

Natura delle cose e giustizia amministrativa.
Il processo all'abilitazione scientifica nazionale
ovvero il "teatro nel teatro".*

di Rosa Rota

SOMMARIO: **1.** Digressione introduttiva: crisi di sistema e diritto. "*I punti e la linea*". - **2.** L'Abilitazione scientifica nazionale: "un personaggio (ancora) in cerca d'autore." - **3.** Coordinate della figura procedimentale ASN e implicazioni processuali. - 3.1 Profilo funzionale. - 3.2 Profilo strutturale. - **4.** "*La natura delle cose*" e la giustizia amministrativa.

1. Digressione Introduttiva: crisi di sistema e diritto. "*I punti e la linea*".
(Prologo)

Questo lavoro raccoglie riflessioni "sparse" in ordine ad un tema, l'Abilitazione scientifica nazionale, che, osservato all'interno della più ampia tematica del processo amministrativo –

dunque a valle della sua complessiva vicenda giuridica e perciò specificato nel sottotitolo come "*Il processo all'Abilitazione scientifica nazionale*" – sembra ancora destinato, come in un circolo senza interruzione, ad agitare l'interesse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, visti anche i recenti interventi normativi di modifica¹ del modello procedimentale.

Doveroso allora, da parte dell'autore di tali riflessioni, spiegare il motivo, o meglio la scelta di quella che si è voluta presentare come "*Digressione introduttiva*", quasi un ossimoro, nonché l'intera impostazione del lavoro, nel tentativo di individuare una linea di coerenza di dette riflessioni in quell'ordine sparso.

Perché dunque una digressione introduttiva come incipit di un tema così settoriale?

E soprattutto perché una digressione, quasi una deviazione o fuga da quello stesso tema, inglobato nella più ampia tematica che opera da cornice generale, quale la giustizia amministrativa ed il principio della "natura delle cose", recuperato quale guida nell'interpretazione giuridica.

Ebbene, la scelta di dimensionare tale specifico oggetto, non solo nel più ampio campo della giustizia amministrativa, ma, più a monte, in un contesto che solo apparentemente si presenta come "altro", diverso, distante da esso – l'attuale "crisi di sistema" – in tal modo prendendo a prestito, in senso traslato, quella formula del "*teatro*

¹ Il riferimento è alle disposizioni previste nello schema del nuovo Regolamento recante modifiche al DPR n.222/2011 e nella bozza del nuovo DM sui "Criteri e parametri", che sostituisce il DM n.76/2012, riguardo al quale cfr. il Parere ANVUR n.10 del 9/9/2015. Per un primo commento a caldo di tale normativa in fieri, si rinvia al nostro *Prime Note sulla nuova disciplina della procedura di ASN (Vino nuovo in otri vecchi?)*, in questa Rassegna e in www.roars.it, nel quale si pongono in rilievo critico alcune non insignificanti "aporie". Un generale giudizio critico è anche nel Documento della Conferenza delle Associazioni Scientifiche di Area Giuridica (CASAG) pubblicato in www.roars.it, 24 settembre 2015.

nel teatro”² pirandelliana, in cui la *metateatralità* è pretesto per una riflessione sulle finzioni della realtà sensibile, scaturisce dal senso più profondo che si è potuto cogliere via via nell’osservare criticamente alcune spinose questioni a tale oggetto connesse. Questioni la cui densità ha consentito, in un’analisi volta, in generale, alla (ricerca della) realtà delle cose e quindi alla sostanza che si cela dietro gli istituti giuridici, di accostare al “mondo del diritto”³ e alla sua crisi – intesa anche quale trasformazione che da tempo si estende a diversi ambiti (le fonti, le istituzioni, i principi, gli istituti) – temi propri di altri “mondi”, ma meglio si direbbe di altri “paesaggi”: la letteratura, l’arte, la sociologia, l’antropologia e la filosofia ad essi sottostante, i cui “motivi”⁴ sembrano attagliarsi perfettamente, come si potrà vedere, alla fattispecie giuridica oggetto di analisi.

Del resto, quale sottosistema del sistema sociale”⁵, il diritto non può non risentire degli effetti derivanti dalla generale crisi culturale che investe la società, come da più parti e da diverso tempo ormai si rileva⁶. Crisi che infatti, nella visione già anticipata

² Modalità narrativa teatrale (detta anche “*metateatro*”) per cui, durante una rappresentazione teatrale, i personaggi mettono in scena una seconda rappresentazione all’interno della prima, mettendo così in rilievo la natura “di finzione”, illusoria dell’intera rappresentazione. Con tale tecnica, chi agisce sulla scena disvela agli spettatori l’artificio illusorio dell’evento teatrale o dello spazio teatrale, rendendo palese l’intero impianto fittizio dell’azione scenica, allo scopo di mostrare una più profonda illusorietà: non solo della rappresentazione, ma anche della realtà tangibile dagli spettatori. Usata da Shakespeare anche nella commedia *La bisbetica domata*, in epoca moderna si ritrova nei celebri drammi di Pirandello, nei quali la *metateatralità* è pretesto per una riflessione sulle finzioni della realtà sensibile. Nota la trilogia pirandelliana del “teatro nel teatro”, comprendente “*Sei personaggi in cerca d’autore*”, “*Questa sera si recita a soggetto*” e “*Ciascuno a suo modo*”.

³ “Mondo” anch’esso in trasformazione. Cfr. in tema il Convegno “*Il diritto che cambia*”, Giornata di Studi in onore di Mario Pilade Chiti, 25 settembre 2015, Roma.

⁴ In particolare, il riferimento è alla “filosofia” di Pirandello desumibile dai suoi lavori ed in particolare dal dramma “*Sei personaggi in cerca d’autore*”.

⁵ Pur non ignorando quanto criticamente rilevato in dottrina sulla teoria dei sistemi di Luhmann (D. Zolo, *Autopoiesi: un paradigma conservatore*, in *Micromega*, 1, 1986), resta indubbio che il diritto sia connesso alla società (“*il genuino prodotto della vita di un popolo e della sua intima natura*” secondo Savigny.) V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L’ultima parola?*, Rubbettino, 2012, pone in rilievo critico il fatto che sia divenuto un “settore funzionale della società complessa”. In tema cfr. anche F. Rella, *La responsabilità del pensiero. Il nichilismo e i soggetti*. Garzanti, 2009.

⁶ Solo per alcuni riferimenti più significativi, con riguardo al campo sociologico, filosofico e politologico, cfr. da ultimo cfr. Z. Bauman e E. Mauro, *Babel*, La Terza, 2015. Ancora, di Bauman, si veda *Modernità liquida e L’etica in un mondo di consumatori*. Inoltre, cfr. G. Sartori, *La corsa verso il nulla*, Mondadori 2015. Specie le pagine dedicate alla “parabola del bipede implume”, nelle quali c’è un severo avvertimento sui pericoli della televisione e di Internet. Entrambi starebbero rovesciando il cammino finora percorso dall’uomo, invertendo il progredire dal sensibile all’intelligibile, con l’immagine che cancella i concetti, atrofizzando così la capacità di comprendere. Relativamente al settore letterario-filosofico, cfr. E. Severino, *Il nulla e la poesia. Alla fine dell’età della tecnica: Leopardi*, terza edizione BUR, 2010; dello stesso A. anche *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Adelphi, 1988. Ancora, di recente G. Zagrebelsky, *Liberi servi. Il Grande Inquisitore e l’enigma del potere*, Einaudi, 2015. Per l’area giuridica, con specifico riguardo alla visione storico-giuridica, imprescindibili i lavori di P. Grossi, del quale le “*Lezioni magistrali*” racchiuse ne *La vita nel diritto*, Editoriale Scientifica 2012, raccolgono in sintesi la summa del suo pensiero. Con specifico riguardo al profilo di scienza dell’amministrazione e diritto amministrativo, M. D’Alberti, *La crisi dello Stato e del diritto. Le tesi di Sabino Cassese*, in *Sociologia del diritto*, 2004; inoltre, S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Feltrinelli 2002; *Lo Stato e il suo diritto*» (con P. Schiera e A. von Bogdandy, 2013); *Chi governa il mondo?*, 2013; *Diritto amministrativo. Una conversazione (con L. Torchia)*, 2014 e *Governare gli italiani. Storia dello Stato*”, 2014; M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, 2012. Inoltre, M. Dogliani, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in *Annuario* 2002. *Diritto costituzionale e diritto*

da Pirandello, investe anche l'intellettuale, che ha perduto la capacità di elaborare valori, forme, modelli di vita, e l'uomo moderno, che nei panni del "personaggio" pirandelliano vive una "condizione anarchica", di sconfitta, di impotenza, proprio perché manca una realtà stabile, definita, e leggibile.⁷

Da ciò la necessità di enucleare, sia pure in estrema sintesi, alcuni degli esiti critici che emergono dall'analisi sociologica e filosofico-politica contemporanea, per rintracciare in essi punti di contatto con il contesto giuridico, il quale, riguardato nella sua complessità come contesto problematico, richiede, mai come in questo tempo, di essere osservato con lenti più spesse e cioè con quella "sensibilità al dato fattuale" (Santi Romano) che torna a rivitalizzare il principio della "natura delle cose", come misura interna del diritto, come "recupero per il diritto"⁸.

Consapevoli che in tale opzione possa annidarsi un errore di metodo, per l'inversione che ne deriva al suo ordine sequenziale, venendosi infatti ad anticipare, in qualche misura, il nucleo essenziale delle conclusioni, ci sembra tuttavia che a tanto non si possa rinunciare, poiché in tal modo, recuperando, cioè, dal contesto sistemico le cause dei problemi, si ritiene possa giungersi alla ricerca anche delle soluzioni, con ciò stesso fornendo un metodo⁹.

giurisprudenziale, Atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002. Per una visione che "recupera" e attualizza l'insigne opera di Santi Romano *"Lo Stato moderno e la sua crisi"* (1910), cfr. gli Atti del Convegno *"Lo Stato moderno e la sua crisi" a un secolo dalla Prolusione pisana di Santi Romano* – Consiglio di Stato – Associazione Italiana Costituzionalisti, Roma, 30 novembre 2011.

⁷ G. Ferroni, *Profilo storico della letteratura italiana*, Torino, 2000, pag.926. In tema anche, B. Romano, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Giappichelli, 2000; L. Avitabile, *Conversazioni sul diritto. Lezioni di teoria dell'interpretazione, a.a 2010/2011* – Dip. Scienze giuridiche e politico-sociali, Università di Cassino, in particolare: *"Il diritto in Nietzsche e Pirandello"*, p.149 e ss: "Ogni condizione individuale è una trappola che ci imprigiona e che, staccandoci dal movimento vitale, costruisce una forma, la stessa forma che annichisce l'individuo il quale non si riconosce più in "uno", ma si smarrisce in quei "centomila" che lo riducono ad un "nessuno". In tali *Lezioni* si pone in rilievo "il contrasto tra vita e forma costitutivo dell'arte pirandelliana e della stessa poetica dell'umorismo, che sottolinea ironicamente i modi con cui la forma reprime la vita e rivela gli autoinganni con cui il soggetto si difende dalla forza sconvolgente dei bisogni vitali". Il soggetto, costretto a vivere nella forma, non è più una persona integra, coerente e compatta, fondata sulla corrispondenza armonica fra desideri e realizzazione, passione e ragione, ma si riduce a un passaggio che recita la parte che la società esige da lui e che egli stesso si impone attraverso i propri ideali morali. Nel caso in cui il soggetto diventi consapevole delle contraddizioni, delle ipocrisie e degli autoinganni a cui si deve sottoporre, allora sceglierà di vivere la propria vita non più soggetto alla forma, ma vivrà amaramente e autoironicamente la scissione tra essa e la vita. Pirandello scrive: *"le forme in cui cerchiamo d'arrestare, di fissare in noi questo flusso continuo, sono i concetti ... ma dentro di noi, in ciò che comunemente chiamiamo anima e che è la vita in noi, il flusso continua, indistinto, sotto gli argini, oltre i limiti che noi imponiamo, per comporci una coscienza, per costruirci una personalità, ovvero per trovarci con un io, un nome, e, dunque, con una soggettività anche giuridica. In questo flusso, "il giusto e l'ingiusto ... tutti vi trovano la stessa fine, e nessuno trionfa tranne il caso"*. In Pirandello non si riscontra un "io", un "uno", un soggetto giuridicamente responsabile, imputabile, ma un risultato del diverso comporsi degli elementi che formano un "unità e che sono un flusso senza volto personale." Per una lettura volta a scrutare i legami tra il pensiero leopardiano e il teatro del Novecento, con particolare riguardo alla concezione teatrale di Pirandello, si rinvia alle profonde riflessioni di V. Capuzza, *Influssi Leopardiani nel teatro del Novecento*, ed. L. S. Olschki, 2008.

⁸ P. Grossi, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*. Giuffrè, 2006.

⁹ Secondo un noto insegnamento per cui "è il problema a dettare il metodo". Cfr. S. Cassese, *"Il sorriso del gatto. Ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico"*, in Riv. Trim., Dir. Pubbl., 3/06.

Recenti analisi sociologiche consegnano dati di palmare rilevanza anche per il mondo del diritto. Si è, infatti, affermato, che “viviamo un tempo di interregno, tra il non più ed il non ancora, in un nuovo disordine babelico, in cui è sovrano, come forse mai prima, il principio dell'eterogenesi dei fini. La crisi investe tutta l'impalcatura materiale, istituzionale, intellettuale della costruzione democratica che l'Occidente si è dato nella tregua dal dopoguerra. Crisi economico-finanziaria, se si guarda al detonatore, ma crisi politica, istituzionale, dunque culturale, se se ne misurano gli effetti quotidiani”¹⁰.

In un individuato “*nuovo spazio sociale mutante*”, dove abitano soggetti “*solitari interconnessi*”, la capacità di pensiero e di elaborazione dei concetti evapora, abbagliata dalla velocità di soluzione, che ha sostituito così la riflessione e “surclassato” la sostanza delle cose. Sul piano della comunicazione, il significato ed il senso delle parole è soppiantato infatti dai segni, dalle parole veloci, dai tweet.

Ma dietro la questione del cambio di comunicazione, “vi è l'ombra del mutamento di categorie e concetti che, nella nuova edizione, stanno via via minando ed erodendo il tessuto dell'individuo, della società e perciò delle stesse istituzioni”.

Dentro uno “*spazio smaterializzato*” si è smarrito “il filo d'Arianna” che collega il singolo al plurale, l'individuale al collettivo, il concetto stesso di pubblico e la sua sfera, un tempo a garanzia delle istanze del cittadino che invece ora ne appare disconnesso, relegato al ruolo di spettatore-consumatore, nell'attuale modello di società di mercato e della sua cultura del prendere. Una “*società globale*” che produce stimoli più che concetti, suggestioni più che considerazioni e che, perciò, si declina con nuovi lemmi, versioni aggiornate di un “sesto senso”¹¹ che, semplificando ogni cosa, si presenta utile all'edificazione della Grande Semplificazione.

Poiché il diritto appartiene alla vita reale, della persona, della comunità, della società, esso subisce ed al contempo alimenta gli effetti di tale crisi di sistema.

Come infatti rilevato in dottrina, la crisi qui muove da un “nichilismo” speculativo, prima ancora che giuridico, con cui da tempo si denuncia la grave crisi del pensiero, dell'uomo, dell'etica, in genere della civiltà nei suoi snodi principali. Nichilismo che, rigettato il diritto naturale (nel senso della natura umana) ed i suoi corollari, operando una separazione tra il fenomeno giuridico e la realtà concreta, ha incardinato un percorso di “oblio del diritto e della giustizia”, riducendo il diritto a tecnica e a un suo “*prodotto*”.¹² “

¹⁰ Cfr. Z.Bauman e E. Mauro, *Babel*, cit., p.3.

¹¹ E' la sintesi delle riflessioni di Z. Baumann e E. Mauro, cit., p.120, i quali osservano come “nella cultura dei segni e dei segnali, della percezione, del pulsare, arriviamo a intravedere l'embrione della mutazione in atto”. Già in D. Fusaro, *Essere senza tempo. Accelerazione della storia e della vita*, Bompiani 2010, si osserva che “ormai si vive “il tempo senza tempo”, dove tutto scorre in modo scomposto ed a ritmi elettrizzanti (cd. filosofia della fretta), senza la serena riflessione della “pazienza del concetto”, con un'evidente “ipertrofia dell'aspettativa” e la “tirannia dell'istante” postmoderno che ha eternizzato il presente, desertificando l'avvenire... ma tra il *carpe diem* ed il *tempus fugit* emerge “l'elogio della tartaruga”.

¹² V. Possenti, cit., p.77 e 83, rileva che, nelle teorie postmoderne del diritto, “il concetto non raggiunge l'essenza o l'universale.... Una volta che lo scintillio tecnologico, che non conosce essenze ma solo funzioni, sia applicato al diritto, non può non condurlo all'insignificanza, in quanto il diritto si mantiene se e solo se viene posta la domanda di essenza e se ne cerca una risposta sostanziale”. Con riguardo allo stesso linguaggio giuridico, si osserva che “sembra non esista più un linguaggio tipico e privilegiato per il diritto, ma una babele di linguaggi che desiderano prendersi la rivincita sul monopolio del linguaggio giuridico vigente nell'epoca del moderno...”. Uno sguardo a tali temi, in rapporto al pensiero politico della modernità, è anche nel recente lavoro di G. Zabrebsky, *Liberi servi. Il Grande*

Esso, nella sua versione più radicale, attribuendo il diritto e la legge all' "ambito della volontà" e negando il compito della ragione, assume che tutto il diritto è positivo, posto (*positum*) da una volontà orientata assolutamente alla decisione (decisionismo politico), in tal modo legittimando qualunque contenuto¹³.

