. 125 *quinquies*, Ord. Giud., (r.d. n. 12 del 1941), « il correttore esterno restituisce [alla commissione centrale, n.d.A.] tutti gli elaborati entro trenta giorni, assegnando a ciascuno un punteggio in ventesimi, e formulando per ciascuno un sintetico giudizio ».

gravissimi disagi per i concorrenti e per gli stessi interessi pubblici connessi alla procedura » (39). Ma a tutto vantaggio, aggiungo, degli interessi dei cittadini, che andrebbero contemperati con quelli del soggetto amministrativo, senza esserne schiacciati.

Inoltre, anche prescindendo dal fatto che l'interesse pubblico non coincide con le ragioni dell'apparato, e che l'organizzazione della p.a. e la giustizia amministrativa devono garantire il soddisfacimento del primo e non del secondo, va osservato che nel merito le previsioni catastrofiche potrebbero rivelarsi del tutto ingiustificate.

Si pensi, infatti, che per il concorso ad uditore giudiziario, l'obbligo di motivazione dei correttori esterni è stato posto nella l. n. 48 del 2001, finalizzata ad accelerare, e non ad aggravare, la procedura concorsuale. Ciò a dimostrazione che le garanzie dei candidati possono essere rispettate coniugandole con misure di accelerazione dell'azione amministrativa. L'importante è considerare la tutela dei candidati come una pretesa legittima da soddisfare: sarà la riflessione giuridica ad elaborare, poi, gli strumenti più opportuni per armonizzare il diritto di difesa con la celerità dell'azione amministrativa.

In secondo luogo, la fondamentale conoscenza del « perché » della non ammissione potrebbe produrre un effetto deflattivo dei ricorsi, e non incrementativo. Infatti, dalla massa delle azioni giurisdizionali, potrebbero espungersi, in futuro, tutte quelle determinate dall'ignoranza delle ragioni della non ammissione, apparentemente incomprensibile. In altri termini, se il giudizio della commissione venisse espresso con serietà e precisione, il candidato potrebbe ritenersi soddisfatto delle ragioni addotte dalla p.a., riconoscendole fondate, e rinunciando, così, a qualsiasi azione giudiziaria; anche perché, in presenza di una motivazione logica, congrua ed adeguata, i margini per una censura in sede giurisdizionale sarebbero oltremodo ristretti.

Purtroppo, tale fiducia nell'Amministrazione non viene riposta né dai cittadini né dalla giustizia amministrativa, con la conseguenza che ragioni della p.a. vengono contrapposte a quelle dei cittadini; ma nello scontro, sono i secondi ad avere la peggio.

8. *Il gioco del diritto e le esigenze della comunità.*

In sintesi, se dal complessivo sistema amministrativo e giurisprudenziale si scorgono limiti che ostacolano il diritto di difesa del cittadino, credo che sia il diritto a doversi adeguare all'uomo, e non viceversa.

A tali conclusioni potrebbe pervenirsi ugualmente attraverso un percorso non strettamente tecnico-giuridico, ma basato su alcune riflessioni generalissime sul rapporto tra uomo e diritto nello Stato contemporaneo, in grado di penetrare meglio quegli stessi argomenti giuridici.

Fingiamo, allora, di considerare esatte e condivisibili le argomentazioni

(39) Cons. giust. amm. Reg. sic., 29 dicembre 1997 n. 583, in *Cons. St.*, I, 1997, 1752. Tale posizione è stata fatta propria da autorevole dottrina, secondo cui « se ciò avvenisse, i Tribunali amministrativi regionali si trasformerebbero in commissioni esaminatrici di secondo grado ed occorrerebbe portare i loro organici a dimensioni astronomiche, con grave danno non solo per la speditezza dell'attività amministrativa ma per la funzionalità stessa della giurisdizione »: V. CAIANIELLO, Osservazioni a TAR Puglia, Lecce, sez. I, 27 marzo 1996 n. 120, in questa *Rivista.*, 1996, 3474.

offerte dagli autorevoli consessi amministrativi. E chiediamoci quale sia l'effetto ultimo di siffatta (in)giustizia amministrativa, che limita la tutela giurisdizionale dei candidati. Domandiamoci, prima ancora, a che serva la giustizia, e quella amministrativa in particolare. Se, cioè, serva a difendere gli interessi dell'amministrazione piuttosto che quelli dei cittadini o viceversa, ovvero se debba raggiungere un certo grado di equilibrio in modo da non sacrificare od avvantaggiare, ad oltranza, l'una o l'altra parte (40).

Interroghiamoci, poi, su quale posto occupi l'uomo nei ragionamenti delle (Alte) Corti italiane. La stessa domanda potrebbe rivolgersi al legislatore, che forma le norme. Ma in questa sede ci limitiamo a rivolgerla a coloro che, quelle norme, sono chiamate ad interpretare ed applicare (41).