Tra gli effetti sociali che tale fenomeno alimenta si registra anche la deriva verso la "privatizzazione del diritto pubblico", deriva che appare peraltro in contraddizione con un avvio di percorso in senso esattamente inverso per il diritto privato.

Come argine ai critici esiti si erge il recupero del "dubbio" come arma, anzi del "diritto al dubbio" nella formazione di un'opinione autonoma che salva la dignità della persona¹⁴, dunque recupero della "responsabilità del pensiero", quel senso critico nella ricerca delle cose, e prima ancora della stessa sostanza delle cose; il recupero del fattore umano, l'associazione tra un fatto, un concetto, l'idea che ne risulta e appunto i significati, "strappando i veli intessuti di parole" (M. Kundera).

Sul piano filosofico-politico si ritiene che il cammino da intraprendere sia tracciato nei termini di una "ripresa della tradizione senza rinchiudersi in essa, una ripresa del cammino dello *ius dicere* come verità razionale concreta in cui il diritto non può essere prodotto ma interpretato: *jus dicere non è jus producere*".

Non distante da tale approdo appare la linea tracciata nel pensiero sostanzialista di uno dei maggiori storici del diritto (P. Grossi), il quale, sottolineando l'intima connessione del "*diritto con la vita e della vita con il diritto*", e additando la storia del diritto come strumento di affrancazione culturale, esorta a tener conto della "*linea*" più che dei singoli "*punti*", "*poiché essa reca in sé scritte l'orientazione e la direzione, perché è la linea che nasce nel passato, tocca il presente e si apre verso il futuro*", ed esorta a ritenere la comparazione storico-giuridica – in primo luogo quella verticale tra vita interamente vissuta e vita in azione – ed insieme la complessità giuridica quali strumenti preziosi per distanziarsi dal riduzionismo moderno, e "*per recuperare il diritto alla sua dimensione naturale ordinatrice della società*".

Occorre precisare, tuttavia, che, ai fini del discorso giuridico del presente lavoro, al pensiero di tale insigne giurista ci si accosta in un senso diverso da quello richiamato da una parte della dottrina che ha in esso (pensiero) ancorato le ragioni della post-modernità giuridica¹⁵, nella declinazione della quale vengono giustificati, come "fenomeni oggettivi ineluttabili", la globalizzazione e il declino dello Stato, nel tentativo di far passare una differente visione politico-giuridica della realtà per una scelta tra conservazione e innovazione, tra paradigmi giuridici (presuntivamente) atrofizzati (il paradigma tradizionale per il quale le istituzioni si impongono ai privati,

Inquisitore e l'enigma del potere, cit., in cui l'Autore si chiede in conclusione se, come sostiene l'Inquisitore, l'uomo sia veramente refrattario alla libertà, al punto di desiderare addirittura l'oppressione, visto che "la tecnologia e il laboratorio, alimentati dalla finanza, saranno forse la fucina dell'essere umano liberato dalla libertà e programmato per essere docile o aggressivo, a seconda della circostanze".

¹³ Nella Dottrina pura del diritto di Kelsen, il formalismo al suo più alto grado significa completa indifferenza al contenuto.

¹⁴ A. Camus, *L'uomo in rivolta*, in Opere di Albert Camus, 2 voll., Bompiani, 1968, p.403.

¹⁵ Una critica di tali ragioni è posta in rilievo da M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Relazione al 60° Convegno di Studi amministrativi "*Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*", Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 2014, Vol. ed. Giuffrè, 2015. Sul punto cfr. anche M. Dogliani, cit., p. 209.

costituendo un prerequisito) e paradigmi (presuntivamente) preformanti (il paradigma della mercatizzazione delle istituzioni).¹⁶

Si intende, invece, di quel pensiero, che riscopre la “fattualità” e dunque anche la storicità del diritto, riprendere le pregnanti riflessioni sulla “*riscoperta identità del giurista, sulla sua supplenza quale garanzia di sopravvivenza per un ordine positivo sempre più galleggiante sulla prassi vivente e da essa sradicato*”.

Riflettendo sui limiti e rischi di un “rigido” positivismo giuridico¹⁷ e seguendo le “inquietudini” (S. Romano) della scienza giuridica italiana, che ne ha colto e “ridefinito” la dimensione realistica, appare allora proficua, in questo tempo, quella riflessione che, inducendo a recuperare il valore della criticità, la visione problematica come metodo¹⁸, investe il giurista e soprattutto il giudice (specie il giudice amministrativo) - nell’attuale momento di ripensamento delle fonti, in cui oltre alle rischiose separazioni tra diritto legale e diritto vivente¹⁹ emerge anche la necessità di una sistemazione concettuale nell’attuale *stato pietoso della nostra legislazione*²⁰ - di una nuova responsabilità “di adeguamento” nell’opera di interpretazione (ed applicazione) del diritto, riguardata come “*momento ultimo, interno e non esterno, dello stesso processo formativo della norma*”²¹

¹⁶ Con ciò procedendo per “salti di paradigma” nei quali al “diritto naturale” succede “l’economia naturale”, che non è altro dall’economia di mercato; regime che però non esclude, ma anzi presuppone scelte politico-giuridiche”. Cfr. L. Patruno, *La natura delle cose*, in Archivio di diritto e storia costituzionali, 2007. Per una “visione umanistica” o meglio di “riumanizzazione della tecnica”, N. Irti, *L’uso giuridico della natura*, Laterza, 2013; dello stesso A. *L’immagine della natura nel diritto contemporaneo*, L.S. Olschki, 2008. Critico sulla “visione dell’armonia naturale degli interessi generatrice della capacità autoregolatrice del mercato” è anche G. Severino, *Il contenzioso economico del giudice amministrativo*, Convegno di Studi amministrativi, Varenna 2014, cit., dattiloscritto.

¹⁷ Pur tenendo presente, come autorevolmente sostenuto, la diversa dimensione del positivismo giuridico attuale che è “inevitabilmente figlio del proprio tempo e dunque consapevole di tutto il legato del Novecento: dell’ermeneutica, della teoria dell’argomentazione, della dottrina della precomprensione, e via dicendo.” Così M. Luciani, cit., dattiloscritto.

¹⁸ Recuperando “il problema quale fondazione critica del sistema” (L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1996). Cfr. di G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Laterza, 2007.

¹⁹ “Oggi che il legislatore, ben diverso dal grande e illuminato codificatore di ieri, mostra tutte le sue miserie se non addirittura le sue vergogne” (così P. Grossi, *La vita nel diritto*, cit. p.61).

²⁰ Cfr. M. Luciani, cit., p. 44 e 45 dattiloscritto, il quale, ancorchè, sul tema della certezza della legge, giunga a conclusioni opposte agli sviluppi della linea di P. Grossi, del quale anzi critica l’impostazione di sostegno alle ragioni della post-modernità giuridica, stigmatizza lo “stato pietoso della nostra legislazione”, affermando: “Già più di tre secoli addietro Leibniz ha chiarito che se è vero che l’interpretazione supplisce all’imperfezione della legge, l’imperfezione da rimediare non sta nello scostamento della legge dalla giustizia, bensì nell’inadeguatezza del linguaggio normativo, nella mancanza di una lingua razionale. Compito dell’interpretazione (della giurisprudenza quindi e della dottrina) è identificare “un filo nel labirinto”, costruendo saldi principi dogmatici. Il che significa che le leggi si devono integrare solo dove tacciono e che l’interprete non può sostituire il proprio modello di giustizia a quello accolto dal legislatore. Lo stato pietoso della nostra legislazione, insomma, dovrebbe sollecitare un plus di sforzo di sistemazione concettuale, non una fuga dalla legge (per quanto imperfetta possa essere) e dalla sua forza.”

²¹ Così P. Grossi, cit. Tornano alla mente le riflessioni di F. Carnelutti: “Il giudice deve completare la legge, il “prodotto semilavorato” col “giudizio”, l’autentica scienza del diritto, di cui il giudice è il “Cireneo”, perché *de-cidere* è tagliare per mezzo, per dare *unicuique suum*” (F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Enc.dir., vol. VIII, Giuffrè, 1958, p.130 e *Vita d’avvocato*, Eri, 1961, pp. 8,31,37,49,55,73).

Da ciò il richiamo alla natura delle cose²², o meglio “dei fatti”, di quel “senso” (buon senso) “che abita dentro gli istituti giuridici”²³, che sembra vada oggi riassumendo un valore esplicativo fondamentale nella descrizione del rapporto tra diritto e società²⁴, ma che qui viene assunta più semplicemente come criterio metodologico di interpretazione/integrazione del diritto positivo, e cioè come metodo giuridico per la determinazione (nel senso di specificazione e comprensione radicata nella realtà) del contenuto del diritto²⁵, quindi non come fonte del diritto o titolo di legittimazione.

Così inteso, tale criterio non appare affatto incompatibile con gli “attrezzi” tipici del diritto positivo, potendo anzi esso operare un completamento del suo armamentario,

²² Non si ignora l'antico dibattito e la lunga tradizione di una larga parte della dottrina, scettica su tale tema in relazione al quale, per una breve ma efficace sintesi storica, si rinvia alla ricostruzione bibliografica ricavabile nel capitolo di A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, (a cura di F.G. Scoca), Giappichelli, 2008, 196 e ss. Di recente sul tema, L. Pelliccioli, *Natura delle cose e metodo giuridico*, in *Jura-Temi e problemi del diritto*, Ed. ETS, 2015.

²³ I G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts* (1958), tr. it. di A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 35. Sinteticamente: «Con natura della cosa s'intende quella dottrina o quelle diverse dottrine che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta. Cfr. V. Omaggio, (voce) *Natura della cosa*, in AA.VV., *Enciclopedia filosofica*, vol. VIII, Milano, Bompiani, 2006, p. 7759.

Sul tema, oltre alla dottrina citata alla nota precedente, cfr. A. Asquini, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, 76, 1921, pp. 129 ss, ora anche in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, Cedam, 1936; G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica del pensiero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, pp. 145 ss.; N. Bobbio, *Über den Begriff "Natur der Sache"*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 44, 1958, pp. 305 ss., tr. it. *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp.197 e ss.

²⁴ L. Patruno *La natura delle cose*, cit., p. 37 e ss, secondo il quale: “La ‘natura delle cose sembra offrire al giurista un modo per accedere alla comprensione del rapporto tra mutamento sociale e ragione giuridica, consentendogli di individuare la matrice razionale del diritto nell'immanenza della dinamica sociale, nella “fotografia” delle relazioni sociali così come si immagina esse siano senza filtri intenzionali e concettuali”. Tuttavia, il nostro richiamo al concetto di natura delle cose assume, come si vedrà, un rilievo diverso da quello alla base della teoria sull'immanenza ontologica del “diritto nelle cose”.

²⁵ In adesione all'assunto sviluppato anche in recenti studi. In particolare, si segnala L. Pelliccioli, *Natura delle cose e metodo giuridico*, cit., pag., secondo il quale a tale metodo ci si appella, “non per decidere quali norme o istituti siano giuridici, ma per determinare quando una norma o un istituto del diritto positivo siano radicati, o rispecchiano pratiche diffuse, nella realtà”..... Più in generale l'assunto dell'A. è che “Il metodo della natura delle cose dichiara di occuparsi del diritto positivo. Esso allarga le considerazioni che si possono addurre per determinare il contenuto del diritto positivo ai fenomeni sociali cui il diritto si correla o fa riferimento”... “Ciò che l'osservazione della pratica correlata a un concetto giuridico è capace di rivelare è la funzione sociale ed economica della pratica stessa, vale a dire il risultato che attraverso l'adozione di un modello di azione gli agenti sociali sono in grado di realizzare. Così: “il metodo della natura delle cose consente di individuare lacune o difetti in tutti i casi in cui il legislatore ha previsto istituti naturalisticamente ben fondati, ma ha manifestato una conoscenza approssimativa della realtà su cui essi si fondano.” Cfr., inoltre, A. Mazzei e T. Opocher, *Fondazione ontologica del diritto e “natura delle cose”*, Cedam, 2012. Sulla imprescindibilità della rilevanza del fatto per la teoria dell'interpretazione, cfr. P. Maddalena, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto davanti la Corte Costituzionale*, Relazione tenuta alla XV^a Conferenza delle Corti costituzionali europee “*La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità*”, Bucharest, 23-25 maggio 2011 (testo dattiloscritto). Sulla natura delle cose come mezzo di interpretazione giuridica e di costruzione dogmatica cfr. F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in AA.VV., *Appalti pubblici fra disciplina comunitaria e nuovi modelli di gestione: regole, controlli e contenzioso*. Atti del Convegno – Firenze 15-16 novembre 1996, Firenze, Edizioni Regione Toscana, 1998, p. 67.

reso oggi necessario dalle modalità di esplicazione della logica di risultato, che informa il diritto amministrativo sia sostanziale che processuale; logica che, come nuova matrice concettuale, sembra aver modulato, in un diverso ordine di priorità, gli stessi criteri di interpretazione di cui all'art.12 delle Preleggi, ponendo il criterio funzionale, teleologico (ed i connessi parametri di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, coerenza) come criterio prioritario, rispetto agli altri, nell'attività di interpretazione dei fatti ed atti giuridici²⁶.

In tal senso, tale metodo consente l'individuazione del "diritto adeguato" (quella *funzione economico-sociale* dell'istituto secondo Bobbio²⁷) ad un determinato insieme di circostanze, storiche, sociali, ma anche più semplicemente "fattuali" racchiuse nella vicenda giuridica oggetto di accertamento e valutazione giudiziale.

2. L'Abilitazione scientifica nazionale: " un personaggio (ancora) in cerca d'autore." (Ovvero di un dramma pirandelliano).

Ed ecco la vicenda.

L'abilitazione scientifica nazionale, ad ormai più di tre anni dalla sua apparizione²⁸, non sembra aver offuscato l'interesse a far parlare di sé, ove si osservi la parabola – che non appare discendente - della sua vicenda²⁹ e si tenga conto delle implicazioni tentacolari che il nuovo procedimento ha fatto e continua a far registrare anche sul piano processuale.

²⁶ Cfr. P. Maddalena, cit., pag 7 e sgg. del dattiloscritto: "la teoria dell'interpretazione, scopre il "senso" della disposizione, e quindi l'individuazione della norma da applicare al caso concreto, non nel significato proprio delle parole che costituiscono il testo, ma nella loro "relazione" con qualcosa che è al di fuori del testo, e cioè nella realtà sociale e nel sistema giuridico. La teoria dell'interpretazione (intesa come unità di interpretazione e qualificazione) supera la contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, e mira alla massima valorizzazione delle particolarità del fatto. Ciò non mediante un meccanico procedimento di sussunzione in rigidi (e non del tutto corrispondenti) schemi legislativi, ma individuando la normativa maggiormente compatibile con gli interessi ed i valori in gioco, secondo la gerarchia che di essi propone l'ordinamento e tenendo conto di tutte le circostanze attenuanti ed aggravanti del caso, si da relativizzare la decisione senza venir meno al principio di eguaglianza. Si tratta di valutare il fatto – analizzandolo anche in quelle che potrebbero apparire condizioni o modalità marginali od accessorie – , di individuare la normativa del caso concreto alla luce delle regole e dei principi, ricercando nell'ambito dell'ordinamento la disciplina più adeguata a quel determinato assetto di interessi. In questo stato di cose, l'interprete è obbligato a spingersi oltre i canoni legali dell'interpretazione letterale e logica, utilizzando come canoni interpretativi i criteri della ragionevolezza, dell'adeguatezza e della proporzionalità, che, soli, gli consentono di individuare realmente la norma più adeguata al caso concreto" (pag.11).

²⁷ Vale sottolineare che Bobbio riconosce l'importanza della nozione di "natura delle cose" a due condizioni: 1) il suo significato tecnico rigoroso, e cioè il riconoscimento di essa come parte elementare del ragionamento teleologico del giurista, attinente al rapporto mezzo-fine; 2) e purchè se ne riconoscano i limiti epistemologici, non potendo essa "aprire tutte le porte". Con riguardo a questa seconda condizione, sottolinea che "la carica polemica della nozione si imbatte in tre ostacoli che paiono insuperabili: la differenza tra ricerca dei mezzi e la posizione dei fini, tra la conoscenza di una regola e la sua legittimazione, tra una qualsiasi scienza empirica e la scienza giuridica" (N. Bobbio, cit., p.212). In dottrina si è rilevato che "Questa carica polemica pare oggi intatta, in ragione del mancato accoglimento delle differenze" (Così L. Patruno, cit. 30 dattiloscritto).

²⁸ Il primo bando risale al luglio 2012.

²⁹ Si veda la nota n.1.

Anzi, a ben guardare - e in uno sguardo esteso, per così dire, in "latitudine" - tale creativo modello procedimentale sembra proporsi quale osservatorio privilegiato per testare anche la funzionalità di tasselli fondamentali che connotano l'impianto generale del processo amministrativo, quali il giudizio cautelare c.d. "propulsivo", i limiti soggettivi del giudicato, la graduazione dei motivi di ricorso nel modello processuale dispositivo del nostro codice, con il connesso criterio del soddisfacimento del maggior interesse per la parte; tasselli, come si vede, tutti ruotanti intorno a concetti ed istituti che hanno fondato la storia stessa della giustizia amministrativa: l'interesse legittimo ovvero il sindacato dell'illegittimo esercizio della funzione; elementi che, nel loro percorso evolutivo, sono stati ridefiniti, o meglio ricalibrati dal legislatore, reinterpretati da dottrina e giurisprudenza ed ora custoditi sotto l'alveo del principio guida del "giusto processo" e dei suoi corollari: la pienezza ed effettività di tutela.

Non v'è dubbio, infatti, che in tale principio-guida sia racchiuso anche lo scopo, la funzione stessa del processo amministrativo di legittimità, processo che, nel suo modello di accertamento della verità, resta ancora concentrato, pur nelle sue diverse "letture", sul controllo della legalità dell'azione amministrativa unitamente al soddisfacimento della situazione giuridica del privato pregiudicata da detta azione.³⁰

Ove allora si ponga mente a tale specifica funzione del processo e contemporaneamente alle molteplici situazioni, di fatto e giuridiche, emerse in seguito alle ormai innumerevoli pronunce del giudice amministrativo nel copioso contenzioso in tema di ASN, questa figura procedimentale, in una visione allegorica "non vuota", sembra presentarsi all'osservatore - che diventa così anche spettatore dell'intera vicenda - come uno di quei personaggi pirandelliani ancora alla ricerca di un autore³¹.

L'accostamento non sembra peregrino. Si è, infatti, di fronte ad un "personaggio" creato dalla fantasia di un autore (il legislatore del 2010) che non sembra aver dato ad esso una compiuta realtà artistica, lasciando anzi la propria "creatura" ancora alla ricerca di una identità, nella errante (e sconsolante) consapevolezza di una "verità" che, rimanendo solo apparente, rende impossibile la sua stessa esistenza reale.

Come uno di quei personaggi, infatti, l'ASN, elevata metaforicamente a soggetto, sembra prigioniera di un modo di essere imposto dagli altri; non riuscendo a vivere il proprio ruolo, sente tutto il peso di una incomunicabilità tra se stessa e i diversi "attori" sulla scena: le Commissioni giudicatrici, il MIUR, il Cineca, l'ANVUR, il CUN ed infine lo stesso Giudice amministrativo, paradossalmente, "chiamato in causa"³².

E si potrebbe, in effetti, continuare nella felice allegoria, riecheggiando la nostra vicenda giuridica i temi propri - ma si direbbe tutti - del teatro di Pirandello: la perdita di univocità del reale (*Così è se vi pare*); la dissoluzione dell'identità (*Come tu mi vuoi*);

³⁰ In tema, va sin da ora richiamata la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5/2015, che ribadisce tale assunto. Su tale pronuncia si ritornerà in seguito nel testo.

³¹ Come dimostrato dai tentativi del legislatore, tuttora in corso, di modifiche alla normativa. (si rinvia ancora alla nota n.1).

³² Conferma del percorso ancora errante e della incomunicabilità tra gli "attori" si rinviene anche nei più recenti interventi del CUN, dai quali (cfr. "Proposta per la definizione dei criteri e parametri per l'Abilitazione scientifica nazionale dopo le modifiche introdotte dal decreto legge 24 giugno 2014 n.90" - Adunanza 11/6/2015), ad onta di una nuova "narrazione" di criteri, parametri e indicatori necessari ai fini del giudizio rimesso alle Commissioni, non sembra potersi rilevare un ridimensionamento dell'ampiezza del relativo "potere" di valutazione; ridimensionamento invece atteso, in ragione della natura meramente abilitativa e non concorsuale della procedura, dichiarata anche nelle più recenti pronunce del TAR Lazio, come si dirà (cfr. p.3).

l'incompiutezza della ragione umana ed il suo relativismo (*Il gioco delle parti; Uno nessuno, centomila*); la crisi dell'identità dell'uomo moderno (*Il fu Mattia Pascal ed Enrico IV*); e, come detto, il dramma dell'incomunicabilità (*Sei personaggi in cerca d'autore*).

Ma è con riferimento a quest'ultimo testo che i tratti allegorici sembrano affiorare con maggiore evidenza: qui, infatti, nella realizzazione scenica, i diversi "attori" tradiscono i personaggi; non sono in grado di comprendere e interpretare fedelmente ciò che essi hanno vissuto; le parole hanno un significato diverso per chi le dice e per chi le ascolta: "*Non sono forse abituati lor signori a vedere balzare vivi quassù, uno di fronte all'altro, i personaggi creati da un autore?*" E tale incomunicabilità (*l'erronea maldestra interpretazione*) si acuisce nel seguito dell'opera, fino a far fallire il tentativo di mettere in scena il loro diritto alla vita.³³

Fuori dall'allegoria, il processo all'ASN sembra condensare alcuni nodi problematici che, irrisolti in sede procedimentale, riaffiorano caricati di criticità in quella processuale.

Nel tentativo volto a verificare tale assunto, appare allora utile recuperare alcuni tratti distintivi del procedimento dichiarativo, che ne connotano le specificità, sia sul piano funzionale, sia su quello strutturale, per analizzarne poi gli esiti in ambito giudiziale.

Quanto al metodo, la scelta di voler rappresentare i vari nodi problematici emersi via via in sede processuale con un approccio tipico della "narrazione teatrale", dunque in continuità con la visione allegorica indicata, persuade nell'idea di poter indicare i diversi aspetti critici come "Atti di scena" del "dramma", che, giunto in tale sede, sembra solo dissimulato in "commedia", per quanto si potrà rilevare.

Tali aspetti critici vengono, dunque, riprodotti come "comparsa" di elementi che, posti in un ordine temporale sequenziale, consentono di focalizzare i punti nevralgici della creativa figura procedimentale e le conseguenze da essi discendenti sul piano processuale, fornendo, al contempo, elementi di riflessione sull'orientamento del GA,

³³ Sul binomio, affatto bizzarro o forzato, tra Diritto e Letteratura cfr. R.H. Weisberg, voce *Diritto e Letteratura*, in Enciclopedia Treccani on-line, 1993: "Ciò che legittima un approccio comparativo a questi due ambiti apparentemente eterogenei è il loro comune interesse per i problemi del linguaggio: struttura, retorica, ambiguità, interpretazione e ricerca del significato veicolato dai segni linguistici. Sia il diritto che la letteratura, inoltre, si basano su formulazioni astratte e su modelli di pensiero associativo per arrivare a esprimere un giudizio umanistico. Sussiste quindi un'affinità tra i processi espressivi e concettuali di questi due ambiti, che formano naturalmente un sodalizio fornendosi sostegno reciproco". Ove si consideri poi, con G. Ferroni, *Storia della letteratura italiana, Dalle origini al Quattrocento*, Einaudi, 1991, p. XI, che "la letteratura si iscrive nell'orizzonte dell'antropologia, è parte essenziale del sistema culturale su cui si fonda ogni società civile, forma privilegiata in cui per una lunga fase della storia umana le civiltà e le società hanno elaborato, riconosciuto, espresso il loro essere, la loro identità, i loro modi di rapporto, i loro comportamenti, le loro regole civili, i loro desideri, le loro paure, le loro speranze", non si fatica a comprendere che la letteratura si è resa interprete, con i suoi strumenti, il suo linguaggio, le sue "leggi" e la sua retorica, di un sistema di valori condiviso da una società, assumendo al suo interno, in quanto fondativi, valori e principi tradotti in un'idea di giustizia tramandata oralmente o codificata nella scrittura. Un riscontro della proficua affinità tra Diritto e Letteratura si rinviene in recenti iniziative accademiche, come i Seminari a tale binomio dedicati, organizzati presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Ateneo "Federico II" di Napoli, con riferimento ai quali, l'organizzatore Prof. S. Prisco, richiamando Carnelutti, osserva che un "giurista che conosce solo il diritto non conosce nemmeno il diritto", ed aggiunge che "la comparazione giuridica non è solo quella interna ai problemi della disciplina, ma altresì quella che esplora con inquietudine intellettuale i confini del diritto verso altre modalità in cui si esprime la cultura umana e quindi nelle interferenze con l'economia, la letteratura, il cinema, la musica, l'antropologia".

che si è ormai delineato in tema, con specifico riguardo alle questioni più complesse sottoposte al medesimo.

3. Coordinate” della figura procedimentale e implicazioni processuali. (Ovvero il dramma dissimulato in commedia)

3.1 Il profilo funzionale. (Atto I)

L'ASN: requisito di necessità per la fase concorsuale delle “chiamate”, ovvero il nesso di presupposizione. La rilevanza giuridica del “tempo” bene della vita. Effetti su:

- Giudizio cautelare “propulsivo”: applicazione all'ASN e all'Abilitazione forense. L'erronea analogia.
- Graduazione dei motivi di ricorso. Il criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte e suo superamento con l'Adunanza Plenaria del CdS n.5/2015. Rinvio al p. 3.2 (Atto II).

Ad una attenta lettura, volta a cogliere i nessi causa-effetto, le specificità del procedimento dell'ASN si condensano in elementi che assumono un peso affatto irrilevante sul piano delle conseguenze derivanti dall'interpretazione ed applicazione del procedimento medesimo in una direzione piuttosto che in un'altra.

L'abilitazione scientifica nazionale, sul piano funzionale, non è, infatti, un procedimento amministrativo autonomo, nel senso di distinto e separato dal procedimento concorsuale delle “chiamate”, in funzione delle quali, per l'appunto, esso è stato previsto e disciplinato.

Come atto autonomo, infatti, e cioè fine a se stesso, esso non avrebbe motivo di esistere, in quanto “non spendibile”. La legge è chiara in tali termini.

L'atto abilitativo rilasciato con il giudizio positivo della Commissione, a conclusione del procedimento dichiarativo di ASN, costituisce, secondo quanto espressamente indicato dalla norma, il titolo attestante la qualificazione scientifica; requisito necessario, quindi di legittimazione, per candidarsi al reclutamento oggetto della seconda fase, quella concorsuale locale delle c.d. “chiamate”, da espletare presso i singoli Atenei,

Chi scrive ha già avuto modo di rilevare, in un precedente lavoro³⁴, che con tale innovativo modello procedimentale il legislatore “*ha inteso innestare, in quello che era il concorso locale per il conseguimento dell'idoneità, una procedura preliminare nazionale, non concorsuale*” - nel senso specifico e tipico a tale termine riconducibile nel contesto del reclutamento della docenza universitaria (ossia non un concorso per cattedre) – la quale, in ragione di tale innesto (requisito necessario per concorrere alle successive “chiamate”), determina la creazione di un nesso, logico prima ancora che

³⁴ Cfr. R. Rota, *La procedura di ASN “presa sul serio”*, in *Rassegna Astrid*, cit.

giuridico, di presupposizione, in tali termini atto ad escludere l'autonomia funzionale dell'ASN, quanto a rilevanza ed efficacia delle sue sorti.³⁵

A tali elementi normativi, che hanno consentito le deduzioni sopra riportate, si sono poi aggiunti ulteriori elementi, tratti dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che sembrano confermare la validità di tale interpretazione.

In particolare l'esito giurisprudenziale della vicenda relativa al contenzioso di diritto privato³⁶ consente di recuperare, in sede applicativa, la logica sottesa a quelle deduzioni, nella parte in cui il Supremo Consesso ha ritenuto *"l'opportunità, per l'Amministrazione universitaria, di astenersi, medio tempore, dal far luogo a chiamate in servizio dei soggetti risultati idonei nella graduatoria"*, in considerazione della *"portata conformativa del decisum di primo grado, ossia della necessità, in considerazione della natura del vizio integralmente caducatorio, di estendere gli effetti soggettivi a tutti i partecipanti della tornata abilitativa 2012"*.

Da tale "valutazione di opportunità" compiuta dal CdS, non sembra, infatti, azzardato desumere quella connessione logica e giuridica tra le due fasi (ASN e Chiamate), rinvenibile nella concreta utilità, ovvero spendibilità, del titolo abilitativo, da parte di tutti i soggetti abilitati; soggetti da porre evidentemente in posizione di parità delle condizioni di partecipazione, ossia in totale *par condicio*, in ragione dell'efficacia *ultra partes* del giudicato dichiarata dal Supremo Giudice amministrativo, per effetto del vizio integralmente caducatorio rilevato nella specifica vicenda sottoposta al suo esame.

Questo aspetto pone allora in rilievo - e in termini che a nostro parere prescindono dalle ipotesi di annullamento dell'intera procedura o dei singoli giudizi negativi³⁷ - un

³⁵ Una raffigurazione delle sorti dell'ASN, muovendo dal profilo del nesso di presupposizione tra le due fasi procedurali, era stata già anticipata, sia pure in Postilla al nostro lavoro citato alla nota precedente *"L'ASN presa sul serio..."*, laddove si rappresentava come *"non peregrino il monito ad indugiare - pro tempore - nell'espletamento delle connesse procedure di chiamata"*. Ed anche l'uso dell'espressione *"pro tempore"* lì indicata (nel senso letterale "a favore" del tempo e non "durante") in luogo di *"medio tempore"* valeva, in quel contesto di analisi normativa, ad accentuare il peso del fattore tempo, che, come una bussola ("il tempo galantuomo"), avrebbe indicato via via il successivo percorso. Sempre in ordine a tale profilo, appare rilevante la pronuncia del TAR Lazio Sez. III, n.5798/2015, dalla quale non sembra potersi dedurre una conclusione contraria a quella qui indicata. In tale pronuncia, infatti, pur non riconoscendosi la natura di atto presupposto dell'ASN rispetto agli atti concorsuali delle procedure bandite presso le Università nell'ambito della loro autonomia, si precisa e delimita la valenza di tale esclusione: *"nel senso invocato dal ricorrente al fine di attrarre la competenza anche per i suddetti atti presso il TAR Lazio"*, in applicazione dell'art 13 cpa. Il Giudice di primo grado, in altri termini, esclude solo il nesso di presupposizione "formale" ai fini della competenza territoriale, lasciando impregiudicato, o meglio non disconoscendo affatto il nesso di presupposizione funzionale, e dunque sostanziale, da noi rilevato.

³⁶ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI, n.1071 del 4/03/2015. Va rilevato che l'esito della vicenda relativa al settore di diritto privato, oggetto della pronuncia ora citata, sembra riprodursi anche per la procedura relativa al settore concorsuale 13/D3 (Demografia e Statistica sociale), nonché per quella di diritto penale (settore 12/G1). Cfr. Ordinanza Tar Lazio III bis n.8409 del 16/6/2015 e Ordinanza n.7709 del 17/6/2015.

³⁷ Ed infatti nella citata sentenza del Tar Lazio Sez.III, n. 5798/2015, pur in presenza di vizi relativi ai criteri, accolti dal GA ma non evidentemente considerati tali da inficiare *naturaliter* l'intera procedura (con riguardo a tale aspetto si rinvia alle riflessioni critiche di cui infra nel testo al p. 3), si è annullato il solo giudizio negativo del ricorrente, disponendo la rinnovazione del giudizio da parte di altra commissione. Resta pertanto evidente che in tale vicenda, pur in assenza di un esito integralmente caducatorio della procedura, si è rappresentata una situazione di pregiudizio della parte ricorrente causata dall'intercorsa "chiamata" presso l'Ateneo di riferimento.

punto fondamentale nell'economia complessiva del discorso processuale dell'ASN: e cioè la rilevanza del fattore tempo, bene della vita³⁸.

Tale fattore sembra, infatti, assumere un peso di cruciale rilevanza in ordine alla reale efficacia del giudizio cautelare "propulsivo", così come applicato nel contenzioso avente ad oggetto i giudizi negativi dell'ASN.

A fronte, infatti, di procedimenti di chiamata *medio tempore* attivati, nel presupposto erroneo - è da ritenere - di una loro totale autonomia dalla prima fase, e addirittura conclusi durante il tempo ancora in corso per il contenzioso in ordine a detta prima fase (l'ASN), non pare revocabile in dubbio che si determini - come infatti si è determinata - una situazione di pregiudizio, o vero e proprio danno, per la perdita di *chances*, in capo a tutti coloro che, pur conseguendo l'abilitazione per effetto di una rinnovazione del giudizio disposta vittoriosamente in sede cautelare, ma successivamente nel tempo rispetto al bando per le chiamate, si vedono (e si sono visti) concretamente privati della possibilità di partecipare, in tempo utile appunto, ai concorsi locali, ivi spendendo il conseguito titolo.

Tali elementi inducono perciò ad indagare più a fondo sulla reale effettività di tutela del giudizio cautelare c.d. "propulsivo" applicato all'ASN³⁹.

Detto giudizio, se già in generale, nei termini in cui appare definito nel modello del novellato codice, non è esente da qualche perplessità prontamente, infatti, rilevata in dottrina⁴⁰, di fronte alla nuova fattispecie ed alle sue peculiarità, poneva forse la necessità - in attuazione del principio di atipicità della tutela e funzionalizzazione delle azioni (concentrazione davanti al giudice di "ogni forma di tutela" ex art.7c.7; art 55 commi da 1 a 10 cpa), e in un'operazione di sinergia collaborativa (sollecitata ex art.2c.2 cpa) volta al risultato dell'effettività⁴¹ - di operare una modulazione, *in apicibus*, delle diverse misure possibili, anche nei confronti delle autorità amministrative coinvolte (il MIUR e gli Atenei "chiamanti"); misure rientranti infatti nella disponibilità del GA⁴² (ex art.7 c.7 e art 55), il quale, in questa proficua occasione

³⁸ Sul "tempo come bene della vita", cfr. il saggio dall'omonimo titolo di R. Caponigro, in www.giustiziamministrativa.it. Su *Il tempo del processo come bene della vita*, cfr. A.M. Sandulli, Relazione al 60° Convegno di Varenna 2014, cit., cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia.

³⁹ In tema, con specifico riguardo alla tematica in oggetto, cfr. V. Capuzza, "*Le misure cautelari cd. propulsive: "la serra artificiale" del merito*", in www.giustamm.it, 2014. Più in generale, su alcuni profili critici del giudizio cautelare, allorchè si supera la strumentalità e funzionalità ancillare che ne dovrebbe connotare l'essenza rispetto alla fase del merito, cfr. E. Follieri, *La fase cautelare*, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2013, 345 e ss.