Nella specie, supponiamo che gli argomenti della giurisprudenza amministrativa e costituzionale circa la motivazione dell'esercizio del potere amministrativo siano — per certi aspetti — corretti ed esatti, nonostante che qualche TAR e alcuni studiosi tentino di dimostrare il contrario (42).

Supponiamo che così sia. Immaginiamo, cioè, che da un punto di vista squisitamente tecnico- giuridico, TAR e Cons. St. — implicitamente avallati dalla C. cost. 3 novembre 2000 n. 466 — abbiano ragione nel sostenere che — sulla base del sistema giuridico attuale — non sia possibile concludere che il giudizio di inidoneità del candidato sia espresso per esteso, mà solo attraverso un numero ovvero, meno ancora, con una semplice menzione conclusiva, apodittica quanto tautologica, che il candidato « non è idoneo » (come nel concorso in magistratura). Ipotizziamo che tutto ciò risponda al vero giuridico.

Non rinunciamo, però, a comparare tale (asserita) verità legale con un metro antropologico: dov'è l'uomo nella costruzione intellettuale della giurisprudenza — Dove sono i suoi bisogni di giustizia sostanziale (non sommaria, si badi, ma vera), che reclama rispetto ad un torto che egli asserisce aver subito? (43) Dov'è quella tensione intellettuale dell'ordinamento complessivo, formato da legislatore e giudici, che invoca una tutela più piena per il cittadino, più

(40) In un'ottica più strettamente processualistica e con riguardo alle difficoltà strutturali di uomini e mezzi della giustizia amministrativa, G. LEONE, *A che serve il processo amministrativo?,* in *Dir. Proc. Amm.*, n. 3 del 1999, 666 ss. (ora in Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte). Significativamente, l'A si domanda se serva un giustizia amministrativa « che non tutela (se non in minima parte) il cittadino dalle ingiustizie e dai soprusi arrecati dalla pubblica amministrazione » (*op. ult. cit.*, 667).

(41) Mi vengono in mente le parole di JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Il contratto sociale, Prologo al Libro primo,* trad. a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1994: « Mi si domanderà se io sia principe o legislatore per scrivere di politica. Rispondo di no e che appunto per questo ne scrivo. Se io fossi principe o legislatore non perderei il mio tempo a dire ciò che bisogna fare; lo farei, o starei zitto ».

(42) Da ultimo, v. P. VIRGA, *Motivazione del voto negativo delle prove di esame,* in *Giust. it.*, n. 11/2001 (*www.giust.it),* per il quale « la tesi dominante in giurisprudenza non sembra fondata ».

(43) Su tali temi, v. gli scritti di L. IANNOTTA, tra cui, in particolare, *Previsione e realizzazione del risultato nella Pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni,* in *Dir. Amm.*, n. 1/1999, 57 e ss., nonchè *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto,* in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/1998, 299 ss. In particolare, secondo l'A. (La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo, cit., sub nota n. 33, 317) « oggi, con le modifiche ordinamentali, il privato è diventato soggetto attivo di amministrazione, in grado di conformare il proprio interesse e di attingere il bene concreto

vera, meno formale ed ossequiosa di un costrutto artificiale e lontano dalla realtà?

9. *Giurisprudenza e società.*

Tale digressione consente di riflettere sul problema del se le decisioni giudiziarie possano o meno prescindere dal sentire reale e prevalente della coscienza collettiva.

Al quesito non può che darsi risposta negativa, nel senso che non se ne possa prescindere: si ponga mente al fatto che la giustizia tutta, ordinaria ed amministrativa, è amministrata in nome del popolo italiano (art. 101 comma 1, Cost.), e non del diritto o, meno ancora, dello Stato. La legge, più che rappresentare l'altare davanti al quale sacrificare le vicende (giudiziarie) di ciascuno, a causa di una incomprensibile razionalità distante dagli interessi dei cittadini, dovrebbe costituire un mero strumento per amministrare una giustizia sempre riferibile al popolo italiano, alla sua volontà e ai suoi reali valori. E ciò vale sia per la giustizia ordinaria che per quella amministrativa, salvaguardando, per questa, le peculiarità del sistema amministrativo, sostanziale e processuale (44).

e circoscritto cui aspira ». In conclusione, « l'interesse legittimo si è trasformato nel bene rivendicato da un soggetto in base ad un titolo giuridico, e cioè in un (buon) diritto ».

(44) Pur senza configurare il magistrato come un sacerdote degli umori della comunità, è lecito pensare che l'attività giuridica in genere, e quella giudiziaria in particolare, trovi come limite naturale ed invalicabile l'uomo, con le sue esigenze e le sue aspirazioni di giustizia. Diversamente, dietro lo schema della soggezione all'astratto diritto, si rischia di legittimare costruzioni giuridiche aberranti. Paradossalmente, la stretta applicazione del diritto scritto « sembrerebbe diminuire piuttosto che aumentare la certezza del diritto. A me pare che nella maggior parte dei casi in cui le decisioni dei giudici hanno sorpreso l'opinione pubblica, e sono andate contro le aspettative generali, ciò sia successo perché il giudice sentiva di doversi attenere esclusivamente alla legge scritta, e non osava discostarsi dal risultato di un sillogismo in cui comparivano solo premesse giuridiche esplicite » (F. A. VON HAYEK, *Regole e ordine*, in *Legge, legislazione e libertà*, ed. italiana a cura di A. PETRONI E S. MONTI BRAGADIN, trad. di P. G. MONASTERI, Milano, 2000, 147).

Per quanto non si possa rinunciare ad applicare le formule del diritto, queste debbono avere come fine e limite l'uomo, che deve essere tenuto presente in ogni momento della riflessione giuridica. Soltanto così potrebbe evitarsi di produrre norme razionalmente perfette, ma concretamente ingiuste: « ...noi giuristi, e quindi anche i giudici che sono prima di tutto esperti di tecnica giuridica, abusiamo della logica: anche nel campo della giustizia noi abbiamo ereditato (...) la tendenza delle architetture sistematiche: fabbrichiamo castelli di concetti per darvi decoroso alloggio ala giustizia, *e non ci accorgiamo che a poco a poco si trasformano in prigioni sbarrate da cui essa non riesce più a liberarsi* » (P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, 605).

In altri termini, la stretta osservanza della legge scritta induce a seguire la lettera piuttosto che lo spirito del diritto, e a confondere l'universo del diritto (scritto e consuetudinario, statuale e popolare) con la piccola anticamera della legge (norma esclusivamente positivistica). Il giudice deve appellarsi a principi « ancora non articolati verbalmente [...] anche quando quelle regole formulate nel codice giungano ad una soluzione non ambigua, ma tale soluzione sia in contrasto col sentimento generale di giustizia ». In tal caso, il giudice deve essere « libero di modificare le proprie conclusioni se trova qualche regola non scritta che lo giustifichi » (F. A. VON HAYEK, *Regole e ordine*, cit., 147- 148). Ciò perché « il giudice non solo può, ma deve cercar la risposta, più che nella legge, nella sua coscienza. La sentenza non vien fuori direttamente dalla legge: vien fuori dalla coscienza del giudice, stimolata da

Illegittimamente, invece, l'amministrazione della giustizia sembra surrogarsi alla volontà del popolo, imponendo, talvolta, l'astrattezza e l'inumanità del proprio sistema di valori, sempre più sconnesso rispetto a quello sociale (45).

Tale puntualizzazione cela — a mio avviso — una realtà gravida di conseguenze.

Ne deriva che la comunità popolare rappresenta il soggetto di ogni decisione giuridicamente rilevante, sia essa normativa (cioè, nella formazione della legge, in senso lato) che giurisprudenziale (cioè, nell'emanazione di sentenze e decisioni varie): essa agisce talvolta in veste di attore del sistema normativo (si pensi alla consuetudine come fonte del diritto (46)), talaltra come co-elemento implicitamente condizionante l'interpretazione (giurisprudenziale) dello stesso sistema normativo.

Tali riflessioni generali trovano conferma in una costante di ogni interpretazione giurisprudenziale: l'affermazione di principi giuridici variamente condizionati dai valori sociali dominanti in un determinato contesto storico- ambientale; e dunque, nell'interpretazione « aperta » data alla legge, in base ai valori desumibili dalla società: « L'antica intuizione di Hegel, essere il giudice organo della società civile piuttosto che organo dello Stato, manifesta oggi tutta la sua

molteplici motivi psicologici, tra i quali la legge costituisce il motivo più importante, ma non l'unico » (P. CALAMANDREI, *op. loc. ult. cit.*, 606).

In questa direzione, in un'ottica strettamente amministrativistica, v. pure L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo*, cit., 299 ss.

(45) Al contrario, nell'amministrazione della giustizia, la legge si piega al sentire del popolo, facendo dipendere dai suoi valori la decisione della causa, in tutto o in parte, ad esempio, allorquando adotta nei vari rami del diritto le « clausole aperte »: si pensi, nel Diritto amministrativo, al concetto di « testimonianza avente valore di civiltà », con riferimento ai beni culturali, così come all' »interesse eccezionale » o « particolarmente importante » per vincolare determinate « cose » alla disciplina dei beni culturali, *ex* d.lg. n. 112 del 1998 e n. 490 del 1999; nel Diritto penale, ai citati concetti pregiuridici di « buon costume », « morale », « onore »; nel Diritto civile, alla « tolleranza », « buona fede » o, infine, al « buon padre di famiglia ».