⁴⁰ Cfr. E. Follieri, *La fase cautelare*, cit., e bibliografia ivi citata, ma anche M.A. Sandulli, "*La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. La fase cautelare*", Relazione al 56° Convegno di Studi amministrativi di Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre, 2010. Ancora, R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, Relazione tenuta al Convegno "*Giustizia amministrativa e crisi economica*", Roma, Palazzo Spada, 25-26 settembre 2013.

⁴¹ L'art. 1 del c.p.a. rubricato (Effettività): "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*". L'art.2, comma 2 (Giusto processo): "*Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la ragionevole durata del processo*". L'art.7 comma 7 dispone poi: "*Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle articolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*".

⁴² E. Follieri, cit., p. 344, nella trattazione delle sentenze del ga quale modello delle ordinanze cautelari, pone in rilievo che "come per le sentenze, le ordinanze cautelari devono poter consentire misure atte ad assicurare tutela piena ed effettiva al ricorrente. Tra tali misure si specifica ad esempio la condanna della pa ad adottare misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio".

di creazione interpretativa del diritto, si è trovato, a ben vedere, investito in sede cautelare, prima ancora che di un giudizio "propulsivo", di questioni di fatto di per se stesse "propulsive".

Ed ecco comparire "il fatto" che richiede "creazione del diritto".

La questione di fatto "propulsiva", nascosta (ma nemmeno troppo) tra le pieghe normative (o meglio sussunta nella norma in astratto) e presentatasi in concreto al giudice di primo grado all'indomani dell'avviato contenzioso, era infatti determinata dal nesso di presupposizione tra le due fasi procedurali: l'attivazione della seconda fase (le chiamate), prescindendo dalla definizione del copioso contenzioso sull'atto da questa presupposto (l'ASN), non poteva non comportare un "disallineamento nei tempi", disallineamento che, producendo inevitabilmente una diseguaglianza delle situazioni giuridiche coinvolte, ne ha perciò inevitabilmente pregiudicato le sorti.

Ed allora, ci si chiede se il giudice di primo grado, sin dalla sommaria deliberazione degli atti in fase cautelare, a fronte di vizi anche solo desumibili e non già valutati o valutabili, *prima facie*, quali vizi inficianti, se ritenuti fondati, l'intera procedura, avrebbe potuto (o forse dovuto), in una valutazione prognostica di causa-effetto⁴³, disporre comunque direttamente, e a breve termine, il rinvio al merito del giudizio.

L'interrogativo muove, in altri termini, dalla possibilità di andare anche oltre la previsione di cui al comma 10 dell'art 55 cpa⁴⁴, previsione che, pur efficacemente "azionata" dal Giudice di secondo grado - evidentemente persuaso, a differenza del TAR, della sussistenza di tutti i presupposti indicati dalla disposizione - non appare di per sé, almeno secondo chi scrive, pienamente risolutiva, in ragione di una certa elasticità di applicazione, per così dire, desumibile dalla sua formulazione.

Infatti, la norma, rimettendo alla valutazione del Giudice ("*se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito...*") il rinvio al merito, lascia impregiudicata la possibilità di non procedere in tale ultima direzione, qualora appunto il giudice, come nel caso di specie, valutate comunque "*le circostanze*" e pur ritenendo apprezzabili favorevolmente le esigenze del ricorrente (sì da concedere la "sospensiva"), consideri tuttavia possibile, per una maggiore sua utilità, una loro anticipata tutela già in sede cautelare, ma perciò sommaria, attraverso un ordine di ulteriore "*agere*" posto alla PA interessata, con oggetto il riesame del giudizio⁴⁵.

⁴³ Una sorta di valutazione dell'impatto della decisione, applicata in sede giudiziale, alla stregua dell'AIR propria del processo legislativo e dell'omologo istituto applicabile anche in sede amministrativa, come diretta e funzionale attuazione del principio cardine dell'effettività. Sulla rilevanza in generale di tale strumento, cfr. Cass R.Sunstein, *Semplice, L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, maggio, 2014.

⁴⁴ Art 55 comma 10 cpa: "*Il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data di discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito*".

⁴⁵ Applicando in tal modo la tecnica del c.d. "*remand*", in merito alla quale merita segnalare quanto di recente rilevato dal Giudice: "*Anche se il codice del processo amministrativo non fa alcuna espressa menzione, né all'art. 55 e né aliunde, all'istituto del c.d. "accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame", vale a dire della prassi processuale con cui il Giudice amministrativo accompagna la sospensione, nelle more, dell'atto impugnato con l'ordine all'Amministrazione di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso, nello stesso Codice non si ravvisano neppure*

Ora, se pure è fuor di dubbio che già tale prima valutazione non possa essere disancorata dalla conoscenza del fatto⁴⁶ e della norma, dovendo il giudice studiare comunque gli atti del processo per esaminare la domanda cautelare, resta tuttavia vero che la struttura stessa, o meglio l'essenza del giudizio cautelare, tende ontologicamente a comprimere, in questa fase di esame solo sommario di elementi, quella compiutezza di valutazione che sarebbe propria solo della successiva fase di cognizione (del merito), nella quale tutti gli elementi vengono infatti accertati, verificati e pienamente valutati. Anche se occorre rilevare che, già con la legge n.205/00, la novellata fase cautelare appare concepita per un esame e valutazioni più approfonditi da parte del Giudice Amministrativo.

Nondimeno, merita una più attenta riflessione la circostanza che quell'"elasticità di applicazione", rilevata nella formulazione della disposizione normativa di cui al c.10 art.55, finisce in effetti per ridimensionarsi, ove si consideri che l'"opzione" del g.a., di anticipare nella fase di sommario esame ciò che costituirà l'esito ultimo, definitivo ancorchè, appunto, sommario, della vicenda - nel presupposto di assicurare una più rapida soluzione che vada oltre (e perciò propulsiva) la mera sospensione dell'efficacia del provvedimento - reclama un diverso *modus operandi* con riguardo al tipo (per qualità ed estensione) di valutazione degli atti processuali già in tale sede, valutazione da ancorare infatti all'esame degli elementi rilevanti per il risultato dell'effettività di tutela.

Del resto, il Giudice non ignora la mutazione di esito del processo, allorchè, come nel caso di specie, salta la strumentalità e funzionalità delle misure cautelari.⁴⁷

Ed infatti, con l'ordinanza cautelare che dispone il riesame, il giudizio, comunque, viene definito con la misura urgente, non dovendo più il ga, nella sede cognitoria e decisoria, valutare la legittimità del (primo) provvedimento.⁴⁸

espliciti divieti in tal senso, e talvolta possono anche sussistere ragioni di opportunità a tale riguardo." (Sentenza del Tar Lazio Roma, II quater, 27/7/2015 n.10245).

⁴⁶ Ribadisce nuovamente l'importanza di una "rinnovata attenzione al fatto" F. Patroni Griffi, *La legge, l'economia, il giudice*, Intervento alla Tavola Rotonda organizzata dalla Scuola Superiore di Magistratura e dal Ministero dello sviluppo economico – Roma, 25 febbraio 2015.

⁴⁷ In effetti, a ben guardare, sembra a chi scrive che proprio il fattore tempo, nella fase iniziale del contenzioso, in mancanza di attivazione delle "chiamate" presso gli Atenei, abbia potuto guidare le valutazioni del TAR in sede cautelare, nell'opzione di accelerare ancor più la tutela, escludendo il rinvio al merito ex c.10 art.55 cpa. Ma il paradosso della vicenda (*il dramma solo dissimulato in commedia*) è che, per tutte quelle situazioni giuridiche coinvolte in procedure di chiamata nel frattempo avviate ed anche concluse, la scelta di evitare il merito attraverso la più celere sospensiva atipica, nell'intento di accordare maggior tutela, ha invece sortito l'effetto opposto al principio di effettività, specie per le vicende contrassegnate da vizi pregnanti. In altri termini, uno "sguardo esteso in latitudine" avrebbe forse potuto suggerire altra strada in vista del risultato finale processuale (pienezza ed effettività di tutela).

⁴⁸ Una conferma è nella già citata recente sentenza del TAR Lazio, Roma, 27/7/2015 n.10245: "Essendo il "remand" una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo quindi l'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfattivo della pretesa azionata dal ricorrente, oppure d'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo."

In dottrina non si è mancato di rilevare criticamente tale profilo, considerato anzi come *“un problema del tutto ignorato dal Codice che non detta nessuna norma a sua soluzione”*⁴⁹.

Invero, una qualche soluzione appare recuperabile attraverso un'interpretazione sistematica ed evolutiva consentita dalle “coordinate generali” del Codice, incentrato sul principio di effettività, vera e propria bussola di orientamento nella scelta tra le varie forme di tutela.

E' evidente che tale principio risponde ad una logica di risultato, applicata anche al processo amministrativo; logica con la quale si declinano gli stessi corollari del giusto processo, ossia l'effettività e la pienezza di tutela (funzionalizzazione delle azioni), nonché gli strumenti predisposti per tali fini (l'atipicità delle forme di tutela).⁵⁰

Con riguardo alla particolare vicenda in esame, allora, l'interrogativo attiene alla possibilità che il GA in primo grado, laddove non persuaso che *“le esigenze pur apprezzabili favorevolmente, siano tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito”*, fosse comunque tenuto a modulare le azioni in fase cautelare⁵¹, anche “saltando” detta fase, onde evitare un giudizio sommario e definitivo nello stesso tempo, e dunque a disporre con urgenza la cognizione nel merito, non già, o non solo, per effetto della previsione del c. 10 art. 55 c.p.a., ma soprattutto per effetto di una valutazione più compiuta ed approfondita degli atti processuali, che risulta “obbligata” già in tale sede, come detto, da una logica di risultato volta all'attuazione concreta del giusto processo⁵².

In tal senso, allora, il giudizio cautelare, snodo centrale del processo, manifesta la sua valenza strategica, diventando esso stesso giudizio di cognizione e risultando così “strumento formidabile per graduare il valore stesso della norma”, mostrandosi quale “giudizio di buon senso” e di “dialogo” tra le parti”.⁵³

⁴⁹ Cfr. E Follieri, op.cit. 348.

⁵⁰ Tenendo, comunque, ben presente la differenza tra le nozioni di efficacia, efficienza ed effettività, specie quando considerate con riguardo al processo. Come ribadito dalla Suprema Corte, infatti, *“il buon andamento dell'amministrazione della giustizia” è circoscritto unicamente ai profili concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari e loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo, ma non riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso e i provvedimenti che ne costituiscono espressione*” (Ord. Corte Cost. n.44 del 2006). Sulla tematica, di recente M. Luciani, Relazione al Convegno di Varenna 2014, cit., p.14 e sgg. del dattiloscritto, ove rileva che *“una tutela può dirsi tanto più efficace quanto più è idonea a modellare il fatto al diritto ottenendo un risultato pratico”*. A tale ampio contributo si rinvia per l'analisi della giurisprudenza amministrativa più recente in ordine al contenuto e alle “problematiche dell'effettività”. Sulla pienezza di tutela, ad essa collegata, cfr. A. Police, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, Cedam, 2000. Vale poi segnalare in tema anche quanto recentemente precisato nella Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5/2015 (su cui *infra* nel testo): *“in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di sollecita definizione della causa possono condurre ad una limitazione di tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica, salvo i casi di abuso di processo”*.

⁵¹ Sul collegamento tra misure cautelari e decisioni di merito, cfr. E. Follieri, cit., ove si deduce che *“come per le sentenze così per le ordinanze, è doveroso guardare al risultato ultimo”*.

⁵² Sarebbe quindi tale logica di risultato ad “imbrigliare”, per così dire, cioè a veicolare (o meglio vincolare), l'interpretazione del comma 10 art. 55 cpa in una direzione non “elastica”.

⁵³ Cfr., su tali aspetti, G.P. Cirillo, *Relazione al Convegno del Consiglio di Stato “L'impatto delle tutele cautelari sull'economia”*, Roma, Palazzo Spada, 28 maggio 2015.

Con riguardo alle specificità della vicenda in esame, gli elementi per una valutazione di tal fatta potevano rinvenirsi nella 1) gravidanza oggettiva del vizio, qualora rilevabile come tale anche solo dall'espressa indicazione nei motivi di ricorso, o 2) nel "fatto normativo" specifico del nesso di presupposizione tra le due fasi procedurali, elemento con valore dirimente, avuto riguardo al fattore tempo, in ordine alle prevedibili conseguenze connesse agli esiti pregiudizievoli, sia nelle ipotesi di estensione del giudicato, per effetto di vizi genetici dell'organo e del funzionamento del medesimo, sia nelle ulteriori diverse ipotesi, nelle quali, pur in assenza di vizi di tale gravidanza, sia nondimeno configurabile un pregiudizio causato dalla diseguaglianza delle situazioni giuridiche coinvolte.

E' da rilevare, infatti, che la situazione di pregiudizio (perdita di *chances*) non dipenda, non trovi cioè la sua causa diretta nel "tipo" di annullamento disposto, se totale o del singolo giudizio negativo di ASN; non si correli, in altri termini, al diverso tipo di vizio (integralmente caducatorio o meno), ma appunto al decorso infruttuoso del tempo; pur risultando evidentemente di diverso tenore la "soluzione" giudiziale nell'una e nell'altra ipotesi: mentre, infatti, nei casi di annullamento dell'intera procedura è l'annullamento stesso la soluzione di ristoro, venendo esso a ripristinare la situazione quo ante (*par condicio*); nelle diverse ulteriori ipotesi, nelle quali tale soluzione non sia evidentemente configurabile, non pare si possa comunque dubitare del riconoscimento del risarcimento del danno, ove sussistano i requisiti per la relativa azione.

Ad un tale esito ricostruttivo sembrano, dunque, condurre le previsioni del codice, interpretate secondo la logica di risultato (per l'effettività e pienezza di tutela - artt. 1, 2 comma 2 e 7 comma 7 del cpa., art 55 e 34 in combinato disposto), nel segno delle quali si ritiene di poter ascrivere anche le ragionevoli conclusioni del Giudice d'appello in ordine alla particolare vicenda del settore scientifico di diritto privato.

- In linea di continuità con quanto finora detto, va inoltre osservato che l'applicazione del rito cautelare all'ASN, negli stessi termini in cui esso risulta disciplinato per la speciale ma diversa fattispecie dell'Abilitazione forense, sia di per sé fuorviante, atteso che la soluzione offerta dalla speciale normativa (comma 2bis dell'art.4 legge n.168/2005, di conversione con modifiche del dl n.115/2005, non abrogato dal Codice del processo amministrativo) si basa su presupposti diversi da quelli oggetto di valutazione nella vicenda processuale cautelare dell'ASN, la quale non può considerarsi, sul piano strutturale e funzionale, analoga all'Abilitazione forense.

E forse proprio l'erronea associazione tra tali diversi tipi di abilitazione ha alimentato le perniciose conseguenze manifestatesi in sede processuale.

In realtà, una più attenta ricognizione dei dati offre all'interprete elementi sostanziali per dedurre significative differenze con il modello previsto dalla speciale disposizione per l'abilitazione forense, secondo la quale: "*Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*".

In ordine a tale disposizione normativa, la Corte Costituzionale⁵⁴, chiamata a pronunciarsi sul giudizio di costituzionalità della medesima, nel precisare le ragioni della non incostituzionalità, in particolare con riguardo al profilo della non irragionevolezza, ha indicato negli stessi presupposti indicati dalla disposizione normativa i limiti di legittimità dello strumento giudiziale. E tali presupposti normativi, per l'abilitazione forense "definita" attraverso l'azione cautelare, sono radicalmente diversi, come detto, sul piano funzionale e strutturale, da quelli alla base della fattispecie all'ASN, in ragione della sua diversa spendibilità.

Chiarisce infatti la Suprema Corte che: *"La disposizione impugnata ha lo scopo di evitare che il superamento delle prove di un esame di abilitazione venga reso inutile dalle vicende processuali successive al provvedimento, con il quale un giudice o la stessa amministrazione, in via di autotutela, abbiano disposto l'ammissione alle prove di esame o la ripetizione della valutazione. Per raggiungere questo scopo, la disposizione rende irreversibili – secondo la giurisprudenza amministrativa – gli effetti del superamento delle prove scritte e orali previste dal bando. Essa, quindi, rende irreversibili anche gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali (pure di natura cautelare) o di autotutela amministrativa che abbiano disposto l'ammissione alle prove stesse, precludendo l'ulteriore prosecuzione del processo eventualmente avviato. Così facendo, la disposizione estende agli esami di abilitazione professionale un principio già elaborato dalla giurisprudenza amministrativa per gli esami di maturità."* Ed aggiunge: *"la disposizione censurata non si applica ai concorsi pubblici, ma solo agli esami di abilitazione. Questi ultimi sono volti ad accertare l'idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale. Accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare..."*

Appare chiaro dunque che la disposizione, giustificata nell'ottica del principio del buon andamento della PA, riguarda le fattispecie di abilitazioni in senso proprio, quelle cioè che per funzione ed effetti si presentano come "definitive" all'atto stesso del loro rilascio⁵⁵: *".....Gli esami di abilitazione sono volti ad accertare l'idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale. Accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare..."*. (Corte Cost. n.108/2009).