La Cassazione ha affermato la propria competenza a sindacare il contenuto di tali concetti pregiuridici, la cui ripetitività rende opportuna, per la funzione di nomofilachia svolta da tale Corte, la fissazione di un principio interpretativo.

In tal modo risulta allargata la competenza del sindacato della Corte ad ogni aspetto del « diritto vivente », cioè di ogni norma di diritto vincolante per il giudice e suscettibile di applicazione non limitata al caso di specie: v. Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999 n. 434 e Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998 n. 10514, entrambe in *Foro it.*, 1999, I, 1891, con note di E. FABIANI E M. DE CRISTOFARO; Cass., sez. lav., 13 aprile 1999 n. 3645, in *Foro it.*, 1999, I, 3558, con nota di E. FABIANI. Sul punto, v. *amplius* M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione,* Milano, 1993, 102 ss. e 117 ss.

(46) In generale, sulla consuetudine, v. C. ROSSANO, v. *La consuetudine come fonte nelle materie regolate e non regolate dal diritto scritto*, Milano, 1994; Id., *La consuetudine nel diritto costituzionale. Premesse generali*, vol., I, Napoli, 1992; A. PIZZORUSSO, voce *Consuetudine (profili generali)*, in *Enc. Giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.; A. ROMANO, *Alcune osservazioni sulle consuetudini e sulle convenzioni costituzionali*, in *Scritti vari di Diritto costituzionale*, Palermo, 1979; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto,* Torino, 1970; V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III vol., Milano, 1967; C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. IX, 1961; G. CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, 1948.

valenza: la manifesta nel momento in cui la società civile diventa società globale, della quale il giudice mostra la propensione a farsi organo » (47).

10. *Il diritto e la volontà del popolo.*

A dire il vero, il diritto appare uno dei settori del sapere ove è più semplice smarrire il filo di Arianna. Tra leggi, leggine, sentenze, decreti che si susseguono, contraddicendosi, abrogando e delegando, il giurista rischia seriamente di rimanere chiuso in una prigione dalla quale si smarriscono le necessità del mondo reale.

In teoria, i mille atti normativi ed amministrativi partoriti dall'ordinamento dovrebbero tradurre in gesti istituzionali la volontà politica del popolo. In pratica, essi sono disinvoltamente formulati senza mai indagare su quale sia l'orientamento reale di questo sulle grandi questioni politiche, sociali ed economiche; e quando ciò avviene, l'orientamento stesso viene disatteso. È il caso della motivazione (obbligatoria) del potere (delle commissioni esaminatrici): nonostante sia desumibile dalla collettività una forte domanda di giustizia sostanziale, che riesca ad andare al di là delle regole create dagli uomini (discrezionalità amministrativa e dintorni), il sistema si ostina a difendere se stesso, affermando il proprio potere, ma rinunciando a motivarne l'esercizio.

Tale scollamento tra volontà istituzionale e volontà politica della comunità nazionale determina un mutamento perenne dell'ordinamento giuridico, che è foriero di incertezze, contraddittorietà ed errori che i giuristi conoscono e censurano periodicamente, e che il diritto non riesce ad arginare. Se di tali incessanti riforme normative il soggetto di riferimento fosse davvero l'uomo, l'evoluzione ordinamentale (*rectius,* l'involuzione) sarebbe molto più lenta, riflettendo la pacata ma vera coscienza sociale (48).

11. *Ritornare all'uomo, fugare il cittadino.*

Di qui sorge la necessità di ritornare all'uomo, alla persona, al cittadino (49). D'altro canto, la crisi del concetto di Stato-nazione e il corrispondente

(47) F. GALGANO, voce *Lex mercatoria*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2001, Aggiornamento, vol. V, 721 ss., 727.

(48) « ...nella società le culture si susseguivano velocemente, e si venivano costituendo elementi fluttuanti che, appena fotografati, già erano spariti. Basta guardare alla colluvie di leggi e di modifiche alle stesse. Notavo che i cambiamenti si sovrapponevano l'uno all'altro con cadenze al più di decenni e, parallelamente, la struttura dell'essere umano s'adattava e ridefiniva la sua struttura »: V. M. ROMANO, *Intervento, La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo* (Atti dell'incontro di studi svoltosi in Santa Maria Capua Vetere il 19 giugno 2001), Torino, 2002, 87 ss., 89.