Evidentemente, nulla di ciò può dirsi con riguardo all'ASN, per quanto prima rilevato, relativamente all'incidenza del nesso di presupposizione tra le due fasi procedurali disciplinate dal creativo legislatore del 2010. Anzi, appare agevole rilevare che i presupposti normativi di riferimento siano qui di segno esattamente opposto alla logica che ha sorretto le argomentazioni della Suprema Corte nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale, in punto di razionalità e ragionevolezza ex art.3 Cost.

Ed infatti, con riguardo specifico alla censura di legittimità relativa all'art.3 Cost., con cui si lamentava la violazione della par condicio tra gli esaminandi, l'esclusione della fondatezza della questione viene giustificata dalla Consulta sulla base del seguente presupposto: *"perché la disposizione si applica a tutti i candidati e non produce alcuna disparità di trattamento tra candidati che si trovino nella stessa posizione"*.

Con riguardo invece alla ASN, come rilevato, il disallineamento dei tempi nell'utilizzo del titolo abilitativo, a fronte del nesso funzionale dell'atto propedeutico

⁵⁴ Corte Costituzionale n.108/2009.

⁵⁵ Cfr. sulla questione anche la sentenza Cons. Stato IV, 4/5/2010, n.2557.

al successivo concorso, produce proprio quella disparità di trattamento non sussistente nel rilascio dell'abilitazione forense "*conseguita ad opera di un provvedimento giurisdizionale*". E a tale situazione di disparità il Supremo Consesso, nella richiamata vicenda dell'ASN di diritto privato, ha, infatti, cercato di porre rimedio con la ragionevole indicazione di *opportunità*, indirizzata alle Amministrazioni universitarie, *di astenersi dalle chiamate*.

• Infine, occorre rilevare che il fattore tempo assume rilievo anche riguardo al profilo della graduazione espressa dei motivi ad opera della parte, con i relativi vincoli (e limiti agli stessi) che ne derivano per il GA.

E' evidente, infatti, che, concepita l'ASN come nesso di presupposizione della successiva fase concorsuale delle "chiamate", la possibilità consentita, nella fattispecie, al GA di esaminare secondo un diverso ordine i motivi graduati dalla parte, avendo riguardo all'interesse della parte medesima in base al principio dell'effettività della tutela⁵⁶, comporta che l'interesse prevalente della parte, in mancanza di una sospensione della seconda fase (chiamate) ed in presenza di vizi pregnanti, ossia inficianti l'intera procedura, solo apparentemente può collegarsi alla rivalutazione immediata del giudizio ai fini dell'abilitazione, rispetto al rinnovo dell'intera procedura. Ciò in quanto, evidentemente, il riesame, pur con esito positivo, non può che rappresentare una vittoria di Pirro, a fronte dell'impossibilità di essere poi "versato", e cioè utilmente speso, nei concorsi locali.

Anzi, secondo chi scrive, in presenza di vizi genetici dell'organo o anche del funzionamento del medesimo, come ad esempio l'illegittimità in sé dei criteri di valutazione quali determinazioni generali della procedura, nelle situazioni in cui il tempo è trascorso "*inutiliter*" per i non abilitati al momento di espletamento delle chiamate, quand'anche il ricorrente abbia anteposto, nella graduazione espressa dei motivi in ricorso, l'interesse alla rinnovazione del proprio negativo giudizio piuttosto che al rinnovo dell'intera procedura, sarebbe proprio il principio di effettività e pienezza di tutela, sotteso al criterio del maggior soddisfacimento per la parte - indipendentemente dalla ridefinizione dei principi oggetto della pronuncia resa in Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5/2015 - ad imporre al GA l'annullamento dell'intera procedura, in luogo della più ridotta misura dell'annullamento con riesame del giudizio negativo, in quanto solo l'annullamento dell'intera procedura, in assenza di sospensione in via amministrativa o giudiziale delle chiamate, consentirebbe, come si è visto, di ripristinare la situazione di eguaglianza delle posizioni dei vari soggetti abilitati in seguito al giudizio cautelare.⁵⁷

⁵⁶ Tralasciando al momento riflessioni sulla rilevanza dei recenti arresti del Supremo Consesso in tema di graduazione ed assorbimento dei motivi, di cui alla già richiamata Adunanza Plenaria Cons. Stato n.5/2015, della quale si tratterà tra breve.

⁵⁷ Diversamente quindi dal ragionamento (e dai suoi esiti) sotteso alla sentenza del Tar Lazio III, n.2386 del 10/02/2015, ove si presuma - dal tenore delle argomentazioni rese - che l'interesse e la domanda del ricorrente avessero ad oggetto prioritario l'annullamento dell'intera procedura, in luogo della sola rinnovazione del giudizio negativo: "*la facoltà di gradazione dei motivi da parte del ricorrente per principio dispositivo non esclude la possibilità per il giudice di esaminarli in diverso ordine, avendo riguardo all'interesse della parte medesima, come risultante dagli atti di causa, in base al principio dell'effettività della tutela, con esame prioritario delle censure di maggiore satisfattività (cfr., tra le altre, TAR Lazio, III, n.6248 del 2014, TAR Liguria, II, n.84 del 2012 ed anche TAR Sicilia-Catania, II, n.359 del 2013). Orbene, considerato che interesse preminente del ricorrente risulta quello di essere rivalutato in via immediata ai fini dell'idoneità, rispetto al rinnovo dell'intera procedura (cfr. ad*

In conclusione sul punto, non sembra potersi dubitare che, nella vicenda dell'ASN così come concepita dal legislatore, il fattore tempo dispieghi in sede processuale effetti tali da reclamare una modulazione, da parte dello stesso Giudice, dei provvedimenti giurisdizionali, e dunque, più a monte, una modulazione nella valutazione dell'oggetto stesso dell'interesse legittimo, il quale, in tale diversa sede, per effetto del fattore tempo e delle vicende giuridiche da esso scaturenti, subisce una mutazione di contenuto e perciò anche di "direzione di tutela".⁵⁸

Se infatti, in un primo "tempo", in assenza di attivazione della fase concorsuale da parte degli atenei, poteva ritenersi di utilità prevalente per la parte la sola rinnovazione del giudizio ad opera di altra Commissione, integrando ciò gli estremi della maggiore satisfattività, non allo stesso modo vantaggiosa si ritiene possa essere la situazione del ricorrente, allorchè si sia in presenza di concorsi già banditi, espletati e addirittura conclusi.

3.2 Il profilo strutturale. (Atto II)

Il nuovo modello procedimentale nella evoluzione interpretativa della giurisprudenza amministrativa: natura non concorsuale ma applicazione del procedimento come un concorso.

- Analisi della più recente giurisprudenza del Tar Lazio: la riconosciuta irragionevolezza/sproporzionalità dei criteri e l'annullamento *pro-parte*.

- Natura non concorsuale ma applicazione come un concorso. Effetti: rilevanza degli atti procedurali generali e inscindibili. Efficacia *erga omnes* e limiti soggettivi del giudicato: aspetti di giustizia ed aspetti finanziari.

- Consiglio di Stato e TAR Lazio: il differente approccio ai "limiti soggettivi del giudicato" e al "criterio del soddisfacimento del maggior interesse della parte". Ovvero: il differente "approccio" all'effettività di tutela

L'analisi della più recente giurisprudenza sul tema in oggetto, in particolare l'analisi di alcune pronunce più significative, in ragione del tipo di censure accolte, inerenti i criteri predeterminati dalle Commissioni giudicatrici, sollecita alcune riflessioni sul percorso evolutivo dell'interpretazione ad opera del Giudice e sugli esiti di detto percorso.

Va premesso che tali più recenti decisioni, ad una lettura non disgiunta dall'intero cammino seguito nell'opera ricostruttrice del Giudice di primo grado, sin dalle prime ordinanze cautelari di rigetto delle istanze di "sospensiva" dei primi mesi del 2014, appaiono come lo stadio più maturo nell'evoluzione di tale cammino, avuto riguardo all'analisi ed interpretazione svolte in merito alla natura giuridica ed agli effetti della nuova e complessa figura procedimentale.

esempio pagg.137-149 del ricorso), va evidenziato in proposito che la prima censura che ciò determinerebbe, se fondata, è quella riferita al componente OCSE della Commissione....".

⁵⁸ Su tale specifico aspetto si rinvia alle riflessioni svolte nel p.4 di questo lavoro.

Anzi, l'evoluzione interpretativa consente di registrare diversi tempi, distintivi dei diversi tipi di esiti giudiziari.

Il primo periodo è stato contrassegnato da ordinanze cautelari di rigetto, cui hanno fatto seguito ordinanze di accoglimento, anche per l'effetto riformatore in appello di alcune di esse, con ordine di rinnovazione del giudizio, entro 60 o 90 giorni, da parte di altre Commissioni.

Con riferimento a tale primo periodo, non si riscontra una compiuta analisi ed interpretazione delle "coordinate" peculiari dell'innovativa procedura, evidentemente in ragione del tipo di giudizio e conseguentemente del tipo di provvedimento assunto: cautelare e non di merito.

Successivamente, invece, già con le prime sentenze, la ricostruzione del senso e della natura giuridica dell'atto sottoposto a processo (l'ASN) risulta posta come base di argomentazione nella maggior parte delle pronunce in tema. E se, con riguardo alla vicenda giudiziaria, già citata, del settore di diritto privato, le questioni più spinose si sono condensate, come visto, nel vizio genetico rilevato dal CdS in appello, relativo all'organo (vizio di competenza della Commissione), con riguardo invece ad altre fattispecie, l'esame si è incentrato sui vizi relativi al funzionamento dell'organo, ossia su vizi inerenti i criteri predeterminati dalla Commissione, con riferimento ai quali si è via via registrata una chiara posizione del Giudice di prime cure, il quale, precisata la natura meramente abilitativa e non concorsuale della procedura, ha accolto, in relazione a tale precisata natura, censure di illegittimità dei criteri per irragionevolezza e sproporzionalità dei medesimi, ma non ha, tuttavia, ritenuto di dichiararne espressamente l'illegittimità in sé e di disporre l'annullamento, con la conseguente caducazione dell'intera procedura di riferimento.

Tale aspetto risulta invece oggetto di diversa valutazione da parte del Supremo Consesso della giustizia amministrativa, il quale, anche con riguardo a vizi di illegittimità in sé dei criteri - vizi anch'essi genetici, ancorché non dell'organo ma della funzione svolta dal medesimo - ha avuto occasione, sia pure in sede solo cautelare (per quanto ci consta) al momento in cui si scrive, di precisare l'effetto caducatorio dell'intera procedura, in caso di accoglimento di tale tipo di vizio.⁵⁹

Tale contrasto di vedute induce perciò ad approfondire la questione che non sembra potersi ricondurre (o ridurre) ad una mera contraddittorietà tra motivazione e dispositivo delle pronunce rese in primo grado. Si è persuasi insomma della necessità

⁵⁹ Cfr. Ordinanza CdS VI, n.3566/2014: ".....Considerato che i motivi di ricorso con cui si contesta la decisione impugnata in relazione alla produzione scientifica e ai titoli della ricorrente, nonché in relazione alla legittimità in sé dei criteri di valutazione devono essere più adeguatamente esaminati in sede di merito; Considerato, in ogni caso, che le ragioni prospettate dall'appellante (con particolare riguardo a quelle che, ove accolte, avrebbero effetti caducanti sull'intera procedura per cui è causa) sono adeguatamente tutelabili attraverso la sollecita fissazione del giudizio di merito in primo grado;Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, ordina che a cura della segreteria la presente ordinanza sia trasmessa al T.a.r. per la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm...". E' da rilevare che, riguardo alla vicenda relativa al settore di Diritto penale (ordinanza Tar Lazio III bis. n.7709/2015), che, relativamente alle censure attinenti al vizio genetico riguardante la composizione dell'organo valutatore, sembra avviarsi ad esiti non dissimili da quelli già prodotti in merito alla procedura di Diritto privato, sarà interessante vedere le successive valutazioni del Giudice di prime cure, poiché per tale ultima procedura, non diversamente da quella relativa al settore concorsuale oggetto della sopra citata Ordinanza del C.d.S. VI, n.3566/2014, si rinvengono censure attinenti anche al funzionamento dell'organo valutatore.

di scrutare più a fondo le ragioni che hanno indotto il TAR Lazio a procedere nel senso anzidetto. E a tal fine pare utile muovere da alcuni significativi passaggi delle pronunce in tema.

Nelle sentenze n. 11093 e 11095 del 2014, ma anche nella più recente n.5350/2015, aventi ad oggetto l'impugnativa del giudizio negativo reso dalla Commissione giudicatrice, nonché degli atti procedimentali e normativi ad esso presupposti, dopo una breve ricostruzione normativa, il Collegio rileva: “ *la tesi della ricorrente, secondo cui la valutazione dei singoli candidati non si risolverebbe nella mera verifica del superamento dei parametri bibliometrici e delle singole pubblicazioni, merita adesione, posto che come evidenziato le Commissioni sono chiamate a valutare anche numerosi altri profili. La stessa norma che ha introdotto l'abilitazione scientifica, ha stabilito espressamente che le commissioni avrebbero dovuto esaminare non solo le pubblicazioni scientifiche, ma anche i titoli e il contributo individuale alle attività di ricerca dei candidati. Nel caso di specie, dunque, la Commissione non poteva limitarsi a valutare le pubblicazioni presentate, ma avrebbe dovuto procedere ad un esame degli altri titoli allegati dalla ricorrente*”.

E si aggiunge: “*La determinazione della Commissione ha così alterato la ratio e le finalità sottese alla procedura in esame, perché non ha soltanto eliso un criterio o un parametro di giudizio, ma ha alterato l'impianto stesso del sistema di valutazione, che ha ad oggetto sia titoli che pubblicazioni. Ne è conseguita la pretermissione, nella valutazione, delle esperienze curriculari indicate dalla candidato a cui la commissione si è limitata ad un mero accenno nell'esordio del giudizio collegiale, che si sofferma invece solo sulla qualità delle pubblicazioni. Peraltro, il criterio estremamente selettivo introdotto dalla Commissione sulla eccellenza delle pubblicazioni, pur rientrando nell'ambito dei poteri di tale organo, non ha trovato conseguente e logica applicazione*”. *Alla luce del rilevato profilo di difetto di istruttoria e di motivazione nel giudizio reso dalla Commissione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento di diniego dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di Professore di prima fascia nel settore concorsuale.*”

Come si può rilevare, il Giudice, nelle richiamate pronunce, pur riscontrando un vizio di gravità tale da ritenere *alterato l'impianto stesso della valutazione ad opera della Commissione*, accoglie il ricorso unicamente sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione del giudizio negativo di ASN, disponendo l'annullamento del provvedimento di diniego dell'abilitazione, unicamente nei confronti dei soggetti parti del processo.

Alla stessa stregua, più di recente, con sentenze n.6283/2015 e n. 5654/2015, i ricorsi risultano accolti, con annullamento dei singoli giudizi di non idoneità, in ragione di vari vizi rilevati nell'operato della Commissione in sede di fissazione dei criteri.

In tali successive pronunce può cogliersi una sorta di affinamento, per così dire, del ragionamento del Giudice. Il Tar rileva infatti che: “*l'Organo di valutazione riteneva in sostanza di non tenere conto dei suddetti titoli, reputandoli non significativi “sulla base della tradizione scientifica consolidata (... ..); che pertanto si è disatteso quanto prescritto nella disciplina di settore suindicata (cfr. anche artt.3, comma 2 e 4, comma 4 del D.M. n.76 del 2012), per giunta non fornendo adeguata e congrua motivazione sul punto, ai sensi dell'art.6, comma 5 del D.M. n.76 del 2012.*”

Ed aggiunge: “*Occorre ancora rilevare che il ricorrente sulla sua produzione scientifica conseguiva in prevalenza giudizi di “buono” e “accettabile”, a cui la disciplina di settore attribuisce un'accezione positiva, ex all.D del D.M. n.76 del 2012*

(cfr. in ultimo TAR Lazio, III, n.3967 del 2015); che la Commissione nondimeno riteneva indispensabile ai fini abilitativi, come criterio, "intendendo rimarcare l'assoluta valenza dell'elemento qualitativo [...] rispetto a quello quantitativo" la pubblicazione di almeno tre lavori da ritenersi di livello "eccellente" (cfr. ancora verbale n.1 bis, all.D al ricorso); che tuttavia il suddetto criterio appare irragionevole, tenuto conto della natura abilitativa, come suindicato, della procedura in esame; che del pari è a dirsi per la richiesta pubblicazione di almeno un lavoro monografico, prescrizione, come dianzi suesposto, di carattere meramente formale, non in grado di escludere dunque, ove disattesa, per ciò solo, la maturità scientifica dell'abilitando."

Il G.A. conclude, tuttavia, ordinando, anche in tale vicenda, il solo riesame del giudizio ad opera di diversa Commissione: "L'Amministrazione dovrà quindi procedere ad un riesame del predetto giudizio, ad opera di una differente Commissione, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza."

Ancora, di assoluto rilievo appare l'argomentazione svolta dal Giudice di prime cure nella sentenza n.5658/2015, in cui la valenza risolutiva di censure riprodotte ed accolte già in analoghi precedenti giurisprudenziali ha determinato l'emanazione di una sentenza in forma semplificata ex art.60 cpa.

In tale pronuncia, con argomentazione ancor più incisiva, viene accolto il vizio di eccesso di potere riguardo al "criterio più selettivo" predeterminato dalla Commissione ai fini della valutazione per il giudizio sulle pubblicazioni scientifiche.

Rileva infatti il TAR che "il suddetto criterio (estremamente selettivo) appare irragionevole" – e poi aggiunge – "ed improprio rispetto alla natura abilitativa, come suindicato, della procedura in esame..."⁶⁰.