(49) Il ritorno all'uomo si può ben cogliere nella disciplina dei servizi pubblici. Se prima era posto ai margini del sistema, il cittadino ora ne è il protagonista principale e condizionante. Segno del mutamento dei tempi è la diversa terminologia adottata: egli non è più denominato utente, ma — pur se in un'accezione economica non pienamente appagante — cliente o, talvolta, risorsa.

La centralità del cittadino nell'universo dei servizi pubblici segna il passaggio dal modello della *citizenship* al modello della *citizenry*, cioè da un visione nella quale l'amministrazione pubblica regola il complesso delle relazioni con i cittadini quasi esclusivamente

e progressivo ampliamento del protagonismo popolare si fonda proprio sulla centralità della persona nel sistema socio-giuridico, che nelle fasi di crisi statalistica tende a riespandere il suo potere originario: « Le persone — scriveva Antonio Rosmini agli inizi dell'Ottocento — sono principio e fine dello Stato. Sono esse che costituiscono, che assegnano scopo e limiti, per cui lo Stato e tutti gli organi statali sono dei semplici mezzi per le persone che sono realmente il fine. Di qui il carattere ministeriale o di servizio dell'autorità (...). Per questo il bene pubblico, come bene dell'organismo statale, deve essere subordinato al bene privato di ciascuna persona » (50).

Va precisato, tuttavia, che tra persona e cittadino non sempre vi è perfetta corrispondenza. La nozione di *citoyen* è, ormai, in avanzato stato di decomposizione: nata come formalizzazione giuridica e politica per l'affermazione dell'uomo, il concetto di 'cittadino' si è oggi tramutato per effetto, tra l'altro, della sensibilità della filosofia hegeliana, in una prigione che edifica un soggetto astratto, che coincide solo eventualmente con l'uomo quale è concretamente nel suo *habitat* culturale.

La nozione di cittadino non corrisponde più, oggi, a quella di uomo, tradendo la *ratio* originaria dell'elaborazione della categoria: quella di sintesi unitaria del complesso eterogeneo di caratteri e di bisogni espressi dall'identità concreta dell'uomo (51). In sostanza, attraverso il riferimento ad un modello astratto ed irreale di cittadino, si trascura l'uomo quale è storicamente, nella sua identità reale.

Da tali premesse deriva — a mio avviso — la fallacia di ogni costrutto giuridico contrario all'uomo e ai suoi interessi. Per questi motivi, credo che non si possa continuare a reclamare stancamente il ruolo prioritario dello Stato e dell'Amministrazione su quello della comunità degli uomini (52). « Le categorie

attraverso la legge, ad una in cui l'amministrazione considera questi come risorsa *strategica sia per il proprio funzionamento interno che per il miglioramento della qualità dei servizi prodotti.*

Manifestazione tangibile di tale rivoluzione culturale sta, tra l'altro, nella creazione di Uffici per le relazioni con il pubblico (c.d. U.R.P.), nella stesura delle varie Carte di servizi (che elencano diritti e poteri dei cittadini), nell'istituzione dei numerosi « telefoni verde » per la segnalazione di disfunzioni e problemi. Nella stessa direzione, può inquadrarsi l'istituzione dell'ufficio del Difensore civico comunale e regionale.

(50) Similmente, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note a margine dell'incontro con Ronald Dworkin su "Diritto e moralità"*, in Id., *Cultura, diritto e territorio*, Napoli, 1994, 39, avverte che « si rischia di dimenticare che la ragion d'essere di tale impegno di ricerca resta — e deve restare — l'uomo, quello concreto, vero, che si incarna nella storia con le sue aspirazioni ed i suoi bisogni, spirituali e materiali ».

(51) V. M. ROMANO (*op. ult. cit.*, 91) avverte che « il "cittadino" (altra pericolosa astrazione), come tale inquadrato nell'area di libertà del "lecito", è del tutto tramontato. Oggi, lo si voglia o meno, sia un bene o un male non voglio dirlo, l'uomo sta ritrovando la sua originaria e formale dignità ».

La distinzione tra uomo e cittadino è già presente in W. VON HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, trad. italiana a cura di G. PERTICONE, Milano, 1965, 55, il quale avverte il pericolo che — attraverso un'indebita invadenza dello Stato nel sistema educativo — « l'uomo sia sacrificato al cittadino » (...). « Evidentemente è utile che i rapporti dell'uomo e del cittadino si trovino per quanto possibile in armonia ».

(52) È sempre più attuale e sentito il passaggio da una Repubblica dei partiti alla « Repubblica dei cittadini », secondo la felice espressione di P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti,* Bologna, 1991.

(...) appartengono al piano razionale e strumentale della realtà sono mezzi, strumenti, che vanno visti in rapporto ai fini e che possono essere superati o integrati, con la scoperta di mezzi ulteriori e che vanno accantonati se, non solo non servono al fine loro proprio, ma addirittura ne ostacolano la realizzazione, come potrebbe accadere per istituti sostanziali e processuali che impedissero la immediata definizione di un giudizio » (53).

Queste considerazioni, per quanto opinabili possano apparire, non mi sembrano del tutto prive di fondamento costituzionale: l'art. 2 Cost. considera l'uomo, sia come singolo che come gruppo, il principio e il fine dello sviluppo dell'ordinamento giuridico e, quindi, dell'azione dei pubblici poteri (54); mentre il primo articolo della Norma fondamentale individua nel popolo, cioè nell'uomo, il fondamento della Repubblica e di ogni potere che a questa si ricolleghi (art. 1 Cost.).

Ricordarsi, di tanto in tanto, di questi *super principi*, antropologici prima che giuridico- costituzionali, mi sembra che possa aiutare a liberare molte pagine da inutili *querelle* giuridiche, esercizi accademici che mostrano di aver perso di vista il faro della scienza giuridica: l'uomo.

ANTONIO LEO TARASCO

[876/12] Valutazioni numeriche ed obbligo di motivazione nei pubblici concorsi.

Con la sentenza in epigrafe, il TAR Veneto torna ad occuparsi della questione relativa all'obbligo per le commissioni dei concorsi pubblici — segnatamente quello per conseguire l'abilitazione all'esercizio della professione forense — di motivare il voto negativo delle prove d'esame.

Come è noto, su tale tema la giurisprudenza amministrativa ha espresso due orientamenti contrapposti.

Da un lato, la maggioranza dei Tribunali Amministrativi Regionali e la dottrina dominante hanno affermato che il giudizio negativo espresso dalla commissione giudicatrice sia soggetto all'obbligo di motivazione, di cui all'art. 3 comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, e che detto obbligo non possa ritenersi assolto con la mera indicazione dei voti numerici assegnati. Ed invero, secondo detto orientamento, per un verso, la norma richiamata, essendo posta a garanzia della trasparenza e

(53) L. IANNOTTA, *Società italiana ed esigenza di legalità sostanziale.* Relazione al convegno su « Persona umana e società del 2000 », 6-8 novembre 1998, Calarossa (Terrasini), 13- 14 del dattiloscritto. Nello stesso senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano 1998, 30, per il quale « il diritto esiste esclusivamente in funzione degli interessi umani regolati ».

(54) È dall'analisi delle norme costituzionali (artt. 1, 2, 3, Cost.) che si ricava, tra l'altro, il principio che « fine ultimo dell'ordinamento è il pieno sviluppo della persona umana »: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, *cit.*, 307. Sul punto, v. *amplius* N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione,* Milano, 1995; cfr. pure, a cura dello stesso Autore, *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984.

Applicato alla *scienza*, tale principio impone che questa abbia « come fine l'uomo, in applicazione del generale principio personalistico che caratterizza la nostra Costituzione » (F. MERUSI, in *Commentario della Cost.* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, sub *art. 9 Cost.*, 438).

dell'imparzialità dell'azione amministrativa, dovrebbe essere riferita non solo all'attività propriamente provvedimentale, ma anche a quella di giudizio; per altro verso, il mero punteggio numerico dovrebbe essere accompagnato dall'esplicitazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che lo hanno determinato, posto che, altrimenti, il destinatario del provvedimento non sarebbe in grado di ricostruire l'*iter* logico seguito dalla commissione esaminatrice per addivenire ad una valutazione negativa, con l'effetto di ridurre la tutela giurisdizionale al solo riscontro di profili estrinseci e formali e di svuotare la portata del diritto d'accesso agli atti del procedimento concorsuale (1).

D'altro lato, il Consiglio di Stato ha più volte riconosciuto la legittimità dei giudizi inerenti le prove d'esame scritte e orali motivati dal mero punteggio numerico, sull'assunto che l'art. 3 comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, sarebbe applicabile soltanto all'attività provvedimentale propriamente detta, e non all'attività di giudizio conseguente a valutazioni, e posto che, comunque, il voto costituirebbe una formula sintetica, ma eloquente, in grado di esternare completamente la valutazione tecnica della commissione d'esame (2). Ed invero, il Consiglio di Stato ha affermato la necessità di una puntuale motivazione degli atti valutativi soltanto nell'ipotesi in cui fra i componenti della commissione sia sorto un contrasto talmente rilevante da configurare una palese contraddittorietà del giudizio complessivo espresso (3), ovvero nell'ipotesi in cui il candidato sia unico e non possa essere garantito l'anonimato (4).