Con riguardo specifico a tale criterio, la valutazione del Giudice di prime cure sembra qui sottendere un esame più attento della natura e valenza del procedimento dichiarativo di ASN: mentre infatti nelle richiamate sentenze n. 11093/2014,

⁶⁰ Si ritiene utile riportare stralci della citata sentenza: "..... il ricorrente, in particolare, deduce che, pur trattandosi nella specie di procedura abilitativa per titoli e pubblicazioni scientifiche, la Commissione di valutazione, in sede di fissazione dei criteri, stabiliva irragionevolmente da un lato di attribuire una valenza "prevalente" se non esclusiva alle pubblicazioni, rispetto al possesso dei titoli, dall'altro di reputare necessario l'aver pubblicato almeno tre lavori scientifici di livello "eccellente" Invero è necessario evidenziare al riguardo: che trattasi di procedura abilitativa per titoli e pubblicazioni scientifiche, ex art.16 della Legge n.240 del 2010; che tuttavia, in sede di fissazione dei criteri, il predetto Organo di valutazione riteneva in sostanza di non tenere conto dei titoli (espressamente di quelli di cui alle lettere e) e i) del comma 4 dell'art. 5 D.M. 76/2012), reputandoli non significativi "sulla base della tradizione scientifica consolidata" (cfr. verbale n. 1); - che, pertanto, si è disatteso quanto prescritto nella disciplina di settore suindicata (cfr. anche artt.3, comma 2 e 4, comma 4 del D.M. n.76 del 2012), per giunta non fornendo adeguata e congrua motivazione sul punto, ai sensi dell'art.6, comma 5 del D.M. n.76 del 2012.....La Commissione, nondimeno, ha ritenuto indispensabile ai fini abilitativi, come criterio, ("intendendo rimarcare l'assoluta valenza dell'elemento qualitativo [...] rispetto a quello quantitativo") la pubblicazione di almeno tre lavori da valutare di livello "eccellente" (cfr. ancora verbale n.1 bis). Tuttavia il suddetto criterio (estremamente selettivo) appare irragionevole ed improprio rispetto alla natura abilitativa, come suindicato, della procedura in esame e, in ogni caso, alla luce dei giudizi ampiamente positivi espressi dalla Commissione sulle predette pubblicazioni, secondo quanto previsto dall'all.D del D.M. n.76 del 2012, nonché immotivato, ex art.6, comma 5 del D.M. n.76 del 2012, essendo stata riconosciuta la valenza qualitativa dei lavori. Pertanto, visto l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. il Collegio dispone che l'Amministrazione dovrà procedere alla rinnovazione del giudizio impugnato, ad opera di una Commissione in diversa composizione, entro il termine di 60 (sessanta) giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza.

n.11095/2014 e n.5350/2015, tale criterio è stato considerato comunque *“rientrante nell’ambito dei poteri della Commissione”*, ancorchè poi censurato per una illogica sua applicazione nei confronti della parte ricorrente (*“.....il criterio estremamente selettivo introdotto dalla Commissione sulla eccellenza delle pubblicazioni, pur rientrando nell’ambito dei poteri di tale organo, non ha trovato conseguente e logica applicazione”*), nella successiva più recente pronuncia il medesimo criterio viene ritenuto non solo irragionevole ma *“improprio rispetto alla natura abilitativa della procedura in esame”*.

La riconosciuta *“improprietà”* non può non implicare, insomma, una valutazione sulla natura del potere tecnico-discrezionale delle Commissioni giudicatrici, diverso da quello tipico delle procedure idoneative o concorsuali.

Tale aspetto, che avrebbe forse meritato una più articolata motivazione già in tale pronuncia resa in forma semplificata, riemerge con presa di posizione ancor più netta in altra più articolata sentenza, pure resa in forma breve (Sez. III bis n.8742, depositata il 30 giugno 2015), ove sembra volersi precisare che la stessa natura non concorsuale, ma meramente abilitativa della procedura, così come disciplinata dal nuovo legislatore, ovvero delimitata da criteri e parametri, oggettivi oltre che soggettivi, da ponderare in modo equilibrato, dispieghi i suoi rilevanti effetti sul tipo di funzione demandata alle Commissioni giudicatrici, ovvero sui limiti alla sua discrezionalità tecnica.

Con detta pronuncia, infatti, il TAR Lazio, in un *trend*, per così dire, in crescendo rispetto alle argomentazioni svolte fino a quel momento, si spinge oltre nella motivazione, recuperando la logica complessiva della *“riforma Gelmini”*.⁶¹

Nella fattispecie, vengono infatti presi in considerazione alcuni criteri aggiuntivi stabiliti dalla Commissione, dei quali viene dichiarata l’illegittimità. Tra questi due appaiono estremamente interessanti: da un lato, la Commissione aveva introdotto il criterio ulteriore in base al quale *“la qualità delle pubblicazioni è più importante rispetto alla collocazione editoriale”*.

In merito, il Tar rileva che *“la suddetta motivazione non appare idonea a sorreggere la scelta effettuata atteso che, da un lato, si riduce sostanzialmente in una mera petizione di principio e, dall’altro, finisce effettivamente per scardinare la logica sulla base della quale è stata impostata la riforma Gelmini nel senso di ancorare per quanto possibile la valutazione sull’abilitazione universitaria a criteri di carattere oggettivo, atteso che, mentre la collocazione editoriale di una pubblicazione è un dato oggettivo e agevolmente riscontrabile, la qualità della pubblicazione soffre necessariamente di una valutazione di carattere prevalentemente soggettivo, atteso che l’articolo 5, comma 2, lett. c) si limita a statuire al riguardo che la «c) qualità della produzione scientifica» è valutata all’interno del panorama internazionale della ricerca, sulla base dell’originalità, del rigore metodologico e del carattere innovativo, avvalendosi, quando disponibili, delle classificazioni di merito delle pubblicazioni di cui all’allegato D”*.

Dall’altro, la stessa Commissione aveva introdotto una valutazione delle pubblicazioni che poteva considerarsi prioritaria rispetto alla valutazione dei titoli. Infatti, *“per quanto attiene all’ulteriore criterio aggiuntivo secondo cui «Nel formulare il giudizio complessivo dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche presentati dai candidati, la Commissione considererà prioritaria la valutazione delle pubblicazioni scientifiche rispetto a quella dei titoli», si rileva che, in primo luogo, la predetta scelta*

⁶¹ Cfr. il commento di B. Carotti, IRPA, luglio 2015.

non è sorretta da alcuna motivazione – circostanza di per sé assorbente ai fini dell'illegittimità del criterio stesso – e, dall'altro, che, comunque, una scelta in tal senso è in radice illegittima atteso che il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'articolo 3 del D.M. n. 76 del 2012 consente una diversa ponderazione dei criteri e dei parametri di valutazione rispettivamente previsti ai fini della valutazione della produzione scientifica e dei titoli ma non invece certamente una ponderazione del peso da attribuire da un lato alla produzione scientifica e dall'altro ai titoli che finisca sostanzialmente per disconoscere il valore dei titoli”.

Anche riguardo a tale vicenda, tuttavia, nella quale, come si vede, emerge in termini ancor più articolati la posizione del Giudice sulla illegittimità dei criteri generali, l'esito finale resta confinato all'annullamento del solo giudizio negativo di ASN, con ordine di riesame del candidato ad opera di diversa Commissione.⁶²

⁶² Sulla rilevanza dei criteri e parametri oggettivi che costituiscono la cifra del nuovo impianto normativo (“*la logica della riforma Gelmini*”), merita richiamare e riportare alcuni stralci della recente pronuncia del CdS (n.3737 depositata il 28/7/2015), di conferma della decisione del TAR Lazio n.9402/2014, relativa al “nuovo provvedimento di classificazione adottato dall’ANVUR in data 4 aprile 2013”, avente come esito la mancata inclusione nella fascia A della “Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale”. Viene infatti focalizzato in tale sentenza il punto di cruciale importanza sulla componente valutativa delle riviste sede delle pubblicazioni scientifiche oggetto della procedura. Il supremo Consesso puntualizza, infatti: “L’allegato ‘B’ al decreto ministeriale n. 76, cit., al punto 2, traccia in modo piuttosto definito i criteri e le modalità attraverso cui può (e deve) essere correttamente svolta l’attività valutativa da parte degli Organi preposti e conseguentemente riconosciuto (o negato) il giudizio di ‘eccellenza’ che consente la collocazione in ‘fascia’ (o ‘classe’) A di una rivista. Viene stabilito, in particolare (punto 2, lettera a), che “le riviste di classe A sono quelle, dotate di ISSN, riconosciute come eccellenti a livello internazionale per il rigore delle procedure di revisione e per la diffusione, stima e impatto nelle comunità degli studiosi del settore, indicati anche dalla presenza delle riviste stesse nelle maggiori banche dati nazionali e internazionali”. Ne emerge con chiarezza un orientamento volto a non lasciare margini indefiniti di discrezionalità valutativa, bensì ad orientarne e predeterminarne i contenuti attraverso la fissazione di parametri e criteri di carattere tendenzialmente oggettivo. Non può negarsi che, sotto alcuni aspetti, il giudizio finale implichi necessariamente l’utilizzazione di valutazioni espressive della reputazione diffusa nel settore di riferimento (come nel caso del criterio relativo alla “stima ed impatto nelle comunità degli studiosi di settore”). D’altra parte, l’espressione di giudizi di questo genere deve pur sempre restare confinata – nei limiti del possibile – all’interno di un ambito scevro da considerazioni puramente soggettive ed essere svolta in modo quanto più possibile oggettivo rispetto ai parametri normativi di riferimento (nel caso appena richiamato, la valutazione relativa a “stima e impatto” deve essere pur sempre riferita all’insieme della comunità degli studiosi del settore e non può essere – per così dire - soggettivizzata sui giudizi valoriali espressi, nell’occasione, dai singoli esperti in relazione al contenuto qualitativo dei contributi pubblicati sulla rivista). Comparativamente più agevole risulta la possibilità di oggettivizzare la valutazione di ‘eccellenza’ in relazione ai criteri inerenti “il rigore delle procedure di revisione” e “la diffusione” della rivista oggetto di valutazione.....”. Ed ancora il Supremo Organo precisa : “Il punto è che il metodo in concreto utilizzato non ha comportato una qualche ponderazione fra un criterio – per così dire – ‘quantitativo’ (quale quello basato sul numero degli abbonamenti) e uno – per così dire – ‘qualitativo’ (quale quello basato sulla diffusione in alcune biblioteche di eccellenza); al contrario, il metodo si è tradotto nella pretermissione pressoché integrale di rilievo degli abbonamenti in essere, in tal modo palesando una declinazione abnorme del concetto stesso di “diffusione” A conclusioni non dissimili deve giungersi per ciò che riguarda l’applicazione del criterio relativo alla “stima ed impatto nelle comunità degli studiosi del settore”. Anche in questo caso non si tratta di negare la discrezionalità tecnica che caratterizza l’espressione delle valutazioni da parte degli organi collegiali a tanto preposti (in specie quando si tratti di contestualizzare criteri di reputazione non agevolmente oggettivizzabili). Ma il punto è che tanto maggiore è l’ambito di discrezionalità tecnica che connota le operazioni valutative; tanto più occorre non introdurre parametri spuri e attenersi agli indici e alle prescrizioni normative, il cui scopo, di patente garanzia, è di orientare e delimitare le modalità di esercizio di quella stessa discrezionalità. Tanto, al fine di evitare che il (pur innegabile) esercizio di discrezionalità

Si tratta, allora, di capire le ragioni per le quali, a fronte di una dichiarata, implicitamente o esplicitamente, illegittimità in sé dei criteri predeterminati dalla Commissione per la valutazione dei titoli e delle pubblicazioni di tutti i candidati, il Giudice di prime cure non abbia ritenuto di dover disporre l'annullamento dei medesimi criteri e conseguentemente, per l'effetto inesorabilmente connesso a tale annullamento, la caducazione dell'intera procedura, secondo quanto invece ritenuto dal Consiglio di Stato nella richiamata ordinanza n.3566/2014.

Detto diversamente, occorre riflettere sul diverso approccio dei due Giudici in ordine alla annullabilità, per illegittimità, di atti a contenuto generale aventi carattere di inscindibilità, quali il bando o i criteri di valutazione, atti per i quali non appare discutibile la loro efficacia *erga omnes*; più in generale, si è spinti a riflettere sulla questione che si riconduce a tale aspetto, ossia i limiti soggettivi del giudicato amministrativo.

A tal fine è necessario muovere dal profilo strutturale del procedimento e cioè dalla strutturazione in fasi (emanazione del bando, determinazione dei criteri generali, etc.) indicata dal legislatore del 2010, e dal modo in cui esso è stato concretamente applicato.

- In considerazione di quanto disciplinato dalla normativa, non v'è dubbio che, pur non essendo, per quanto prima rilevato, una procedura di natura concorsuale sotto il profilo funzionale, essa sia stata strutturalmente scandita ed applicata come se lo fosse, nel senso che gli atti che ne hanno incardinato le prime fasi (bando e predeterminazione dei criteri), fino al momento precedente la valutazione dei singoli candidati ed i relativi singoli giudizi, presentano una indubbia efficacia generale.

In merito a tale tipologia di atti, va rilevato che dottrina e giurisprudenza⁶³ hanno sempre osservato che alle pronunce di annullamento di atti amministrativi a contenuto

valutativa si traduca nell'espressione di giudizi valoriali e soggettivi, riferiti a una gamma estranea rispetto alla finalità della valutazione e potenzialmente indefinita (e indefinibile ex ante) di possibili oggetti, in tal modo rendendo possibile (in casi-limite) lo sconfinamento in forme, palesi o dissimulate, di arbitrio valutativo. Ebbene, siccome il gruppo di lavoro - e in seguito il gruppo dei revisori anonimi - erano chiamati a dar seguito a un criterio valutativo riferito alla "stima ed impatto nelle comunità degli studiosi del settore", era del tutto doveroso riferire - nei limiti del possibile - le operazioni valutative a quanto oggettivamente desumibile in base al quadro normativo di riferimento. Al contrario, risulta incongrua la scelta di esprimere giudizi - ancora una volta - di carattere soggettivo, opinabile e valoriale (quali quelli relativi alla "passione politica degli autori" e al "taglio militante" di alcuni contributi). Si tratta di espressioni evidentemente estranee alla stessa finalità istituzionale del giudizio e comunque svincolate da qualunque tentativo di oggettivizzazione rispetto al dato disciplinare di riferimento ed esclusivamente fondate sulla percezione dei singoli valutatori (le cui identità e i cui curricula scientifici, peraltro, non risultano allo stato noti)."

⁶³ Con riguardo alla giurisprudenza, cfr. C.d.S. IV, n.6512/2000: "Ha efficacia *erga omnes* l'annullamento di un provvedimento inscindibile per un vizio che riguardi il provvedimento nel suo insieme". Ancora Cass. Civ. sez. I, n.2734/1998, secondo cui "il principio dell'efficiacia *inter partes* del giudicato amministrativo non trova applicazione con riguardo alle pronunce di annullamento di peculiari categorie di atti amministrativi, quali quelli aventi portata generale (i cosiddetti atti collettivi, generali, indivisibili...) determinando la relativa pronuncia di annullamento una loro definitiva ablazione dalla sfera del rilevante giuridico, attese l'ontologica indivisibilità, con conseguente efficacia di tale pronuncia nei confronti non solo dei singoli ricorrenti, ma di tutti i soggetti concretamente destinatari di essi, ancorchè rimasti inerti in sede di tutela giurisdizionale amministrativa".

generale non si potesse riferire una mera efficacia *inter partes* della cosa giudicata, giacchè l'eliminazione dal mondo del diritto dell'atto a contenuto generale, dispiega immediatamente effetti *erga omnes*, includendo anche i soggetti che non abbiano partecipato al processo, ma che siano interessati dagli effetti dell'atto caducato".⁶⁴

Tale assunto, invero, non disconosce la problematica dell'estensione al sistema processuale amministrativo del principio proprio della giustizia civile racchiuso nell'art.2909 c.c., in base al quale "il *giudicato fa stato unicamente tra le parti processuali, i loro eredi e aventi causa*"⁶⁵.

Tuttavia, muovendo anche dal rinvio esterno che l'art.39 del cpa opera al solo art. 324 c.p.c., che riguarda il giudicato formale e non sostanziale, in dottrina non sono mancate posizioni, che si ritiene di poter condividere, atte a rilevare che: "il giudicato amministrativo non soffre necessariamente delle limitazioni imposte dall'art.2909 c.c. in ragione del fatto che il GA decide su posizioni soggettive che sono spesso il precipitato individuale di un provvedimento di portata generale (o tendenzialmente tale)⁶⁶, con l'ovvia conseguenza che le statuizioni, allorchè afferenti al merito della questione e specialmente allorchè siano produttive di un effetto caducatorio, producono effetti sull'intera platea dei consociati, in via diretta o indiretta".⁶⁷ Fermo rimanendo, evidentemente, per il terzo eventualmente pregiudicato rispetto a situazioni di tal fatta, la garanzia prevista dagli strumenti a tutela del controinteressato, in forza del diritto di difesa ex art. 24 Cost., quali l'improcedibilità del ricorso per carenza di notifica, nell'ipotesi di controinteressato non coinvolto in giudizio, o anche l'intervento *ad opponendum* in corso di giudizio o l'opposizione di terzo successivamente al giudizio, qualora, pur avendo il terzo un interesse contrario a quello del ricorrente, non incarni tuttavia una posizione processuale tutelabile.