In seguito alla proposizione da parte del TAR Lombardia, sez. III, con 59 ordinanze di medesimo contenuto (5), della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, l. 7 agosto 1990 n. 241, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113, Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione datane dal Cons. St., non prevederebbe l'obbligo di motivazione per i giudizi d'esame, sembrava che, finalmente, il predetto contrasto giurisprudenziale tra Tribunali Amministrativi Regionali e Consiglio di Stato potesse essere risolto con una pronuncia chiarificatrice della Corte Costituzionale. Tuttavia, quest'ultima, non volendo, probabilmente, diventare arbitro della *querelle*, con ordinanza 3 novembre 2000, n. 466, ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, sull'assunto che, non essendosi formato sulla norma impugnata un indirizzo giurisprudenziale stabilizzato — presupposto, questo, indispensabile per sottoporre il c.d. diritto vivente al sindacato di costituzionalità (6) — il ricorso alla Corte appariva diretto più ad ottenere l'avallo a favore di una determinata interpretazione della norma — attività, questa, rimessa al giudice di merito (7) — che a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale.

Conseguentemente, deluse le aspettative circa un intervento risolutore della

(1) In tal senso, TAR Marche, 12 febbraio 1993, n. 66, in *Giur. Merito*, 1993, 408 ss.; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 27 marzo 1996, n. 120, in questa *Rivista*, 1997, 523; TAR Lazio, Latina, 5 marzo 1999, n. 188, in questa *Rivista*, 1999, 1084 e 17 aprile 2000 n. 194.

(2) Tra le tante, Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 1999 n. 14, in questa *Rivista*, 1999, 36 (s.m.).

(3) In tal senso, Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 1999 n. 14, cit.

(4) In tal senso, Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2000 n. 4646.

(5) Pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*, nn. 13, 21, 30 e 31, prima serie spec., anno 2000.

(6) C. cost., 21 novembre 1997 n. 350 in *Giust. civ.*, 1998, I, 625.

(7) C. cost., 20 marzo 1998 n. 70/o. in *Giur. cost.*, 1998, 724.

Corte Costituzionale, i Tribunali Amministrativi Regionali hanno seguitato ad annullare le prove d'esame motivate solo con punteggi numerici, con sentenze, poi, puntualmente riformate, per le ragioni sopraesposte, dal Consiglio di Stato (8).

Peraltro, proprio questa sorte è toccata ad altra sentenza del TAR Veneto, sez. I, 15 marzo 2001 n. 1439, — precedente rispetto a quella che qui si commenta — con la quale il Collegio, pur non ignorando « la posizione assunta in materia dal giudice d'appello » e, con ciò « mutando il suo precedente orientamento », con ampia e puntuale motivazione, ha rilevato come: « l'affermazione, talvolta proposta, che l'art. 3, l. n. 241 del 1990 impone di motivare i provvedimenti ma non i giudizi non appare in alcun modo accettabile: il giudizio non costituisce, infatti, un elemento estraneo al provvedimento ma è una componente essenziale della motivazione di questo, quale presupposto di fatto e risultanza dell'istruttoria, e deve essere dunque esplicitato nella misura necessaria a comprendere l'iter logico seguito dall'organo che, attraverso un determinato giudizio, è pervenuto ad assumere una precisa conclusione ».

Proprio per la presenza di un precedente che lo riguarda direttamente, il TAR Veneto, sez. I, Presidente ed estensore Baccarini, ancora una volta adito per l'annullamento di un provvedimento d'inidoneità, conseguente all'esito negativo di una prova d'esame orale, si è sentito in dovere di richiamare « il costrutto giurisprudenziale del Consiglio di Stato », se non altro per sottoporlo ad una « disamina puntuale sotto il profilo motivazionale » — posto che proprio in tale percorso si sostanzierebbe la funzione nomofilattica (9), — per poi, comunque, disattenderlo nuovamente.

Il percorso motivazionale seguito dal Collegio, nella sentenza in commento, appare di notevolissimo rilievo, poiché viene operata un'interessante distinzione tra il provvedimento conclusivo del procedimento concorsuale e gli atti istruttori precedenti, rappresentati dalla formulazione dei giudizi valutativi e dalla determinazione in astratto dei criteri di valutazione.

In particolare, mentre si riconosce che il giudizio valutativo è atto amministrativo non provvedimentale, al tempo stesso, si evidenzia come l'atto finale del procedimento concorsuale — graduatoria, provvedimenti di idoneità o di idoneità — sia un provvedimento amministrativo in senso stretto, soggetto, quindi, indubbiamente, all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990.

Ed invero, ripercorrendo l'*iter* motivazionale seguito dal Collegio, si può facilmente osservare come, nelle procedure concorsuali, il provvedimento finale sia motivato con il solo richiamo agli atti istruttori precedenti e, segnatamente, alle valutazioni espresse sulle prove d'esame e come i giudizi valutativi siano atti istruttori non motivati, in quanto appare evidente come il voto non costituisca la motivazione del giudizio valutativo, ma la mera esternazione del risultato.

Inoltre, va ricordato, i giudizi valutativi sono preceduti da altro atto istruttorio, rappresentato dalla predeterminazione in astratto dei criteri valutativi, che, tuttavia, appare di scarso riferimento in assenza di una motivazione circa il modo di applicare detti criteri al caso concreto.

Conseguentemente, alla luce di dette considerazioni, non si può che concludere per l'illegittimità, ai sensi dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, dei provvedimenti

(8) In tal senso, TAR Calabria, 23 marzo 2000 n. 340, riformata da Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2001 n. 367, in questa *Rivista*, 2001, 367 (s.m.).

(9) Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2001 n. 6337/o.

finali, conclusivi delle procedure concorsuali, motivati *per relationem*, mediante richiamo agli atti istruttori precedenti, del tutto privi di motivazione.

Infatti, la motivazione *per relationem* è consentita soltanto a condizione che il dovere di motivare, di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990, sia adempiuto mediante il richiamo ad altro atto che contenga esplicita motivazione e che, cioè, indichi « i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione amministrativa rispetto alle risultanze dell'istruttoria » (10).

Da quanto detto consegue che, in caso di impugnazione della sentenza in esame, il Consiglio di Stato dovrebbe esplicitare le ragioni per le quali, in materia di pubblici concorsi, ritenga, nonostante il disposto dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, legittimi provvedimenti amministrativi in senso stretto, quali sono i provvedimenti finali — e non più atti amministrativi non provvedimentali, quali i giudizi valutativi — ancorché, per le ragioni sopraesposte, motivati solo apparentemente.

Va, peraltro, rilevato come si giunga alla medesima conclusione cui è pervenuto il TAR Veneto, se si ha riguardo della *ratio* dell'art. 3, l. n. 241 del 1990. Se è vero, infatti, che i giudizi valutativi non sono espressamente indicati tra gli atti amministrativi per i quali sussiste l'obbligo di motivazione, è altresì vero che un'elencazione analitica e dettagliata degli atti soggetti all'obbligo di motivazione sarebbe stata contraria alla natura generale e astratta della norma, di cui all'art. 3, inserita, peraltro, nella più ampia disciplina del complessivo procedimento amministrativo. Se, poi, come ha rilevato autorevole dottrina, la funzione della motivazione è quella di garantire la trasparenza dell'attività amministrativa e la legittimazione del potere esercitato, si deve concludere che la disposizione di cui all'art. 3 abbia fatto *tabula rasa* di tutte le precedenti distinzioni e, pertanto, ogni provvedimento discrezionale o vincolato, favorevole o sfavorevole dovrebbe essere motivato, salve le eccezioni espressamente previste dalla legge (11). Ed invero, anche laddove si sostenesse, come fa parte della giurisprudenza (12), che, nonostante la 241 del 1990, non sarebbero soggetti all'obbligo di motivazione i provvedimenti vincolati, quelli a discrezionalità piena e quelli favorevoli ai destinatari, si perverrebbe ad analoga conclusione circa l'obbligo di motivazione, per lo meno dei giudizi valutativi sfavorevoli, posto che, indubbiamente, da detti atti scaturisce una modificazione di segno negativo di situazioni giuridiche soggettive.

Concludendo, alla luce della pregevole motivazione della sentenza in epigrafe, sarà interessante verificare se, qualora investito della questione, il Cons. St. si limiterà a ribadire la sufficienza, ai fini della motivazione, del mero voto

(10) P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano 2001, 44 ss.; SCARCIGLIA, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1999; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI-MONACO, F.G. SCOCA), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1437 ss.; V. CERRULLI- IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.

(11) F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1995; F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Napoli, 1995, 229; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 61; A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 72.

(12) TAR Friuli Venezia Giulia, 19 febbraio 1992 n. 95; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 maggio 1994, n. 342, in questa *Rivista*, 1994, 2462 (s.m.); TAR Veneto, sez. I, 27 giugno 1992, n. 244, in *I TAR*, 1992, I, 3326.

numerico, oppure aderirà all'indirizzo proposto dal TAR Veneto con tanta lucidità.

Non volendo aderire alla ricostruzione assai rigorosa contenuta in sentenza — posto che sia un intervento legislativo sia un ripensamento dei giudici di primo o di secondo grado appaiono, allo stato, quanto mai improbabili —, forse pare percorribile, ancora una volta, la strada di sollevare nuovamente, davanti alla Corte Costituzionale, questione di costituzionalità, circoscrivendo il *petitum*, sulla scorta dell'esperienza acquisita, in modo tale, da costringere la Corte a rendere una pronuncia sul merito.

MARIA VALENTE