Con particolare riguardo alla materia del pubblico impiego, va detto che il legislatore ha relegato ad una mera facoltà discrezionale della PA l'estensione soggettiva del giudicato amministrativo a terzi rimasti estranei al processo. Ed infatti, già nel 1986, ex art 22 del DPR n.13/1986, fu istituito, presso il Ministero della funzione

⁶⁴ Su tali aspetti, di recente, F. Foggia, *Il giudicato amministrativo*, in Riv. Nel diritto 2013, fasc.4, pp.713-719, cui si rinvia anche per una ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale. Diversamente, secondo illustre Dottrina (F.G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in Dir. Proc. Amm. 1/2013 p.16), l'efficacia limitata *inter partes* del giudicato non sarebbe più in discussione, in applicazione, anche al processo amministrativo, dell'art.2909 c.c.

⁶⁵ Non mancano, in dottrina, tentativi volti a rilevare una certa difficoltà di applicazione, sic et simpliciter, al sistema di giustizia amministrativa di tale norma civilistica (Ancora F. Foggia, cit.). In generale sul tema, cfr. M.P. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Giuffrè, 1990, C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005, p. 69; P. De Lise, *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in Dir. e Giur., 1996, p. 235 e ss; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2012, p. 1800 e ss; L. Maruotti, *Il giudicato amministrativo*, in www.giustiziamministrativa.it

⁶⁶ In tali termini F. Foggia, cit., il quale, ritenendo che "le difficoltà di *reductio ad unitatem* del concetto di giudicato amministrativo derivino sia dalla differente latitudine del potere del giudice amministrativo, sia dal fatto che il conseguimento del bene della vita, cui si aspira con il processo, spesso non è attribuito direttamente dal giudice, ma richiede un'attività ulteriore della PA di conformarsi alla *regula iuris* espressa nella pronuncia del giudice", osserva che "la nozione stessa di giudicato in diritto amministrativo si allontani molto dalla nozione civilistica e può essere ricondotta alla nozione di preclusione di chiovendiana memoria".

⁶⁷ Per una applicazione giurisprudenziale cfr. TAR Campania, Sez. IV, n.3811/2012 con nota di F. Foggia.

pubblica, un Osservatorio avente il compito di verificare l'opportunità dell'estensione a terzi ovvero generalizzata delle pronunce dei giudici amministrativi in tema di pubblico impiego⁶⁸.

Più di recente, il legislatore è intervenuto dapprima con il comma 132 dell'art.1 della legge n.311/2004 (legge finanziaria per il 2005) e successivamente con il comma 6 dell'art.41 del d.l. n.207/2008 (c-d- decreto Milleproroghe), che hanno previsto un vero e proprio divieto *ex lege* di estensione soggettiva del giudicato amministrativo in materia di pubblico impiego, per finalità di *spending review*, ovvero di contenimento della spesa pubblica in relazione a decisioni idonee a riconoscere la fondatezza di spettanze di carattere patrimoniale.

Dell'applicazione pratica di tale divieto, mette conto rilevare un certo contrasto di opinioni giurisprudenziali circa la sussistenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione in tema di estendibilità *ultra partes* degli effetti del giudicato: secondo posizioni più rigorose, il divieto *ex lege* avrebbe fatto venir meno qualunque potere discrezionale della pa di regolare i rapporti con i terzi estranei al processo in modo conformativo rispetto alla pronuncia giudiziale (Cons Stato V, n.960/2011); al contrario, altra parte di giurisprudenza ha ritenuto che, per effetto delle norme citate, la pa non perda comunque il potere di autotutela rispetto agli atti già emessi e che dunque residui in capo alla stessa la facoltà discrezionale di revocare, annullare o modificare provvedimenti, andando così ad incidere anche su posizioni di terzi non parti del giudizio, specie quando ciò avvenga senza cagionare un maggior impiego di spesa da parte della pa, ma unicamente per l'affermazione del principio di buon andamento (Cons. Stato VI, n.2409/2012).

Con riguardo alla nostra vicenda, nei casi esaminati, balza evidente che, pur avendo il TAR ritenuto illegittimi atti generali indivisibili, quali i criteri di valutazione stabiliti dalla Commissione, non ha ritenuto di doverne dichiarare l'annullamento, evitando, come detto, l'effetto caducatorio dell'intera procedura e la conseguente dichiarazione di efficacia *erga omnes* connessa a tale esito. Quale, dunque, la ratio di tale *modus operandi*?

Nonostante parte della giurisprudenza, come detto, abbia interpretato il divieto *ex lege*, per ragioni finanziarie, di estensione del giudicato amministrativo in termini tali da escludere anche il potere discrezionale della pa, e dunque il rinvio alla medesima per la decisione in merito, non sembra sia stato questo l'elemento che ha indotto il Giudice di prime cure nella direzione indicata. Dall'analisi delle varie pronunce riportate, emerge invece un diverso significativo dato.

Sembra, infatti, che il Tar abbia operato le sue valutazioni guidato dal *criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte*.⁶⁹ Nelle richiamate sentenze n. 2386, n.5789, n. 5798, l'applicazione di tale criterio sembra anzi costituire il filo rosso che lega gli esiti di situazioni pur diverse tra di loro.

Il Tar ha, cioè, ritenuto di poter graduare l'ordine dei motivi, in funzione della maggior soddisfazione per la parte, in base al principio dell'effettività della tutela, soddisfazione individuata nella rinnovazione del giudizio, anche nelle ipotesi in cui il

⁶⁸ Secondo il Consiglio di Stato, V, n.602/99, "l'art 22 del dpr n.13/86 persegue lo scopo di ricondurre ad unità le iniziative di ciascuna amministrazione volte all'estensione dei giudicati amministrativi per esigenze di uniformità e di contenimento della spesa pubblica, ma non crea diritti all'estensione *erga omnes* dei giudicati stessi".

⁶⁹ Va precisato che il Giudice di prime cure ha compiuto tale valutazione in una ricostruzione dei "principi di diritto" precedente l'Adunanza Plenaria del Supremo Consesso n.5/2015.

ricorrente abbia espressamente anteposto, nella graduazione dei motivi, l'annullamento dell'intera procedura⁷⁰.

Ma, per quanto già precedentemente rilevato, tale *modus operandi* non dà conto, a nostro avviso, anzi omette quella valutazione a largo raggio indotta dalla peculiare fattispecie dell'ASN, valutazione che infatti, impone (avrebbe imposto) una modulazione di tutela in considerazione delle mutate circostanze, o meglio del tempo di emanazione della decisione.

Il giudice di prime cure sembra insomma aver ragionato nei seguenti termini: sia nell'ipotesi in cui la parte abbia graduato i motivi di ricorso anticipando espressamente - e dunque manifestando preferenza per - la (domanda di) rinnovazione del giudizio singolo rispetto all'annullamento dell'intera procedura, sia nell'ipotesi in cui, in presenza evidentemente di vizi inficianti detta procedura nella sua interezza, sia stato invece espressamente graduato, come motivo di maggiore pregnanza, l'annullamento della medesima, l'effettività di tutela si collega direttamente al *criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte*, di tal che tale soddisfacimento trova realizzazione nella sola rinnovazione del singolo giudizio, non anche nell'annullamento dell'intera procedura.

Diversamente, secondo il Giudice d'appello, in presenza di vizi "pregnanti" ed inficianti l'intera procedura, come nel caso del vizio di competenza per la procedura di diritto privato, ma non diversamente per i casi di illegittimità in sé dei criteri (cfr. citata Ordinanza CdS VI, n.3566/2014), l'esito discende *naturaliter* dall'annullamento dell'intera procedura, con effetti *erga omnes*.

- Come si è detto, l'omessa rilevanza, nel ragionamento del TAR, del tempo in cui interviene la decisione ha inciso sulla valutazione dell'effettività di tutela, che si rivela infatti come solo apparente, legata al (mero) riesame del giudizio, in caso di attivazione delle procedure di chiamata.

Ora, se già tale aspetto poteva risultare di rilevanza tale da precludere un diverso esito della vicenda per le ragioni sopra indicate, ad un tale risultato non sembra potersi sfuggire dopo il recente arresto del Consiglio di Stato del 27/4/2015, relativamente a casi in cui il vizio radicale (non solo attinente alla competenza, ma anche ai vizi inficianti l'intera procedura) sia stato espressamente graduato dalla parte in via prioritaria rispetto agli altri, o anche per i casi in cui sia mancata del tutto una graduazione espressa dei motivi da parte del ricorrente.

Con tale pronuncia, infatti, il Supremo Consesso, intervenuto sulla specifica questione della graduazione dei motivi di ricorso, è giunto a precisare importanti principi di diritto, tra i quali merita soffermarsi soprattutto su quello relativo al "*superamento del criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte*."

In sostanza, il supremo Consesso afferma che la presenza di espressa graduazione dei motivi da parte del ricorrente vincola il giudice, ad eccezione di alcune ipotesi che la stessa pronuncia specifica, relative a "*una tipologia di vizi talmente radicale ed assorbente*" (Punto 8.3.2 della sentenza Ad. Pl. N.5/15) che non ammette di essere graduata dalla parte. Diversamente, e cioè in mancanza di una espressa graduazione, "*si*

⁷⁰ Tale interpretazione si regge sulla presupposizione, consentita dal tenore letterale delle argomentazioni del Giudice (cfr. la citata sentenza Tar Lazio III, n.2386/2015), che il ricorrente abbia espressamente anteposto nell'ordine dei motivi l'annullamento dell'intera procedura rispetto all'annullamento del singolo proprio giudizio negativo.

riespande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande..... In tal modo il giudice assicura un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa a lui sottoposti; garantisce il diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.); infine, rende effettivo il doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 – 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità): qui, infatti, come dianzi evidenziato, la tutela dell'interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica, il che spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado.”

Segue poi l'articolata esposizione delle ragioni, che giustificano il “superamento del criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte”, preceduta da una ricostruzione delle diverse posizioni rilevanti in ordine al criterio-guida per il GA nell'ordinazione dei vizi-motivi: “..... Una diversa diffusa tesi ritiene che la stella polare che deve guidare il giudice nell'ordinare i vizi – motivi, sia sempre e solo quella di assicurare la maggior soddisfazione dell'interesse del privato, specie se trattasi di imprenditore, onde tutelare, in questo caso, i valori sovranazionali e nazionali compendiatosi nella libertà di iniziativa economica e di concorrenza, assunti come parametri (unici o prevalenti) di produzione normativa e di interpretazione della disciplina processuale In contrario deve evidenziarsi che, là dove il principio della domanda lo consenta, da un lato, è necessario evitare una disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale unitaria onde evitare che esso si presti a tattiche dilatorie, opportunistiche o ad un vero e proprio abuso; dall'altro, si deve accettare una concezione del processo troppo semplicisticamente definita come “pubblicistica”, ma che, ad una più attenta analisi, trae linfa applicativa proprio nel valore di “giustizia” della decisione.

Tale esigenza è ancor più avvertita nel processo amministrativo di legittimità concentrato sul controllo della legalità dell'azione amministrativa necessariamente esercitata in funzione dell'interesse pubblico: sarebbe paradossale che quanto teorizzato per il processo civile circa l'importanza della dimensione pubblica dello stesso, non trovasse piena applicazione per il processo amministrativo come disegnato, nella sua genesi storica repubblicana, dalla Costituzione”. E si conclude sul punto: “Il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni; la visione del processo amministrativo nella logica “parte privata contro parte pubblica”, “interesse privato contro interesse pubblico”, non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività; il processo in cui sia parte una pubblica amministrazione deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con quella storica perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa; si comprende così, alla fine, che effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni opportunistiche (specie sul piano risarcitorio come bene messo in luce dall'ordinanza di rimessione), emulative o pretestuose... Così, conclusivamente sul punto, deve ritenersi che in assenza della graduazione operata dalla parte, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della

funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale (in questo senso si erano già pronunciate, sia pure incidentalmente, Ad. plen., n. 9 del 2014, pag. 36; Ad. plen. n. 7 del 2014, pag. 16 e 18; Ad. plen., 14 aprile 2010, n. 1; successivamente, funditus, Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662)".

Alla luce di tali arresti giurisprudenziali, ci si chiede, dunque, quale sia la loro rilevanza sul contenzioso ancora in corso.⁷¹

A nostro avviso, in mancanza di espressa graduazione dei motivi della parte ed in presenza di vizi di gravidanza tale da far ritenere inficiata l'intera procedura, il giudice (*"in pienezza di estensione del suo obbligo"*) non pare possa ora ancorare l'effettività di tutela al solo riesame del giudizio, dovendo invece disporre l'annullamento della procedura medesima. Ed, evidentemente, ad analogo esito sembra doversi giungere viepiù, in attuazione del principio dispositivo, se la parte stessa ha anteposto, nella graduazione espressa dei motivi, un vizio radicale della procedura.

Viceversa, per le ipotesi in cui - al di fuori dei casi specificati nella stessa pronuncia in Adunanza Plenaria quali limiti ai vincoli derivanti al GA dal principio dispositivo⁷² - un vizio radicale della procedura risulti subordinato ad altri nell'espressa graduazione dei motivi, il Giudice, non potendo prescindere da tale espressa graduazione, è vincolato ad una sua "obliterazione". Si precisa infatti in sentenza che: *"La graduazione dei motivi vincola il giudice, sebbene la sua osservanza possa portare in concreto ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità"*. Cosicché, si conclude sul punto: *"L'orientamento tradizionale, seguito anche di recente da Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552 e T.A.R. Puglia, Bari, 13 gennaio 2015, n.22, secondo cui spetta al Giudice amministrativo individuare l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso avuto riguardo alla relativa consistenza oggettiva, pure prescindendo dalla graduazione che di essi la parte abbia fatto, deve ritenersi definitivamente superato"*.

Ebbene, così composto l'assetto sul tema, non può sottacersi il profilo critico che emerge dalla lettura delle due diverse "anime", che si riscontrano all'interno della articolata ricostruzione dei principi elaborata dal Supremo Consesso: si deduce, infatti, dal principio da ultimo riportato, che il Giudice, vincolato alla graduazione espressa

⁷¹ L'incidenza, sulla vicenda in esame, dei principi precisati nell'Adunanza Plenaria n.5/15 non pare possa ritenersi in discussione, ove si consideri il richiamo operato dallo stesso TAR Lazio all'allora attesa decisione del Supremo Consesso. Nella sentenza n. 6268 del 30/4/15, infatti, in ordine alla questione della *graduazione dei motivi ricavabile solo in via implicita*, il Giudice di primo grado precisa: *"L'annullamento non riguarda quindi gli ulteriori atti, pure impugnati, in quanto, come detto, le relative censure sono state esplicitamente proposte dal ricorrente in via subordinata ovvero solo in caso di mancato accoglimento delle doglianze contenute nel primo motivo di ricorso (per completezza, si rammenta che la questione della graduazione dei motivi, ricavabile solo in via implicita, è invece al vaglio dell'Adunanza Plenaria, rimessa dalla V sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 22 dicembre 2014, n. 6204)*. In merito alle questioni più generali, inerenti la dottrina dello *"stare decisis"* e l'influenza delle decisioni dell'Adunanza Plenaria sui TAR, cfr. G. Pesce, *"L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato diventa giudice di common law?"*, in IUS publicum, 2013; E. Follieri, *"L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato"*, in Dir. Proc. Amm., 2012, 1237.

⁷² Cfr. il punto 8.3.2. della pronuncia, ove si enuclea il novero di vizi-limiti alla graduazione argomentando dal limite normativo posto dall'art.34 c.2 c.p.a.

dalla parte, finisce in sostanza per declinare la competenza *"legata al controllo sull'esercizio della funzione pubblica"*.

In altri termini, quel *"particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica"*, che giustifica l'attribuzione al GA dell'ordine di trattazione dei motivi *sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale"*, recede di fronte alla graduazione espressa dei motivi da parte del ricorrente.

Non può allora non scorgersi, nella attuale (estesa) dimensione del principio dispositivo proprio del *"processo di parte"* (*"nei limiti della domanda"*, *"laddove il principio della domanda lo consenta"*), una sorta di *"snodo"* della direzione di tutela della legalità, affidata, in buona sostanza, alla parte ricorrente, la quale, attraverso la graduazione espressa dei motivi, ne decide, in qualche misura, le sorti.

Ciò evidentemente stride con il *"senso di giustizia sostanziale"*, ma si direbbe con le stesse argomentazioni sviluppate in ampia parte della articolata pronuncia, ove si consideri che le ragioni per le quali la legalità, come principio e come scopo, in uno Stato di diritto, resta storicamente connaturata ai poteri – *rectius* obblighi – di protezione connessi alla funzione del giudice amministrativo, sono quelle stesse che il Supremo Consesso ha articolatamente esposto a sostegno del superamento del criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte (punto 9.2. della sentenza)⁷³.

Come si può dedurre, tale profilo attiene al più ampio tema connesso all'impostazione stessa del processo amministrativo ed ai limiti del principio dispositivo, pur in dottrina rilevati,⁷⁴ problematica che evidentemente esula dagli spazi e dall'oggetto specifico del presente lavoro.

In sintesi, nel raffronto tra i due Giudici sulla vicenda processuale in oggetto, emerge la seguente situazione.

L'organo giurisdizionale in appello, in ordine alla vicenda qui oggetto di analisi, nonostante la presenza dei limiti *ex lege* all'estensione soggettiva del giudicato, ha applicato dette previsioni normative nel senso di ritenere ferma la discrezionalità delle PA nel valutare l'estensione soggettiva, ed ha considerato la caducazione dell'intera procedura come effetto *naturale*, in presenza di vizi pregnanti e, a maggior ragione, se su espressa richiesta della parte ricorrente, per effetto del principio dispositivo.

⁷³ L'ampia argomentazione svolta nella pronuncia al p. 9 (*"Il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni....; il processo in cui sia parte una pubblica amministrazione deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con quella storica perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa; si comprende così, alla fine, che effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi"*) appare, a nostro avviso, in distonia con quanto precisato al p. 8: *"La graduazione dei motivi vincola il giudice, sebbene la sua osservanza possa portare in concreto ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità"*.

⁷⁴ Cfr. P. Carpentieri, *Esecuzione del giudicato*, Relazione, con integrazioni, svolta al Convegno di studi *"Il giudicato amministrativo"*, Sorrento, 13 ottobre 2012, organizzato dall'Associazione degli Avvocati della Penisola Sorrentina e dall'Associazione *Res Publicae*, ove si osserva: *"Il tema è se sia o no superato – o se sia in via di superamento – il nostro modello tradizionale, bifasico, di tutela a formazione progressiva, scandito in una fase di cognizione (di annullamento, rescindente) distinta rispetto a una successiva fase rescissoria di esecuzione (di attuazione ed ottemperanza, per dire meglio). Il che conduce al tema più ampio se, in prospettiva, anche in relazione all'introduzione dell'azione di adempimento, il modello di giudizio di cassazione, di legittimità, proprio della nostra giurisdizione, stia ormai tramontando, in favore di una cognizione di merito incentrata sulla spettanza del bene della vita."*

L'impianto argomentativo del TAR Lazio sembra invece muovere da altro profilo, e cioè dalla circostanza che sia la stessa natura abilitativa e non concorsuale dell'ASN a consentire di prescindere, nonostante i "vizi radicali", dalla caducazione dell'intera procedura - esito che invece tale Giudice ritiene connesso a illegittimità di procedure comparative e, dunque, concorsuali - e a collegare l'effettività di tutela al solo riesame del giudizio negativo.

Chiaro pertanto l'errore che, a nostro avviso, emerge da tale ultima visione: come detto, nel momento in cui si attuano le chiamate, la richiesta di tutela in materia di ASN si trasforma, imponendo di scrutinare quest'ultima con le stesse coordinate di una procedura concorsuale. Il diverso esito prodotto ha invece consegnato, paradossalmente, un risultato di segno opposto a quella stessa effettività elevata dal Giudice a baluardo nella graduazione dei motivi.

Diversamente, l'ottica del CdS supera anche la logica strettamente finanziaria. Ed in ciò sembra di poter scorgere una condivisibile visione non incline ad accogliere una interpretazione "rimodulatrice" della tutela dei diritti ed interessi ex artt. 24 e 113 Cost., per effetto delle novellate norme di cui agli articoli 81 e 97 comma 1 Cost., pur rilevanti nella ridefinizione del principio del buon andamento, in un quadro normativo generale improntato alla *spending review*.

Del resto, può osservarsi che, se ci si dovesse arrestare al limite della *spending review*, ed in tal senso interpretare i principi e le norme discendenti dagli articoli 24 e 113 Cost., nonchè la stessa "legittimità" come delimitata dalla sostenibilità del debito pubblico, nei termini, cioè, di una novellata *legittimità finanziariamente sostenibile*, ne discenderebbe inevitabilmente una trasformazione dallo "Stato di diritto" ad uno "Stato di diritto finanziario" che non sembra affatto avallata dal più recente indirizzo delle più alte Corti.⁷⁵

4. "La natura delle cose" e la giustizia amministrativa. (Epilogo)

Il nucleo dei problemi: la trasformazione degli "interessi" sulla scena processuale, ovvero "Il gioco delle parti".

- Il "dialogo" interrotto tra il privato e la PA nel procedimento. La "realtà sostanziale unitaria" nel processo: intreccio tra interesse legittimo, legalità e interesse pubblico.

- Lo scopo del giusto processo: il valore di giustizia della decisione.

⁷⁵ Trasformazione cui sarebbe sottesa una sorta di "*finanziarizzazione del diritto*", dopo quella che ha già catturato l'economia". Ma contro tale deriva, a baluardo del sistema si erge l'indirizzo giurisprudenziale costituzionale, che sembra invece confermare la necessità di tener ben distinta l'efficienza, il buon andamento della PA (pur novellata per effetto del c.1 dell'art.97), dalla legalità quale principio fondante lo stato di diritto costituzionale (Cfr. Corte Cost. n.37 del 25/2/2015). Sul tema generale relativo a "*La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*", cfr. i lavori delle "V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale" sull'omonimo oggetto, Lecce, 14-15 settembre 2012. In particolare, I. Ciolli, *Crisi economia e vincoli di bilancio*.

Nel chiudere il sipario, riannodando i fili del discorso, può risultare di qualche utilità “scendere verso il proscenio” ed osservare che il nucleo dei problemi sembra venire da lontano.

Dietro quello che si è definito come differente approccio, da parte dei due consessi giurisdizionali, all'effettività di tutela, sembra possa leggersi l'eco di una certa enfaticizzazione della c.d. “giurisdizione di spettanza”⁷⁶ (ancorchè in tali termini riferita alle pretese risarcitorie della parte); enfaticizzazione che può ritenersi prodotta dalla stessa evoluzione teorica che si è registrata in ordine alla situazione giuridica soggettiva del privato che “dialoga” con il potere: l'interesse legittimo.

L'approdo ultimo di tale teorica ha avuto, come noto, l'effetto di configurare in termini sostanziali le “pretese” fondanti detta situazione giuridica, riguardate anche nella dimensione processuale quali “pretese al bene della vita”⁷⁷, ma, a nostro avviso, andando forse oltre l'impostazione sostanziale suggellata nella Costituzione (artt. 24 e 113), e cioè eclissando via via, in qualche misura, le esigenze di tutela delle altre situazioni giuridiche, pure chiamate in causa: l'interesse pubblico, quale interesse della generalità dei soggetti privati e dunque della collettività, in quanto tale connesso con l'esercizio della funzione pubblica.

Con il risultato – che reca in sé irrisolte antinomie⁷⁸ – di innovare le tecniche di tutela, ordinate e declinate in una logica civilistica, ma in una cornice che non sembra aver dismesso la “causa” propria, cioè il senso e la specificità della giurisdizione amministrativa, o meglio della giustizia amministrativa. “Causa”, infatti, che ancora campeggia nella versione attuale del Codice del processo amministrativo, laddove all'art. 7 emerge in modo chiaro l'ancoraggio delle “controversie”, oggetto della giurisdizione amministrativa, “*all'esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo*”.

In altri termini, il punto focale del problema ci sembra ruoti intorno alla figura dell'interesse legittimo, figura che, a parere di chi scrive, non disdegnerebbe di essere nuovamente “osservata”, come sembra sollecitare l'insigne Dottrina che, pur avendo tracciato uno dei percorsi più autorevoli⁷⁹ su tale specifico argomento, ha ritenuto di recente che “il lungo dibattito in tema non può ritenersi abbia raggiunto risultati inoppugnabili”.

⁷⁶ Interrogativi problematici sulla possibilità che stia tramontando il tradizionale modello di legittimità in favore di una cognizione incentrata sulla spettanza del bene della vita, sono in P. Carpentieri, *Esecuzione del giudicato*, Relazione al Convegno di Studi “*Il giudicato amministrativo*”, cit. Per una serrata critica all'introduzione nel sistema pubblicistico di una filosofia tutta civilistica, del primato della tutela risarcitoria, a detrimento della tradizionale preziosissima e insostituibile tutela costitutiva, cfr. M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.* 1/2012, pag.78, il quale critica severamente la storica sentenza della Cassazione SS. UU. N.500/99, cogliendo in essa, paradossalmente, i germi della riduzione di tutela per il privato, derivante dalla (resa con essa) possibile equiparazione delle tutele risarcitoria e di annullamento.

⁷⁷ Cfr. A. Pajno, cit. p. 124, con riguardo all'effettività, sottolinea la capacità delle diverse forme di protezione giurisdizionale di assicurare al cittadino *il bene della vita* ed il livello di soddisfazione che un ordinamento democratico deve assicurare.

⁷⁸ A. Police ben evidenzia questo aspetto. Cfr. il capitolo “*Le forme della giurisdizione*” in F. G. Scoca (a cura di) *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2013, p. 102 e 126. Sul punto si veda anche A. Pajno, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una Introduzione al Libro I*, in *Dir. Proc.Amm.*, 1/2011.

⁷⁹ F.G. Scoca, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo*, cit,p.12.

Ed invero, anche riguardata nell'attuale configurazione processuale, tale nozione appare formula ellittica, riducendo a sintesi verbale un percorso logico-giuridico che resta in essa ancora implicato.⁸⁰

• Non potendo, di certo, un argomento di tal fatta essere liquidato in alcune brevi considerazioni di sintesi, mette conto rilevare, solo come accenno in questa sede, che, quale che sia al momento la posizione dottrinale "meno oppugnabile" su tale argomento, a scrutare meglio le diverse tesi⁸¹, si è indotti a focalizzare un dato che si ritiene non irrilevante riguardo all'oggetto di tutela del processo.

Se, come anche recentemente ribadito (F.G. Scoca), l'interesse legittimo, che *"vive nel procedimento in funzione della migliore soluzione possibile, tenuto conto dell'interesse pubblico (che l'amministrazione deve prioritariamente perseguire) per l'interesse sostanziale del privato (c.d. bene della vita), si allontana, in tali funzionali termini, dalla configurazione di un "interesse alla legittimità" (così come dal droit à la légalité), non deducendo esso di certo nel procedimento argomenti o censure di legittimità"*, lo stesso (interesse) non sembra invece - almeno a chi scrive - allontanarsi da tale dimensione (di legittimità) allorché giunge alla sede processuale⁸².

Ed infatti, allorché quel "dialogo", avviato in sede procedimentale tra pa e privato, risulta per così dire "interrotto", l'interesse legittimo, a nostro avviso, muta i propri contenuti, caricando su di sé anche altri "beni", o meglio "pretese ad altri beni".⁸³

⁸⁰ E che si ritiene ancora ben racchiuso nell'articolata definizione che di tale nozione ha dato M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1983, p.127 e 128. Posizione tutt'oggi "accettata" (cfr. F.G. Scoca, cit., p.40) ed accolta nella sentenza Cass. Sez. Un. n.500/99. Tuttavia, il discorso su tale aspetto condurrebbe a sfiorare i limiti del presente lavoro.

⁸¹ Consapevoli di consegnare risultati che soffrono necessariamente di incompletezza e parzialità, in ragione dei limiti già denunciati, ci si limita ad alcuni più recenti orientamenti di insigne Dottrina, che su quel tema continua ad indagare. Per un sintetico quadro degli orientamenti più recenti cfr. A. Zito, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F. G. Scoca (a cura di) *Giustizia Amministrativa*, cit., p.67 e sgg., ove l'A. offre una sintesi ricostruttiva richiamando le quattro diverse posizioni sul tema (Sandulli, Scoca, Nigro e Sorace).

⁸² La stessa illustre Dottrina del filone "sostanzialista" dell'interesse legittimo (F.G. Scoca, cit., p.41) rileva che "tale diritto alla legalità può avere un senso nella fase della reazione contro l'atto amministrativo che il privato consideri lesivo del suo interesse sostanziale: dato che l'azione giurisdizionale è data per l'accertamento e la repressione della illegittimità del provvedimento amministrativo ... si può ben comprendere che l'interesse legittimo si presenti in questa fase come interesse (o *droit*) alla legittimità; ma solo avendo chiaro che, ciò dicendo, si indicano (non l'oggetto ma) i limiti che l'ordinamento assegna alla tutela dell'interesse sostanziale". E così, anche da altra angolazione, nell'osservare le implicazioni sostanziali del principio del giusto processo, legate al "principio di legalità che deve in toto disciplinare l'esercizio del potere per soddisfare giudizialmente una pretesa del cittadino nascente da un rapporto con la pa", si coglie l'aspetto di "trasformazione ormai dell'interesse legittimo del cittadino in diritto pubblico soggettivo" (F. Merusi, *Il Codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2011, p.24).

⁸³ Anzi, sembra potersi osservare che, a differenza di ciò che si determina durante lo svolgimento dell'attività della pa nella sede procedimentale - nella quale evidentemente, come detto, il soggetto privato "non censura di certo illegittimità", essendo animato dall'interesse al bene della vita che spera di conseguire - allorché egli invece giunga alla sede processuale per censurare proprio la ritenuta illegittimità della compiuta azione della pa, la sua "posizione soggettiva" appaia trasfigurata dall'illegittimo esercizio del potere, proprio riguardo alle attese e pretese correlate all'azione amministrativa svolta durante il procedimento. In tale sua nuova posizione, infatti, non sembra affatto scontato che egli mantenga inalterato quello stesso interesse ad ottenere il bene della vita negatogli: si pensi al caso, forse limite ma pur reale, in cui un candidato, di non giovane età, giudicato negativamente

Se è vero, infatti, come è vero, che l'interesse legittimo è – resta - situazione correlata ad un potere, se “*oggetto di tale situazione è il rapporto, in ogni possibile aspetto e configurazione, tra la situazione giuridica ed il potere*”, e se “*tale situazione, una volta messa in connessione con il principio del giusto processo, si trasforma in una pretesa ad un legittimo esercizio del potere in ogni sua manifestazione*”⁸⁴, non può essere meno vero, a nostro avviso, che attraverso l'illegittimo esercizio del potere, causa del mancato conseguimento o della perdita del bene della vita, il privato, che agisce per ottenere una tutela piena ed effettiva, aziona una “pretesa”⁸⁵ che incorpora e trascina sulla scena processuale anche l'interesse alla legalità violata (diritto alla legalità); interesse che si aggiunge, dunque, a quello sostanziale, inerente “*l'aspettativa legittima di realizzazione del proprio bene della vita*”; aspettativa che, negata dal (primo) esercizio illegittimo di potere, viene nuovamente “rappresentata” con l'azione giudiziale per un rinnovato esercizio di quello.⁸⁶

• Dunque, se l'azione giurisdizionale è data per l'accertamento e la repressione della illegittimità del provvedimento amministrativo, e la tutela piena ed effettiva del privato (*pretesa di piena soddisfazione di una aspettativa legittima nei confronti della pa*, F. Merusi) non può che transitare per tale preliminare accertamento da parte del giudice, il ricorrente, attraverso la sua azione/pretesa - sempre comunque strumentale rispetto alla realizzazione dell'interesse finale, concreto e materiale sotteso all'interesse legittimo (bene della vita) - porta in causa un bene maggiore: quell' “utile pubblico”, sotteso all'esercizio della pubblica funzione, anch'esso leso in caso di accertata illegittimità.

Ed allora, appare evidente che in sede processuale la “scacchiera” degli interessi in gioco risulta modificata dall'intreccio degli stessi: l'interesse legittimo della parte e dei contro-interessati unitamente all'interesse pubblico – “*il convitato di pietra*” – quale interesse generale della collettività⁸⁷. Intreccio che impone perciò, nell'ottica del “giusto processo”, una loro congiunta presa in considerazione e valutazione.

e danneggiato, anche in termini di immagine e reputazione a causa del negativo giudizio di ASN, impugnò gli atti della procedura ritenendo, in presenza di vizi pregnanti ed inficianti la medesima, che l'annullamento della stessa possa costituire forma di “giustizia effettiva” (e fors'anche preferenziale) – data la rilevanza del fattore tempo (“bene” non ripetibile negli stessi termini), in relazione alla propria età – anche rispetto al riesame del proprio giudizio negativo. Ciò al punto da non richiedere nemmeno la c.d. sospensiva ai fini del “*remand*”. E non sembra – a nostro avviso – si possa ritenere che una tale mutata posizione soggettiva sia da relegare nel “giuridicamente irrilevante”.

⁸⁴ Così F. Merusi, cit., p.15.

⁸⁵ Quella “potestà di esigere la protezione” da parte del giudice a ciò “obbligato”, secondo la definizione che ne dava il civilprocessualista, alto Magistrato di Cassazione, Ludovico Mortara (*Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*). Sul punto merita segnalare quanto recentemente ribadito (G. Montedoro, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito*, Relazione al 60° Convegno di Varenna, cit., dattiloscritto) sul concetto di “giustiziabilità”, legata al diritto fondamentale dell'uomo ad un giusto processo (art. 6 CEDU): “essa esige che i poteri amministrativi siano esercitati secondo legge, in aderenza ad un parametro precostituito ed è allora e solo allora che scatta la garanzia giurisdizionale; solo il dubbio sull'illegittimità dell'atto fa scattare il diritto di chiedere che la legittimità sia verificata da un giudice (che è il giudice amministrativo per ragioni di rispetto del principio della divisione dei poteri).”

⁸⁶ Trovando, invece, realizzazione diretta, evidentemente, nei soli casi di potere vincolato della PA.

⁸⁷ “... la visione del processo amministrativo nella logica “*parte privata contro parte pubblica*”, “*interesse privato contro interesse pubblico*”, non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una

Ne deriva che, in tal modo, l'azione del privato fornisce, anche suo malgrado, l'occasione di protezione dell'interesse pubblico quale interesse della collettività.

Ecco: a noi sembra che una tale impostazione possa dar "senso", o meglio "incarnare" quel "*valore di giustizia della decisione*"⁸⁸, nel quale il processo amministrativo – *rectius* il "giusto" processo amministrativo – si ritiene trovi "*linfa applicativa*".

corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività..." (Ad Pl. Cons. Stato n.5/2015).

⁸⁸ Valore richiamato nella più volte citata sentenza del C.d.S. Ad.Pl. n.5/2015: "*Si deve accettare una concezione del processo troppo semplicisticamente definita come "pubblicistica", ma che invece, ad una più attenta analisi, trae linfa applicativa proprio nel valore di "giustizia" della decisione*".